

1



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

JANAÍNA SACHETIM DE ALMEIDA

**JUSTIÇA PROCEDIMENTAL E RELATIVIZAÇÃO
DA COISA JULGADA**

Londrina
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JANAÍNA SACHETIM DE ALMEIDA

**JUSTIÇA PROCEDIMENTAL E RELATIVIZAÇÃO
DA COISA JULGADA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial, área de concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti

A448j Almeida, Janaína Sachetim de.
Justiça procedimental e relativização da coisa julgada /
Janaína Sachetim de Almeida. - Londrina, PR : [s.n], 2010.
105f.

Orientador: Dr. Francisco Emilio Baleotti.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina.
Bibliografia: f.

1. Coisa julgada. 2. Segurança jurídica. 3. Relativização. 4.
Justiça Procedimental. I. Universidade Estadual de Londrina. II.
Título.

CDU – 347.953

JANAÍNA SACHETIM DE ALMEIDA

**JUSTIÇA PROCEDIMENTAL E RELATIVIZAÇÃO
DA COISA JULGADA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Negocial, área de concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Prof. Dr. Antonio Carlos Segatto

Londrina, 07 de abril de 2010.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti, pelo incentivo e pelos ensinamentos.

Aos meus pais, Airton José Araújo Sachetim e Rozangela de Lucca Martins Sachetim e aos irmãos Henrique Martins Sachetim e Yara Sachetim Donadel, por existirem na minha vida.

Ao meu marido, Gabriel Bertin de Almeida, pelo nosso filho amado, pelo apoio e companheirismo.

“Se a educação sozinha não
transforma a sociedade, sem ela,
tampouco, a sociedade muda.”

Paulo Freire

ALMEIDA, Janaína Sachetim de. **Procedure Justice and relativization of res judicata**. 2010. 105 f. Dissertation (Master in Negotial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the brazilian doctrine about the called “relativism” of res judicata. This is a topic that involves the areas of constitutional law, civil procedure and philosophy of law. Notes aspects involving the res judicata, in particular its objective and subjective boundaries. The institute of res judicata is analyzed as the realization of the principle of legal certainty and serves to prevent the eternall question of judicial decisions. Studies on existing legal mechanisms that allow the review of res judicata, such as the action for rescission and enforceability of unconstitutional judicial titles (articles 475-L, § 1º e 741, single paragraph, the CPC). Examines the arguments used by relativists to admit the relativization of res judicata, beyond the cases expressly provided by law, such as res judicata decision unconstitutional and unfair. It also presents the position of scholars who do not recognize the relativity of the res judicata of the way some have learned. Notes that there is a conflict between the principles of legal certainty and justice (an argument used to admit the relativization). Conducts a study on the definition of justice and verifies the problem of using the material justice as a criterion for admitting or not the relativization of res judicata. Analyzes the theory of justice of the philosopher John Rawls, worried about the balance of social institutions and not with procedural matters. Search through Procedural Justice inspiration to propose another form of relativism, no longer based on the criterion of material justice, but the correction procedure, without requiring that the case is expressly provided for by law and limited to their deadlines.

Key-words: Res judicata. Legal certainty. Relativization. Procedural Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1.988
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DNA	Ácido Desoxirribonucléico
ed.	Edição
inc.	Inciso
j.	Julgamento
p.	Página
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RT	Revista dos Tribunais
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

<u>1 INTRODUÇÃO</u>	11
<u>2 SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA</u>	14
<u>3 LIMITES DA COISA JULGADA</u>	19
<u>3.1 LIMITES OBJETIVOS</u>	19
<u>3.2 LIMITES SUBJETIVOS</u>	26
<u>4 MECANISMOS PARA REDISCUTIR A COISA JULGADA</u>	32
<u>4.1 AÇÃO RESCISÓRIA</u>	32
<u>4.2 INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS JUDICIAIS INCONSTITUCIONAIS (ARTS. 475-L, § 1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC)</u>	41
<u>4.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA (QUERELA NULLITATIS)</u>	48
<u>4.4. NULIDADE E INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA</u>	52
<u>5 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL</u>	60
<u>5.1 A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA</u>	60
<u>5.2 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL</u>	64
<u>5.3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIO ABSOLUTO?</u>	67
<u>6 O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA E O PROBLEMA DA DECISÃO INJUSTA</u>	76
<u>7 JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA...</u>	7
6	
<u>8 CONCLUSÃO</u>	97
<u>REFERÊNCIAS</u>	100

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, procura-se realizar um estudo sobre o instituto da coisa julgada no processo civil brasileiro de tutela cognitiva. Assim, não será objeto desta dissertação o estudo da coisa julgada na tutela cautelar e na tutela coletiva.

A coisa julgada é uma garantia constitucional que visa dar estabilidade às relações jurídicas-sociais. A segurança jurídica dada pela coisa julgada atende a uma necessidade de ordem prática, pois impede a perpetuação dos conflitos.

Ocorre que se tem observado, na doutrina e na jurisprudência, o crescente debate sobre a intangibilidade da coisa julgada. Fala-se em “relativização” ou “flexibilização” da coisa julgada com opiniões discrepantes a esse respeito, opiniões estas que revelam o forte dissenso que impera sobre a matéria.

Um dos pontos relevantes refere-se à apreciação dos limites objetivos, que são delimitados pelo pedido formulado pelo demandante, e dos limites subjetivos, que definem as pessoas que serão atingidos pela coisa julgada material. Tais limites permitem obter o conteúdo do comando da sentença que se torna imutável.

Tendo em vista a necessidade de se diferenciar as sentenças nulas das inexistentes, pode-se constatar que o problema da relativização da coisa julgada está inserido nas sentenças existentes, porém injustas ou inconstitucionais. Para tais sentenças existem alguns mecanismos que permitem a rediscussão do que ficou decidido pela sentença transitada em julgado, tais como a ação rescisória, a impugnação prevista no art. 475-L, § 1º do Código de Processo Civil, e os embargos à execução do art. 741, parágrafo único, do mesmo Código. Discute-se o problema da flexibilização da coisa julgada quando o defeito da sentença não se enquadra em nenhum destes instrumentos típicos ou quando já transcorrido o prazo para tanto.

Ver-se-á ainda que a ação própria para retirar do mundo jurídico as sentenças juridicamente inexistentes é a ação declaratória de inexistência ou *querella nullitatis*.

Na sequência, serão analisados os principais argumentos utilizados a favor da relativização da coisa julgada, que são, dentre outros, os seguintes:

intangibilidade questionável da coisa julgada se ofender a Constituição, na intolerabilidade da persistência da decisão inconstitucional (para prevalecer a Constituição) ou, injusta (para prevalecer a justiça) que, transitada em julgado, pode ser modificada, ainda que vencido o prazo da ação rescisória.

Por outro lado, veremos que há argumentos contrários de alguns autores, que vêm contestando a tese de se flexibilizar a autoridade da coisa julgada, da forma como alguns doutrinadores a têm versado, para não colocar em risco a segurança jurídica.

Tal conflito tem provocado na doutrina e jurisprudência o debate sobre a possibilidade ou não de se desconstituir a decisão judicial transitada em julgado após o transcurso do prazo de dois anos da ação rescisória.

Tendo em vista que o direito estrutura-se em princípios e regras com aptidão para impor conduta, faremos um estudo sobre estas normas, buscando aferir o conflito que envolve dois valores de grande importância: a segurança jurídica (que para esta dissertação importa especificamente a segurança que demanda da coisa julgada) e outros valores relevantes, tais como a justiça (que servirá de fundamento para as propostas de relativização da coisa julgada).

Diante da dificuldade de se disciplinar um processo com base na justiça, com a presente dissertação de mestrado pretende-se propor uma outra forma de se revisar a coisa julgada, inspirada no conceito de justiça procedimental pura, de John Rawls, segundo sua *Uma Teoria da Justiça*, adaptando-a ao processo, sem a pretensão de apresentar solução conclusiva para o problema.

Para tanto, serão abordadas questões nas áreas da filosofia, do direito processual civil e do direito constitucional. Tal análise não se restringirá à interpretação da norma constitucional e infraconstitucional, mas a seu enquadramento no atual contexto, com a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, buscando, ainda, revelar omissões e levantar questionamentos.

2 SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA

A segurança jurídica é um princípio inerente ao Estado de Direito que mais eficazmente possibilita ao homem planejar a sua vida. É a “tranquilidade de espírito” a que se refere Montesquieu. Os postulados da segurança jurídica são possíveis de cobrança em relação a todos os atos do poder, seja legislativo, executivo ou judiciário. Ensina José Joaquim Gomes Canotilho que os apontamentos mais importantes do princípio da segurança jurídica são os seguintes:

(1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.¹

Com previsão no preâmbulo e no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, a segurança jurídica consiste em assegurar que as relações realizadas sob determinada norma devem perdurar, ainda que tal norma seja modificada, ressalvados os casos dos instrumentos que possam desfazê-la, como, por exemplo, a ação rescisória, objeto de estudo no item 4.1, que desconstitui a sentença de mérito, transitada em julgado, quando ocorrer uma das hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Conforme expõe Canotilho, as idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade*, já que as decisões dos poderes públicos, que respeitem a forma e o procedimento exigidos pela lei, não devem ser arbitrariamente modificadas, salvo quando houver fundamento material inequívoco; (2) *previsibilidade* aos cidadãos quanto à exigência de certeza e calculabilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.²

No que se refere aos atos jurisdicionais, esgotados os recursos admissíveis ou decorrido o prazo sem a sua interposição, torna-se irrecorrível a decisão judicial. Neste caso, ocorre o trânsito em julgado da sentença que faz surgir a coisa julgada, que representa a consolidação do princípio da segurança jurídica. Elucida Canotilho:

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 256.

² *Ibidem*, p. 264.

A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o *caso julgado*. O instituto do **caso julgado** assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – *caso julgado formal* -, quer porque a relação material controvertida (“questão de mérito” “questão de fundo”) é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – *caso julgado material*.³

Na coisa julgada, o direito incorpora-se definitivamente ao património do titular em razão da proteção que recebe da intangibilidade da sentença judicial. Daí fala-se em coisa julgada formal (fenômeno interno ao processo que não impede outra demanda com o mesmo objeto) e coisa julgada material (fenômeno que impede a rediscussão em outra demanda).

Lembram Wambier e Medina que “a expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res iudicata*, que significa *bem julgado*.”⁴ Há diversas definições de coisa julgada. A própria Lei de Introdução ao Código Civil expõe em seu dispositivo 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” Também o artigo 301, § 3º, do Código de Processo Civil dispõe: “[...] há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.”

Embora criticada, a definição de Enrico Tullio Liebman é a mais aceita pela doutrina. Vejamos: “[...] indica, pois, a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença como ato processual, e a coisa julgada substancial indicada a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente aos seus efeitos.”⁵ Considera a coisa julgada formal como a imutabilidade da sentença, isto é, como a hipótese em que o ato processual insuscetível de alteração na forma; e coisa julgada material a imutabilidade dos efeitos da sentença.

Segundo Liebman, dessa distinção derivam conseqüências tais como ser comum a todas as sentenças a coisa julgada formal, enquanto a coisa julgada material somente atinge as sentenças que acolhem ou rejeitam a demanda

³ CANOTILHO, 2003, p. 264-265.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. p. 20.

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de A. Buzaid B. Aires e notas de A. P. Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 60.

no mérito.⁶ Assim, no aspecto formal, todas as sentenças transitam em julgado, tendo alcance mais restrito, pois limitado ao próprio processo onde foi proferida a sentença. Já a coisa julgada material só poderia se formar nas sentenças de mérito, possuindo alcance mais amplo, pois torna o conteúdo da sentença indiscutível em qualquer processo.

Portanto, todas as sentenças transitam em julgado (coisa julgada formal), mas apenas as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor alcançam a autoridade de coisa julgada (coisa julgada material). Como exemplo de sentenças que não fazem coisa julgada material tem-se os atos decisórios (p. ex., os atos executivos), as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito, as decisões interlocutórias, as sentenças que encerram o processo executivo (pois não julgam o mérito) e as sentenças de cognição sumária (p. ex., nos processos urgentes, na jurisdição voluntária etc.).⁷

Ainda segundo Liebman, a coisa julgada em sentido formal é “uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos”; e, por sua vez, a coisa julgada em sentido substancial (ou material) é “a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira.”⁸ Assim, no momento em que a sentença se tornasse irrecurável, transitando em julgado, chamar-se-ia coisa julgada formal. Tratando-se de sentença definitiva, à coisa julgada formal se acrescentaria ainda a imutabilidade dos efeitos da sentença (declaratória, constitutiva e condenatória) e a esta imutabilidade dos efeitos é o que se denomina de coisa julgada material, não se confundindo, no entanto com eles.

Alguns autores, como Barbosa Moreira e Alexandre Câmara, criticam a afirmação de Liebman de que a coisa julgada material tornaria imutáveis os efeitos da sentença. Segundo tais autores, mesmo após a formação da coisa julgada material, os efeitos da sentença podem ser alterados, e não se destinam a durar para sempre.⁹ O que se torna imutável com a coisa julgada material é o conteúdo da sentença e não os seus efeitos. Câmara exemplifica:

⁶ LIEBMAN, 1984, p. 60.

⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

⁸ LIEBMAN, 1984, p. 60.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 485.

Os efeitos da sentença definitiva são, por natureza, mutáveis, e não se destinam a durar para sempre. Basta pensar em algumas hipóteses: o efeito condenatório de uma sentença consiste em abrir caminho para a execução forçada da prestação cujo cumprimento foi imposto ao devedor. Parece óbvio que, após o adimplemento da obrigação (voluntário ou por meio de execução forçada), nada restará daquele efeito. Da mesma forma, pode-se pensar numa sentença constitutiva, como a de divórcio, cujo efeito é fazer desaparecer a relação jurídica de casamento, rompendo o vínculo entre os cônjuges. Nada impede, porém, que os ex-cônjuges voltem a se casar entre si, tornando ao estado de casados, o que torna insubsistente o efeito da sentença. Por fim, pense-se numa sentença meramente declaratória, que tenha afirmado a existência de uma relação jurídica, consistindo o efeito declaratório precisamente em conferir certeza oficial a tal existência. Ninguém negaria que a referida relação jurídica poderia deixar de existir, por qualquer motivo, fazendo desaparecer aquela certeza oficial que se revelava como efeito da sentença.¹⁰

Para Pontes de Miranda, a alusão: “A lei não prejudicará [...] a coisa julgada” prevista expressamente no inciso, XXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “é à coisa julgada formal, e não só à coisa julgada material; também se entende a coisa julgada material porque essa contém aquela, ao passo que nem toda decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material.”¹¹ Diverso é o entendimento de José Afonso da Silva, pois:

Dizemos que o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, em oposição à opinião de Pontes de Miranda, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal.¹²

Embora a distinção entre coisa julgada formal e material tenha importância para fins processuais, o artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal, na medida em que não faz qualquer distinção entre espécies de coisa julgada, assegura a sua proteção integral.

Definido o instituto da coisa julgada, necessário verificar qual a sua natureza. Neste campo há divergências, havendo quem entenda que a coisa julgada

¹⁰ CÂMARA, 2007, p. 485.

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5, p. 95.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 436.

tem natureza de efeito da sentença, de uma situação jurídica¹³ ou de uma qualidade que a ela adere. Esta última posição é defendida por Liebman, ao afirmar que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade que passa a revesti-la a partir de certo momento. Segundo Liebman, a autoridade da coisa julgada é “uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.”¹⁴ Assim, a eficácia jurídica da sentença não se confunde com a autoridade da coisa julgada, que é uma qualidade dos efeitos da sentença.

Durante muito tempo, a coisa julgada foi tida como algo intocável, que tornava indiscutível a decisão (fora das hipóteses legais de rescindibilidade), pois o que se buscava era assegurar as situações jurídicas independentemente de serem justas ou de ferirem regras e princípios constitucionais. Veremos que se tem discutido a necessidade de se rever tal imutabilidade em situações excepcionais. Antes, porém, é indispensável o estudo dos limites subjetivos e objetivos do caso julgado, para se conhecer o conteúdo da sentença que se torna indiscutível.

¹³ CÂMARA, 2007, p. 488.

¹⁴ LIEBMAN, 1984, p. 54.

3 LIMITES DA COISA JULGADA

Os limites objetivos da coisa julgada são determinados pelo pedido formulado pelo demandante e os limites subjetivos da coisa julgada são importantes para definir as pessoas (quem) que são atingidas pela autoridade da coisa julgada material.

Estes limites permitem obter o conteúdo do comando da sentença que se torna imutável. Em relação à matéria que não estiver no âmbito da incidência da coisa julgada obviamente não há que se falar em flexibilização do julgado. Assim, a relativização da coisa julgada incide no limite do objeto do processo e sobre as pessoas atingidas pelo que ficou decidido no dispositivo da sentença.

3.1 3.1 LIMITES OBJETIVOS

Todo processo tem seu objeto (ou mérito)¹⁵ que consiste no pedido formulado pelo demandante. A coisa julgada abrangerá todo o decisório da sentença de mérito e, conseqüentemente, todo o objeto do processo.¹⁶ Ela cobrirá o conteúdo de cada capítulo de mérito, os efeitos do julgamento, vinculando os sujeitos em cada pretensão julgada. Sobre o tema, esclarece Liebman o seguinte:

[...] para identificar-se o objeto, no sentido técnico, do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário que se lembre que a sentença nada mais é do que a resposta dada pelo juiz ao pedido formulado pelos litigantes e que, assim (afastada a possibilidade excepcional de julgamento “*ultra petita*”), uma e outra têm os mesmos limites, constituindo por isso os pedidos o mais seguro critério para se fixar os limites da coisa julgada.¹⁷

É através do pedido que o autor externa sua pretensão a uma tutela jurisdicional: “os limites da coisa julgada são determinados pelo pedido, porque a *res iudicata* não pode ser maior do que a *res iudicanda*.”¹⁸ A maior importância do

¹⁵ O vocábulo mérito, de uso corrente e empregado muitas vezes no Código de Processo Civil, expressa o próprio objeto do processo. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1, p. 182.

¹⁶ DINAMARCO, *Instituições de direito processo civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3, p. 313.

¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 168.

¹⁸ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e da coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 142.

pedido refere-se à introdução do objeto do processo sobre o qual o juiz emitirá seu provimento na parte dispositiva da sentença de mérito e que será alcançado pela imutabilidade da coisa julgada.

A regulamentação dos limites objetivos da coisa julgada inicia-se no art. 468 do CPC, que, valendo-se de definição proposta por Carnelutti, estabelece: “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” Sendo que: *força de lei* significa precisamente *coisa julgada*, a *lide* ou *mérito* é a pretensão trazida a julgamento e *questões* são pontos duvidosos de fato e de direito.¹⁹ O entendimento que o CPC segue sustenta que o objeto do processo seria representado pela lide. Esta é, na concepção *carneluttiana* que o Código adota, “o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.”²⁰ Tal confronto de vontades exige a intervenção do Estado, que o solucionará constituindo sentença definitiva de mérito.

Nos termos da doutrina tradicionalmente adotada, para que haja identidade de pedidos deve haver identidade quanto ao aspecto *imediate*, à espécie de tutela jurisdicional visada (declaratório, constitutivo ou condenatório), e também quanto ao aspecto *mediate*, que é o próprio bem jurídico que o autor procura proteger com a sentença. No que se refere à causa de pedir, o Código adotou a teoria da substanciação, que exige a exposição do fato (causa remota) e dos fundamentos jurídicos que amparam o seu pedido (causa próxima). Vejamos o que expõe Dinamarco:

Vige no sistema processual brasileiro o sistema da *substanciação*, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128) mas os fundamentos jurídicos, não. Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o que levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a

¹⁹ DINAMARCO, 2005, p. 314.

²⁰ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Sobre o tema, Dinamarco afirma: “Tal conceito, conquanto preciso e inegavelmente útil, não merece receber todo o destaque que em passado relativamente recente lhe dava a doutrina brasileira, porque nem sempre o processo e o exercício da jurisdição dependem de uma lide; toda a teoria desta gira em torno dos conflitos relacionados com bens e direitos disponíveis, especialmente no campo do direito das obrigações, não sendo de fácil aplicação aos conflitos regidos pelo direito público ou referentes a direitos indisponíveis.” (*Instituições...* 2004. v. 1, p. 300).

prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentará (*narra mihi factum dabo tibi jus*). Isso não significa que os fundamentos jurídicos deixem de integrar a *causa petendi*. Exige-os a lei expressa (art. 282, inc. III) e eles têm algumas das utilidades que a lei associa à individualização das demandas – ao menos no tocante à competência (p. ex., causas fundadas em direito pessoal ou real: arts. 94-95).²¹

A união desses dois aspectos objetivos (pedido e causa de pedir), a que se soma ainda o aspecto subjetivo, referente às partes, dá a tríplice identidade. As partes, a causa de pedir e o pedido são os elementos constitutivos da demanda e servem para individualizá-la. Conforme dispõe o artigo 301, § 2º, do CPC: “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” Transitada em julgado a sentença referente a determinadas partes, causa de pedir e pedido, será vedada a propositura de outra demanda com tríplice identidade de elementos, tendo em vista a objeção da coisa julgada. Ausente essa identidade, não haverá óbice para o ajuizamento de nova demanda.

O magistrado deve conhecer o que lhe couber *ex officio*, além das questões suscitadas pelas partes. “Questão” é o ponto controvertido surgido no processo. Segundo Kazuo Watanabe, “Em relação ao objeto litigioso, todas as questões que possam influir em sua decisão, sejam prejudiciais ou não, constituem antecedente lógico e por isso devem ser objeto de *cognição* e *resolução*.”²² Para Câmara, “Verifica-se [...] que apenas aquilo que foi deduzido no processo e, por conseguinte, objeto de cognição judicial, é alcançado pela autoridade de coisa julgada.”²³ É o que se pode extrair do disposto no art. 128²⁴ do CPC, ao prever que o juiz decidirá a lide “nos limites em que foi proposta” e do art. 460²⁵, do mesmo Código, que proíbe o juiz de proferir sentença de natureza diversa da pedida. Vejamos mais uma vez a explicação de Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2, p. 127-128.

²² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987. p. 80.

²³ CÂMARA, 2007, p. 497.

²⁴ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

²⁵ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

pelas partes vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.²⁶

Completa-se este sistema com o que vem disposto nos artigos 469²⁷ e 470²⁸ do Código de Processo Civil. Extrai-se, por exclusão do que prevê aquele artigo, que somente a parte dispositiva da sentença de mérito fica protegida pela autoridade da coisa julgada material. Assim, as considerações expostas pelo julgador para fundamentar (justificar, motivar) a conclusão não são qualificadas pela coisa julgada.²⁹ Segundo Liebman, “[...] é só o *comando* pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão.”³⁰ Assim, conforme dispõe este artigo, não fazem coisa julgada os fundamentos postos na motivação da sentença, nem a verdade dos fatos tomada como fundamento da decisão e nem a solução dada incidentalmente a questões prejudiciais, salvo se tiver havido “ação declaratória incidental”, quando então a resolução desta questão também será alcançada pela autoridade de coisa julgada.

Importante observar que nem todas as questões discutidas e resolvidas admitem a existência da coisa julgada. Há questões que não constituem objeto do processo em sentido estrito que são examinadas como premissa lógica da questão principal (questões prejudiciais, propriamente ditas).³¹ Embora as questões prejudiciais sejam apreciadas, não são decididas, porque o juiz nada resolveu a seu respeito. Assim, em outra causa levada em juízo por outro motivo, as questões prejudiciais poderão ser livremente apreciadas no que não foi objeto da lide anterior. Sobre o tema, expõe Cintra, Grinover e Dinamarco:

Questões prejudiciais são aquelas que, podendo por si sós constituir objeto de processo autônomo, surgem num outro processo, como antecedente lógico da questão principal, devendo ser decididas antes desta por influírem sobre o seu teor. Assim, por exemplo, na ação de alimentos a questão da relação de parentesco é prejudicial a

²⁶ WATANABE, 1987, p. 41.

²⁷ Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importante para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

²⁸ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e construir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

²⁹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 247.

³⁰ LIEBMAN, 1984, p. 55.

³¹ LIEBMAN, 1947, p. 166.

atinente à validade da obrigação principal; na ação de despejo, a qualidade de usufrutuário suscitada pelo réu.³²

Assim, o juiz deverá conhecer das questões prejudiciais que também fazem parte da atividade cognitiva que deverá fundamentar a decisão. Porém, se a parte deseja que a questão prejudicial seja analisada não apenas como razão de decidir a lide (art. 470, do CPC), deverá deduzir a ação declaratória incidental (art. 5º, do CPC)³³, que estende a força de coisa julgada. Nessa hipótese, a questão prejudicial transforma-se também em objeto do processo e será decidida, junto com a principal, no dispositivo da sentença e não entre os motivos. Vejamos a lição de Celso Agrícola Barbi:

Para que a *conclusão* do Juiz sobre a *questão* examinada como *prejudicial* tenha força de coisa julgada, é necessário que ela seja tomada como *decisão* e não apenas como atividade de simples *conhecimento incidenter tantum*. Para isto é mister um *pedido*, que transforme a discussão sobre essa questão em verdadeira *causa*, ou *ação*, de modo que o Juiz possa também *decidir* acerca da qualidade de herdeiro do autor. Se for *pedido* esse *juízo*, essa *decisão*, sobre a qualidade de herdeiro do credor, no mesmo processo de cobrança da dívida, ter-se-á inserido neste uma ação declaratória incidente, ou declaração incidente.³⁴

A finalidade da declaração incidente é servir para contribuir para a economia do processo, pois a atribuição de força de coisa julgada à questão prejudicial impossibilita novas demandas com o mesmo pedido entre as mesmas partes, além de evitar conclusões contraditórias. Vejamos mais uma vez o que diz Barbi:

É no princípio de economia do processo que se localiza a finalidade principal da declaração incidente. Com ela se evita, pela formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, que esta venha a ser objeto de nova discussão, provas e decisão, em demandas futuras entre as partes, e que tenham como objeto, ou como prejudicial, a mesma questão. Com seu uso evita-se também o risco de decisões contrárias sobre a mesma questão nas sucessivas demandas, o que,

³² CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 308.

³³ Art. 5º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

³⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 203.

se não é vedado, pelo menos não é desejável, porque acarreta desprestígio para a Justiça, pelo menos aos olhos dos leigos, não conhecedores dos problemas técnicos do processo.³⁵

A questão dos limites objetivos da coisa julgada é uma das mais divergentes no direito brasileiro. Entende Liebman que a questão resolveu-se quando se afirmou que embora os motivos da sentença não sejam objeto da coisa julgada, devam ser considerados para se obter o verdadeiro alcance da decisão.³⁶ Vejamos o que dispõe o mesmo autor a respeito dos limites objetivos:

[...] é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalístico, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo.³⁷

Integra também o sistema criado pelo Código de Processo Civil para a regulamentação dos limites objetivos da coisa julgada o artigo 474³⁸. Trata-se de dispositivo referente à chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada”, de técnica do “julgamento implícito” ou “princípio do deduzido e dedutível”, segundo o qual a autoridade da coisa julgada material impede a rediscussão não apenas das questões que tenham sido explicitamente decididas no dispositivo, porque expressamente alegadas pelas partes, mas também daquelas que poderiam ter sido alegadas, mas não o foram. Ao não se valer das defesas que poderia ter feito e não fez, o interessado sofreu a preclusão. Dinamarco assim comenta o assunto:

A eficácia preclusiva da coisa julgada impõe-se à alegação de fatos ocorridos até ao *último momento útil* para alegá-los, ou seja, antes que o processo haja chegado a um ponto em que a alegação já não seja possível [...]. Em princípio, o *último momento útil* é aquele em que os autos vão conclusos para sentença, mas ainda assim é preciso verificar, caso a caso, se a parte teve ou não oportunidade

³⁵ BARBI, 1977, p. 207.

³⁶ LIEBMAN, 1984, p. 55.

³⁷ Ibidem, p.57-58.

³⁸ Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

para alegar o fato, segundo os critérios prudentes da *lógica do razoável*.³⁹

Veda-se à parte a utilização de toda alegação, *desde que interna aos limites da causa de pedir e do pedido* em face do mesmo adversário que não tenha sido apresentada.⁴⁰ Assim, ainda que a discussão das questões relevantes tenha sido incompleta, para a finalidade prática do instituto a coisa julgada deverá ser preservada. Defesas ou alegações que integrem outra causa de pedir ou outro pedido não prejudicado pela coisa julgada anterior poderão ser formuladas em outro processo. Segundo Câmara:

Apenas o dispositivo da sentença transita em julgado e, por conseqüência, não se poderia permitir que a coisa julgada fosse infirmada toda vez que a parte vencida se lembrasse de alguma alegação que poderia ter feito, mas não fez. Basta pensar no réu condenado a pagar uma dívida, mas que se esqueceu de, no processo cognitivo, alegar a prescrição. Não será possível, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, alegar aquela causa extintiva da obrigação, ainda que com ela se fosse capaz de alterar o resultado final do processo [...].⁴¹

Como foi dito, o art. 474 do Código de Processo Civil trata da eficácia preclusiva da coisa julgada. Não se pode confundir coisa julgada e preclusão. Preclusão é a perda de uma faculdade processual e consiste em assegurar ao processo o seu caminhar para frente para a prestação jurisdicional. Ao longo do processo, ocorrem preclusões, com as partes perdendo faculdades, ficando impedidas de praticar atos processuais. A preclusão vem disciplinada no art. 473, do CPC, que dispõe: “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.” Vejamos o que entende Câmara:

Coisa julgada e preclusão não se confundem, embora não se possa negar à coisa julgada uma eficácia preclusiva, ou seja, a aptidão para produzir o efeito de impedir novas discussões sobre aquilo que foi por ela alcançado. Significa isto dizer que, formada a coisa julgada, tornadas irrelevantes quaisquer alegações que poderiam ter sido aduzidas pelas partes (mas não o foram), não se pode mais discutir o que ficou decidido, perdendo as partes a faculdade de

³⁹ DINAMARCO, 2004, v. 3, p. 324.

⁴⁰ TALAMINI, 2005, p. 86

⁴¹ CÂMARA, 2007, p. 498.

suscitar tais alegações. Se a sentença tiver alcançado apenas a coisa julgada formal, esta eficácia preclusiva impede novas discussões apenas no processo onde a sentença foi proferida (eficácia preclusiva *endoprocessual*), mas se a sentença alcançou também a coisa julgada material, tal eficácia preclusiva impede qualquer nova discussão, em qualquer outro processo, acerca do que já foi coberto pela autoridade de coisa julgada (eficácia preclusiva *pan processual*).⁴²

A coisa julgada formal e a preclusão são institutos diversos, na perspectiva da decisão irrecorrível. Distingue Liebman: “A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo.”⁴³ A doutrina denomina de “preclusão máxima” a coisa julgada formal, pois segundo Marinoni e Arenhart trata-se de “uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida.”⁴⁴ Assim, a coisa julgada formal é fenômeno processual consequente à preclusão dos recursos.

Para se obter o verdadeiro alcance da matéria estudada neste capítulo torna-se indispensável a análise dos dispositivos de forma integrada. A importância do estudo dos limites objetivos está em delimitar o objeto do processo, vale dizer, dos termos em que estiverem postos a causa de pedir e o pedido, que se refletirá na decisão sobre a qual incidirá a força da coisa julgada, o que impede a rediscussão do que foi decidido em outra demanda e possibilita o debate a respeito das teses relativizadoras.

3.2 LIMITES SUBJETIVOS

Os limites subjetivos da coisa julgada, como mencionado, referem-se às partes atingidas pela indiscutibilidade da sentença que, nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil, caracterizam a eficácia da coisa julgada material.

Estabelece o artigo 472 do CPC que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Prevalece a noção chiovendiana de parte: “parte é aquele que demanda em seu

⁴² CÂMARA, 2007, p. 499-500.

⁴³ LIEBMAN, 1984, p. 68.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 632.

próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.”⁴⁵ O interesse inerente ao conceito de parte está em ser sujeito ativo ou passivo da demanda.

Tal noção de parte advém da própria relação processual, pela lide; não é necessário observar a relação substancial deduzida em juízo. Assim, o autor é parte desde o momento em que ajuíza sua demanda; e o réu, adquire esta qualidade de parte pela citação.⁴⁶ Cintra, Grinover e Dinamarco definem autor como “aquele que deduz em juízo uma pretensão (*qui res in iudicium deducit*); e réu, aquele em face de quem aquela pretensão é *deduzida (is contra quem res in iudicium deducitur)*.”⁴⁷

Importante observar que há independência da relação processual quanto à relação substancial. São partes, em sentido formal: “o autor e o réu, isto é, aquele que pede, em nome próprio, a prestação jurisdicional e aquele contra quem ou em face de quem o autor formula o seu pedido, ou a pluralidade de autores ou de réus, litisconsortes ativos ou passivos.”⁴⁸ São partes em sentido material: “os sujeitos da relação interpessoal que a sentença irá regular diretamente.”⁴⁹ Como regra geral há coincidência: as partes em sentido formal também o são em sentido material, por exemplo: o autor, afirmando-se credor do réu, pede a condenação deste, apontando-o como devedor.

Porém, há situações excepcionais como a substituição processual, nos casos de legitimação extraordinária (art. 6º, do CPC), em que se admite que autor ou réu atue em nome próprio na defesa de direito alheio. Aquele que pleiteia, em nome próprio, direito alheio, é substituto processual, parte em sentido formal. Aquele que é o titular do interesse levado a juízo, é o substituído, parte em sentido material. A este a lei faculta o ingresso na qualidade de assistente litisconsorcial com os mesmos poderes de um litisconsorte, embora, por ter ingressado posteriormente, deva respeitar os atos processuais praticados antes. Intervindo ou não, na qualidade de assistente litisconsorcial, o substituto, por ser o titular do direito discutido, será atingido diretamente pela sentença e pela imutabilidade de seus

⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 2, p. 278.

⁴⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4-5.

⁴⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 294.

⁴⁸ TESHEINER, 2001, p. 35.

⁴⁹ TESHEINER, loc. cit.

efeitos. Vejamos algumas situações em que, segundo Tesheiner, verifica-se a substituição:

Assim, no caso de *habeas corpus* impetrado em prol de outrem, o impetrante é parte em sentido formal, e o paciente, parte em sentido material. Outro caso: o do réu que, no curso do processo, aliena a coisa litigiosa. Em face do art. 42 do CPC, ele mantém a sua posição de réu, no processo. Entretanto, desde a alienação, já não é o *seu* direito de propriedade que está em jogo, mas o do adquirente. Assim, desde a alienação, o réu, alienante, assume a condição de substituto processual; o adquirente, a de substituído. Este, embora não sendo parte em sentido formal, sofre os efeitos da sentença.⁵⁰

O sucessor da parte também se sujeita à autoridade do julgado, porque seus interesses estiveram defendidos no processo, por quem era titular do direito ao tempo. Expõe Dinamarco:

Os sucessores *mortis causa* consideram-se projeções da personalidade do falecido, de modo que, não mais estando este aqui neste mundo para gozar de direitos ou cumprir obrigações, a eles toca assumir a posição antes assumida pela parte que veio a falecer. Os sucessores *a título individual* recebem os bens ou direitos na situação em que se encontravam, inclusive a de litigiosidade, por determinação legal (art. 219, *caput*). É portanto natural que todos os sucessores recebam sobre sua esfera de direitos, na medida da sucessão, a eficácia da coisa julgada material produzida entre os que foram partes no processo.⁵¹

À sucessão *mortis causa* aplica-se a regra do art. 43, do CPC: “Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos sucessores [...]” Com a sucessão, seja a título universal ou singular, transferem-se todas as posições materiais e processuais do sucedido, como é a coisa julgada, nos limites do objeto da sucessão.

A imutabilidade que decorre da coisa julgada atinge as partes em sentido formal e as partes em sentido material. O comando irreversível não deve ir além dos sujeitos processuais para que não haja ofensa ao artigo 5º, incisos, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, referentes às garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da ampla defesa.

Isto não significa, porém, que os efeitos da sentença não atinjam os

⁵⁰ TESHEINER, 2001, p. 35.

terceiros. Liebman faz importante distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. O que valerá para todos é a eficácia natural da sentença, que resulta da idoneidade natural e imperativa dos atos estatais. Por exemplo, a declaração de nulidade de um ato vigora perante terceiros; da mesma forma, a sentença de divórcio, que desconstitui o casamento e faz com que a relação matrimonial deixe de existir perante todos. As relações jurídicas entre as pessoas conectam-se de diversos modos e graus. Neste sentido, Talamini expõe:

Desse modo, a *eficácia* natural da sentença (i. e., a potencialidade de produzir efeitos), subjetivamente ilimitada, irá produzir efeitos concretos sobre todas as relações e situações jurídicas que estejam em conexão com aquela que seja objeto do *decisum*.⁵²

Já para as partes, que tiveram a possibilidade de participar da formação da sentença, o julgamento, além de eficaz, é imutável. Expõe Liebman: “a) que a sentença produz efeitos também para os terceiros; b) que esses efeitos, não logrando, como em relação às partes, a autoridade da coisa julgada, não são imutáveis.”⁵³ Portanto, os estranhos não podem ignorar a coisa julgada. O que ocorre é que a indiscutibilidade da sentença atinge somente as partes. Ainda segundo este autor:

Todos os terceiros estão sujeitos à eficácia da sentença, não, porém, à autoridade da coisa julgada; a sentença, nos limites do seu objeto, é sempre oponível a eles, que lhes podem repelir os efeitos, demonstrando a sua injustiça, uma vez que tenham interesse jurídico nessa demonstração.⁵⁴

O julgamento final tem eficácia *erga omnes*, mas são imutáveis somente entre as partes as quais foi dado.⁵⁵ O terceiro que demonstre interesse jurídico, em razão de prejuízos em seus direitos, poderá impugnar os efeitos do julgado (inclusive em outro processo), porquanto não é atingido pela coisa julgada material. Vejamos o que dispõe Cintra, Grinover e Dimamarco a respeito do terceiro juridicamente prejudicado:

⁵¹ DINAMARCO, 2005, v. 3, p. 319-320.

⁵² TALAMINI, 2005, p. 97.

⁵³ LIEBMAN, 1984, p. 132.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 170.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas, SP: Millennium, 2003. v. 2, p. 527.

Entende-se por *terceiro juridicamente prejudicado* toda pessoa que, sem ter sido parte no processo, for titular de alguma relação jurídica material afetada pela decisão da causa (sentença proferida *inter alios*). É terceiro juridicamente prejudicado, p. ex., o fiador com relação à sentença que decidiu a relação jurídica entre o credor e o afiançado. Mas é terceiro prejudicado apenas de fato (e não juridicamente) o credor, com relação ao devedor vencido numa ação reivindicatória: o patrimônio do devedor, assim diminuído, pode não garantir seu crédito, mas a relação jurídica de crédito-débito não é afetada pela decisão reivindicatória.⁵⁶

Já, os terceiros que recebem mero *prejuízo de fato* não possuem legitimidade *ad causam* para questionar a decisão.⁵⁷ Tais terceiros suportarão a eficácia natural da sentença, mas não são atingidos pela autoridade da coisa julgada.

Liebman observou uma tendência na doutrina italiana (Jhering, Carnelutti, Segni, Betti, entre outros) de estender a terceiros ou a certos terceiros a autoridade da coisa julgada sob a espécie de uma eficácia reflexa, variando as opiniões quanto a amplitude em que o fenômeno se deva ter por admissível. Para ele, a existência de efeitos reflexos da coisa julgada revela-se destinada ao insucesso. Em primeiro lugar, porque a lei limita às partes a autoridade da coisa julgada e segundo porque a coisa julgada não é efeito da sentença. Vejamos:

É claro que, se a sentença não produz para as partes o efeito da coisa julgada, não poderá tampouco estender aos terceiros os afirmados efeitos reflexos da coisa julgada. A eficácia da sentença – já se viu – consiste propriamente na emanação de um *comando*, que declara ou modifica as relações jurídicas ou condena o devedor; se produz essa eficácia também para os terceiros, é coisa que se examinará a seu tempo. A coisa julgada, contudo, assim como não é para as partes um efeito da sentença, a *fortiori* não pode sê-lo para os terceiros, nem por via direta nem por via reflexa.⁵⁸

Portanto, Liebman não acolhe tal conceituação porque entende que há erro fundamental. A coisa julgada não tem sentido para os terceiros, em razão de norma precisa de lei e porque não se trata de efeito, nem direto e nem reflexo, da sentença, mas sim de uma qualidade⁵⁹ – a imutabilidade – que adere aos efeitos da sentença, cuja autoridade se exaure entre as partes. A coisa julgada que se formou

⁵⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 309-310.

⁵⁷ DINAMARCO, 2005, v. 3, p. 317.

⁵⁸ LIEBMAN, 1984, p. 86.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 88.

entre as partes só tem sentido para os terceiros que verdadeiramente são tais segundo a teoria geral das partes em juízo.⁶⁰

A parte final do art. 472 do Código de Processo Civil dispõe que: “nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.” Assim, quando os terceiros que possuem interesse jurídico na questão de estado objeto do julgamento são citados, eles assumirão a condição jurídica de partes, sendo atingidos pela coisa julgada.⁶¹ Assim, a segunda parte do dispositivo serve apenas para explicar melhor o que já exprime a sua primeira parte “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada [...]” e reitera a regra geral sobre litisconsórcio necessário (art. 47⁶², do CPC), especificando-a para as causas relativas ao estado de pessoa.

Pode-se dizer, de forma concisa, que a imutabilidade que decorre da coisa julgada atinge as partes que se confrontaram no processo, mas também, o substituído, no caso de substituição processual, pois é o titular do direito discutido (parte em sentido material) e aos sucessores, que passam a ocupar as posições processuais e materiais do sucedido. Muito embora a coisa julgada restrinja-se a eles, os terceiros poderão ser beneficiados ou prejudicados pela eficácia natural da sentença. O terceiro que tenha interesse jurídico possui a faculdade de repelir o efeito com a demonstração da injustiça da decisão.

⁶⁰ Ibidem, p. 95.

⁶¹ TALAMINI, 2005, p. 119-120.

⁶² Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

4 OS MECANISMOS PARA REDISCUTIR A COISA JULGADA E A QUERELA NULLITATIS

Embora a lei não possa desfazer a coisa julgada, pode prever hipóteses de rescindibilidade, imprescindíveis à efetividade do direito de acesso à justiça, à segurança e à estabilidade dos atos jurisdicionais. O sistema jurídico brasileiro prevê, em alguns casos, expressos na lei, situações de abrandamento da coisa julgada. São eles: a) ação rescisória (art. 485, CPC); b) os atos judiciais, que não dependam de sentença, ou em que esta for meramente homologatória (art. 486, CPC); c) impugnação de título judicial na hipótese do art. 475-L, §1º, CPC; d) embargos rescisórios contra a Fazenda Pública na forma do art. 741, parágrafo único, CPC; e) revisão criminal (art. 622, CPP); f) coisa julgada segundo o resultado da lide: na ação popular (art. 18 Lei 4717/65), ação civil pública (art. 16 Lei 7347/85) e ação coletiva para a defesa de direitos difusos ou coletivos (art. 103, I e II da Lei 8078/90).

O problema não inclui as sentenças inexistentes que podem ser desconsideradas a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória, pois sobre elas não incide a autoridade da coisa julgada. Adiante veremos que a declaração da inexistência dar-se-á por meio da ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis*.

4.1 AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória tem a concepção de uma ação e não de um recurso porque pressupõe a sentença que passou em julgado, isto é, que não cabe mais recurso. Lembra Pontes de Miranda que, assim como a revisão criminal, “são ações contra sentenças, portanto – remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual.”⁶³ Entretanto, no processo penal, de forma diversa da ação rescisória, não há prazo para a quebra da coisa julgada formal das sentenças proferidas.

Em nosso sistema, a ação rescisória só é cabível contra sentença de mérito cobertas pela autoridade de coisa julgada. É o que se extrai do art. 485 do Código de Processo Civil: “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser

rescindida quando [...]”. Sentenças de mérito que não se revistam da autoridade da coisa julgada material não são alvo da ação rescisória.⁶⁴ Araken Assis afirma, de maneira simplificada, que se pode chegar a seguinte conclusão: “a coisa julgada é o atributo do provimento judicial que, julgando o mérito, nas hipóteses arroladas no art. 269⁶⁵ do CPC, não se mostra mais suscetível de recurso, no processo em que há função de cognição preponderante.”⁶⁶

Assim, incabível a ação rescisória para atacar sentença terminativa (art. 267⁶⁷ do CPC), que se restringe ao juízo de admissibilidade da demanda, cuja extinção do processo dá-se sem resolução de mérito. Neste caso, o vencido poderá renovar a demanda, admitindo-se o julgamento do mérito antes ignorado. Incabível, também, tal ação na hipótese do art. 486⁶⁸ do CPC, que prevê ação anulatória nos casos em que se quer atacar ato judicial que independe de sentença, ou nos casos em que a sentença é meramente homologatória. Vejamos a distinção feita por Humberto Theodoro Júnior:

A ação prevista no art. 486 funda-se em vício no direito material das partes e nas causas de anulabilidade comuns dos negócios jurídicos. Já na ação rescisória o que se julga é o próprio “julgamento anterior”, como ato jurisdicional imperfeito. Assim, nas sentenças “meramente homologatórias”, a ação do art. 486 vai atingir diretamente o ato das partes homologado pelo juiz, e não propriamente o decisório judicial. Na separação consensual, que é

⁶³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 173.

⁶⁴ TALAMINI, 2005, p. 141.

⁶⁵ Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁶⁶ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 41. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

⁶⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos prescritos neste Código.

⁶⁸ Art. 486. Os atos judiciais, que não dependam de sentença, ou que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

caso típico de jurisdição voluntária, o que se anula é o acordo de vontades dos cônjuges.⁶⁹

Para Araken de Assis, nas hipóteses do art. 486 concebe-se que “o provimento examine o mérito, total ou parcialmente, mas a lei não lhe outorgue a eficácia de coisa julgada [...] jamais adquirirá a eficácia mencionada no art. 467⁷⁰ [...]”.⁷¹ De maneira diversa, Humberto Theodoro Júnior entende que haverá imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença “quando, porém, o acordo de vontades dos litigantes importa solução de uma lide que já é objeto de um feito contencioso em andamento na Justiça.”⁷² Neste caso, prossegue este autor, a sentença que o homologa não pode ser havida como “meramente homologatória”, já que importa encerramento do processo com julgamento do mérito (art. 269, nº III, do CPC), e, conseqüentemente, produz a coisa julgada material (arts. 467 e 468⁷³, do CPC). Assim, se houver ingresso no exame do mérito da matéria, refletindo-se no conteúdo desta, deixa de haver uma simples homologação judicial do negócio jurídico celebrado entre as partes, que transforma o ato judicial em uma decisão com as características a ela inerentes.

Através da ação rescisória busca-se atacar sentença viciada, inválida, cujo vício autorize a sua rescisão. Explica Câmara que “a ação rescisória faz desaparecer a coisa julgada, o que implica remoção do obstáculo à nova discussão acerca daquilo que já havia sido decidido por sentença firme.”⁷⁴ Desaparecido o obstáculo, caberá ao órgão julgador, rejulgar a matéria objeto de apreciação da sentença rescindida. Tal ação possui uma primeira fase: juízo rescindente (*iudicium rescindens*) no qual se julga a pretensão da rescisão da sentença atacada e, uma segunda fase que, pode corresponder a nova prestação jurisdicional: juízo rescisório (*iudicium rescissorium*). Assim, procedente o juízo rescindente, passa-se ao juízo rescisório, quando julgar-se-à aquilo que fora objeto de apreciação pela sentença rescindida. Vejamos o que entende Pontes de Miranda

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 584.

⁷⁰ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

⁷¹ ASSIS, 2008, p. 41

⁷² THEODORO JUNIOR, 2000, p. 584.

⁷³ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2, p. 9.

a respeito da força da sentença rescindente:

A força da decisão rescindente é desfazer a outra sentença e permitir o *rescissorium*. O efeito do *rescissorium* é dar de novo, isto é, *entregar*, com outro conteúdo, no sentido próprio, ou sob outra forma (decisão por nulidade, ou anulação, ou ineficácia), a prometida prestação jurisdicional. Temos, assim, que a força sentencial é constitutiva negativa: desfez o que era. Mas desfez com especificidade: rescindiu.⁷⁵

Além do trânsito em julgado, é indispensável para a admissão da rescisória a invocação de algum dos motivos taxativamente previstos nos incisos do artigo 485⁷⁶ do Código de Processo Civil, que deve ser interpretado restritivamente, pois o ataque à coisa julgada substancial é excepcional. Segundo Dinamarco “a ação rescisória, sendo excepcional no sistema porque consiste em meio de desfazer a coisa julgada (constitucionalmente garantida), só é admissível nos casos estritos da lei, sem possibilidade de ampliações e sempre excluído o reexame de provas.”⁷⁷ Este mesmo autor explica que não se admite ação rescisória de *imprecisões materiais ou erros de cálculo* referidos no artigo 463, inc. I, do CPC, porque são suscetíveis de exame pela via informal ali indicada e não ficam protegidas pela coisa julgada material, que a rescisória visa desfazer.

Tem legitimidade para propor a ação rescisória, conforme estabelece o art. 487 do CPC, quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular, o terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público. Nesta ação, serão demandados todos aqueles que tenham sido partes do processo original e já não figurem no pólo ativo desta nova relação processual. Explica Câmara que se trata de litisconsórcio necessário⁷⁸, sendo necessária a presença de todos para a eficácia da decisão a ser proferida na ação rescisória.

⁷⁵ CÂMARA, 2008, p. 540.

⁷⁶ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada e processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. §1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar existente um fato efetivamente ocorrido. §2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

⁷⁷ DINAMARCO, 2005, v. 3, p. 691.

Segundo Pontes de Miranda, é remédio jurídico processual extraordinário⁷⁹, pois se a sentença não existe, ou é nula, ao invés de rescindi-la, deve o juiz declará-la inexistente ou decretar a sua nulidade. Vejamos o que tal autor expõe:

Na ação rescisória há *juízo de julgamento*. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a *sentença passada em julgado*, a prestação jurisdicional, não apenas *apresentada* (seria recurso), mas já *entregue*. É remédio jurídico processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda, - porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença: a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada formal. Se não houve trânsito em julgado, não há pensar-se em ação rescisória. É reformável, ou revogável, ou retratável, a decisão.⁸⁰

O procedimento da ação rescisória está regulado nos arts. 488 a 494 do CPC e se desenvolve perante o tribunal competente. A petição inicial é endereçada ao próprio tribunal que proferiu o acórdão rescindendo ou ao tribunal de 2º grau de jurisdição no caso de sentença de juiz de 1º grau.⁸¹ Ainda, conforme dispõe o artigo 495 do Código de Processo Civil, o prazo para a propositura da ação de rescisão é de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Reveste-se de natureza decadencial⁸², que não se suspende e nem se interrompe.

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que há casos em que o prazo para a propositura da ação rescisória não começa a correr do momento em que se opera a coisa julgada. Na hipótese do exame pericial, a interpretação adequada do dispositivo 495 do CPC “o direito [...] se extingue em 2 (dois) anos” exige que: “antes, surja o elemento suficiente para o ajuizamento da ação para, só depois, se permitir a fruição do prazo para o seu exercício”⁸³, pois somente com a obtenção do exame pericial nasce o direito. Coaduna com esta posição Marinoni, que entende que o prazo deve ser contado a partir da ciência da parte vencida sobre a existência

⁷⁸ CÂMARA, 2008, p. 23.

⁷⁹ MIRANDA, 1976, p. 84.

⁸⁰ Ibidem, p. 120.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 588.

⁸² TALAMINI, 2005, p. 191.

⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 447. Neste sentido: ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada; enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 113. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

do exame de DNA.⁸⁴ Para aquela autora, a questão deve ser tratada da seguinte forma:

A tutela dos direitos indisponíveis deve merecer tratamento diferenciado do ordenamento jurídico processual, e seria conveniente que algo semelhante fosse realizado com as ações relacionadas à paternidade. Pensamos que o instituto da coisa julgada não deveria ser simplesmente afastado, mas que: (a) fosse explicitado, no art. 485, inc. VII, que, além do “documento novo”, fosse admitida a ação rescisória com base em prova pericial nova; (b) o prazo para o ajuizamento da ação rescisória pudesse ser contado a partir da descoberta do documento pericial novo, e não do trânsito em julgado da sentença.⁸⁵

Posição diversa possui Leonardo Greco que, contrário à relativização da coisa julgada, nega a possibilidade da ação rescisória se não subsistir o prazo para a sua propositura, pois:

[...] à falta de uma pauta clara de hierarquização dos direitos fundamentais que podem apresentar-se em conflito, mesmo porque a valoração desses direitos e a sua ponderação em face de outros pode apresentar-se controvertida ou polêmica, deve ser respeitada a escolha do legislador, que sepulta qualquer nova demanda após o decurso do prazo para a ação rescisória.⁸⁶

A sentença de mérito transitada em julgado que seja calcada apenas na injustiça da decisão é insuscetível de impugnação por ação rescisória. Pontes de Miranda exemplifica: uma das espécies de sentenças injustas não rescindíveis é a das sentenças que apreciaram, sem exatidão, a prova.⁸⁷ Nelson Nery Junior entende que o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional parece ser menos grave do que o risco de instaurar-se a insegurança geral com a relativização da coisa julgada.⁸⁸ Assim, as sentenças

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da Coisa Julgada; enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 277. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

⁸⁵ WAMBIER, 2007, p. 448.

⁸⁶ GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 260-261. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

⁸⁷ MIRANDA, 1960, t. 10, p. 243.

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 293. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

injustas que não caibam nas espécies dos artigos 485 e 486 do Código de Processo Civil não podem ser rescindidas. Este é o entendimento de Donaldo Armelin:

O certo, contudo, é que nenhum dos instrumentos processuais direcionados a afastar direta ou indiretamente a coisa julgada material leva em consideração a justiça da decisão. Com efeito, tanto a ação rescisória prevista no art. 485 do CPC, como a ação anulatória contemplada no art. 486 do mesmo Código não cogitam de decisões injustas como alvo de sua atuação. O mesmo sucede com a ação declaratória *querela nullitatis insanabilis* – de inexistência de relação processual relativamente ao réu do processo de onde emanou a decisão atacada sob tal fundamento. É o que também ocorre com os embargos de devedor previstos no inc. I do art. 741 do CPC, que, não atacando diretamente a decisão exequenda, inibe-lhe a eficácia executória, *ad instar* do disposto no parágrafo único desse mesmo artigo [...].⁸⁹

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, admite a relativização da coisa julgada material no caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, mas não a admite quando haja mera alegação de injustiça da sentença. Entende que o meio adequado para se discutir a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado é a ação rescisória, com fundamento no inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, que possibilita a rescisão de sentenças transitadas em julgado que violem “literal disposição de lei.”⁹⁰ Tem este mesmo posicionamento Nelson Nery Junior, pois:

A sentença de mérito transitada em julgado que tiver sido prolatada *contra* texto da CF e da lei pode ser desconstituída pela ação rescisória. A sentença de mérito transitada em julgado que seja *injusta* faz, inexoravelmente, a coisa julgada material, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória, por mais grave que possa ter sido a injustiça. Isto porque, sendo a ação rescisória meio excepcional de impugnação das decisões judiciais de mérito transitadas em julgado, e levando-se em consideração o preceito hermenêutico de que as hipóteses de exceção, isto é, de cabimento da rescisória previstas pela lei devem ser interpretadas de maneira estrita, doutrina e jurisprudência têm entendido, corretamente, não ser possível rescindir-se essa sentença sob fundamento de sua *injustiça*.⁹¹

Trata-se de uma das hipóteses de ação rescisória que mais causa

⁸⁹ ARMELIN, Donaldo, 2008, p. 91.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valter do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 147.

⁹¹ NERY JUNIOR, 2008, p. 299.

polêmica. A doutrina discute o que estaria abrangido na expressão “violação de lei”. Para Wambier e Medina, tal expressão refere-se à lei federal, complementar, ordinária, Constituição Federal, leis estaduais, municipais, medidas provisórias, decretos legislativos etc [...] também os princípios jurídicos.⁹² E rematam que o desrespeito a princípios é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a dispositivos legais, logo o desrespeito a princípios deve entender-se como alcançado pelo art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil. Esta também é a posição de Talamini, que entende que o alcance do vocábulo “lei” deve ser amplíssimo⁹³, compreendendo a Constituição, as espécies normativas do seu art. 59 e os princípios jurídicos consagrados no ordenamento.

Para Talamini, a maior parte das “sentenças inconstitucionais” tem cabimento nas hipóteses de ação rescisória.⁹⁴ Nas hipóteses em que esta não for cabível, este autor propõe a quebra atípica da “coisa julgada inconstitucional” através de uma ação rescisória extraordinária com prazo flexibilizado, juízo de ponderação de valores e na possibilidade de quebra parcial.⁹⁵ Pondera Talamini que poderá pesar na manutenção do julgado, por exemplo, o decurso de um longo período de tempo desde o trânsito em julgado do pronunciamento tido por “inconstitucional”⁹⁶. O juízo de ponderação deve balancear os valores jurídicos envolvidos e determinar se é o caso de se preservar a segurança jurídica, ou seja, de não se relativizar a coisa julgada.

Na hipótese das sentenças sobre estado de pessoas, excluídas as causas matrimoniais, Talamini propõe uma alteração legislativa destinada a criar uma modalidade especial de ação rescisória em que haveria maior abrangência das hipóteses de cabimento e ausência de prazo. Em razão desta amplitude de propositura, prossegue este autor, deveria estabelecer-se um juízo prévio de admissibilidade, com o objetivo de analisar se a ação reúne elementos sérios e objetivos que justifiquem o seu processamento.⁹⁷

No que se refere às sentenças proferidas antes do advento do exame de DNA, renomados autores admitem o seu enquadramento na hipótese do “documento novo” que não pôde ser utilizado, mas que é capaz, por si só, de

⁹² WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 179.

⁹³ TALAMINI, 2005, p. 158-159.

⁹⁴ Ibidem, p. 663.

⁹⁵ Ibidem, p. 648.

⁹⁶ Ibidem, p. 643.

“assegurar um pronunciamento favorável” (art. 485, inc. VII, do CPC). Para Wambier e Medina: “[...] se é admissível a ação rescisória com fundamento em documento novo, com muito mais razão deve-se admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em exame pericial novo.”⁹⁸ Talamini afirma que ao conceito legal de “documento novo” deve-se dar interpretação extensiva de modo a abranger qualquer meio de prova objetivamente inacessível ou não cogitável na época do processo, como por exemplo, o exame de DNA nas investigações de paternidade.⁹⁹ Esse é o entendimento de Marinoni que, acrescenta que “essa forma de interpretar nada mais é do que uma obrigação do intérprete”.¹⁰⁰

Humberto Theodoro Júnior, pelo contrário, entende que “não há, *data venia*, como tratar um exame pericial posterior à coisa julgada como documento novo [...]. A ação rescisória é remédio excepcionalíssimo e como tal somente pode ser utilmente manejada nos estritos limites dos permissivos legais.”¹⁰¹ Pensa este autor que, conforme as circunstâncias, o posterior exame de DNA pode servir de meio para demonstrar que a sentença da ação de paternidade se lastreou em falsa prova (art. 485, VI, do CPC).

Pode-se observar que a maioria dos doutrinadores entende suficiente a disciplina atual para coibir os motivos capazes de justificar a relativização da coisa julgada material via ação rescisória. Em algumas hipóteses torna-se necessária uma interpretação mais ampliativa das possibilidades de ação rescisória. A grande maioria entende que não é necessário a mudança do biênio decadencial, mas propõem que o prazo para a rescisória deve iniciar-se a partir do conhecimento da ocorrência do vício ensejador da rescisão ou do fato que a justificaria. Na teoria, o início do prazo para a contagem dos dois anos da ação rescisória da forma proposta por estes doutrinadores resolve bem o problema. Na prática, porém a questão não nos parece tão simples. Por exemplo: no caso da investigação de paternidade, o termo inicial se dar-se-ia da patente do exame de DNA? Ou do conhecimento deste exame por seu titular? Ou do momento em que a parte poderia ter realizado o exame? Ou ainda, da realização deste exame?

⁹⁷ Ibidem, p. 663.

⁹⁸ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 202.

⁹⁹ TALAMINI, 2005, p. 181. Neste sentido: MOREIRA, 2008, p. 243.

¹⁰⁰ MARINONI, 2008, p. 279.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: princípio da verdade real - Poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas às paternidade (DNA). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 17, p. 9-28, jan./mar. 2005, p. 25-26.

Pensamos que muitas vezes pode-se tornar difícil determinar a partir de quando o titular já poderia exercer seu direito.

4.2 INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS JUDICIAIS INCONSTITUCIONAIS (ARTS. 475-L, § 1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC)

A impugnação e os embargos à execução são as mais amplas das vias permitidas ao executado no sistema do processo civil, isto é, eles constituem a *oposição* do executado à execução que lhe é movida¹⁰². Enquanto nos *embargos* a oposição se lança contra a execução por título extrajudicial (arts. 736 e ss., do CPC), na *impugnação* a oposição é cabível contra a execução de título judicial, que advém de manifestação do Estado-juiz, dotada da imperatividade inerente aos atos estatais (arts. 475-J, 475-L e 475-M, do CPC).

Tal imperatividade confere ao cumprimento de sentença uma especial capacidade de se impor com maior agilidade e rigor. Esclarece Dinamarco: “o cumprimento de sentença far-se-ia sempre mediante mera *fase* do processo, sem se instaurar um processo para a execução, enquanto a execução por título extrajudicial dá origem a um processo novo e autônomo [...]”.¹⁰³ Observa-se que o cumprimento de sentença agora é feito por uma fase executiva subsequente à cognição, já a execução por título extrajudicial se instaura pelo ajuizamento de uma ação de execução, inclui a citação do executado e termina por sentença.

No entanto, a execução por título judicial recebe do Código de Processo Civil uma exceção, pois o cumprimento de sentença proferida contra a Fazenda Pública faz-se em processo autônomo. A reforma processual introduzida pela Lei nº 11.232/2005 reservou o artigo 741 do Código de Processo Civil aos embargos à execução contra a Fazenda Pública, fazendo as devidas correções. Explica Dinamarco: “embargos à execução contra a Fazenda Pública não são outra coisa senão os próprios embargos do executado, quando opostos por um ente público”.¹⁰⁴ Tais embargos constituem o meio de defesa a ser utilizado pela Fazenda Pública nos processos em que figura como executada.

¹⁰² DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 743.

¹⁰³ DINAMARCO, 2009, p. 455.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 743.

Assim, o artigo 475-L do CPC elenca os fundamentos para a impugnação cabível na execução de título judicial (cumprimento de sentença) e o artigo 741 do CPC os fundamentos para os embargos da Fazenda Pública em execução também por título judicial. Importante observar, para fins do estudo deste capítulo, a regra idêntica de ambos os dispositivos, cuja previsão encontra-se no art. 475-L, §1º e no art. 741, parágrafo único, do mesmo Código.

Verifica-se que tal preceito trata de mecanismo oferecido expressamente no ordenamento jurídico, que permite a revisão de títulos executivos acobertados pela coisa julgada material. Segundo Paulo Roberto de Gouvêa Medina, “trata-se, em ambos os casos, de vias excepcionais, à margem da ação rescisória, que poderão ser utilizadas, independentemente do ajuizamento dessa, com o objetivo de desconstituir o título em que se funde a execução.”¹⁰⁵ O parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, e o art. 475-N, pela Lei 11.232/05, que assim dispõe:

Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Caberá ao próprio juiz competente para o processamento dos embargos/impugnação pronunciar-se sobre o pedido de desconstituição do título executivo supostamente eivado de inconstitucionalidade. Assim, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se baseou a decisão judicial, permite-se a rediscussão do conteúdo de sentença inconstitucional transitada em julgado, a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.

A equiparação com a “inexigibilidade” pretendida pelo inc. II, do artigo 741, do CPC, para fins de desconstituição do título, é inadequada. Explica Eduardo Talamini¹⁰⁶ que “o título é inexigível quando a obrigação nele representada ainda não precisa ser cumprida, porque pendente termo ou condição.” A inserção dos embargos na categoria da “inexigibilidade” possivelmente se deu para diminuir

¹⁰⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa julgada: garantia constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 146, p.11-31, abr. 2007, p. 19.

¹⁰⁶ TALAMINI, 2005, p. 462.

as censuras e a resistência à inovação.

Durante algum tempo, doutrinadores entenderam que o artigo 741, parágrafo único, do CPC, estaria eivado de inconstitucionalidade formal, em razão de ter sido veiculado, através de medida provisória editada, sem os requisitos da relevância e urgência. Segundo expõe Nelson Nery Júnior, tal entendimento modificou-se com a nova redação determinada pela Lei 11.232/05. Vejamos:

A redação anterior do CPC 741 par. ún. revogada pela L 11232/05, padecia de inconstitucionalidade *formal*, porque o par. ún. do CPC 741 foi incluído pela MedProv 2180-3510, editada sem os requisitos da relevância e urgência exigidos pela CF 62 para que o Presidente da República possa, em caráter absolutamente excepcional, editar medida provisória. Qual a relevância e em que consistiria a urgência de acrescentar-se esse parágrafo ao CPC 741, que justificaria a edição de medida provisória *sem que se aguardasse o processo legislativo normal*? A norma, instituída pela MedProv 2180-3510, era, portanto, *formalmente inconstitucional* [...]. Como a atual redação do dispositivo proveio de legítimo processo legislativo, não há inconstitucionalidade formal.¹⁰⁷

Já no que se refere à inconstitucionalidade material do dispositivo, há polêmica na doutrina e jurisprudência. Tal dispositivo constitui, segundo Talamini, uma inovação, pois possibilita a revisão de títulos executivos transitados em julgado, independentemente do prazo de dois anos da ação rescisória (e, mesmo, fora do prazo dessa).¹⁰⁸ O aludido parágrafo tem sido alvo de divergências no que concerne à sua compatibilidade com a Constituição da República, já que permite a revisão da coisa julgada, o que é inaceitável para alguns juristas.

Por um lado, há autores, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que o consideram inconstitucional por ofender o princípio da coisa julgada. Este posicionamento sobrevaloriza o princípio da coisa julgada, que estaria acima de outros princípios constitucionais, inclusive a supremacia da Constituição. Expõem estes autores:

Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria *ofensa direta* a dois dispositivos constitucionais: CF 1º caput (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º XXXVI (garantia individual ou

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e leg. extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1086.

¹⁰⁸ TALAMINI, 2008, p. 116.

coletiva da intangibilidade da coisa julgada). A norma, instituída pela L.11232/05, é portanto, *materialmente inconstitucional*.¹⁰⁹

Neste sentido, Leonardo Greco, para quem as ações previstas no ordenamento infra-constitucional como meios de ataque da sentença transitada em julgado merecem severa análise à luz da segurança jurídica como direito fundamental e da coisa julgada como garantia desse direito. Vejamos:

Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações continuativas [...].¹¹⁰

Zavascki entende que não é correto tal posicionamento e argumenta que se assim fosse ter-se-ia que negar a constitucionalidade da própria ação rescisória.¹¹¹ Este instituto demonstra que a coisa julgada não tem caráter absoluto, permitindo restrições, quando estabelecidas por legislação ordinária.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria defendem a prevalência máxima do princípio da supremacia da Constituição. Consideram insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Na segunda parte do dispositivo em exame, destarte, a inexecutabilidade não se reporta a prévio pronunciamento do STF, mas decorre de constatação feita diretamente pelo juiz dos embargos sobre o teor do título executivo judicial. Com ou sem declaração do STF, estando a sentença em contraste com algum preceito constitucional, estará o juiz da causa credenciado a reconhecer-lhe a nulidade e a acolher os embargos do devedor para proclamar-lhe a inexigibilidade, de que cogita o atual parágrafo único do art. 741 do CPC.¹¹²

Para tais autores, na segunda parte do dispositivo em comento,

¹⁰⁹ NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 1086.

¹¹⁰ GRECO, 2008, p. 261.

¹¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR., FREDIE (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 372. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 105-106.

bastaria que o juiz, no bojo dos embargos à execução, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, recuse execução à sentença que contrarie a Constituição, ainda que transitada em julgado a decisão. Porém, com a nova redação da Lei 11.232/05, a questão parece estar resolvida, pois “[...] considera-se inexigível o título judicial fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo **tido pelo Supremo Tribunal Federal** como incompatíveis com a Constituição Federal (grifo nosso).

No que se refere a este segundo posicionamento, há críticas no sentido de que se estaria atribuindo aos embargos à execução/impugnação uma eficácia rescisória muito maior do que a prevista nos dispositivos, com a eliminação do princípio da coisa julgada.¹¹³ Ademais, comprometer-se-ia um dos escopos do processo, o da pacificação social com a solução da lide, ao possibilitar a permanente renovação dos questionamentos judiciais já decididos, ou seja, propiciar-se-ia a perene instabilidade do julgado.

Parte majoritária da doutrina admite a constitucionalidade da norma prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC e no §1º do art. 475-L do CPC, buscando dar-lhe um alcance compatível com o enunciado. Enfatizam que será necessário que o Supremo Tribunal Federal, órgão encarregado do controle de constitucionalidade, subtraia a eficácia do julgado com apoio na lei declarada inconstitucional¹¹⁴, pois:

É o Supremo que detém a função de dar a última palavra em matéria de constitucionalidade e está investido do poder de proferir decisões com eficácia *erga omnes* e força vinculantes, ou aptas a assumir tais qualidades com o concurso do Senado.¹¹⁵

Ademais, lembra Araken de Assis que não é todo juízo de inconstitucionalidade que retirará a força executiva do provimento judicial¹¹⁶, pois tais preceitos aplicam-se somente aos casos de sentença inconstitucional em que houver:

- a) o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo no exercício do controle direto e abstrato;

¹¹³ ZAVASCKI, 2008, p. 372-373.

¹¹⁴ Neste sentido: ASSIS, 2008, p. 58-59; DINAMARCO, 2009, p. 793; TALAMINI, 2008, p. 134 e ZAVASCKI, 2008, p. 374.

¹¹⁵ TALAMINI, 2008, p. 134.

- b) o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo em via incidental, desde que suspensa a execução pelo Senado Federal (art. 52, X, da Constituição¹¹⁷);
- c) a aplicação ou interpretação tidas previamente pelo Supremo por incompatíveis com a Constituição Federal.¹¹⁸

Para Araken de Assis, o art. 741, parágrafo único, e sua reprodução no art. 475-L, § 1º, do CPC, representam a flexibilização da coisa julgada e, à primeira vista, não ofendem a Constituição, pois “[...] cabendo à lei infra-constitucional estabelecer quando e em que hipóteses há coisa julgada, também poderá instituir seu desaparecimento perante eventos contemporâneos ou supervenientes à emissão do pronunciamento apto a gerá-la.¹¹⁹

Alexandre Freitas Câmara considera que os embargos do executado se apresentam como meio processual idôneo para o reconhecimento da sentença inconstitucional transitada em julgado. Esclarece que: “O disposto no aludido parágrafo único do art. 741 nada mais é do que decorrência do alcance *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em processos de controle direto de constitucionalidade”¹²⁰. Segundo Câmara, negar o afastamento da coisa julgada em tal hipótese significaria limitar ilegítimamente o alcance das decisões da Corte Suprema, assim:

Basta imaginar o seguinte exemplo: alguém é condenado a pagar certa quantia em dinheiro, tendo a sentença por fundamento o disposto em certa lei. Transitada em julgado esta sentença condenatória, vem o Supremo Tribunal Federal, em processo de controle direto de constitucionalidade, a declarar a inconstitucionalidade daquela mesma lei. Consequência disso é que ninguém terá de pagar a verba a que a mesma se refere. A não-relativização da coisa julgada formada naquele primeiro processo faria com que todos ficassem livres da obrigação, menos o que ali ficou vencido. Dito de outro modo, a decisão do STF teria alcance que não seria, a rigor, *erga omnes*, pois alcançaria a toda a sociedade menos ao vencido naquele primeiro processo, que seria a única pessoa a ter de cumprir a obrigação decorrente de lei declarada inconstitucional. Ora, se a decisão do STF é oponível contra todos, também aquele que fora condenado com base na lei inconstitucional fica livre da obrigação, razão pela qual seu

¹¹⁶ ASSIS, 2008, p. 58.

¹¹⁷ Art. 52. Compete ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁸ TALAMINI, 2008, p. 117.

¹¹⁹ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR, 2008, p. 56.

¹²⁰ CÂMARA, 2005, p. 149.

pagamento não pode ser exigido. E os embargos do executado se apresentam como meio processual adequado para a alegação de tal inexigibilidade.¹²¹

O pronunciamento do Supremo que reconhece a inconstitucionalidade da norma terá eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a teor do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99¹²². É possível a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para os casos futuros, atribuindo-lhe eficácia *ex nunc* (a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado), nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99¹²³. Explica Araken de Assis que: “outorgando o STF efeitos *ex nunc* ao seu julgamento, com o fito de não bulir com direitos adquiridos sob a égide da lei inconstitucional, nenhuma aplicação exhibe o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, às sentenças transitadas em julgado [...]”¹²⁴

Quanto ao controle difuso/incidental de inconstitucionalidade, o pronunciamento pelo Supremo, não tem por si só eficácia *erga omnes*.¹²⁵ Para o caso concreto ali julgado o efeito será *ex tunc* (cabendo a modulação para preservar situações pretéritas, conforme mencionado acima). A incidência dos aludidos parágrafos, para além do processo em que se der, somente ocorrerá a partir da resolução do Senado Federal, na forma do art. 52, X, da CF/88, retirando a regra do ordenamento.

Sendo as normas em questão de natureza processual, têm aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Tais normas não podem ser efeito retroativo, apenas aplicável às sentenças transitadas em julgado após sua entrada em vigor. Em observância à cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal afirma Zavascki que: “não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em

¹²¹ Ibidem, p. 149-150.

¹²² Art. 28, parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹²³ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹²⁴ ASSIS, 2008, p. 59.

¹²⁵ TALAMINI, 2008, p. 131.

julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência”.¹²⁶ Isto porque, o beneficiado pela sentença possui o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada.

Toda questão relativa à inexecutibilidade do título, por se tratar de matéria de ordem pública, poderá ser oferecida, por meio mais ágil e menos formal, através de objeção de pré-executividade, no curso da própria execução. Este meio de defesa, ao contrário dos embargos (art. 738, do CPC¹²⁷) ou impugnação (art. 475-J e § 1º, do CPC¹²⁸), não se sujeita a nenhum prazo.

Verifica-se que os artigos 741, parágrafo único, e art. 475-L, § 1º, do CPC, possibilitam a inexigibilidade do título executivo judicial quando lastreado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou fundado em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal, desde que tenha havido o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Tal preceito representa mais uma via excepcional prevista expressamente no ordenamento jurídico, além da ação rescisória, que admite a revisão do julgado já coberto pela autoridade da coisa julgada material.

4.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA (*QUERELA NULLITATIS*)

A ação declaratória de inexistência, também denominada de *querela nullitatis*, tem origem no direito romano e para vários doutrinadores sobrevive no direito moderno.¹²⁹ Trata-se de ação autônoma, imprescritível, cuja competência funcional pertence ao mesmo juízo do processo que lhe deu causa. Afirma Talamini: “estão legitimados a formulá-la tanto o vencido quanto o vencedor, cujo interesse

¹²⁶ ZAVASCKI, 2008, p. 381. Neste sentido: DINAMARCO, 2009, p. 793; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. In: DIDIER JR, 2008, p. 340-341.

¹²⁷ Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

¹²⁸ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Par. 1º. Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

¹²⁹ CÂMARA, 2005, p. 151. Neste sentido: ARAKEN, 2008, p. 53; ARMELIN, 2008, p. 91; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “*querela nullitatis*” e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 48, p. 40, out./dez. 1987; MOREIRA, 2008, p. 243; TALAMINI, 2008, p. 368; THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 123; NASCIMENTO, 2005, p. 21.

pode residir na eliminação da incerteza criada pela aparência de sentença.¹³⁰ Não há procedimento próprio previsto no Código de Processo Civil.

Tal ação constitui o meio mais adequado para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças juridicamente inexistentes, que podem ser declaradas como tal a qualquer tempo. Explicam Wambier e Medina que de forma diversa ocorre com as sentenças nulas, que, por estarem acobertadas pela coisa julgada, precisam ser desconstituídas, para que, indiretamente, se atinja o vício da sentença.¹³¹ Sobre sentenças inexistentes não pesa a autoridade da coisa julgada, não sendo, por isso, rescindíveis.

A sentença existente, mas injusta ou inconstitucional, faz coisa julgada material, cuja desconstituição dar-se-á por meio da ação rescisória se prevista em uma das suas hipóteses de rescindibilidade, no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado. Sobre a sentença existente é que se discute a possibilidade ou não da relativização da coisa julgada.

Wambier e Medina utilizam-se de um conceito de sentença inexistente mais amplo do que a posição adotada no item 5 do presente trabalho, segundo o qual a sentença inconstitucional existe, faz coisa julgada e deve ser desconstituída por meio da ação rescisória. Segundo estes autores, a sentença inconstitucional não transita em julgado, sendo norma juridicamente inexistente, pois:

Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito ex tunc, pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser aparentemente.¹³²

Estes autores entendem cabível a ação declaratória de inexistência para retirar a sentença inconstitucional do ordenamento jurídico. Nelson Nery Junior, para quem a *querela nullitatis* é figura muito antiga e banida dos ordenamentos jurídicos, discorda da possibilidade de impugnação perpétua de sentença ou acórdãos transitados em julgado, pois é ofensivo ao Estado Democrático de Direito

¹³⁰ TALAMINI, 2008, p. 368.

¹³¹ WAMBIER; MEDINA, 2008, p. 405.

(art. 1º, *caput*, da CF) e à garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, *caput*, e LIV, da CF). Vejamos:

No século XXI não mais se justifica prestigiar e dar aplicação a institutos como os da *querela nullitatis insanabilis* e da *praescriptio immemorabilis*. Não se permite a reabertura, a qualquer tempo, da discussão de lide acobertada por sentença transitada em julgado, ainda que sob pretexto de que a sentença seria inconstitucional. O controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário existe, mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal.¹³³

Tem-se admitido também o reconhecimento da sentença inexistente no mandado de segurança, na ação civil pública, nos embargos de executado e na exceção de pré-executividade.¹³⁴ É possível ainda o reconhecimento *incidenter tantum* da inexistência da sentença, no curso de outro processo de conhecimento.¹³⁵ Parte significativa da doutrina¹³⁶ e da jurisprudência tem admitido a ação rescisória ajuizada contra sentença inexistente, embora esta seja remédio típico para a desconstituição da sentença revestida de coisa julgada material. A respeito da fungibilidade dos remédios processuais utilizáveis, expõe Adroaldo Furtado Fabrício que:

Esse conjunto de “ações” (no impróprio mas usual sentido de remédios jurídicos-processuais) se oferece ao interessado em típico “concurso eletivo”, sendo-lhe lícito servir-se indiferentemente de qualquer dos vários remédios a cujo respeito não se haja consumado ainda alguma modalidade de preclusão.¹³⁷

Importante observar que é possível que a sentença seja inexistente, mas os atos anteriores ao processo não o sejam. Não pode ser ignorada a existência e validade dos atos processuais que antecedem o reconhecimento da inexistência da sentença. Vejamos a solução dada por Talamini:

A procedência da *actio nullitatis* deixa a porta aberta para a pura e simples repositura da ação anterior apenas naqueles casos em que a inexistência for total (i.e., tanto a “sentença” quanto o

¹³² Ibidem, p. 389.

¹³³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 508.

¹³⁴ TALAMINI, 2008, p. 367-372.

¹³⁵ Ibidem, p. 368.

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR, 2008, p. 509.

¹³⁷ FABRÍCIO, 1987, p. 39.

“processo” não existiam, eram simples arremedos – ex.: processo integralmente desenvolvido perante não-juiz). Nos demais, a consequência do acolhimento da ação declaratória de inexistência da sentença será a reabertura do processo a partir do último ato existente.¹³⁸

Assim, quando a inexistência for total, a parte poderá propor a *querela nullitatis* cumulada com a demanda que deveria ter sido o objeto do processo que não existiu. Poderá ainda propor esta demanda com a discussão incidental da objeção da coisa julgada. Já quando o pronunciamento inexistente foi precedido de atos processuais existentes, caberá o reconhecimento da inexistência, que autorizará a retomada do processo incompleto.¹³⁹ Ambas as hipóteses normalmente resultarão na competência originária do juiz de primeiro grau.

Se em um destes instrumentos houver decisão revestida de coisa julgada rejeitando a pretensão de declaração de inexistência de coisa julgada, ficará obstado o emprego de outras medidas. Lembra Adroaldo Furtado Fabrício que em regra [...] nos concursos eletivos de “ações”, *electa una via, non datur regressus ad alteram*. Portanto, veiculada a pretensão por qualquer dos caminhos disponíveis (embargos, ação rescisória ou *querela nullitatis*), fecham-se os demais.¹⁴⁰ Se, no entanto, a rejeição se der incidentalmente, sem ser atingida a coisa julgada, será possível o emprego de outras vias.

Verificou-se que na sentença inexistente não está presente a autoridade da coisa julgada material, o que impossibilita a discussão sobre a possibilidade ou não de sua relativização. Conforme veremos mais detalhadamente no capítulo seguinte, há defeitos de forma e conteúdo que não implicam a inexistência da sentença. Trata-se, neste caso, de sentença de mérito que faz coisa julgada, cuja desconstituição dar-se-á por meio de rescisão (e não ação declaratória de inexistência) e sobre a qual se discute a admissão da flexibilização da coisa julgada.

¹³⁸ TALAMINI, 2008, p. 369.

¹³⁹ TALAMINI, 2008, p. 371.

¹⁴⁰ FABRÍCIO, 1987, p. 40.

5 NULIDADE E INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA

Para os fins da presente dissertação importa diferenciar as sentenças nulas das inexistentes. Tal distinção é aceita pela maioria dos processualistas, muito embora ainda não haja uniformidade terminológica.

É necessário observar que a sentença, assim como todo ato jurídico, comporta exame sob três planos: a existência jurídica, a validade e a eficácia para a produção de determinados efeitos programados. Lembra Dinamarco que, além da observância desse ato processual em si mesmo, deve-se analisar a regularidade dos atos que a antecedem e do procedimento como um todo.¹⁴¹

Em primeiro lugar, é necessário averiguar se o ato concreto contém os elementos essenciais para corresponder à moldura da descrição normativa, imprescindíveis para que ele exista. Se a resposta for afirmativa, ele juridicamente existe. No ato jurídico, tal situação ocorre quando há *forma* determinada em lei, observada pelo *sujeito* qualificado a realizar o ato, por sua *vontade* e pelo *objeto* admissível em direito.¹⁴² Portanto, explica Talamini que, ausente os elementos nucleares para tal configuração, “vazia aparência do ato”¹⁴³ se está diante da inexistência jurídica.

Em segundo lugar, deve-se observar se estão presentes e perfeitos todos os demais traços descritos normativamente, isto é, se não há vícios ou defeitos perante o sistema jurídico. Se a resposta for afirmativa, então o ato é válido. Segundo Dinamarco, “o ato processual é inválido quando realizado sem observância dos requisitos de forma exigidos pela lei (modo, lugar e tempo)”.¹⁴⁴ A lei, a fim de impedir abusos, em nome da garantia do devido processo legal, impede a produção de efeitos dos atos inválidos. Assim, a invalidade formal é insuficiente para, por si mesma, excluir a capacidade de produzir efeitos, que se impõe da lei.

Já a eficácia diz respeito à produção de efeitos. Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, a expressão eficácia “terá o sentido de *efetiva produção de efeitos típicos*. Com ‘efeitos típicos’ queremos significar efeitos queridos pelo agente, se for um ato; pelo legislador, se for uma norma.”¹⁴⁵ Expõe Dinamarco a

¹⁴¹ DINAMARCO, 2005, p. 682.

¹⁴² DINAMARCO, 2004, v. 2, p. 585.

¹⁴³ TALAMINI, 2005, p. 281.

¹⁴⁴ DINAMARCO, 2004, v. 2, p. 589.

¹⁴⁵ WAMBIER, 2007, p. 138.

respeito do ato ineficaz: “ineficaz é a sentença que, existindo juridicamente, não contendo qualquer vício e sendo proferida mediante procedimento regular (sentença válida, não nula), por algum outro motivo é incapaz de produzir os efeitos programados, ou alguns deles.”¹⁴⁶ Validade e eficácia são noções que se relacionam, embora não se confunda. Assim, é possível a existência de um ato válido e ineficaz, como também, de um ato eficaz e inválido.

No ato inexistente, por faltarem os elementos essenciais à sua constituição, não se reúnem condições para ser eficaz. Neste caso, o ato jurídico processual é inexistente perante o direito. Fala a doutrina em “*não atos*”, pois:

Dos atos inexistentes não costuma falar a lei – e nem precisaria mesmo falar: se se pratica um ato disforme do modelo legal, que em si mesmo não seja apto a atingir o resultado desejado, não precisaria a lei negar-lhe eficácia (mas v. CPC, art. 37, par. ún.). Exemplos de atos inexistentes são a sentença que não contenha a parte dispositiva (CPC, art. 458, inc. III; CPP, art. 381, inc. V) ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado pelo seu autor. Parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em *nulidade absoluta*. Falam alguns autores em atos anuláveis (para o que chamamos de nulidade relativa), atos *relativamente nulos* (para o que chamamos de nulidade absoluta) e atos *absolutamente nulos* (para o que chamamos de inexistência jurídica). A divergência, como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como se poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de-ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?¹⁴⁷

No que se refere à possibilidade da produção de efeitos das sentenças inexistentes, entende Dinamarco que “a sentença é juridicamente inexistente quando *incapaz, por si própria, de produzir os efeitos programados*.” Isto não significa que não possam ocorrer efeitos de natureza fática. Expõe Teresa Arruda Alvim Wambier: “Atos inexistentes juridicamente podem produzir efeitos, desde que isto seja possível material, fática e concretamente.”¹⁴⁸ Prossegue exemplificando que a sentença proferida por juiz aposentado, embora inexistente, gerará efeitos até que a autoridade investida de jurisdição se manifeste. A inexistência situa-se no plano jurídico, pois no plano fático a sentença, mesmo inexistente, pode gerar efeitos sim, pois: “É, pura e simplesmente, um fato jurídico, cujos efeitos, às vezes, devem ser conservados, em nome de outras normas

¹⁴⁶ DINAMARCO, 2004, v. 2, p. 686.

¹⁴⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 344-345.

jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art. 27 da Lei 9868/99.”¹⁴⁹ E aí é que aparece o interesse sobre a sua inexistência. Talamini explica:

A sentença dada por um “não-juiz” não é sentença [...]. Mas sua aparência de sentença pode levar um juiz a deferir o processamento de um pedido de execução e a praticar atos executivos. Todavia, nesses casos não cabe propriamente falar em efeitos do “ato inexistente”. Os efeitos havidos nessa hipótese serão, antes, de *outros atos* praticados por agentes jurídicos na incorreta pressuposição da existência do ato – o que poderia vir a ocorrer até mesmo em casos de pura e simples “inexistência material”, vale dizer, em casos em que não houvesse nem mesmo o simulacro do ato.¹⁵⁰

Assim, a sentença que for juridicamente inexistente é por si própria incapaz de produzir efeitos que se projetem sobre a vida das pessoas; por consequência, não fica imunizada pela coisa julgada material, porque esta incide sobre os efeitos da sentença de mérito. Assim, na hipótese de sentença inexistente, porque não produz efeitos, não há coisa julgada, o que torna inútil a discussão sobre a possibilidade ou não de sua relativização. Segundo Pontes de Miranda, são exemplos de sentenças inexistentes:

a sentença proveniente da autoridade pública não judiciária civil; b) a sentença que não foi publicada, nem consta do jornal oficial, ou do jornal, em que se costuma publicar o expediente do foro, não consta ter sido publicada, nem que foi proferida em audiência, posto que tenha sido proferida (então há, porém não eficaz); c) a sentença publicada, sem ser proferida em demanda civil a cuja instrução e debate imediatamente se ligue (e.g., proferida ao mesmo tempo em que a pronúncia penal, ou a que se ditou em processo diferente daquele a que se destinavam as notas; é ineficaz, no caso de impossibilidade física, lógica, jurídica e moral, no conteúdo da sentença, como a que manda cortar a terra pelo meio, ou atribuir o domínio a um cavalo, ou decreta a escravidão, ou permite o incesto ou o castigo a fogo, ou a venda de documentos secretos do Estado a país estrangeiro); d) a sentença contra pessoa que goze de extraterritorialidade, etc.¹⁵¹

A sentença inexistente poderá ter o vício a qualquer tempo declarado e sua desconstituição dar-se-á por qualquer meio de impugnação, tais

¹⁴⁸ WAMBIER, 2007, p. 461.

¹⁴⁹ WAMBIER; MEDINA, 2008, p. 389.

¹⁵⁰ TALAMINI, 2005, p. 292.

¹⁵¹ MIRANDA, 1976, p. 453.

como a ação rescisória; a ação declaratória de inexistência (*actio nullitatis*); os embargos à execução fundada em simulacro de sentença; ações destinadas ao desfazimento de tal execução e até mesmo da mera repositura da ação aparentemente decidida pela sentença inexistente.¹⁵² Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier: “A coisa julgada, segundo pensamos, só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente, mas, no caso de processos nulos, ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível.”¹⁵³ Talamini expõe a importância da distinção entre as sentenças inexistentes e nulas da seguinte forma:

As invalidades processuais, por mais graves que sejam, não impedem a formação da coisa julgada e se tornam mesmo irrelevantes depois de exaurida a possibilidade de emprego do remédio típico para a desconsideração da sentença transitada em julgado. Já a sentença juridicamente inexistente, na condição de “não-ato”, não comporta saneamento ou convalidação. Não é apta à formação da coisa julgada e, portanto não fica acobertada por tal autoridade, podendo ser combatida independentemente da ação rescisória.¹⁵⁴

Já a nulidade é a incapacidade de produzir efeitos em razão de vícios intrínsecos do ato jurídico.¹⁵⁵ A sentença será nula quando portadora de vício intrínseco ou quando estiver contaminada pelo defeito de algum ato processual anterior e será eficaz até que haja pronunciamento do Poder Judiciário declarando a sua invalidade. Dinamarco explica:

É nula a sentença sem motivação, ou proferida em audiência para a qual o advogado da parte não houver sido intimado, mas ela produz seus efeitos normais se ou enquanto sua invalidade não houver sido reconhecida por um órgão jurisdicional superior: a ninguém é lícito repudiar a sentença mediante alegação de sua nulidade e negar-lhe obediência ou submissão, ainda quando ela seja realmente nula.¹⁵⁶

Os vícios intrínsecos que determinam a nulidade da sentença são:

a) *formais*, quando não se observa os requisitos de modo, lugar ou tempo estabelecidos em lei ou b) *substanciais*, quando o conteúdo da sentença contraria

¹⁵² TALAMINI, 2005, p. 363.

¹⁵³ WAMBIER, 2007, p. 193.

¹⁵⁴ TALAMINI, 2005, p. 280.

¹⁵⁵ DINAMARCO, 2005, p. 684.

¹⁵⁶ DINAMARCO, 2005, p. 684.

regras de direito processual, tais como o julgamento do mérito apesar de ausente uma condição da ação e a falta de correlação com a demanda.

É possível ainda que a sentença contenha um juízo incorreto. É que além de guardar consonância com o modelo descrito abstratamente na norma jurídica, a própria sentença contém um *juízo* acerca da subsunção de outros fatos a normas. Segundo Talamini: “a sentença pode ser perfeita como ato processual, mas *incorreta* ou *injusta* no julgamento que veicula. Na expressão tradicional, pode não haver *error in procedendo* e sim *error in iudicando*.”¹⁵⁷ Na hipótese de *error in iudicando*, em especial quando o erro de julgamento refere-se ao mérito (o objeto do processo), diz-se *sentença injusta*, distinguindo-se da *sentença nula*. Explica Dinamarco:

Os vícios de conteúdo que inquinam a sentença e produzem sua nulidade substancial são somente aqueles consistentes em violação a regras processuais (*errores in procedendo*). Os erros de direito material não são causa de nulidade (*errores in iudicando*). Consequência prática: qualquer que seja o vício causador de nulidade (formal ou substancial, mas sempre de direito processual), o tribunal anulará a sentença e, conforme o caso, determinará que outra seja proferida pelo juiz inferior – enquanto que a contrariedade ao direito material conduz a reforma da sentença mediante novo julgamento *de meritis*, sem nada anular.¹⁵⁸

Muito embora existam distinções entre as sentenças nulas e as sentenças injustas (tais como o modelo de impugnação, o efeito devolutivo dos recursos, o regime jurídico do *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*),¹⁵⁹ importa verificar que, em ambas, após o decurso do prazo da ação rescisória obsta-se a arguição de qualquer nulidade ou injustiça. Nestas sentenças discute-se a possibilidade de quebra da coisa julgada por meios atípicos quando decorrido o prazo da ação rescisória ou quando o defeito da sentença não se enquadra em nenhuma das possibilidades de rescisão. De forma diferente ocorre com a sentença inexistente, cujo defeito pode ser arguido após o decurso daquele prazo. Esclarece Talamini:

Conforme os parâmetros tradicionais, as sentenças de mérito injustas, tais como as nulas, tornam-se inatacáveis depois de

¹⁵⁷ TALAMINI, 2005, p. 296.

¹⁵⁸ DINAMARCO, 2005, p. 684-685.

¹⁵⁹ TALAMINI, 2005, p. 297.

decorrido o prazo para a ação rescisória. [...] de há muito ficou superada a diretriz, vigente no direito romano e no antigo direito português, de que a sentença injusta por ofensa a “direito expresse” seria “nenhuma”. Sob esse aspecto, juntamente com as nulas, as sentenças injustas contrapõem-se às inexistentes.¹⁶⁰

Quanto à sentença inconstitucional é aquela cujo comando veicula afronta à Constituição. Talamini, após analisar diferentes hipóteses de “sentença inconstitucional”, conclui que “em regra, não se trata de inexistência jurídica.”¹⁶¹ Afirma ainda que a inconstitucionalidade de uma norma somente conduzirá à inexistência de uma sentença quando houver repercussão sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Assim, em princípio, tal sentença de mérito fará coisa julgada material, daí a possibilidade de se estudar os meios aptos a desconstituir a “coisa julgada inconstitucional.”

Se tais sentenças não forem impugnadas no prazo legal (dos recursos e da ação rescisória) impede-se a discussão a respeito do defeito que se convalida. Expõe Dinamarco: “diz-se sanatória o ato ou fato capaz de eliminar as consequências dos vícios de um ato jurídico.”¹⁶² A coisa julgada é a sanatória geral do processo que impede alegações de nulidade da sentença e dos atos que a antecederam. Mesmo sem o trânsito em julgado, a não alegação da irregularidade pela parte interessada, quando esta pela primeira vez se manifesta nos autos, convalida o vício, isto é, ocorre a preclusão da faculdade de alegar.

Importante observar que nem todo ato processual imperfeito conduz à decretação de sua nulidade.¹⁶³ Podem suceder fatos que façam convalidar o ato, o qual se revigora e impede a sanção da ineficácia. Teresa Arruda Alvim Wambier distingue nulidades absolutas e relativas¹⁶⁴. Estas só podem ser arguidas pelas partes interessadas, sob pena de preclusão enquanto aquelas são decretáveis de ofício, independentemente de provocação das partes, a qualquer tempo, como ocorre na inexistência. Da mesma forma entende Dinamarco:

Há nulidades que, sendo o processo devolvido ao tribunal (apelação, devolução oficial), serão pronunciadas de-ofício, ou seja, independentemente de pedido da parte. Assim é quando o mérito houver sido julgado apesar da carência de ação, ou se o juízo

¹⁶⁰ TALAMINI, 2005, p. 297.

¹⁶¹ Ibidem, p. 415.

¹⁶² DINAMARCO, 2005, p. 686.

¹⁶³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 345.

¹⁶⁴ WAMBIER, 2007, p. 503.

prolator da sentença for absolutamente incompetente, ou impedido o juiz que a proferiu *etc.* Quando o prejuízo houver sido causado somente á parte e não à ordem pública, a anulação depende de pedido expresso. Isso significa que, como os demais atos judiciais, a sentença pode ser inquinada por *nulidade absoluta* ou por *nulidade relativa*.¹⁶⁵

Convém ressaltar ainda, que a nulidade da sentença só será pronunciada quando for causadora de prejuízo à parte. Dispõe Teresa Arruda Alvim Wambier: “A existência de prejuízo está correlacionada com o princípio do contraditório, no sentido de que, não ensejando o contraditório, por ausência de comunicação, configura-se, *processualmente, prejuízo*.”¹⁶⁶ Ainda, em razão do princípio da instrumentalidade das formas, atingidos os fins a que visa o processo, não gera nulidade a ausência de atenção à forma.

Já a inexistência jurídica da sentença não é suscetível de sanção, quer pela coisa julgada ou por inércia da parte prejudicada. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco: “Se a própria sentença for juridicamente inexistente [...], então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo poderá o vício ser declarado.”¹⁶⁷

Assim, a sentença inválida (nulas, injustas ou inconstitucionais) existe e faz coisa julgada. A invalidade é sanada após serem exauridos os instrumentos adequados, como os recursos e a ação rescisória. Após o trânsito em julgado da sentença e o decurso do prazo da rescisória tais sentenças defeituosas somente podem ser desconstituídas caso se admita a relativização da coisa julgada. De forma diversa ocorre com a sentença inexistente, que não faz coisa julgada e, portanto não precisa ser relativizada, podendo ser desconstituída por qualquer meio de impugnação, conforme visto acima. Observa-se que é necessário distingui-las, pois a discussão deste trabalho a respeito da possibilidade ou não da relativização da coisa julgada, diz respeito somente as sentenças existentes, porém inválidas.

Nos próximos itens, pretende-se discorrer sobre o estado atual da discussão sobre a possibilidade ou impossibilidade da relativização da coisa julgada

¹⁶⁵ DINAMARCO, 2005, p. 685.

¹⁶⁶ WAMBIER, 2007, p. 169.

¹⁶⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 346.

em hipóteses outras que não as previstas expressamente na lei ou quando o prazo para a propositura da ação rescisória já tiver exaurido.

6 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

A doutrina moderna discute a necessidade de se mitigar a coisa julgada material em situações excepcionais, em que outros valores, de importância maior do que a segurança jurídica, estiverem em jogo.

Passaremos a analisar os principais argumentos utilizados a favor da relativização da coisa julgada, que são, dentre outros, os seguintes: intangibilidade questionável da coisa julgada quando há ofensa à Constituição, na intolerabilidade da persistência da decisão inconstitucional (para prevalecer a Constituição) ou, injusta (para prevalecer a justiça) que, transitada em julgado, pode ser modificada, ainda que vencido o prazo da ação rescisória.

Por outro lado, veremos que há argumentos contrários de alguns autores, tais como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Nojiri e Leonardo Greco, que vêm contestando a tese de se flexibilizar a autoridade da coisa julgada, da forma como alguns doutrinadores a defendem, para não colocar em risco a segurança jurídica.

6.1 A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA

Discute-se se a coisa julgada tem *status* de norma constitucional e, por isso, se a sua imutabilidade deverá ser respeitada ou se se trata apenas de uma regra de caráter processual e de hierarquia infraconstitucional, hipótese em que a coisa julgada poderá ser reapreciada quando houver decisão contrária à Constituição Federal e seus princípios.

José Augusto Delgado¹⁶⁸, Leonardo de Faria Beraldo¹⁶⁹, Paulo Roberto de Oliveira Lima, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem que a regra do art. 5º, XXXVI, CF (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”), possui foro constitucional apenas no que tange a impedir que o legislador ordinário legisle, retroativamente, em prejuízo da coisa julgada. É o princípio da irretroatividade. Concluem Humberto e Juliana: “Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico

¹⁶⁸ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 37.

¹⁶⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a constituição. In: NASCIMENTO, 2005, p. 176.

brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 467) [...]”.¹⁷⁰ A Constituição apenas protegeu a decisão passada em julgado de eventual lei posterior que pudesse desfazer o tratamento jurídico utilizado no pronunciamento, tudo o mais ao que se refere à coisa julgada lhe foi conferido pela lei ordinária. Carlos Valder do Nascimento afirma:

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição. Neste caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res judicata*.¹⁷¹

Assim, para os relativistas, a coisa julgada insere-se no quadro infraconstitucional, em função de também ter sido referida na Lei de Introdução ao Código de Processo Civil e disciplinada as regras no diploma processual civil (art. 467 e ss.). Entendem que a lei infraconstitucional pode ser moldada e revisada quando a injustiça contida na sentença transitada em julgado afrontar a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza.¹⁷² Dispõe José Augusto Delgado: “Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriunda de regramento processual.”¹⁷³

Porém, para a grande maioria da doutrina, o fato da coisa julgada ter sido disciplinada em lei ordinária não lhe retira o *status* de regra constitucional. Nelson Nery Jr., balizado na doutrina mundial, que reconhece a coisa julgada material como *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito, contrapõe-se a posição dos relativistas e afirma: “[...] impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito [...]”.¹⁷⁴ Este autor ainda preconiza que

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 89.

¹⁷¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do, *Coisa julgada inconstitucional: coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 13.

¹⁷² DELGADO, 2005, p. 64. Neste sentido: BERALDO, 2005, p. 176.

¹⁷³ DELGADO, 2005, p. 47.

¹⁷⁴ NERY JUNIOR, 2008, p. 293.

desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para a instalação da ditadura, que faria desaparecer a democracia praticada pelo processo.¹⁷⁵

Para Leonardo Greco, a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. E remata: “a segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica”.¹⁷⁶ Esta é a previsibilidade necessária que o Estado deve oferecer ao cidadão, para que ele possa respeitar as normas de convivência.

A consideração da coisa julgada como regra constitucional também é a posição de Sérgio Nojiri, que afirma: “o mero fato de um instituto jurídico, de natureza constitucional, ser regulado por lei infraconstitucional, não lhe retira sua estrutura normativa superior.”¹⁷⁷ Cita ainda o exemplo do mandado de segurança, que, seguindo o mesmo raciocínio, não seria um remédio constitucional por ter seu procedimento previsto em lei infra-constitucional. Vejamos as considerações deste autor:

[...] a coisa julgada está protegida de todos e quaisquer atos normativos, sejam eles legais, administrativos ou judiciais. Isso significa que estão legisladores, administradores e juízes expressamente proibidos, pela Constituição Federal, de diminuir (prejudicar) o alcance da coisa julgada. O resultado desse raciocínio decorre do simples fato de que a proteção da coisa julgada encontra-se naquele rol de garantias denominadas de *cláusulas pétreas* que, como é cediço, estão à margem de modificações ou alterações legislativas.¹⁷⁸

Outro ponto levantado pelos relativistas refere-se ao sentido de que apenas a “lei” não deve ofender a coisa julgada. Estes autores dão ao enunciado uma interpretação restritiva que pode conduzir à ideia de que os demais poderes (Judiciário e Executivo) estão autorizados a produzir atos contrários a esta garantia constitucional. Tal interpretação poderia, por exemplo, admitir que os órgãos jurisdicionais pudessem, a qualquer tempo, rever suas decisões.

A interpretação deve extrair a maior eficácia da garantia

¹⁷⁵ NERY JUNIOR, 2008, p. 295.

¹⁷⁶ GRECO, 2008, p. 254.

¹⁷⁷ NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR, 2008, p. 359.

¹⁷⁸ NOJIRI, 2008, p. 352.

constitucional no sentido da preservação dos provimentos judiciais consolidados, já que a coisa julgada é um consectário do princípio da segurança jurídica. Neste sentido afirma Glauco Salomão Leite: “É preciso levar em conta os postulados de uma hermenêutica constitucional, com especial revelo para o da *maior efetividade possível* ou da *máxima eficácia*.”¹⁷⁹ A proibição da lei retroagir seus efeitos para atingir a coisa julgada é ampla e alcança não só o legislador como os atos das autoridades administrativas e judiciais que possam atentar contra à estabilidade das relações sociais. Expõe Cândido Rangel Dinamarco:

Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não a prejudicará (art. 5º.,XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude, mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.¹⁸⁰

Para os não relativistas, a autoridade da coisa julgada emana da Constituição, que afirma, no seu artigo 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Nestes termos, não está somente proibindo a lei de retroagir os seus efeitos, pois impõe o respeito à coisa julgada a todos os que estão sob império da lei, inclusive às partes, administrador e juiz. Assim, entendem que a Constituição Federal quer proteger estes direitos contra quaisquer leis e atos que possam prejudicá-los.

A maior parte dos doutrinadores (posição a que aderimos) confere à coisa julgada um instituto de natureza constitucional. Tal garantia dirige-se a todos os poderes, impedindo-os de criar leis com efeitos retroativos que possam anular as decisões judiciais anteriores, permitindo a desconstituição somente quando a lei autorize expressamente, a fim de conter arbitrariedades.

¹⁷⁹ LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a “relativização”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 57, p.158, out./dez. 2006.

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, p. 23, jan./mar. 2003.

6.2 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O vício mais grave que pode acometer um ato jurídico é o da inconstitucionalidade. Há, no sistema processual civil brasileiro, mecanismos para a correção destas sentenças através de recursos ordinários e extraordinários (notadamente o fundado na alínea a do art. 102, III, da Constituição da República¹⁸¹). O problema para cuja reflexão se deseja fazer um convite é o da decisão judicial inconstitucional não mais passível de impugnação recursal. O conteúdo da sentença transitada em julgado que ofende a Constituição poderá ter o seu conteúdo revisto em processo posterior? Seria ou não possível a relativização da “coisa julgada inconstitucional” em tais hipóteses? Parte da doutrina, à exemplo de Alexandre Freitas Câmara, Araken de Assis, Carlos Valder do Nascimento, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado, Juliana Cordeiro de Faria, Leonardo de Faria Beraldo e Sérgio Bermudes, entende que não é absoluto o princípio da imutabilidade da *res iudicata* quando há incompatibilidade entre o ato emanado de autoridade jurídica e os ditames do texto constitucional.

A tese da relativização da coisa julgada utiliza-se do princípio da constitucionalidade para exigir que a decisão judicial esteja em conformidade com a Constituição Federal, pois o seu desrespeito torna o ato inconstitucional, o que importa em sua invalidade. Dizem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria que: “tornou-se corrente sustentar-se que a validade de uma norma ou ato emanado de um dos Poderes Públicos está condicionada à sua adequação constitucional.”¹⁸² Tal princípio é consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica.

Segundo estes doutrinadores, junto com a noção processual e não constitucional da coisa julgada encontra-se a ideia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Daí, afirmam que: “a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada inconstitucional*.”¹⁸³

Barbosa Moreira critica esta expressão, pois entende que quando se

¹⁸¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.

¹⁸² THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 79-80.

¹⁸³ Ibidem, p. 89-90.

fala em coisa julgada contrária à Constituição, o que se está querendo afirmar é que uma sentença transitada em julgado ofende a norma constitucional. Esclarece que: “a expressão ‘coisa julgada inconstitucional’ é técnica defeituosa: na sentença, e não em sua imutabilidade, é que se pode conceber a existência de contrariedade à Constituição.”¹⁸⁴ O defeito da inconstitucionalidade existe desde a sentença, antes mesmo de transitar em julgado.

Há, ainda, quem discorde da ideia de coisa julgada inconstitucional por entender que uma decisão que transitou em julgado, tendo sido decidida por um órgão judicial, com competência outorgada pela Constituição Federal, já se torna constitucional. Explica Sérgio Nojiri, para quem a coisa julgada não pode ser flexibilizada, que:

[...] “coisa julgada inconstitucional” é uma contradição em seus próprios termos. Se um caso foi julgado por quem tem competência e legitimidade constitucional para tanto e, estando a decisão coberta pelo manto da coisa julgada, que é, por natureza, uma figura constitucional, não há como se pugnar pela sua inconstitucionalidade.¹⁸⁵

Aliás, entre aqueles que são favoráveis à relativização há até mesmo divergência sobre a possibilidade ou não da sentença inconstitucional fazer coisa julgada. Para José Augusto Delgado, a sentença que ofende a Constituição nunca terá força de coisa julgada¹⁸⁶. Para Alexandre Freitas Câmara, “a sentença, mesmo a inconstitucional, é alcançada pela autoridade de coisa julgada [...] e, sendo de mérito a sentença, alcançada será a coisa julgada formal e a material.”¹⁸⁷

Alguns exemplos de sentenças inconstitucionais são apresentados por José Augusto Delgado:

[...] b) a expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigida pela lei processual; [...] g) a ofensiva à soberania estatal; h) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana; i) a provocadora de anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; j) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º e 3º da CF); k) a

¹⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, 2008, p. 239.

¹⁸⁵ NOJIRI, 2008, p. 359.

¹⁸⁶ DELGADO, 2005, p. 34.

¹⁸⁷ CÂMARA, 2005, p. 136.

que obrigue a alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário à lei; l) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém; m) a que julgue válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação; n) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos; o) a que não permita liberdade na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; p) a que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas; q) a que abra espaço para a quebra do sigilo da correspondência; r) a que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado; [...] u) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou acordo coletivo; p) a que autorize a empresa, por motivo de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador; [...] z) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na CF [...].¹⁸⁸

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem que a exemplo do que ocorre com a lei inconstitucional, uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, embora existente, é nula¹⁸⁹. No sistema das nulidades, os atos judiciais nulos poderão ser impugnados a qualquer tempo para a eliminação do vício. Ainda, segundo estes doutrinadores:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade*. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é *nula* e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema de nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo.¹⁹⁰

Neste sentido, entende Carlos Valder do Nascimento ser nula a sentença desconforme com os cânones constitucionais, pois: “a inconstitucionalidade da sentença é inconciliável por ir de encontro aos preceitos estatuídos na Constituição, daí ganhar foros de nulidade de natureza insanável, oponível por ação autônoma, porquanto não coberta pelo processo recursal”¹⁹¹.

Assim, os defensores da flexibilização buscam consolidar o entendimento de que a sentença transitada em julgado em desconformidade com o texto constitucional, em que se formou a “coisa julgada inconstitucional”, poderá ser relativizada.

¹⁸⁸ CÂMARA, 2005, p. 52-54.

¹⁸⁹ THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 98.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 101.

¹⁹¹ NASCIMENTO, 2005, p. 27.

Adiante faremos um estudo a respeito do argumento da decisão injusta, também utilizado a favor da relativização, conforme explicado no início deste capítulo. Antes, porém, se faz necessário um estudo a respeito do princípio da justiça, para que se possa entender seu sentido. Na colisão entre os princípios da justiça e da segurança jurídica, qual deve prevalecer? A decisão injusta por si só pode desconstituir a coisa julgada?

6.3 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Em prol da relativização da coisa julgada argumenta-se que do resultado de uma ponderação de princípios, a segurança jurídica teria que ceder diante de outros princípios superiores, como a moralidade, a equidade e, a justiça¹⁹² ou que “os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica.”¹⁹³ Para tanto, o intérprete deve averiguar se no caso concreto a solução pela aplicação do super-princípio da proporcionalidade e razoabilidade, conduz a uma solução justa.¹⁹⁴ Iremos tratar do problema de se falar de ponderação de princípios/valores “absolutos”, mas antes faremos um breve estudo sobre a colisão de princípios em Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas teses são consideradas referências no assunto.

O sistema jurídico contemporâneo tem nos princípios o sentido e a valoração de sua ordem normativa. Segundo Bonavides, os princípios são “normas chaves”¹⁹⁵ que inspiraram as Constituições do pós-positivismo. O juiz passou a dar maior importância aos princípios e deixou de decidir com base unicamente na letra da lei.

Embora, como regra, o julgador deva observar o disposto na legislação, isto não impede que decida com base em princípios. É que “às vezes os princípios desempenham função tão relevante na formulação da ‘solução normativa’, que acabam por contribuir para a produção de uma decisão contrária à letra da lei, mas perfeitamente compatível com o sistema.”¹⁹⁶

O sistema de normas compreendem princípios e regras, ou seja, as

¹⁹² NASCIMENTO, 2005, p. 11.

¹⁹³ DELGADO, 2005, p. 47.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 65.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257.

¹⁹⁶ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 174.

normas são o gênero de que são espécies as regras e os princípios, sendo que nestes situam-se as normas de direitos fundamentais. Tal sistema visa conferir segurança às relações sociais, ao fixar padrões de comportamento para diminuir a possibilidade de divergências. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

À ordem jurídica vai-se mostrar como um entrelaçado de regras e princípios; um conjunto de normas que, em diferentes graus, concretizam uma idéia-retora, a qual, de um ponto de vista filosófico, meta-positivo, pode ser entendida como a “idéia do Direito” (*Rechtsidee*), fórmula sintetizadora das idéias de paz e justiça, mas que, para nós, se condensa positivamente na fórmula política adotada em nossa Constituição: “Estado Democrático de Direito.”¹⁹⁷

Segundo Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, pois: “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”¹⁹⁸ Averba ele que, se duas regras entram em conflito, a decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras. O sistema pode dar precedência à regra que for decretada pela autoridade mais alta, cuja regra seja mais recente, mais específica ou outra coisa desse gênero e, também a que estiver sustentada pelos princípios mais importantes.¹⁹⁹

Já os princípios possuem uma dimensão do peso ou importância que as regras não têm.²⁰⁰ Expõe Dworkin: “quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”²⁰¹ Os princípios apontam uma direção, que na situação concreta exigirá apreciação do aplicador à luz do peso relativo dos princípios envolvidos. Infere-se de suas conclusões que o princípio que deixou de ser aplicado não será banido do sistema jurídico, sendo que em outra circunstância, poderá ser utilizado de forma a preponderar.

Robert Alexy, por sua vez, esclarece que regras e princípios são

¹⁹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 54-55.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 43.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 42.

²⁰¹ DWORKIN, loc. cit.

normas porque dizem o que deve ser, decorrendo expressões deônticas fundamentais, como o mandamento, permissão e proibição.²⁰² Diversas são as formas de classificação propostas para a distinção entre regras e princípios. Para tanto, José Joaquim Gomes Canotilho sugere alguns critérios:

- a) *grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida;
- b) *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa;
- c) *carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);
- d) *proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) *natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.²⁰³

Segundo Robert Alexy, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras são normas com um nível relativamente baixo de generalidade. Cita a liberdade religiosa como exemplo de princípio, já que possui nível relativamente alto de generalidade; em contrapartida, cita a norma segundo a qual todo preso tem o direito de conviver com outros presos como exemplo de regra, pois tem um grau relativamente baixo de relatividade.²⁰⁴

Embora Alexy entenda que há esta distinção de grau entre princípios e regras, afirma que o critério preciso para distingui-los é qualitativo. Afirma que os princípios são “mandamentos de otimização”²⁰⁵, pois são normas que podem ser cumpridas em distinto grau e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Vejamos:

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 249.

²⁰³ CANOTILHO, 2003, p. 1160.

²⁰⁴ ALEXY, 2002, p. 83-84.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 86.

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas.*²⁰⁶

Por outro lado, segundo Alexy, as regras são normas que são ou cumpridas ou desobedecidas. Se uma regra vale, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.²⁰⁷ E remata este autor: “Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.²⁰⁸ Willis Santiago Guerra Filho expõe a diferença entre tais normas da seguinte forma:

As regras trazem a descrição de estados-de-coisas formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora.²⁰⁹

Alexy afirma que a clara distinção entre princípios e regras dá-se na colisão de princípios e no conflito de regras. Cada norma aplicada de per si, conduz a resultados incompatíveis, ou seja, a juízos contraditórios de dever ser jurídico. Distinguem-se na forma de solução do conflito. Assim, prossegue Alexy, o conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras.²¹⁰

Já a colisão de princípios deve ser solucionada de maneira distinta, adverte Alexy. Se algo é proibido por um princípio e permitido por outro, um deles tem que ceder ao outro. Isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que seja necessário introduzir uma cláusula de exceção.²¹¹ Segundo Willis Santiago Guerra Filho “as colisões entre princípios resultam apenas em que se

²⁰⁶ ALEXY, 2002, p. 86.

²⁰⁷ Ibidem, p. 87.

²⁰⁸ ALEXY, loc. cit.

²⁰⁹ GUERRA, 2001, p. 45.

²¹⁰ ALEXY, 2002, p. 87-88.

privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro.”²¹² É que os princípios, em razão de constituírem *mandados de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses de acordo com o seu peso e a ponderação entre outros princípios que possam estar em conflito. Observemos melhor a explicação deste autor:

Já com os princípios tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou “compatibilizáveis”) uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo se percebe que esses princípios se acham em estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.²¹³

Assim, enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão de validade²¹⁴ (se elas não estão corretas devem ser alteradas), a colisão entre princípios tem lugar além da dimensão de validade, na dimensão do peso ou valor.²¹⁵

Expõe Canotilho:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso.²¹⁶

A existência de princípios e regras, conforme exposto, permite a compreensão da constituição como “sistema aberto de regras e princípios.”²¹⁷ Isto

²¹¹ Ibidem, p. 89.

²¹² GUERRA, 2001, p. 45.

²¹³ Ibidem, p. 55.

²¹⁴ ALEXY, 2002, p. 88.

²¹⁵ Ibidem, p. 89.

²¹⁶ CANOTILHO, 2003, p. 1182.

²¹⁷ Ibidem, p. 1162.

porque um sistema jurídico baseado exclusivamente em regras exigiria uma legislação exaustiva e completa, que iria conduzir a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática²¹⁸, enquanto que, um modelo constituído exclusivamente de princípios poderia gerar insegurança jurídica. Esta perspectiva do sistema constitucional de regras e princípios permite que a Constituição possa abranger todas as necessidades que surjam, e também fornecer uma resposta mais satisfatória para a contenda instalada, de acordo com a legislação e as circunstâncias do caso concreto. Canotilho esclarece que:

[...] os princípios têm uma *função normogénica* e uma *função sistémica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as “regras” e o “princípios”, para serem activamente operantes, necessitem de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para *law in action* para uma *“living constitution”*.²¹⁹

Diante do que foi exposto, pode-se passar a falar da contradição existente no argumento de alguns relativistas ao se referir a uma “ponderação” de valores absolutos, pois o balanceamento entre eles pressupõe o seu carácter relativo. Se há princípio absoluto, não há que se falar em método de ponderação, pois quando houver conflito envolvendo princípio absoluto este irá sempre prevalecer. Importante verificar que a predominância de um princípio sobre outro no caso concreto é diferente de considerá-lo absoluto diante de outro princípio que será eliminado. Esclarece Glauco Salomão Leite:

É incongruente falar que, como resultado de uma ponderação de valores ou de princípios, a fim de respaldar a flexibilização da coisa julgada, prevalecem certos princípios absolutos, como a moralidade e a justiça, por exemplo. O método da ponderação supõe o carácter relativo dos princípios. Dizer que um princípio é absoluto significa torná-lo uma regra, que, por sua estrutura, submete-se à lógica do tudo ou nada, e não ao método da ponderação ou sopesamento.²²⁰

²¹⁸ CANOTILHO, 2003, p. 1162.

²¹⁹ Ibidem, p. 1163.

²²⁰ LEITE, 2006, p. 187-188.

O constitucionalismo contemporâneo tem apontado para o princípio da proporcionalidade como o instrumento de interpretação apropriado na busca de solução conciliatória quando ocorra antagonismo entre direitos fundamentais. Os relativistas também afirmam que a solução do conflito dar-se-á com a utilização deste princípio, mas não se dão conta da utilização do “princípio dos princípios”: o princípio da proporcionalidade²²¹ tem por objetivo evitar o excesso de obediência a um princípio. Willis Santiago Guerra Filho aponta para a necessidade da utilização deste princípio em razão da característica de relatividade dos princípios, pois:

Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade” para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir.²²²

Assim, o método da ponderação é algo incompatível com os princípios absolutos a que se referem os autores que defendem a relativização da coisa julgada. Ademais, tal doutrina ainda assim não demonstra como se dá o afastamento do princípio da segurança jurídica. Afirma Glauco Salomão Leite:

Apesar disso e supondo que a ponderação entre princípios absolutos poderia ter sido realizada para flexibilizar a coisa julgada, os autores que a defendem não cuidam em demonstrar *como* ela foi realizada, isto é, não revelam o *caminho* seguido para concluir pelo afastamento do princípio da segurança jurídica, o que resultaria na desejada flexibilização.²²³

A melhor doutrina, diante da colisão entre princípios, desenvolve uma hermenêutica constitucional que auxilia a atuação jurisdicional, para que a lei seja interpretada de acordo com a Constituição. Importante observar que se busca adequar a decisão com o máximo de proveito possível aos direitos fundamentais envolvidos.

²²¹ GUERRA, 2001, p. 56.

²²² Ibidem, p. 45-46.

²²³ LEITE, 2006, p. 188.

O princípio da proporcionalidade infere-se, segundo Bonavides, de outros princípios que lhe são afins, tal como o princípio da igualdade e flui do espírito que anima o §2º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual abrange a parte não expressa dos direitos e garantias da Constituição.²²⁴ Este autor prevê que:

[...] o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.²²⁵

Observa-se que o princípio da proporcionalidade deve embutir a *adequação* entre o meio empregado e o resultado desejado. A ideia do princípio compõe-se, ainda, da *exigibilidade ou necessidade* quando o meio escolhido é o menos gravoso para se obter o fim visado. Finalmente, a ideia de *proporcionalidade em sentido estrito* “consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”²²⁶, isto é, se o meio é o mais vantajoso, no sentido de desrespeitar o mínimo possível o valor que se contraponha.

Os relativistas utilizam-se do princípio da proporcionalidade/razoabilidade para resolver o conflito entre princípios em disputa, de forma a afastar o menos relevante, como à segurança jurídica. Expõe Leonardo de Faria Beraldo: “Por estarmos diante de um conflito de princípios, temos que afastar um deles e aplicar apenas um. *In casu*, pensamos que seria mais plausível e constitucional optarmos por aplicar o princípio da constitucionalidade [...], em detrimento do princípio da coisa julgada”.²²⁷ Vejamos a crítica que Glauco Salomão Leite faz a este respeito:

De certo que o princípio tem sido empregado exatamente para conferir certa racionalidade à ponderação, especialmente com o manejo de seus três sub-princípios: adequação, necessidade e

²²⁴ BONAVIDES, 1997, p. 395-396.

²²⁵ Ibidem, p. 397.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 260.

²²⁷ BERALDO, 2005, p. 177. Neste sentido: DELGADO, 2005, p. 64 e CÂMARA, 2005, p. 144.

proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, tenta-se diminuir o grau de subjetivismo do intérprete e tornar o resultado da ponderação mais controlável. No entanto, na defesa pela flexibilização da coisa julgada, faz-se uma mera alusão ao “super-princípio” da proporcionalidade, sem justificar, por via de uma argumentação jurídica racional, o afastamento da segurança jurídica como conclusão da ponderação realizada. Não se verifica a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, mas tão-somente uma referência abstrata a ele, o que revela sua utilização simplesmente retórica pelos autores.²²⁸

Tem-se buscado obter, através do princípio da proporcionalidade, a ponderação entre valores constitucionais contrapostos. No entanto, lembra Luís Roberto Barroso que este princípio é “mais fácil de ser sentido que conceituado”²²⁹ e que “envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências”.²³⁰

Por vezes, o princípio da proporcionalidade é utilizado como um parâmetro de justiça. Sobre o tema, o mesmo autor observa: “a metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações”.²³¹ É necessário a busca de terreno mais sólido e elementos mais objetivos para impedir que tal princípio, excessivamente abstrato, se esvazie de sentido.

Tendo em vista que, no estudo da coisa julgada, a colisão pode ocorrer quando a segurança jurídica entra em conflito com outros princípios constitucionais também dignos de proteção, que possam justificar a sua revisão, tais como o princípio da justiça, faremos a seguir um estudo a respeito deste princípio e suas implicações.

²²⁸ LEITE, 2006, p. 170.

²²⁹ BARROSO, 2009, p. 259.

²³⁰ Ibidem, p. 335.

²³¹ LEITE, 2006, p. 336.

7 7. O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA E O PROBLEMA DA DECISÃO INJUSTA

Ao instituir o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1998 destacou como valores supremos da sociedade brasileira, dentre outros, a segurança e a justiça. Inserido no seu primeiro título, “Dos Princípios Fundamentais”, está o artigo 3º, inciso I, que expressamente dispõe que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa. A referência ao justo permeia todo o texto constitucional, como por exemplo, na exigência de justa indenização na desapropriação (art. 5º, inciso XXIV e art. 184), de justa causa na despedida de empregado (art. 7º, inc. I), de justiça social na ordem social (art. 193) e de justiça social como fundamento da ordem econômica.

Há situações em que é necessária a ponderação entre o princípio da segurança jurídica, representado pelo dogma da coisa julgada²³², que não pode ser suprimida da Constituição nem sequer por emenda constitucional (artigo 60, §4º, IV, CF), e o princípio da justiça, representado pela relativização da coisa julgada. Vejamos o esclarecimento de Wambier e Medina:

Paulatinamente vem sendo dada, nos sistemas jurídicos contemporâneos, maior importância aos princípios, [...] entende-se que se trata de postura fruto da necessidade do balanceamento ou do equilíbrio de dois valores, *justiça* e *segurança*, já que é resultado da necessidade de que se abra mão, em parte, de soluções que têm em vista prestigiar o valor segurança, para optar por outros caminhos que levam à obtenção de decisões tidas por mais “justas.”²³³

Para os defensores da mitigação da coisa julgada material o processo tem por objetivo a busca de um julgamento pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Para Humberto Theodoro Júnior, o processo deve atingir o plano do processo justo, pois:

A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de acesso à justiça. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitem a realização da vontade da

²³² É verdade que a segurança jurídica também ampara a garantia da irretroatividade da lei, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Mas, para o presente texto, importa a segurança que demanda da coisa julgada.

²³³ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 175.

lei mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça.²³⁴

Os relativistas preconizam que, em havendo conflito entre os princípios constitucionais, o direito à uma decisão justa prevalece sobre a segurança jurídica, já que os valores constitucionalmente protegidos não se resumem à coisa julgada. Dinamarco admite a flexibilização na busca *da justiça das decisões judiciais*:

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*.²³⁵

O argumento favorável à teoria da relativização da coisa julgada entende que é inaceitável a permanência da decisão judicial injusta que, por isso, deve ser anulada, ainda que transitada em julgado. Assim, a decisão só será imutável se for justa. Segundo José Augusto Delgado:

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.²³⁶

Uma das questões mais polêmicas, amplamente discutida, refere-se à decisão sobre a filiação (que é um direito indisponível e imprescritível) com posterior de exame de DNA com resultado contrário à sentença transitada em julgado. O exame de DNA leva a resultados com índices probabilísticos tendentes à certeza. A indiscutibilidade da coisa julgada, que visa garantir a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão, poderia prevalecer sobre a realidade? Seria conveniente a revisão de sentenças transitadas em julgado para possibilitar a relativização da coisa julgada? Nesses casos, a doutrina e a

²³⁴ THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 10-11.

²³⁵ DINAMARCO, 2003, p. 13. Neste sentido: BERALDO, 2005, p. 181.

²³⁶ DELGADO, 2005, p. 48.

jurisprudência²³⁷ têm sustentado que a ciência jurídica, na busca da substituição da verdade ficta pela verdade real, deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade, nem atendem as exigências da modernidade. Os partidários da flexibilização da coisa julgada entendem que, por mais relevante que possa ser a segurança jurídica, quando se priva um filho de ter reconhecida a paternidade, ou impõe-se a paternidade a quem não é pai, ela não pode prevalecer, pois fere a legitimidade das decisões, sendo flagrantemente injusta.

A posição divergente e também a mais recente entende que a segurança jurídica não pode ser afastada para se discutir uma investigação de paternidade por conta do exame de DNA. Enfatizam que, se a prova existente a época foi realizada, não há como admitir uma nova ação para refazer uma mesma prova por métodos diferentes, sendo o fundamento jurídico da ação exatamente o

²³⁷ PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II — Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV - Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum." REsp 226436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28/06/2001; "PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido." REsp 427117/MS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 16/02/2004. Neste sentido: REsp 330172/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18/12/2001 e REsp 826698/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/05/2008.

mesmo.²³⁸

Nos acórdãos referentes à investigação de paternidade, por vezes, há também a utilização do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88) para justificar a decisão. Bem observa Luís Roberto Barroso: “Curiosamente, no tocante à sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório de DNA, há decisões em um sentido e noutro, com invocação do princípio da dignidade humana”.²³⁹ Por um lado, há quem sustente que a condução do réu ao laboratório *debaixo de vara* para coleta de material indispensável ao exame de DNA constitui ofensa a dignidade humana. Já, os relativistas defendem que a repositura de tal ação estaria autorizada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do pretense filho e que não caracteriza ato invasivo, vexatório ou humilhante uma simples picada de agulha e retirada de uma pequena porção de sangue.

No HC 71.373, diante da recusa manifestada do réu, discutiu-se a determinação do juiz de conduzi-lo, sob força, se necessário, com base no art. 130 do Código de Processo Civil. O relator designado para o acórdão, Ministro Rezek, entendeu inexistir na espécie, qualquer violência contra os direitos fundamentais do réu. Todavia, houve por bem a Corte acolher orientação contrária, preconizada no voto do Ministro Relator Marco Aurélio, para quem a hipótese não era daquelas em

²³⁸ PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido” REsp 706987/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 10/10/2008; “CIVIL. NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. DNA. CONFRONTO. PREVALÊNCIA. I. Refoge a esta Corte a reforma de acórdão fundamentado exclusivamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. II. Consolidada a coisa julgada definitiva, incabível o ajuizamento de nova ação investigatória de paternidade sob a justificativa do advento de nova técnica de apuração, caso do exame de DNA. III. Jurisprudência pacificada no âmbito do STJ (REsp n. 706.987-SP, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJe de 10.10.2008). IV. Recurso especial não conhecido.” REsp 960805/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17/02/2009 e “Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 478 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido.” REsp 107248/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 29/06/1998.

que o interesse público sobrepõe-se ao individual:

A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a *definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.*²⁴⁰

A questão voltou a ser discutida no HC 76.060. Nesta situação, a impugnação questionava a obrigatoriedade de que o pai presumido se submetesse ao exame em ação de paternidade movida por terceiro, que buscava o reconhecimento da sua condição de pai do menor. Vejamos a parte final do voto condutor: “[...] à subjugação do paciente a tornar-se objeto da prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita de material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim afronta à sua dignidade pessoal [...]”²⁴¹. O Ministro Sepúlveda Pertence, tendo em vista que o caso estava revestido de particular peculiaridade, optou por considerar que não se justificava a imposição do exame pretendido.

Observa-se que, no direito brasileiro, o princípio da dignidade humana tem sido relevante na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito. O Supremo Tribunal Federal vem rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.

Além da investigação de paternidade, há outro exemplo de evidente injustiça, citado pela doutrina e jurisprudência²⁴², que se refere à ação de

²³⁹ BARROSO, 2009, p. 322-323

²⁴⁰ HC 71.373, Rel. para o acórdão Marco Aurélio, DJ de 22-11-1996. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338-340.

²⁴¹ HC 76.060, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-STF, 237/304 (306-309). MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 342.

²⁴² 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 indenização preconizada no texto

desapropriação em que permite, em liquidação de sentença, por exemplo, a revisão do valor do imóvel, constante de laudo antigo, em decorrência de erro material da decisão que transitou em julgado. O CPC admite, como se observa do seu art. 463, inc. I, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo, sem que isso caracterize violação da coisa julgada, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização.

Seja qual for o tema em análise, quando se opõe segurança jurídica, a questão não é simples de ser resolvida. A principal dificuldade que surge é a de se identificar a decisão injusta, que mereceria ser modificada. Há mais de dois milênios a filosofia procura uma resposta para a pergunta: o que é a justiça? Não há uniformidade de pensamento a respeito do conceito de justiça, que varia no tempo e no espaço, conforme as preferências ideológicas e intelectuais de cada um.

Desde Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*²⁴³, que estabelece uma relação entre a ideia de justiça e a ideia de igualdade, até a atualidade, com o

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 a 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.” REsp 554402/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 01/02/2005 e “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO PROFERIDA APÓS TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO. NÃO-CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA CONSIDERADA DESAPROPRIADA PELA COISA JULGADA MENOR DO QUE A ÁREA CONSIDERADA DESAPROPRIADA PARA FINS DE INDENIZAÇÃO. ERRO MATERIAL DA DECISÃO QUE TRANSITOU EM JULGADO. CORREÇÃO NA CARTÁ DE SENTENÇA E REGISTRO DA ÁREA MAIOR (EFETIVAMENTE PAGA). ILEGALIDADE NÃO-CONFIGURADA. ART. 463, INC. I, DO CPC. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado para fins de reconhecer a ilegalidade de decisão judicial que ampliou a área desapropriada após o trânsito em julgado da ação de desapropriação. 2. No caso, não seria cabível a interposição de agravo de instrumento, pois a decisão atacada foi proferida após a formação da coisa julgada. 3. Contudo, o Poder Público efetivamente desapropriou e pagou por área superior à constante da coisa julgada, motivo pelo qual, na carta de sentença, pleiteou a correção do erro material, ampliando o magistrado a área desapropriada. 4. O Código de Processo Civil - CPC admite a correção do erro material sem que isso caracterize violação da coisa julgada, como se observa da leitura do seu art. 463, inc. I. Dessa forma, não há teratologia a ser combatida via mandado de segurança. 5. Recurso ordinário parcialmente provido para reconhecer que não cabe a interposição de agravo de instrumento contra a decisão atacada, sem, contudo, conceder a segurança.” RMS 24261/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 25/11/2008. Neste sentido: RE 93412/SC, Rel. Min. Clóvis Ramalhete, DJ de 04/06/1982; RE 105012, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 01/07/1988; REsp 765566/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 31/05/2007; REsp 617542/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22/08/2005 e REsp 695631/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 27/08/2009.

estudo sobre a justiça, de John Rawls, entre muitos outros, que retoma este princípio com uma ressalva: “todos os valores sociais deveriam ser distribuídos igualmente, a menos que a distribuição desigual de qualquer um ou de todos esses valores tivesse por escopo proporcionar o bem geral”²⁴⁴, o conceito de justiça é pesquisado e debatido pelos filósofos.

Bobbio, Matteucci e Pasquino entendem que o conceito de Justiça é normativo²⁴⁵, daí a dificuldade em defini-lo em termos descritivos. Explicam que “a Justiça foi equiparada à legalidade, à imparcialidade, ao igualitarismo e à retribuição do indivíduo segundo seu grau, sua habilidade ou sua necessidade, etc.” para depois concluírem que “a melhor coisa é considerar a Justiça como noção ética fundamental e não determinada.”

Embora a busca pela justiça constitua objeto de escopo das decisões judiciais, observa-se que a justiça possui inúmeros sentidos²⁴⁶, o que torna impossível conceituar-se com precisão o ideal de uma justiça. Segundo Marinoni, “[...] ainda não existem condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo”²⁴⁷. Assim, há subjetividade e incerteza acerca da definição do que é justo e, conseqüentemente, acerca do que seria uma decisão justa ou injusta. A respeito da indeterminação da justiça também se coaduna Ovídio Batista da Silva, para quem a “injustiça da sentença” jamais poderá ser fundamento para afastar a coisa julgada, pois: “[...] a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valores.”²⁴⁸

Há autores que admitem a possibilidade da relativização da coisa julgada conforme a intensidade da injustiça. A eliminação da coisa julgada ocorreria em casos excepcionais em que se verificasse a ocorrência de “grave” ou “séria” injustiça. Segundo José Augusto Delgado “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma [...]”²⁴⁹, por isso que “a segurança jurídica imposta pela coisa

²⁴³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973.

²⁴⁴ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 22.

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992. p. 661.

²⁴⁶ No próximo capítulo veremos que para John Rawls a justiça é a primeira virtude das instituições sociais.

²⁴⁷ MARINONI, 2008, p. 264.

²⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? DIDIER JR, 2008, p. 312.

²⁴⁹ DELGADO, 2005, p. 47.

julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça”.²⁵⁰ O grande problema é: qual a sentença que para a parte vencida no processo não seria de “grave” injustiça? A respeito desta questão vejamos o que entende Glauco Salomão Leite:

Ocorre que muito já foi escrito sobre o tema “justiça” e esta parece ser uma discussão interminável. O grau de subjetivismo na formulação de seu conceito é tão acentuado que acaba se tornando um parâmetro imprestável para servir de controle da coisa julgada. Pior ainda quando se fala em “grave injustiça”, pois, como se não bastasse a dificuldade na construção de um conceito racional de “justiça”, ainda seria necessário precisar a sua “intensidade” para fins de saber o que é a “leve” ou “média” injustiça.²⁵¹

A crítica não é à utilização de valores no campo do Direito, mas ao modo como os autores que defendem a tese da flexibilização utilizam a “justiça” como premissa para tomada de decisão para a desconstituição da coisa julgada. O uso deste valor tem a vantagem de agregar muitos simpatizantes, pois “[...] ostenta a natureza de um expediente de retórica, com a finalidade precípua de conferir ‘legitimidade’ á tese por eles sustentada e, com isso, receber grande número de adeptos. Por outro lado, é insatisfatória enquanto critério para tomada de decisão.”²⁵² Isto porque o mesmo valor pode conduzir a posições contrastantes, como se pode verificar no exemplo fornecido por Glauco Salomão Leite:

Difícilmente alguém se oporia à idéia de que viver com “segurança”, “paz”, e “harmonia” é um objetivo “justo”. Porém, as controvérsias poderiam surgir se uns sustentassem que deveria ser proibida a venda de armas de fogo aos cidadãos civis como forma de manter a sociedade segura e em paz, e outros, por outro lado, que, em razão da ineficiência do Estado na proteção dos indivíduos, deveria ser assegurado a estes o direito a comprar armas de fogo como meio de igualmente preservar sua segurança contra criminosos.²⁵³

Um dos maiores argumentos encontrados pelos críticos da flexibilização da coisa julgada material refere-se à dificuldade em se definir quais os casos que podem ou não ser levados a nova apreciação pelo Poder Judiciário. A

²⁵⁰ DELGADO, 2005, p. 47.

²⁵¹ LEITE, 2006, p. 164.

²⁵² LEITE, 2006, p. 165.

²⁵³ Ibidem, p. 165.

falta de critérios objetivos pode conduzir à sua desconsideração, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Lembra Barbosa Moreira:

Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto.²⁵⁴

A possibilidade de novas demandas pode conduzir ao problema da eternização dos conflitos. Os advogados certamente questionariam sucessivas e infinitas injustiças e inconstitucionalidades intoleráveis nas sentenças. Até que momento poder-se-ia anular uma sentença transitada em julgado? E esta decisão que anulou a anterior poderia ser posteriormente anulada? Vale lembrar que as ações judiciais já são bastante morosas e que um dos maiores escopos processuais é justamente agilizar a celeridade. Luis Guilherme Marinoni esclarece que:

[...] a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da 'demora da justiça', caminhando em sentido diretamente oposto àquele apontado pela doutrina processual contemporânea.²⁵⁵

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Explicitam Marinoni e Arenhart que: “[...] de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente.”²⁵⁶ Ademais, a perpetuação das discussões judiciais poderia levar ao aniquilamento da garantia da coisa julgada. Assim, segundo este entendimento, a possibilidade de existir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei não pode servir de fundamento para a desconsideração da coisa julgada, salvo as hipóteses tipificadas pela lei. Neste sentido expõe Paulo Henrique dos Santos Lucon:

²⁵⁴ MOREIRA, 2008, p. 236.

²⁵⁵ MARINONI, 2008, p. 281.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. p. 668.

O respeito à coisa julgada é elemento característico do Estado democrático de direito e impede que o juiz julgue novamente, seja qual for o teor da decisão. Admitir, sem limites normativos, a impugnação à sentença inconstitucional significa eternizar conflitos, já que ao sabor de cada momento histórico ou mesmo governante, a coisa julgada poderia ser afastada. Inadmissível, portanto, ingerência arbitrárias não contempladas no ordenamento jurídico. O respeito à garantia constitucional da coisa julgada e à lei é, sem dúvida, o melhor e mais razoável preço que o sistema como um todo paga como contrapartida da preservação de outros valores.²⁵⁷

Esclarece Barbosa Moreira que o ordenamento optou pela possibilidade de se eternizar alguma injustiça como contrapartida da preservação de outros valores.²⁵⁸ Por exigência de ordem pública, a procura da justiça não pode ser indefinida, sob pena de nunca se chegar à certeza do direito e de se aniquilar a coisa julgada material.

Para os que não admitem a relativização da coisa julgada com base no argumento da decisão injusta, é preferível a manutenção da decisão tida como injusta do que a insegurança nas relações jurídicas. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, o valor segurança jurídica deve prevalecer quando houver choque com a justiça da decisão, pois o mundo do direito, segundo este autor: “não é o da justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o direito simplesmente não existe.”²⁵⁹ Deste entendimento também coaduna Nelson Nery Junior, pois:

A sentença *justa* é o ideal – *utópico* – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a *segurança* das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é *política*: O Estado brasileiro é democrático de direito fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada.²⁶⁰

²⁵⁷ LUCON, 2008, p. 340-341.

²⁵⁸ MOREIRA, 2008, p. 234.

²⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 136, jun. 2006. p. 52.

²⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 49.

Para Sérgio Nojiri o problema da reabertura dos processos já decididos é que não há garantia alguma de que a nova interpretação proporcionará mais “justiça” às partes. Tal conceito de justiça, se admitido, deve ser encarado apenas dentro do contexto normativo em que é discutido.²⁶¹ Neste raciocínio, a coisa julgada não pode ser vista como algo incompatível com a realização da justiça: pelo menos a justiça formal. Por esta prefere optar, já que traz segurança nas relações jurídicas, enquanto que a justiça material não se sabe muito bem qual é²⁶². Vejamos:

[...] a única justiça que se pode aferir com alguma dose de certeza e de confiança, válida para o sistema jurídico-normativo, é a de *justiça formal (ou instrumental)*, que é aquela que se extrai do complexo de regras do ordenamento e que resulta numa decisão final não mais possível de recurso, ordinário ou extraordinário. Para essa *justiça* o fundamental não é a busca por uma satisfação moral, ética ou política, difícil de ser encontrada em termos objetivos, mas uma resposta final para que os conflitos não se perpetuem no tempo e que sejam resolvidos de acordo com as regras instrumentais previstas na Constituição Federal e demais normas previstas no sistema.²⁶³

Neste sentido, também, Gisele Santos Fernandes Góes que, após enumerar treze argumentos contrários à relativização da coisa julgada, conclui: “A justiça material é um ideal impossível de se atingir [...] O que se pretende é a justiça formal – com o respeito ao direito-garantia fundamental da coisa julgada”.²⁶⁴

Diante da dificuldade em se precisar o ideal de justiça e a sua ponderação com outros valores de similar relevância, via princípio da proporcionalidade, é nossa intenção buscar uma outra possibilidade que discipline a relativização da coisa julgada, nas hipóteses em que a decisão for injusta ou inconstitucional, baseada na justiça do procedimento.

Se é muito difícil a definição da justiça sob o ponto de vista material, penso que possa ser possível, embora também seja problemático, alcançar uma justiça procedimental, isto é, que derive exclusivamente do procedimento. Nesse contexto, a justiça sai do difícil terreno do critério material, passando a ser considerado sob a luz do procedimento.

²⁶¹ NOJIRI, 2008, p. 363.

²⁶² Ibidem, p. 366 e 369.

²⁶³ Ibidem, p. 365.

No próximo capítulo, iremos nos ater à visão da teoria de justiça do filósofo político contemporâneo John Rawls, para quem “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais”²⁶⁵, procurando adaptá-la às discussões processuais.

²⁶⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: DIDIER JR., 2008, p. 175.

²⁶⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

8 JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Antes de adentrarmos na proposta da presente dissertação, inspirada na Teoria da Justiça de Rawls, oportuno conhecer a posição de Luiz Guilherme Marinoni, cujo entendimento aproxima-se do que ora se pretende propor, para a relativização da coisa julgada material.

O citado autor entende que não há que se balancear o valor coisa julgada material com o valor do direito já levado ao juiz de maneira definitiva, mas sim de interpretar o texto legal de acordo com as necessidades contemporâneas. Marinoni expõe que:

Ora, se a interpretação é suficiente para realçar o significado que a regra processual deve possuir diante da descoberta do método “DNA”, chega a ser incompreensível a razão para se pensar na aplicação da proporcionalidade ou da ponderação no caso da coisa julgada material.²⁶⁶

Para o já mencionado problema da ação de investigação de paternidade, Marinoni entende que o surgimento do exame de DNA possibilita que a parte tenha oportunidade de demonstrar o seu direito. Atribui a este exame a força de “documento novo” (já que o entendimento corrente de documento novo supõe-se existente à época da ação), que gera a possibilidade, em processos antigos, que tiveram sua instrução em tempos em que tal exame não existia ou não era conhecido, de ação rescisória (art. 485, VII, CPC), com prazo de dois anos contados da ciência da existência do exame de DNA. Assim, não se trata de contrapor o direito à descoberta da filiação e a coisa julgada material, mas admitir que o processo tem, no caso, inconsistência técnica a ser sanada.²⁶⁷ Marinoni esclarece que: “[...] não é um direito em específico, mas sim uma dada situação excepcional que pode exigir que se dê maior atenção ao tema da coisa julgada.”²⁶⁸ Logo, não é o direito à descoberta da paternidade, mas sim uma circunstância excepcional, ou seja, o advento de um novo meio técnico, que possibilita a relativização da coisa julgada material.

Tal entendimento, embora muito específico, por referir-se a apenas

²⁶⁶ MARINONI, 2008, p. 280.

²⁶⁷ Ibidem, p. 278-279.

²⁶⁸ Ibidem, p. 281.

uma situação, inspira-se na teoria rawlsiana, sobre a justiça procedimental, na medida em que dá valor à correção do procedimento, admitindo que uma situação nova seja levada em conta, pois esta situação nova indica que o procedimento não foi suficientemente justo.

John Rawls, em 1971, publica *A Theory of Justice*, que tem por objetivo se contrapor ao utilitarismo e ao intuicionismo. O utilitarismo, à época, era a teoria mais difundida e dominou por um longo tempo a tradição anglo-saxã do pensamento político.

Primeiramente, faz-se necessário entender o que constitui tal teoria utilitarista a que Rawls se opõe. Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino, o utilitarismo, em seu sentido mais comum, designa “um conjunto de doutrinas normativas que tem um conceito comum, o qual afirma que a justificação moral de uma ação depende exclusivamente de sua utilidade, ou seja, do valor das conseqüências a ele conexas.”²⁶⁹ Assim, o utilitarismo declara que “o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade.”²⁷⁰ Para descrever o utilitarismo, Rawls cita Sidgwick, que entende ter a formulação mais clara e acessível:

A idéia principal é a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros.²⁷¹

No utilitarismo, o bem-estar de uma pessoa decorre de uma série de satisfações experimentadas durante a vida, assim como o bem-estar da sociedade decorre da satisfação dos desejos de numerosos indivíduos a ela pertencentes. Os princípios utilitaristas não se voltam à conduta de cada indivíduo, mas se aplicam ao que denomina “a estrutura básica”. Como “muitas pessoas se fundem numa só”²⁷² Rawls conclui que o utilitarismo “não leva a sério a diferença entre as pessoas”.²⁷³

Para Rawls, a teoria política baseava-se entre dois extremos: de um

²⁶⁹ BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1992, p. 1275.

²⁷⁰ KYMLICKA, 2006, p. 11.

²⁷¹ RAWLS, 1997, p. 25.

²⁷² Ibidem, p. 29

²⁷³ RAWLS, 1997, p. 30.

lado, o utilitarismo; de outro, o que chama de “intuicionismo”. O intuicionismo, diz Rawls, é “a doutrina segundo a qual há um conjunto irreduzível de princípios básicos que devemos pesar e comparar perguntando-nos qual equilíbrio, em nosso entendimento mais refletido, é o mais justo.”²⁷⁴ Tais princípios básicos, porém, podem chocar-se, apontando diretrizes contrárias, sem qualquer critério de prioridade capaz de decidir pela predominância de um deles. As teorias intuicionistas têm, segundo Rawls, duas características:

[...] primeiro, consistem em uma pluralidade de princípios básicos que podem chocar-se e apontar diretrizes contrárias em certos casos; segundo, não incluem nenhum método específico, nenhuma regra de prioridade, para avaliar esses princípios e compará-los entre si: precisamos simplesmente atingir um equilíbrio pela intuição, pelo que nos parece aproximar mais do que é justo. Ou então, se houver regras de prioridades, elas são consideradas mais ou menos triviais e não oferecem grande ajuda na formação de um julgamento.²⁷⁵

Sobre a crítica de Rawls ao intuicionismo, Kymlicka diz o seguinte:

O intuicionismo é uma alternativa insatisfatória ao utilitarismo, pois, embora realmente tenhamos intuições anti-utilitárias em questões específicas, também queremos uma teoria alternativa que confira sentido a estas intuições. Queremos uma teoria que mostre por que estes exemplos específicos suscitam nossa reprovação. O “intuicionismo”, porém, nunca vai além dessas intuições iniciais, ou mais fundo que esse estágio, para mostrar como elas estão relacionadas ou para oferecer princípios que lhes dêem base e estrutura.²⁷⁶

De certa forma, a crítica que Rawls faz à teoria intuicionista, quanto a falta de critério de prioridade que seja capaz de decidir o choque entre princípios básicos, pode ser transportado para o que se verifica no processo. Neste caso, também há, conforme estudado no item 6.3 deste trabalho, dificuldade em se aferir com objetividade o princípio que deve prevalecer.

Segundo Will Kymlicka, as abordagens intuicionistas são teoricamente insatisfatórias e, na prática inúteis, pois “[...] não nos oferecem nenhuma orientação quando estes preceitos específicos e irreduzíveis entram em

²⁷⁴ RAWLS, 1997, p. 36-37.

²⁷⁵ Ibidem, p. 37.

²⁷⁶ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 64.

conflito.”²⁷⁷ Rawls propõe desenvolver uma teoria política que estruture diferentes intuições, de forma a estabelecer alguma prioridade entre preceitos conflitantes.

Vejamos:

Não há nada intrinsecamente irracional nessa doutrina intuicionista. De fato, ela pode ser verdadeira. Não podemos presumir que nossos julgamentos sobre a justiça social devem derivar por completo de princípios reconhecidamente éticos. Ao contrário, o intuicionista acredita que a complexidade dos fatos morais desafia nossos esforços para achar uma explicação plena de nossos julgamentos e considera indispensável uma pluralidade de princípios concorrentes. Ele argumenta que tentativas de ir além desses princípios ou se reduzem à trivialidade, como quando se diz que a justiça social consiste em dar a cada homem o que lhe é devido, ou então conduzem à falsidade e à simplificação excessiva, como quando se resolve tudo pelo princípio da utilidade. A única maneira portanto de contestar o intuicionismo está em apresentar critérios reconhecidamente éticos para explicar os pesos que, em nossas avaliações, julgamos apropriado atribuir à pluralidade de princípios. Uma refutação do intuicionismo consiste em apresentar o tipo de critérios implícitos que se afirma não existirem.”²⁷⁸

Como mencionado, a intenção de Rawls é formular uma concepção de justiça que forneça uma alternativa sistemática ao utilitarismo e ao intuicionismo. O meio de superar tais alvos é a tradicional teoria do contrato social, que seria “superior”²⁷⁹ enquanto teoria explicativa da justiça.

A ideia central da concepção de justiça de Rawls vincula-se a distribuir entre as pessoas parcelas iguais de bens primários sociais, a menos que uma distribuição desigual de um ou de todos esses bens possa beneficiar a todos. Por exemplo, permite-se a distribuição desigual de renda se dar a alguém mais dinheiro do que tenho promove meus interesses. Tal concepção geral de justiça pode ser expressa como segue: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.”²⁸⁰

Assim, a injustiça constitui-se de desigualdades que não beneficia a todos. O pai da “teoria moderna da justiça” diz que “injustiça só é tolerável quando é

²⁷⁷ KYMLICKA, 2006, p. 65.

²⁷⁸ RAWLS, 1997, p. 42-43.

²⁷⁹ Ibidem, 1997, p. XXII.

²⁸⁰ Ibidem, p. 66.

necessária para evitar uma injustiça ainda maior.”²⁸¹ Se houver certas desigualdades que beneficiem a todos, então elas estarão de acordo com a concepção geral de justiça.

Contudo, esta concepção geral deixa algumas questões sem solução, pois os vários bens que estão sendo distribuídos podem estar em conflito. Rawls soluciona o problema ao decompô-la em dois princípios basilares de seu sistema acerca da justiça, quais sejam: 1) princípio da igualdade e 2) princípio da diferença, que são ordenados conforme um princípio de “prioridade léxica.”

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras. Segundo: As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.²⁸²

A justiça é identificada como equidade (*fairness*), derivada do igualitarismo da posição original, ou seja, de um estado anterior ao contrato social, acordo hipotético, em que se pôde optar por direitos e deveres. Na posição original ocorre a simulação das condições ideais de igualdade para que se possam escolher os princípios diretores da sociedade. Assim, conforme expõe Eduardo Bittar “desde o momento do pacto, definidas as premissas de operação da sociedade, bastaria que o maquinismo social entrasse em funcionamento e executasse as regras que foram pactuadas.”²⁸³

Rawls pretende que sua teoria permita a coexistência de concepções de vida diversas, garantidas as liberdades individuais, com o máximo de igualdade possível, por meio de arranjos institucionais. Dentre os fatores que geram desigualdade e seus respectivos remédios, podemos mencionar os que seguem:

a) os chamados fatores adscritivos, como a discriminação em razão de sexo ou cor, por exemplo, são combatidos pelo sistema de liberdade natural, que serve justamente para impedir discriminações desse tipo; b) os fatores ambientais, derivados de diferenças culturais, de origem familiar e de renda, devem ser mitigados pela igualdade eqüitativa de oportunidades, que significa proporcionar as

²⁸¹ RAWLS, 1997, p. 4.

²⁸² Ibidem, p. 64.

²⁸³ BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 343.

mesmas igualdades para os que têm os mesmos talentos; c) os fatores pessoais, referentes à fortuna genética de cada indivíduo, sofrem a ação do princípio de diferença, aplicável a uma sociedade bem ordenada, já livre de desigualdades derivadas de fatores adscritivos e ambientais. Através desse princípio de diferença permitem-se desigualdades ainda remanescentes, desde que beneficiem os menos privilegiados.²⁸⁴

A união entre liberdades individuais e igualdade social presentes nos dois princípios de Justiça de Rawls são os responsáveis pelo sistema de organização das instituições justas. “Nessa posição original, as partes encontram-se em situação de igualdade, e podem optar por direitos e deveres, ou seja, podem escrever sua própria história institucional futura”.²⁸⁵ O equilíbrio entre os dois princípios produz o bom equilíbrio das instituições sociais.

Assim, na Teoria da Justiça de John Rawls, o principal escopo é estabelecer regras de justiça para o funcionamento das instituições sociais: “Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos.”²⁸⁶ Rawls busca, através da justiça procedimental pura, atingir um sistema social que seja justo, pelo menos enquanto estiver dentro de certos limites. Para explicar melhor este conceito de justiça, ao qual adere, dispõe ainda sobre o que chama de justiça procedimental perfeita e de justiça procedimental imperfeita.

Na justiça procedimental perfeita tem-se um critério de justiça e também o procedimento adequado para decidir qual resultado é justo. Segundo Rawls “Primeiro, há um critério independente para uma divisão justa, um critério definido em separado e antes de o processo acontecer. E, segundo, é possível criar um procedimento que com certeza trará o resultado desejado.”²⁸⁷ Esta situação, para este autor, seria impossível em casos concretos.

Na justiça procedimental imperfeita há um critério para a definição do que é justo, mas o procedimento para tal decisão não o é. Há critério independente, mas não sabemos que processo poderia levar sempre a esse resultado. Esclarece Rawls “[...] que, embora haja um critério independente para

²⁸⁴ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los? *Cadernos de Ética e Filosofia Política* 8, 2006, p. 9.

²⁸⁵ BITTAR, 2002, p. 381.

²⁸⁶ RAWLS, 1997, p. 90.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 91.

produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele.”²⁸⁸
De nada adianta um critério de justiça se não há meio adequado para aplicá-lo.

Já na justiça procedimental pura não há critério independente para o resultado correto, mas um procedimento correto cujo resultado será justo, qualquer que seja ele, se o procedimento tiver sido corretamente aplicado. A característica distintiva desta justiça segundo Rawls é que: “o processo para a determinação de resultado justo deve ser realmente levado a cabo; pois nesses casos não há critério independente em referência ao qual se pode demonstrar que um resultado definitivo é justo.”²⁸⁹

O objetivo da igualdade de oportunidades é garantir que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura, na medida em que pretende proporcionar a todos os recursos mínimos (o que ele chama de bens primários) para que possam ter sucesso. Vejamos de acordo com Rawls a vantagem prática desta teoria:

A vantagem prática da justiça procedimental pura é que não é mais necessário controlar a infindável variedade de circunstâncias nem as posições relativamente mutáveis de pessoas particulares. Evitamos o problema de definir princípios que dêem conta de enormes complexidades que surgiriam se esses detalhes fossem pertinentes. É um erro focalizar nossa atenção sobre as posições relativas variáveis dos indivíduos e exigir que toda mudança, considerada como uma transação única e isolada, seja em si mesma justa. É a organização da estrutura básica que deve ser julgada, e julgada a partir de um ponto de vista geral.²⁹⁰

Otfried Hoffe também afirma existirem as mesmas três espécies de justiça procedimental: a forma pura, a forma imperfeita e a forma perfeita. Na justiça procedimental pura a justiça está *no* procedimento, enquanto nas duas outras espécies são justiça *por meio de* procedimento, pois:

Só no primeiro tipo, na *justiça procedimental pura*, os procedimentos oferecem mais do que uma legitimação apenas subsidiária, pois aqui a justiça é ínsita ao próprio procedimento, ao passo que não se pode falar de uma medida independente de procedimentos, quando se objetiva um resultado justo. Assim que se aplica um procedimento honesto, que trata de maneira igual todos os implicados, como no jogo de sorte o lance de dados ou o sorteio, ou, em votações, a

²⁸⁸ RAWLS, 1997, p. 92.

²⁸⁹ RAWLS, loc. cit.

²⁹⁰ Ibidem, p. 93.

contagem dos votos, assim os resultados são justos, não apenas subsidiariamente, mas até originariamente.²⁹¹

A Justiça procedimental permite que diversas concepções de vida tenham uma situação de igualdade na posição original. Neste momento, conforme explicita Eduardo Bittar, “as partes podem optar por direitos e deveres, ou seja, podem escrever sua própria história institucional futura.”²⁹² Difere do utilitarismo, que não leva em conta as diferenças entre as pessoas porque está preocupado com a maximização do bem-estar.

Embora Rawls trate da justiça procedimental pura referindo-se a um sistema social de justiça, não estando assim preocupado com a justiça intraprocessual, acreditamos ser possível propor uma nova forma de se relativizar a coisa julgada material, inspirada na teoria rawlsiana.

Assim, acreditamos que a coisa julgada possa ser revista quando o procedimento judicial não é perfeito, porque, nesse caso, o resultado é proceduralmente injusto. Desta forma, evita-se o problema de se definir a decisão como justa ou injusta, discussão esta sujeita, como visto, a inúmeras variantes, inclusive de ordem subjetiva.

Sendo assim, importa mais a justiça do procedimento do que a justiça da decisão. Logo, decisão justa é aquela que decorre de um procedimento justo. Procedimento justo, por sua vez, é aquele que leva em conta todas as garantias processuais existentes e segue os ritos previstos para cada hipótese. Segundo esta perspectiva, somente será possível a relativização da coisa julgada quando for detectado falha processual relevante que implique um defeito procedimental que acabe por contaminar o resultado final do processo, isto é, a decisão.

A justiça do procedimento parece ser mais fácil de se aferir do que a justiça material. É difícil definir o que é um procedimento justo? Existe um certo consenso no que é um procedimento correto. O procedimento possui uma sucessão de atos e fórmulas, que são ou não observadas. A justiça procedimental, com critérios mais objetivos, permite uma melhor análise do caso concreto, para se verificar se a coisa julgada deve ou não ser flexibilizada. Nesse sentido, o cerceamento de defesa, por exemplo, possibilita a relativização, mesmo que

²⁹¹ HOFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 54.

decorrido o prazo da ação rescisória. Outros exemplos estariam relacionados a situações novas decorridas da evolução do estado da técnica, relacionadas com meios de prova (paternidade excluída sem a realização do exame de DNA ou condenação baseada em produto poluente que, com o progresso da ciência, revelasse inócuo), que indicam que o procedimento não foi suficientemente justo.

Assim, se o procedimento judicial tiver sido correto, a decisão é justa, não se admitindo a relativização da coisa julgada material. Por outro lado, admitir-se-á tal flexibilização na situação inversa, em que o procedimento não teve curso adequado.

A forma de relativização proposta neste trabalho, diferentemente da ação rescisória, permite a revisão da coisa julgada quando há falha processual, mesmo que esta não esteja expressamente prevista no artigo 485 do Código de Processo Civil. Ademais não fica limitada ao prazo de dois anos, como ocorre naquela ação.

O que se pretende apresentar neste trabalho é uma nova alternativa para o problema da revisão da autoridade da coisa julgada material. Busca-se aferir tal revisão com base na justiça do procedimento, pois entendemos que esta pode trazer mais objetividade à questão debatida. Porém, não se tem por finalidade encerrar a discussão sobre o tema, ao contrário, busca-se sim fornecer uma nova possibilidade para o avanço da discussão.

²⁹² BITTAR, 2002, p. 348.

9 CONCLUSÃO

A “relativização” da coisa julgada tem causado muitos debates na doutrina, pois permite a sua revisão quando a decisão judicial já se tornou irrecorrível porque esgotados os recursos admissíveis ou porque decorrido o prazo para a sua interposição. Neste caso, ocorre o trânsito em julgado da sentença, que faz surgir a coisa julgada, que representa a consolidação do princípio da segurança jurídica.

Através do estudo dos limites objetivos e dos limites subjetivos da coisa julgada foi possível delimitar o conteúdo do comando da sentença de mérito que se torna imutável. Assim, a relativização da coisa julgada incide no limite do pedido formulado pelo demandante e sobre as pessoas atingidas pelo que ficou decidido no dispositivo da sentença.

Os favoráveis à flexibilização, tais como Alexandre Freitas Câmara, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Valder do Nascimento, José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem que a decisão que ofende a Constituição, ou a que é injusta, pode ser reapreciada, a qualquer tempo, em outro processo.

Ademais, tais doutrinadores entendem que a coisa julgada não tem foro constitucional. De forma diversa, adotamos a posição majoritária que confere dignidade constitucional à coisa julgada, pois o fato de ter sido disciplinada pelo Código de Processo Civil não lhe retira o *status* constitucional. Trata-se de garantia a cuja observância submetem-se os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e que somente nas hipóteses expressamente permitidas pelo sistema jurídico dar-se-á sua desconstituição.

Vimos que a sentença juridicamente inexistente é por si só incapaz de produzir efeitos que se projetem sobre a vida das pessoas, e, conseqüentemente, não fica imunizada pela coisa julgada material, já que esta incide sobre os efeitos da sentença de mérito. Portanto, tais sentenças estão alheias à discussão da relativização da coisa julgada. O meio mais adequado para retirá-las do mundo jurídico é a *querela nullitatis*, cuja declaração poderá ocorrer a qualquer tempo.

A sentença inválida (nulas, injustas ou inconstitucionais) existe e faz coisa julgada. A invalidade é sanada após serem exauridos os instrumentos

adequados, como os recursos e a ação rescisória. No entanto, para a admissão desta ação é necessário a invocação de algum dos motivos taxativamente previstos nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, sendo que o prazo para a propositura limita-se a 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Parte majoritária dos estudiosos no assunto entende que melhor seria adotar termos iniciais mais flexíveis para a ação rescisória, como a data em que a parte tornou conhecimento do fator propiciador da pretensão. Embora entendamos que tal momento pode não ser tão simples de se determinar como quer parecer a doutrina, essa técnica pode favorecer o demandante prejudicado que somente tomou conhecimento da hipótese de rescindibilidade, após o decurso do prazo bienal.

Outro meio de desconstituição da coisa julgada estudado neste trabalho refere-se à fase de execução, que permite ao executado opor embargos à execução (art. 741, parágrafo único, do CPC) e impugnação (art. 475, §1º, do CPC) que viabilizam a inexigibilidade do título executivo judicial quando lastreado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou fundado em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal, desde que tenha havido o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.

Os que são contrários à relativização, como Leonardo Greco, Nelson Nery Junior, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Nojiri entendem que não se pode relativizar a coisa julgada com base na injustiça da decisão, pois há falta de critérios objetivos para se definir quais seriam reapreciadas e ainda porque o problema de se eternizar conflitos causaria insegurança jurídica.

Tendo em vista o caráter impreciso do valor “justiça”, verificamos que o mesmo não deve ser critério para orientar a flexibilização da coisa julgada. Sua adoção pode conduzir à perpetuação das discussões processuais com o consequente esvaziamento normativo da garantia constitucional. Há milênios discute-se a definição do que é justo e consequentemente do que seria uma decisão justa. Não há consenso, mas sim muita subjetividade e incerteza acerca do assunto.

Assim, diante da dificuldade em definir quais as decisões injustas que poderiam ser novamente levadas ao Poder Judiciário, buscamos um caminho que pudesse admitir a relativização da coisa julgada, de forma diversa daquela proposta pelos relativistas, com base na correção do procedimento. Assim, a justiça

deixa de ser um critério material e passa a ser considerada sob a luz do procedimento.

Não obstante a relevância das discussões que circundam o tema, é preciso ter cautela quanto às reais possibilidades para flexibilização, já que se contrapõem os valores da segurança jurídica e da justiça das decisões judiciais. Deve-se buscar preservar a solução definitiva do litígio. Porém, há situações excepcionais de falha processual em que se deve admitir a relativização, pois entendemos que a coisa julgada material não deve prevalecer a qualquer custo. Não se deve esperar que o direito positivo preveja todas as hipóteses para a revisão da coisa julgada e, além disso, entendemos que nestas situações não se deve limitar o prazo.

A exploração acerca da chamada “relativização” da coisa julgada, nesta dissertação de mestrado, não pretende encerrar o debate, nem apresentar soluções definitivas sobre o problema ora colocado. O que se almeja é estabelecer um diálogo sobre o tema demonstrando as posições favoráveis e as objeções que se estabelecem a seu respeito, entre os autores que o tem versado e oferecer novos subsídios para o avanço da discussão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los? *Cadernos de Ética e Filosofia Política* 8, p. 7-18, 2006.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAUJO, Maria Isabel. Relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro. *Scientia Iuris: revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Londrina: Ed. da UEL, v. 10, p. 203-224, abr. 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada: relativização da coisa julgada: enfoque crítico. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural e Brasiliense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BERMUDES, Sergio. *Sindérese e coisa julgada inconstitucional: coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BERTOLDI, Thiago Moraes. *Relativização da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00crelativizacao_TM.php>. Acesso em: 21 jan. 2008.

BESERRA, Fabiano Holz. *Apontamentos sobre a coisa julgada: de Liebman à relativização do instituto*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2004/apontamentossobrea coisajulgadafabiano>. Acesso em: 21 jan. 2008.

BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do código de processo civil. In: BRASIL. *Código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 109, p. 71-96, jan./mar. 2003.

_____. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

_____. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

_____. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 2.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

_____. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 9-36, jul./set. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. *Instituições de direito processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.

_____. *Instituições de direito processo civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

_____. *Instituições de direito processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, p. 9-38, jan./mar. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “*querela nullitatis*” e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 48, p. 27-44, out./dez. 1987.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coisa julgada: novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos*. São Paulo: Método, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário): In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HOFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a “relativização”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: n. 57, p.155-191, out./dez. 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. (Trad.) BUZAID, A; AIRES, B. Notas, GRINOVER, A. P. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. Ún. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas - SP: Millennium, 2003. v. 2.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa julgada: garantia constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 146, p.11-31, abr. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, *Pontes de. Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 10

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional: coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e leg. extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, p. 23-32, out./dez. 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SILVA, Érica Barbosa e. O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 145, p. 83-105, mar./ 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? relativização da coisa julgada: enfoque crítico. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e da coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 136, p. 32-57, jun. 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

_____. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas às paternidade (DNA). *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 17, p. 9-28, jan./mar. 2005.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza Vargas. Coisa julgada inconstitucional e a aplicabilidade da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 52, p.197-226, jul./set. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. (Coleção temas de processo civil: estudos em homenagem a Eduardo Espínola).

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)