

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO**

Mayara Bittencourt Ibe

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO
PREVIDENCIÁRIO**

Mayara Bittencourt Ibe

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP
2011

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Trabalho de Monografia aprovado
como requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito.

FRANCISCO JOSÉ DIAS GOMES

Orientador

EDSON FREITAS DE OLIVEIRA

Examinador

ANGÉLICA CARRO

Examinador

Presidente Prudente/SP, 11 de Novembro de 2011

Negar ao povo trabalhador, na sua grande maioria pobre e sofrido, a oportunidade de valer-se de um mecanismo processual que lhe propicie rever, por meio de uma nova ação judicial, o direito previdenciário indevidamente negado em um processo precedente, essencialmente ficto, é atribuir-lhe, sem compaixão à dignidade da pessoa humana, mais pobreza e sofrimento.

João Carlos Barros Roberti Junior

Dedico este trabalho aos meus pais, às minhas irmãs e à minha vó, fontes de minha fortaleza. Sem jamais esquecer *dele*, que esteve todos os dias ao meu lado, incentivando-me a prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por tudo aquilo que representa na minha vida, por sempre iluminar-me e fortalecer-me diante dos obstáculos que apareceram durante toda minha vivência.

Aos meus pais, Marcos e Ana Paula, que presenciaram e toleraram os meus erros com a compreensão e o carinho de sempre, nunca deixando de me acolher e orientar, engrandecendo toda minha existência. Não poderia deixar de mencionar, é claro, todo o amor neles encontrado.

As minhas irmãs, Mariana e Melissa, que alegram e felicitam os meus dias, ainda que não estejam presentes em todos eles.

A minha vó, Soeli, por quem tenho um carinho de filha e quem tem me acolhido durante todos os anos da faculdade.

Especialmente agradeço ao meu namorado, Bruno, quem esteve ao meu lado, sempre me incentivando a continuar (agradeço inclusive a todos os “puxões de orelha” que recebi), quem teve de escutar todos os meus desabaços, todas as minhas inseguranças, sem nunca perder a paciência, a compreensão e o carinho de sempre.

Agradeço, também, as minhas amigas: Ana Flávia, Fernanda e Julia, com quem dividi os melhores momentos vivenciados na faculdade, transformando-os em inesquecíveis lembranças.

Ao meu orientador, professor Francisco José Dias Gomes, por todo o tempo dedicado e por toda a atenção dispensada, sempre se colocando a disposição para atender-me; bem como aos meus examinadores, por terem aceitado prontamente o convite para compor a banca examinadora.

E todos aqueles que infelizmente não pude mencioná-los, mas que estiveram presentes e contribuíram para a realização deste trabalho.

Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho expõe acerca da possibilidade de se relativizar a coisa julgada nas ações previdenciárias, transcendendo as regras da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationes* das ações coletivas para as ações onde se busca o direito à Previdência Social. Se os direitos fundamentais evoluíram para se adequar às modificações ocorridas na própria sociedade, firmando-se as três “dimensões” de direitos fundamentais, encontra-se o Direito Previdenciário na segunda dimensão destes, cuja índole é social. Ocorre que a coisa julgada também tem escopo em um direito fundamental, à segurança jurídica. Nestes casos, havendo um conflito entre direitos fundamentais, um deve prevalecer frente ao outro sem que se excluam. Analisando os dois direitos em conflito, tem-se que a coisa julgada consiste na imutabilidade do conteúdo da sentença, que se perpetuará evitando nova demanda idêntica. O Direito Previdenciário, por sua vez, exige a comprovação material da filiação, ou de sua dependência, para determinados casos específicos, que se não ocorrerem aplicar-se-ia as regras processuais clássicas, levando a demanda à improcedência. A partir destas considerações, o trabalho examina a possibilidade de relativizar a coisa julgada nos casos que o instituto conflite com o direito do segurado a alcançar à Previdência Social, analisando esta relativização a partir de precedentes legais e discussões doutrinárias e jurisprudenciais, chegando a conclusão de que é possível que se mitigue a incidência da coisa julgada material nas ações previdenciárias julgadas improcedentes por insuficiência de provas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Previdência Social. Coisa Julgada. Relativização. Ações Coletivas.

ABSTRACT

This work outlines about the possibility of relativize *res judicata* in social security actions, exceeding the rules of the *res judicata secundum eventum litis* and *secundum eventum probationes* of the collective actions to the actions where the right to Social Security is sought. If the fundamental rights evolved in order to adjust to the modifications occurred in the society itself, establishing the three “dimensions” of the fundamental rights, the Social Security Law is found on the second dimension of those, whose nature is social. It happens that *res judicata* also has the scope in a fundamental right: the legal certainty. In these cases, when a conflict between fundamental rights happens, one must overpower the other one without excluding themselves. Analyzing the two rights in conflict, the conclusion is that *res judicata* consists in the immutability of the terms of the judgment, which will perpetuate to prevent new identical law suit. The Social Security Law, for its part, demands the material proof of the filiations, or the dependence, to specific cases, which if it not occur it would be applied the classic procedure rules, making the demand to dismissal. From these considerations, the work examines the possibility of relativize the *res judicata* in cases that it conflicts with the insured right to reach the Social Security, analyzing this relativization from the legal precedents, doctrinaire and judicial discussion, reaching to the conclusion that it is possible to mitigate the material *res judicate* incidence in the social security actions judged dismissed because of insufficient evidence.

Keywords: Fundamental rights. Social Security. *Res Judicata*. Relativization. Collective actions.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	9
2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
3 CONFLITO DE PRINCÍPIOS: GARANTIA DA COISA JULGADA E O DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA	16
4 DA SENTENÇA	20
4.1 Do Conceito de Sentença.....	20
4.2 Dos Requisitos da Sentença	23
4.3 Das Espécies de Sentença	24
5 DA COISA JULGADA.....	26
5.1 Do Conceito de Coisa Julgada	26
5.1.1 Breve análise sobre a verdade no direito processo civil.....	28
5.2 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material	30
5.3 Dos Fundamentos Jurídicos da Coisa Julgada	32
5.3.1 Teoria da presunção da verdade.....	32
5.3.2 Teoria da ficção da verdade	33
5.3.3 Teoria da força legal da sentença	33
5.3.4 Teoria da eficácia da declaração.....	33
5.3.5 Teoria da extinção da obrigação jurisdicional.....	34
5.3.6 Teoria da vontade do Estado	34
5.3.7 Teoria de Carnelutti.....	35
5.3.8 Teoria de Liebman	36
5.4 Dos Fundamentos Políticos da Coisa Julgada	37
5.5 O Alcance Objetivo e Subjetivo da Coisa Julgada	38
6 DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	41
7 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	44
7.1 Da Previsão Legal para a Relativização da Coisa Julgada	46
7.2 Da Relativização da Coisa Julgada na Doutrina e na Jurisprudência	47
8 INSUFICIÊNCIA DE PROVAS NAS QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS	51
8.1 Da Legislação Previdenciária – Lei n.º 8.213/1991	51
8.2 Da Insuficiência de Prova para o Deferimento do Benefício	57
8.2.1 Dos segurados especiais	59
8.2.2 Da comprovação da união estável	59
8.2.3 Da comprovação da dependência econômica.....	61
8.3 Singularidades da Lide Previdenciária e a Necessidade de um “Processo Previdenciário” Próprio	63
8.4 Sugestão para Efetividade do Processo Previdenciário	64

9 A COISA JULGADA E O DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL	65
9.1 Da Aplicação Análoga dos Dispositivos Legais nas Ações Coletivas para as Ações Previdenciárias.....	66
9.2 Da Interposição de Nova Ação.....	70
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho expôs acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada material nas ações onde se busca o direito à Previdência Social, típico direito fundamental de segunda dimensão (artigos 6º; 7º, inciso XXIV; e 201, todos da Constituição da República Federativa do Brasil).

O instituto da coisa julgada sofreu constantes modificações nos tempos modernos, além de ser um dos pontos de maior discordância no âmbito jurídico brasileiro, necessitando se remodelar e readequar às transformações ocorridas na efetivação dos direitos e garantias, principalmente, naqueles tidos como fundamentais.

Nesse contexto, a coisa julgada desempenha um papel de importância ímpar, já que decorre do princípio da segurança jurídica e, mais além, do próprio Estado Democrático de Direito. Todavia, este instituto não pode ser tido como absoluto, já que nenhum direito o é, ainda que fundamental, pois muitas vezes a sua manutenção choca-se com outro direito tão fundamental quanto aquele, devendo prevalecer o que melhor se adequar ao caso concreto, sem nunca deixar de ponderar sobre a proporcionalidade e a concordância prática entre eles.

Na esfera penal, quando a coisa julgada se choca com direito fundamental de primeira dimensão (direito à liberdade), abre ensejo à revisão criminal (artigo 621 do Código de Processo Penal), a fim de afastar uma condenação criminal injusta acobertada pelo selo de imutabilidade dela decorrente.

No âmbito cível, da mesma forma, o instituto da ação rescisória presta-se a elidir a imutabilidade dos efeitos de uma sentença civil eivada pelos graves vícios previstos no artigo 485, do Código de Processo Civil, prestigiando outros valores assegurados constitucionalmente ao lado da coisa julgada, mas que devem a esta se sobrepor para que prevaleçam os direitos de maior peso no caso concreto.

Uma vez decorrido o prazo decadencial para o ingresso da ação rescisória, um direito fundamental que não foi devidamente tutelado pelo processo ficaria para sempre escondido pela imutabilidade da decisão.

Assim, por exemplo, o direito fundamental à descoberta da filiação abriu a discussão sobre a necessidade de se relativizar a coisa julgada nas ações de

investigação de paternidade julgadas improcedentes antes da existência do método de DNA, após o biênio decadencial para a propositura ação rescisória.

No campo dos direitos fundamentais de terceira dimensão, como é, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado, o ordenamento jurídico atentou para a necessidade de se conferir um tratamento menos rígido à imutabilidade decorrente da coisa julgada, a fim de resguardar direitos tão caros à coletividade de uma apreciação judicial possivelmente injusta, prescrevendo que a sentença proferida não faz coisa julgada material nos casos de improcedência por insuficiência de provas, nos termos do artigo 18 da Lei nº 4.717/65, do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 e do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, verificou-se uma preocupação do Direito com a efetiva tutela dos direitos fundamentais, que não podem ser sonegados ante um fenômeno processual que torne imutável uma sentença pautada na verdade formal do processo. É dizer: o meio (o processo e a coisa julgada dele decorrente) não pode se sobrepor ao fim (tutela efetiva de direitos fundamentais).

E é nesse contexto que se coloca o tema deste trabalho, que visa demonstrar a possibilidade de se relativizar excepcionalmente a coisa julgada diante da prevalência que deve ser dada a determinados direitos fundamentais, mais especificamente nas ações onde se busca o direito à Previdência Social.

Com efeito, sendo o direito à Previdência Social um direito fundamental, que visa assegurar ao cidadão sua dignidade humana através de um patrimônio mínimo, não pode o Direito permitir que uma decisão judicial que não tenha apreciado todas as vertentes do caso concreto seja acobertada pela eterna indiscutibilidade decorrente da coisa julgada material.

Nessa esteira, a aplicação analógica dos dispositivos legais que impedem a formação de coisa julgada material, nas sentenças proferidas em Ações Coletivas que julgarem improcedentes os pedidos por insuficiência de provas, é uma solução que atende adequadamente a necessidade de tutela de um direito tão vital quanto o Direito à Previdência Social.

Até mesmo porque se for vislumbrado o contexto histórico da coisa julgada que se formou a partir de direitos fundamentais, tem-se que aqueles tidos como de primeira dimensão (como é o direito à liberdade) são mitigados pela revisão criminal e os de terceira dimensão (tipicamente coletivos) são suavizados através da possibilidade de se mover nova ação se o resultado da sentença transitada em

julgado for de improcedência por insuficiência de provas. No entanto os direitos sociais (de segunda dimensão) não possuem um mecanismo de relativização, ainda que sejam tão vitais como os de primeira e os de terceira dimensões.

Assentadas tais premissas, se infere a viabilidade da repositura da ação previdenciária julgada improcedente por falta de provas, mediante o surgimento de novas provas, mesmo em detrimento da coisa julgada.

Enfim, o trabalho aqui apresentado procurou analisar o instituto da coisa julgada através da evolução constitucional dos direitos fundamentais, passando pela teoria da norma, trazendo seu modo de formação (através da sentença e do próprio instituto da coisa julgada), e sua especificidade no campo do processo coletivo, seus modos de relativização, identificando as particularidades do direito previdenciário e, por fim, comparando o direito à Previdência Social com os direitos coletivos.

Por último, a intenção deste trabalho foi de equiparar o direito à Previdência Social àqueles direitos coletivos no que tange a coisa julgada, conferindo tratamento análogo entre eles.

Para tanto, a realização da pesquisa se deu através dos métodos dedutivo e comparativo, utilizando de obras doutrinárias variadas, julgados de diversos tribunais e legislações codificadas e esparsas.

2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais compõem-se de um conjunto de direitos mínimos necessários à vida com dignidade, compreendendo em seu seio os direitos pessoais, civis, políticos e econômicos sociais, todos devidamente previstos na Lei Maior. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), conhecida como Constituição cidadã, segue os moldes do atual “movimento” neoconstitucionalista; entretanto, nem sempre foi assim.

Pedro Lenza, em seu livro *Direito Constitucional Esquematizado* (2011, p.54-58), discorre acerca da evolução histórica do constitucionalismo, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, ponderando, ainda, sobre o constitucionalismo norte-americano e o constitucionalismo moderno, até o Constitucionalismo Contemporâneo (ou globalizado) e o atual “neoconstitucionalismo”.

Quanto a este último, a doutrina desenvolve, a partir do século XXI, uma nova perspectiva, também chamado de constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

Tem este nome (pós-positivismo) porque decorre de uma evolução histórica, filosófica e teórica. Filosoficamente, o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) surgiu a partir de uma construção lógica da filosofia do Direito.

A filosofia do Direito iniciou-se com o chamado “Jusnaturalismo”, que se desenvolveu desde o século XVI, aproximando a lei da razão, tida como filosofia natural do Direito. O Jusnaturalismo pregava os princípios de justiça universalmente consagrados e tidos como naturais e inerentes à sociedade. Em busca da objetividade científica e para que se consolidasse as revolução liberais da época, consagrou-se as constituições escritas e as codificações, surgindo, então, o “Positivismo Jurídico” (final do século XIX). O Positivismo equiparou o Direito à lei, afastando as discussões sobre filosofia e justiça, e dominando o pensamento iluminista do século XX. O declínio do positivismo foi associado à derrota do fascismo (Itália) e do nazismo (Alemanha) no final da 2ª Guerra Mundial, regimes estes que promoveram grandes barbáries sob a proteção legal.

Neste contexto surge a idéia do pós-positivismo, um novo direito constitucional (neoconstitucionalismo) para reescrever as linhas filosóficas do Direito. Luiz Roberto Barroso (2006, p. 5) expõe tal situação com precisão:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Neste ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Para Bonavides (2010, p. 285), o pós-positivismo é marcado pela soberania dos princípios:

[...] os princípios têm, desse modo, contribuído soberanamente para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreita e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucionar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia.

Assim, o neoconstitucionalismo constitui uma evolução filosófica do Direito, diferenciando-se do neoconstitucionalismo do constitucionalismo moderno quanto a sua aplicabilidade. Enquanto o constitucionalismo moderno há hierarquia entre as normas de graus diferentes e uma limitação do poder do Estado; o neoconstitucionalismo prega a hierarquia entre as normas não em seu sentido formal (o grau para o qual pertencem), mas em seu sentido axiológico (o valor que lhe é atribuído), assim como não prega apenas a limitação do poder, mas a concretização efetiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, por sua vez, dado o contexto histórico com que a sociedade evolui, modificam-se para se adequar as necessidades dos cidadãos. Nesta perspectiva fixaram-se as três “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais tem como ponto inicial a independência Norte Americana (1776), seguida pela Revolução Francesa (1789) e a busca do direito à liberdade. No Brasil, a liberdade é marcada pelos movimentos contra a escravidão e sua respectiva ruptura em 1888, seguida pela queda do império (1891).

A segunda dimensão tem como marco inicial a Constituição do México de 1917, sendo mais bem representada pela primeira constituição cidadã de Weimar (Alemanha, 1919), buscando a igualdade como forma de proteção da dignidade humana. Sua essência é a proteção das necessidades humanas, marcando o surgimento dos direitos sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira dimensão – chamados de direitos negativos –, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltas à minoração dos problemas sociais.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais passou a lutar por direitos fraternais (ou coletivos), tendo como marco inicial o fim da Segunda Grande Guerra (1945) e a criação da Organização das Nações Unidas. O cerne destes direitos consiste na fraternidade ou solidariedade, no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos, solidificados na Carta das Nações Unidas (1948).

Em suma, os direitos fundamentais buscam resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

No que tange especificamente a Previdência Social, matéria de estudo do presente trabalho, destaca-se que usualmente é caracterizada como um direito de segunda geração, devido à proteção individual, tendo como meta a “igualdade”. Entretanto, há quem defenda, e dentre estes se destaca Fábio Zambete Ibrahim (2011, p. 77), que os riscos sociais são um problema de toda a sociedade e não somente do particular, demonstrando a fragilidade de classificar a seguridade social como um direito fundamental de segunda dimensão, para ele “os que admitem a divisão entre gerações ou dimensões, a seguridade social, com seu aspecto mais amplo de ações, com viés claramente solidarista, somente poderia ser enquadrada como direito de 3ª geração”.

Sendo o direito à Previdência Social um direito fundamental, merece uma proteção jurídica relevante, através de uma tutela efetiva e adequada ao caso concreto, entretanto, ao conferir tal tutela, pode ocorrer deste direito esbarrar noutro, gerando um conflito entre dois institutos fundamentais, conforme passaremos a expor.

3 CONFLITO DE PRINCÍPIOS: GARANTIA DA COISA JULGADA E DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA

Conforme exposto anteriormente, os direitos fundamentais passaram por histórica evolução até chegar à normatização atual, evolução esta que ainda está em plena atividade, posto que a sociedade jamais pára de evoluir e, com ela, o próprio Direito.

A fim de prevenir a eternização dos litígios, a coisa julgada foi inicialmente concebida para conferir estabilidade às decisões judiciais; ocorre que, muitas vezes, este direito colide com outros igualmente fundamentais, sendo mister que haja uma ponderação entre eles a fim de garantir a unidade da Constituição e a máxima efetividade de suas normas e princípios.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, juntamente com os ilustres doutrinadores Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, no livro Curso de Direito Constitucional, assim disciplina sobre a colisão entre os direitos fundamentais:

Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. Assinala-se que a idéia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamentos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção. [...] Embora se cogite, não raras vezes, de uma suposta colisão de direitos, é certo que a conduta questionada já se encontra, nesses casos, fora do âmbito de proteção do direito fundamental. (MENDES, 2009, p. 375).

Tal colisão ocorre porque a Constituição Federal encontra-se recheada de princípios a serem perseguidos. A finalidade imediata dos princípios por ela impostos é o apontamento de um Estado-Ideal a ser perseguido e alcançado, mas sem indicação de condutas que devem ser adotadas para alcançá-lo, enquanto que a regra, ao contrário, descreve a conduta a ser perseguida, utilizando-se da subsunção para sua aplicação.

Convém advertir a extrema necessidade de se incluir a real função dos princípios. A abordagem do direito a partir da Teoria da Norma é um assunto relativamente recente, passando a ganhar relevância após a Constituição Federal de

1988. A boa compreensão da Constituição cidadã passa, fundamentalmente, pela compreensão das normas, sendo elas: princípios, regras e postulados normativos.

Relevante, especialmente, o estudo dos princípios, pois os direitos fundamentais são, basicamente, disciplinados por meio destes.

Sinteticamente, princípios são normas imediatamente finalísticas, porque apontam um Estado-Ideal a ser promovido, sem assinalar quais condutas devem ser observadas para a promoção deste. Por isso que os princípios são fluídos. Já as regras são normas imediatamente descritivas, descrevendo a conduta a ser observada. Por fim, há os postulados normativos, que são normas metódicas utilizadas como método para encaminhar a aplicação dos princípios e regras.

Os princípios, em especial, permanecem sempre em conflito. A expressão “conflito” é muito utilizada pela Teoria dos Princípios, criada pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, defendendo que “os princípios convivem conflituosamente” (informação verbal¹).

Com efeito, ensina o grande jusconstitucionalista Paulo Bonavides, (2010, p. 277-295), que na técnica da aplicação das regras, diante de disposições conflitantes a prevalente exclui a preterida do mundo jurídico; diferentemente, na aplicação dos princípios, quando conflitantes entre si, o valor informa o prevalente, afastando a incidência do preterido sem sua exclusão do mundo jurídico.

Em sua obra Bonavides traz os argumentos de vários doutrinadores consagrados internacionalmente (dentre eles destacam-se Robert Alexy, *Theorie der Günderechte* e Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*), disciplinando que:

A distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. [...] Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*). [...] Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. (BONAVIDES, 2010, p. 277).

¹ Informação obtida através do professor Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro, em suas aulas de Direito Processual Civil, para as “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo de Presidente Prudente”, aos alunos do 4º ano do curso de Direito, no curso do ano letivo de 2011.

A expressão “convivem conflituosamente” tem origem no próprio ordenamento jurídico, já que é comum, e provável, que sejam consagrados mais de um Estado-Ideal, e que estes Estados-Ideais consagrados sejam contraditórios entre si, especialmente no que tange aos direitos fundamentais.

Tais conflitos ocorrem porque ao consagrar direitos fundamentais no ordenamento jurídico, chocam-se os Estados-Ideais neles presentes e contraditórios entre si.

A partir desta convivência conflituosa nasce a utilização da ponderação como resolução dos conflitos no caso concreto. A ponderação irá solucionar o conflito, sem que seja necessário reconhecer a invalidade de um princípio frente ao outro.

Pedro Lenza (2011, p. 61-62) assim disciplina:

Os valores constitucionais poderão entrar em choque, seja de modo específico (por exemplo, a liberdade de informação e de expressão e a intimidade, honra e vida privada), seja de modo geral, no que, conforme afirma, diz respeito ‘ao próprio papel da Constituição’. [...] Deverão ser resguardados as condições de dignidade e dos direitos dentro, ao menos, de patamares mínimos.

Nessa conformidade, ainda há inúmeros precedentes na jurisprudência brasileira, sendo oportuno transcrever um trecho da decisão monocrática do Ministro Cesar Peluzo, proferida nos autos da Ação Cautelar (AC) nº 2.182/DF, na qual asseverou que:

[...] esse direito fundamental à segurança jurídica não é, como todos os demais, absoluto, podendo ceder em caso de conflito concreto com outros direitos de igual importância teórica. Ora, somente em hipótese nítida de colisão entre direitos fundamentais é que se pode admitir, em tese, a chamada "relativização da coisa julgada", mediante ponderação dos respectivos bens jurídicos, com vistas à solução do conflito” (STF, AC 2.182/DF, Rel. Min. Cesar Peluzo, DJ 12.11.2008).

Portanto, legítima a discussão ente a garantia da coisa julgada frente à proteção judicial efetiva.

Enquanto a coisa julgada decorre da segurança jurídica, a proteção judicial efetiva decorre da inafastabilidade do Poder Judiciário, bem como a uma prestação jurisdicional que atribua uma tutela adequada, efetiva e tempestiva a quem tem razão.

Como visto não há que se falar em exclusão dos princípios, mas a análise do caso concreto, podendo, caso regulamentado por regras subjacentes, ser prestigiado um destes princípios, frente ao outro, em determinado instituto (da coisa julgada).

Não se pretende defender, com o presente trabalho, a imutabilidade das sentenças em abstrato, mas utilizar de precedentes legais já estabelecidos para casos análogos, como ocorre nas sentenças de improcedência por insuficiência de provas tangenciados pelos direitos coletivos.

É inquestionável que a segurança jurídica é um valor inestimável, contudo, a segurança jurídica é um valor que cede a outros igualmente relevantes, representados, dentre outros, pelos princípios: da proteção judicial efetiva; da tutela adequada, efetiva e tempestiva; da moralidade; da legalidade; da “ordem jurídica justa”, dentre outros agasalhados pela CRFB.

Assentadas tais premissas, passa-se a estudar os fenômenos processuais que dão origem à coisa julgada e ao próprio instituto da coisa julgada propriamente dita, tendo em vista ser o alicerce principal deste estudo.

4 DA SENTENÇA

A abordagem da coisa julgada carece de um prévio estudo de sua formação, através da compreensão da sentença.

4.1 Do Conceito de Sentença

Buscando distinguir os diversos atos praticados pelo juiz no curso do processo, Rocco (1985, p. 105-106) chega à seguinte fórmula:

Em resumen: la sentencia es el acto de juez encaminado a eliminar la incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto, acreditando una relación jurídica incierta concreta; la ordenanza es el acto por el cual el juez, siendo cierta Y suponiendo que es cierta la norma aplicable al caso concreto y cierta la relación jurídica concreta, provee a la marcha de un procedimiento pendiente, ordenando actos de pura ejecución; el decreto es el acto por el cual el juez, siendo también cierta o suponiéndose que es cierta la norma aplicable al caso concreto, provee a todas las demás funciones judiciales o administrativas que de él se exigen².

O direito positivo brasileiro traz a definição legal do que são sentenças, decisões interlocutórias e despachos, em que pese o brocardo *omnis definitio in jure civile periculosa est* (no Direito Civil toda definição é perigosa), o Código de Processo Civil (CPC) as traz com a finalidade de estancar incertezas e indesejáveis consequências danosas que a falta de uma definição clara e objetiva pode trazer.

Assim, sentença é um pronunciamento judicial de primeiro grau, que juntamente com a decisão interlocutória e o despacho, são elencados no artigo 162 do CPC, enquanto que os pronunciamentos de segundo grau são as decisões monocráticas e os acórdãos emitidos pelos tribunais superiores.

² Tradução livre: “Em resumo: a sentença é o ato do juiz com o objetivo de eliminar a incerteza sobre a norma aplicada ao caso concreto, comprovando uma relação jurídica incerta concreta; a portaria é o ato pelo qual o juiz, sendo certa e supondo que é certa a norma aplicável ao caso concreto e certa a relação jurídica concreta, provém a continuidade de um procedimento pendente, ordenando atos de pura execução; o decreto é o ato pelo qual o juiz, sendo também certa e supondo-se que é certa a norma aplicável ao caso concreto, provém todas as demais funções judiciais ou administrativas que dele se exigem.”

O artigo 162 do CPC preocupou-se com a definição do termo “pronunciamento de primeiro grau” e elencou suas espécies em seus parágrafos, *in verbis*:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pelo Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). (grifo nosso).

A partir da leitura do referido dispositivo retira-se a conceituação legal para sentença, qual seja, “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269”.

Nota-se que o parágrafo que define sentença foi alterado pela Lei nº 11.323/2005 e antes da alteração legislativa este dispositivo, que também conceituava sentença, era disposto da seguinte forma: “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Confrontando essas definições descobrimos a intenção do legislador em alterar uma definição cravada na finalidade em que foi produzida para pautar-se no conteúdo nela inserido.

O ilustre doutrinador Cassio Scarpinella Bueno (2007, p. 325-326) ilustra como encontra-se tal discussão na doutrina:

[...] pela letra do art. 162, § 1º, na sua redação original, o critério até então adotado era o da *finalidade*. Sentença era o ato judicial que tinha como *finalidade* a de encerrar o ‘processo’ [...]. Parcela da doutrina sempre buscou aprimorar aquele conceito dado pela própria lei, afirmando que não se tratava, propriamente, de encerrar o ‘processo’ mas o ‘*procedimento* em primeira instância’. O ‘processo’ não acabava necessariamente com o proferimento da sentença. É que já da sentença sempre houve a possibilidade de interposição de recursos [...]. De outra parte, prestigiosa doutrina referia-se a ‘sentença’ não pela sua *finalidade* (na linha de exposição que ocupa os parágrafos anteriores) mas, bem diferentemente, levando em conta seu *conteúdo*. Daí falar-se em sentença como o ato do juiz que tivesse por *conteúdo* uma das várias hipóteses descritas nos arts. 267 e 269. Mais importante que encerrar o ‘processo’ (até porque a sentença nunca o encerrou, e quanto a isto nunca houve espaço para maiores dúvidas), era caracterizar a sentença como ato do juiz que tinha por

conteúdo uma das situações constantes daqueles dois dispositivos legais. A Lei n. 11.232/2005, ao dar nova redação ao § 1º do art. 162, inclinou-se claramente por esta corrente.

Cumprido esclarecer que a Lei nº 11.232/2005 não vigora apenas para alterar a redação do parágrafo 1º do artigo 162 do CPC. Quando da construção do CPC, em 1973, fixou-se a divisão clara entre Processo de Conhecimento (Livro I), Processo Cautelar (livro II) e Processo de Execução (livro III). Desde 1990 vêm ocorrendo constantes reformas na legislação, dentre essas reformas a Lei nº 11.232/2005 criou um novo conceito de processo, que vem sendo denominado de Processo Sincrético.

O Processo Sincrético rompeu com o sistema até então vigente, permitindo um único processo exercer atividade cognitiva e executiva, fundindo elementos do Processo de Conhecimento e o Processo de Execução. Portanto a principal modificação introduzida pela Lei 11.232/2005 foi quanto ao cumprimento de sentença e não seu conceito.

Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 407), em seu Manual do Processo do Conhecimento leciona que:

[...] a novidade da Lei 11.232/2005 está na existência de sentenças de mérito que não extinguem o processo. Na verdade, tal modificação deriva do novo sistema que a própria lei outorgou à execução da sentença, que impõe o pagamento de quantia certa, dispensando a propositura da ação de execução e permitindo que a execução seja feita em uma fase do processo já instaurado, denominada de 'cumprimento de sentença.

O conceito de sentença anteriormente existente se tornou manifestamente incompatível com a nova realidade do processo.

Se o pronunciamento de primeiro grau denominado sentença já não colocava termo ao processo, pois existia a possibilidade da interposição de recursos, apenas colocando fim ao procedimento de primeiro grau, agora, com a existência do Processo Sincrético, tal definição, ainda mais, não atendia a realidade. Este novo conceito de processo apenas termina com a satisfação da pretensão, ou seja, após a execução, tendo a sentença apenas o condão de atrelar a fase cognitiva à fase executiva.

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno (2007, p. 327) ensina:

A *interpretação* do art. 162, § 1º, no *sistema* processual civil, deve ser no sentido de que a sentença, para os fins presentes, é ato que encerra a *'etapa'* de conhecimento, a *'etapa cognitiva'* na primeira instância, o ato do juiz que revela que não há mais qualquer atividade jurisdicional a ser desenvolvida naquele caso com vistas ao *reconhecimento* do direito [...]. Isto, contudo, não significa que o juiz não desenvolverá outras atividades (que são, por definição, jurisdicionais) à medida e que haja *necessidade* para tanto e que seja devidamente provocado para realizá-las.

Ocorre que esta não é a única definição de sentença.

Existem diversas maneiras de se conceituar um determinado instituto, assim como há várias formas de incidência de uma matéria sobre certo tema e de critérios a serem adotados. Apenas a título de comparação, Fredie Didier Júnior (2007, p. 225) define:

Sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (como a lei, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Superado o conceito de sentença, ainda que não o esgotando, já que não é este o objetivo deste trabalho, passa-se a argumentar sobre seus requisitos e suas espécies.

4.2 Dos Requisitos da Sentença

Os requisitos da sentença, ou, conforme Cassio Scarpinella Bueno (2007, p. 352), os elementos essenciais da sentença, são três: relatório, fundamentação e dispositivo, conforme reza o artigo 458 do CPC.

O relatório da sentença indica a pretensão do autor e a resistência do réu, delimitando o tema a ser debatido; além de constar o que sobreveio no decorrer do processo. O relatório é uma síntese das etapas processuais, sendo devidamente registrados todos os pontos relevantes.

A fundamentação, por sua vez, consiste nas razões da decisão, devendo o juiz apresentar fundamento e resolução da questão essencial para o

deslinde da ação (súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça³). É o momento em que o juiz desenvolve seu raciocínio, aplicando sobre as premissas fáticas as regras de direito. Na fundamentação o juiz deve apontar a valoração das provas, por exemplo, e deve explicar as razões pelas quais as provas demonstram, ou não, uma afirmação de fato.

A fundamentação permite que a parte que sucumbiu entenda os motivos de seu insucesso e, se for o caso, interponha recurso a fim de demonstrar o equívoco da sentença. Fundamental, portanto, o enfrentamento de todas as questões trazidas pelos sujeitos do processo.

Em outras palavras “não basta o juiz estar convencido. Deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo” (MARINONI, 2006, p. 409). É através da fundamentação da sentença que se dá concretude ao comando constitucional do Livre Convencimento Motivado constante no artigo 131 do CPC, e nos artigos 93, IX.

Por fim, o dispositivo da sentença é o local em que o juiz afirma se acolhe ou rejeita o pedido do autor, aplicando a regra de direito abstrata ao caso concreto.

O dispositivo, por conseguinte, representa “o instante culminante do processo, porque é nele que o julgador adjudicará o bem da vida ao autor ou ao réu” (BUENO, 2007, p. 354), será o momento em que acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor (conforme preceitua o artigo 459, primeira parte, do CPC). Sem esquecer, logicamente, que este dispositivo deve guardar pertinência, obrigatoriamente, com o que foi enfrentado e resolvido ao longo da fundamentação.

4.3 Das Espécies de Sentença

Ainda sobre sentença, se deve ater que, conforme disposição legal, há duas espécies distintas: aquelas em que o juiz adentra o mérito e resolve o litígio, com apoio no artigo 269 do CPC (chamadas de definitivas); e aquelas em que o juiz

³ Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

não adentra o mérito, e por consequência não resolve o mérito da questão litigiosa, resolvendo a demanda com base no artigo 267 do CPC (chamadas de terminativas).

O atual CPC trata tais sentenças como sendo: sem resolução do mérito (artigo 267) e com resolução do mérito (artigo 269), nos seguintes termos:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

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; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)

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.

Art. 269. Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - quando as partes transigirem; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (grifo nosso).

A importância da diferenciação das situações em que ocorre ou não a solução da lide está relacionada ao efeito da decisão representado pela coisa julgada, matéria do presente trabalho. Os casos em que o litígio foi solucionado (houve resolução do mérito) são aptos a produzir a coisa julgada material, enquanto que os casos que não obtiveram resolução do mérito não são aptos a produzir a coisa julgada material, incidindo apenas a coisa julgada formal, como se verificará adiante.

5 DA COISA JULGADA

Superado os fundamentos da sentença, mecanismo que dá origem à coisa julgada, adiante se fundamentará sobre o instituto da coisa julgada propriamente dita.

5.1 Do Conceito da Coisa Julgada

Ao chamar para si o monopólio da função jurisdicional, o Estado compromete-se a por fim aos litígios da vida social, mediante um provimento que se repute justo e, ao cabo das impugnações admitidas pelo ordenamento jurídico, torne-se estável e indiscutível, como regra.

Destarte, deve a sentença refletir, ao máximo, os fatos tais como efetivamente ocorreram, e o desenvolver do processo deve trazer ao julgador uma certeza que justifique a autoridade de sua decisão.

Nesse contexto, Calamandrei (1988, p. 321) asseverava que:

[...] los hechos continúan siendo lo que fueron, y el ordenamiento jurídico no pretende que sean considerados como verdaderos aquellos que el juez toma como base para su decisión; el, incluso, no se cuida em modo alguno por saber como ocurrieron realmente las cosas, y se desinteresa completamente de los posibles errores lógicos del juez; pero se limita a afirmar que la voluntad de la ley em el caso concreto es lo que el juez afirma ser la voluntad de la ley.⁴

Eis a concepção clássica que embasa o conceito tradicional de coisa julgada.

No ordenamento jurídico pátrio, o artigo 301, parágrafo terceiro, segunda parte, do CPC, também define coisa julgada, estabelecendo que “há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”, enquanto o artigo 467 dita que “denomina-se coisa julgada material a

⁴ Tradução livre: “[...] os atos continuam sendo o que foram, e o ordenamento jurídico não pretende que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz toma como base para sua decisão; e, inclusive, não se importa de modo algum de saber como ocorreram realmente as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz, mas se limita a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é que o juiz afirma ser a verdade da lei.”

eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) também dispõe, em seu artigo 6º, parágrafo terceiro que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Com isso percebemos que o legislador pretendeu, ao impor a coisa julgada, estabilizar as demandas judiciais a fim que estas não se eternizem. Neste sentido dispõe Fredie Didier (2007, p. 477):

Sucedem que a *impugnabilidade* das decisões não podem ser *irrestritas*; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (por ser objeto de um processo, cujo resultado é incerto, a situação jurídica deduzida é uma mera afirmação). De uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos atuais, admite-se a revisão das decisões judiciais. Mas não sem impor limites. Esgotados ou não utilizados adequadamente os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e o julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge, então, a coisa julgada.

Assim sendo, a coisa julgada é o instituto que concretiza o direito fundamental da segurança jurídica, garantindo-a.

De um modo geral, a coisa julgada é um fenômeno típico e exclusivo da atividade jurisdicional, e é através dela que uma sentença torna-se indiscutível no mesmo processo (coisa julgada formal) ou em processos subsequentes (coisa julgada material).

Luiz Guilherme Marinoni (2006 p. 629-630) também traz sua contribuição a respeito:

A coisa julgada nada mais é do que o reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto; se a regra é (ao menos em princípio, e enquanto a necessidade social estiver acorde com ela) imutável, também a regra concreta assim deve ser. E, considerando que na sentença o juiz ‘concretiza’ a norma abstrata, fazendo a *lei do caso concreto*, nada mais normal que essa lei também se mostre imutável. Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional.

Por fim, cabe destacar que apesar do *status* constitucional da coisa julgada, cabe ao legislador infraconstitucional regulamentá-la. Dessa forma é possível que o legislador infraconstitucional nem sempre atribua a aptidão de

imutabilidade das decisões a determinados casos, realizando, assim, um juízo de ponderação.

Este juízo de ponderação pode ser observado, principalmente, quando o legislador infraconstitucional mitiga a imutabilidade decorrente da autoridade da coisa julgada nas sentenças proferidas em Ações Coletivas que julgarem improcedentes os pedidos por insuficiência de provas (Lei nº 4.717/65, artigo 18; Lei nº 7.347/85, artigo 16; e CDC, artigo 103), o que demonstra que o rigor da imutabilidade das decisões realmente pode ser disciplinado e, frente ao caso concreto, abrandado.

Todavia, não se pode ignorar a existência de sentenças injustas que também tem aptidão para tornarem-se imutáveis. Não se pretende analisar a justiça das decisões, mas, no máximo, ponderar sobre a verdade dela decorrente, até mesmo porque o próprio conceito de “verdade” é discutível, segundo se verificará.

5.1.1 Breve análise sobre a verdade no direito processual civil

Marinoni (2006, p. 628-637), ao conceituar coisa julgada revive a tão debatida “noção de verdade” que, por muito tempo, confundiu-se com o próprio instituto da coisa julgada material (esculpido no digesto *res iudicata pro veritate accipiur*). Em seu livro intitulado Prova, debate sobre esta questão, diferenciando e repudiando a tão consubstanciada “verdade formal” e “verdade material”:

A verdade formal, ao contrário da substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial. Diversamente da noção de verdade substancial, aqui não há necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto. O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma ‘ficção’ da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa. [...] Parte-se da premissa de que o processo civil, por lidar com bens menos relevantes que o processo penal, pode se contentar com menor grau de segurança. (MARINONI, 2009, p. 30-31).

Ainda sobre a “noção de verdade”, Didier expõe (2007, p. 225):

Em virtude do pós-positivismo que caracteriza o atual Estado Constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender

as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que seja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais.

Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado-Liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável no caso concreto um interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar direitos fundamentais.

Assim, o período atualmente vivenciado pelo Direito brasileiro, fase já conhecida (e discutida neste trabalho) como pós-positivismo, característica do Estado Constitucional, exige do juiz uma postura ativa.

Deixa de ser um precedente ou uma faculdade seus poderes instrutórios para tornar-se uma obrigação, consubstanciada pelo artigo 130 do CPC. Sim, o juiz tem como dever buscar a verdade do processo.

Ponderar sobre o quesito “verdade” é adentrar em correntes filosóficas amplamente disseminadas e controvertidas na Ciência do Direito.

Em um conceito retrógrado e, atualmente, vencido, dentro do processo civil sobressai a verdade formal, enquanto que no processo penal prevalece a verdade substancial.

Marinoni (2009, p. 32), ainda em seu livro Prova, sabiamente, disciplina esta diferença de maneira objetiva:

A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais -, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.

No campo previdenciário, especificamente, José Antonio Savaris (2009, p. 51-52) traz que:

[...] é presumível a debilidade econômica do segurado ou dependente e, bem assim, a natureza relativamente indisponível do direito que se pretende fazer valer no processo previdenciário criam condições para a procura da verdade material, razão pela qual o juiz previdenciário não se encontrará limitado ao conjunto probatório carreados aos autos pelas partes e

tampouco à matéria de fato por elas levantada (CPC, art. 131) [...]. Os objetivos constitucionais fundamentais de erradicação da pobreza, redução da desigualdades sociais e defesa intransigente da dignidade da pessoa humana devem inspirar toda atuação judicial na aplicação dos direitos sociais e no âmbito da justiça previdenciária, mais especialmente.

De tal modo seja no processo civil clássico, seja no processo previdenciário, o juiz tem como dever a busca da verdade.

Longe de querer esmiuçar esta discussão, voltamos à análise do instituto da coisa julgada.

5.2 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material

Ultrapassado o conceito sobre coisa julgada e seu objetivo imediato e mediato, passa-se a verificar seu alcance.

A imutabilidade decorrente da *res judicata* pode restringir-se ao processo ou ir além dele.

A definição por excelência da coisa julgada material ou formal é a mesma, alterando a intensidade com que ocorrerá. O critério que permite alterar a intensidade é justamente a análise do fenômeno que a define: a imutabilidade.

Então, coisa julgada formal consiste na imutabilidade do conteúdo do pronunciamento judicial dentro do processo, ou seja, visto pela ótica endoprocessual.

Esta coisa julgada se forma nos mesmos moldes da preclusão, geralmente quando não cabe mais recurso contra aquele pronunciamento, seja através do exaurimento da via recursal ou da perda de sua faculdade, seja do exercício de ato incompatível com o recurso.

Quando o âmbito de análise é mais abrangente, transcendendo os limites da imutabilidade para além do processo, forma-se a coisa julgada material. Assim, a coisa julgada material é a imutabilidade do conteúdo do pronunciamento judicial dentro e fora do processo (extraprocessual).

Nesse contexto retomam-se as observações realizadas sobre sentenças terminativas, pronunciadas a partir do artigo 267 do CPC (aptas a formar

apenas coisa julgada formal) e definitivas, pronunciadas a partir do artigo 269 do CPC (aptas a formar tanto coisa julgada formal como material).

Cumprido observar que a preclusão consiste em um instituto próprio, apto a proporcionar o andamento progressivo da marcha processual, tornando o procedimento livre de reiteradas modificações. Ora se a coisa julgada formal é apta a imutabilizar a sentença dentro do processo, a preclusão é apta a imutabilizar os procedimentos que antecedem a sentença.

Cabe consignar que a preclusão consiste “na perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto” (SANTOS, 2011, p. 82), assim, seja de forma temporal, consumativa ou lógica, a preclusão age também para estabilizar um pronunciamento judicial, sendo regulamentada em duas passagens do CPC: artigo 471, *caput*, e artigo 473.

Portanto, a ligação da preclusão com a coisa julgada pode ser visualizada sob a ótica da estabilidade do pronunciamento, com a ressalva às matérias de ordem pública.

As matérias de ordem pública “não ficam sujeita a preclusão”, podendo ser conhecidas e apreciadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, ante o disposto no parágrafo 4º do artigo 301 e o parágrafo 3º do artigo 267, ambos do CPC.

Ocorre que existem dois entendimentos acerca da preclusão das matérias de ordem pública. Um deles afirma que a matéria de ordem pública não preclui enquanto não decidida; logo, depois de decidida, se não houver mais meios de impugnação desta decisão, opera-se a preclusão e o assunto não pode ser rediscutido. Esta posição defende a interpretação do artigo 473 do CPC⁵. Para outra vertente, ainda que haja decisão sobre o tema, pode haver rediscussão, uma vez que a matéria de ordem pública não se sujeita à preclusão, conforme disposto no artigo 471, II, do CPC⁶.

Findo as considerações sobre a coisa julgada formal e material, analisaremos os fundamentos para que a coisa julgada (seja formal ou material) se forme.

⁵ Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

⁶ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: II - nos demais casos prescritos em lei.

5.3 Dos Fundamentos Jurídicos da Coisa Julgada

São inúmeras as teorias que dispõem sobre a fundamentação da autoridade da coisa julgada. Antes de Enrico Tullio Liebman, as teses acerca desta autoridade tratavam como um *efeito* decorrente da sentença. Liebman, rompendo com esta homogeneidade, fundamentava que a autoridade da coisa julgada era uma *qualidade* agregada aos efeitos da sentença. Assim, a tese pioneira do professor italiano demonstrou que a coisa julgada não consiste num efeito da sentença, mas uma qualidade que imuniza a própria sentença e seus efeitos.

Por se tratar, desde então, de um tema controvertido, ainda não se chegou a um entendimento unânime a respeito da fundamentação jurídica da autoridade da coisa julgada, motivo pelo qual surgiram diversas teorias sobre o tema.

Apenas a título de ilustração, far-se-á uma brevíssima análise das principais teorias a respeito, retirada dos ensinamentos do grande jurista brasileiro Moacyr Amaral Santos (2011, p. 71-78).

5.3.1 Teoria da presunção de verdade

Concebida na Idade Média, com subsídio nas idéias de Ulpiano, esta tese parte do pressuposto que a finalidade do processo consiste na busca pela verdade.

Assim, entendiam os adeptos desta teoria, que a forma de se chegar à verdade dos fatos na sentença era através de um raciocínio silogístico, cuja premissa maior consistiria no direito e a premissa menor seriam os fatos.

Tal tese foi adotada por Porthier, solidificada no Código de Napoleão e incorporada ao nosso ordenamento em 1850, através do Regimento 737.

5.3.2 Teoria da ficção da verdade

Friederich Karl Von Savigny prevendo que a teoria anterior acarretaria a possibilidade de ocorrer decisões errôneas ou injustas (seja de fato ou de direito) que também produziram coisa julgada, desconstituiu a ocorrência entre o conceito de “verdade” e a coisa julgada.

Dispõe esta tese que mesmo as decisões errôneas ou injustas são alcançadas pela autoridade da coisa julgada, de forma que não se pode conceber a *res judicata* como uma expressão da verdade, mas apenas uma presunção desta.

5.3.3 Teoria da força legal da sentença

Elaborada por Pagenstecher, ensina que toda sentença é, antes de tudo, constitutiva de um novo direito.

Argumenta-se que a sentença produz certeza jurídica, associado ao direito novo, dando-lhe a autoridade da coisa julgada. Explica-se: para esta teoria a sentença se confunde com um parecer de um jurista, possuindo em comum a certeza jurídica, com a diferença de que a sentença vai além, revestindo-se com a criação de um novo direito.

É a criação deste novo direito, associado à certeza jurídica da sentença, o fundamento jurídico da autoridade da coisa julgada (a criação do direito seria inerente a toda sentença).

5.3.4 Teoria da eficácia da declaração

Para tal teoria a autoridade da coisa julgada se fundamenta na eficácia da declaração de certeza contida na sentença. Oriunda da doutrina alemã, esta tese identifica que toda sentença possui uma eficaz declaração de uma certeza jurídica, seja na declaração de um direito (efeito declaratório), seja na formação de um novo

direito (efeito constitutivo), ou apenas na declaração desta certeza jurídica na condenação do réu a uma prestação jurisdicional (efeito condenatório).

Salienta-se que para os seguidores desta teoria a coisa julgada está fundada na parte declaratória que toda sentença possui.

5.3.5 Teoria da extinção da obrigação jurisdicional

Tese ordenada por Ugo Rocco, atribui a fundamentação da coisa julgada à conexão que ela possui com a ação e a jurisdição.

Sendo a jurisdição inerte, cabe provocá-la com o direito de ação. Exercitando o direito de ação, compete ao Estado a prestação jurisdicional a fim de solucionar o litígio, consagrando o direito aplicável ao caso. Assim, uma vez julgado definitivamente o mérito o Estado extingue a obrigação jurisdicional.

Ante a extinção da prestação jurisdicional, é defeso às partes renovarem as discussões da mesma lide, já que existe um pronunciamento estatal sobre ela, de forma que o interessado não possui mais o direito de provocar a jurisdição, tornando a decisão imutável.

Resulta, então, a sentença estável, imutável e apta a produzir coisa julgada.

5.3.6 Teoria da vontade do Estado

Aderida e defendida por Giuseppe Chiovenda, esta teoria parte do pressuposto de que a sentença é constituída por dois fenômenos distintos.

Primeiramente há um raciocínio lógico, decorrente do juízo de valor exercido pelo juiz sobre os fatos e o direito que são objeto da lide. Em decorrência deste juízo de valor surge um comando.

Possuindo o juiz o livre convencimento motivado, o raciocínio por ele desenvolvido é decorrente de um ato de inteligência e vontade, sem interferência estatal, assemelhando-se ao parecer de um jurisconsulto.

Contudo, difere a sentença de um simples parecer por nela conter uma força imperativa, devendo ocorrer à interferência estatal apenas na parte dispositiva da sentença, por ser de interesse do Estado que se faça cumprir a vontade da lei expressa no comando da sentença.

Destarte, é o Estado que confere a força obrigatória da sentença, sendo de seu interesse que assim seja. Por essa razão que fundamenta a autoridade da coisa julgada na vontade do Estado, que atribui a sentença sua imperatividade e indiscutibilidade.

5.3.7 Teoria de Carnelutti

Como para Chiovenda (teoria anterior), Carnelutti entende que o fundamento da coisa julgada repousa na imperatividade do comando da sentença

Ello explica por qué el juicio del juez , a diferencia del juicio del consultor, tenga carácter *vinculativo* o *imperativo*; imperativa, pues, es la eficacia de la cosa juzgada, y la fórmula de cosa juzgada se emplea para significar, no tanto el fallo, cuanto el fallo dotado de tal eficacia. (CARNELUTTI, 1989, p. 137).⁷

Para esta teoria, a sentença substitui a lei para aquele determinado caso, de forma que no dispositivo da sentença a lei se especializaria, concretizando a vontade do legislador. Nas palavras do mestre Carnelutti (1989, p. 139): “El principio que expresa la eficacia de la cosa juzgada es, pues, el siguiente: la cosa juzgada hace (vale como) ley respecto de la relación jurídica deducida em el juicio”⁸

Difere da teoria anterior uma vez que para esta o comando da sentença não seria paralelo à lei, mas complementar.

Um aspecto inovador desta teoria consiste no fato de que, ao contrário das demais, a imperatividade contida na sentença constituir a coisa julgada material, que, por meio da preclusão recursal, se transforma em coisa julgada formal.

⁷ Tradução livre: “Isso explica por que juízo do juiz, diferentemente do juízo do consultor, tem caráter vinculativo ou imperativo; imperativo, pois a eficácia da coisa julgada, e a fórmula de coisa julgada são utilizadas para significar, não só o julgamento, mas o julgamento dotado de tal eficácia.”

⁸ Tradução livre: “O princípio que expressa a eficácia da coisa julgada é, pois, o seguinte: a coisa julgada vale como lei dentro das relações jurídicas deduzidas do juízo.”

5.3.8 Teoria de Liebman

Rompendo com todas as demais teorias que pregavam ser a coisa julgada um efeito da decisão, Liebman contempla a coisa julgada como qualidade, qualidade esta que se agrega aos efeitos da sentença tornando-a indiscutível.

Sendo a sentença o resultado de uma série de atos formais, goza (assim como os atos que a antecederam) de presunção relativa de eficácia. Enquanto os demais atos produzem a eficácia natural (apenas pelo fato de terem seguido a sua forma legal) à sentença torna-se imutável, formando-se a coisa julgada, pela qualidade especial que possui, reforçando sua eficácia natural.

Assim, enquanto produz sua eficácia natural a sentença ainda está sujeita a recurso e poderá ser modificada e, com o esgotamento de todos os recursos a sentença tornar-se-á indiscutível, de modo que com o término das vias recursais, a sentença ganha a adjetivação de “imutável”.

Ainda que esta teoria tenha revolucionado a fundamentação para a autoridade da coisa julgada, persiste certa discordância doutrinária sobre o tema, como por exemplo, do doutrinador José Carlos Barbosa Moreira.

De acordo com a teoria de José Carlos Barbosa Moreira, a concepção de Liebman, em fixar-se no ângulo da imutabilidade para, então, visualizar a coisa julgada, ou seja, ver a coisa julgada como qualidade agregada aos efeitos da sentença, ainda esta equivocada, pois a imutabilidade se agrega ao conteúdo da própria sentença e não aos seus efeitos.

Portanto, o que este autor faz é aprimorar a distinção entre efeitos e autoridade da sentença. Liebman teve a suscetibilidade de diferir a coisa julgada dos efeitos da sentença, de forma que coube a Barbosa Moreira aprimorar o conceito de coisa julgada formulada até então.

5.4 Dos Fundamentos Políticos da Coisa Julgada

A *res judicata*, além dos fundamentos jurídicos, possui fundamentos de índole política. Na verdade a previsão legal da incidência da coisa julgada é

decorrente de uma opção política do Estado.

Apesar da Constituição não trazer em seu seio fundamentação para a coisa julgada, o princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CRFB) permite que se construa um raciocínio que elucida tal questão. Ao se afirmar que devem ser promovidos vários Estados-Ideais de coisas (princípio), dentre os quais a segurança jurídica, se esta dizendo que a atividade jurisdicional vai tornar-se previsível justamente com a coisa julgada, com a imutabilidade dos pronunciamentos judiciais.

Por isso se diz que a coisa julgada não é inerente ao pronunciamento judicial, mas uma opção política legislativa feita para prestigiar a segurança jurídica. Quando se discute acerca desta opção política colidem dois valores: o da justiça e o da segurança jurídica, sendo prestigiado o último.

No ensejo de se evitar uma perpetuação dos litígios, a lei estabelece um momento em que se tornam preclusas as vias recursais, fazendo sobrevir à autoridade da coisa julgada, tornando o pronunciamento judicial imutável, “há, pois, motivos de ordem prática, de exigência social, a impor que a partir de dado momento – que se verifica com a preclusão dos prazos para recurso – a sentença se torne imutável, adquirindo autoridade de coisa julgada” (SANTOS, 2011, p. 71).

Assim, a *res judicata* não é essência da atividade jurisdicional, mas restrita aos atos em que a lei expressamente atribuir sua incidência.

Para o Supremo Tribunal Federal, o artigo 5º, XXXVI, da CRFB (“*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”) não é uma consagração de um princípio de coisa julgada, mas uma regra de direito intertemporal (aplicação do Direito no tempo). Predomina na Suprema Corte nacional que a Constituição, neste dispositivo, apenas estabelece uma garantia aos cidadãos em face do Estado, sendo regulamentada pelo legislador infraconstitucional, senão vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA PENSÃO POR MORTE - REVISÃO (LEI Nº 9.032/95) - DEBATE EM TORNO DA OCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE SITUAÇÃO QUE PODE CARACTERIZAR, OU NÃO, A EXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE DIREITO ADQUIRIDO - HIPÓTESE REGIDA PELO ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (LICC) - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - CONFIGURAÇÃO, QUANDO MUITO, DE OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL - INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RECURSO IMPROVIDO. - A necessidade de constatação, em cada caso ocorrente, da configuração, ou não, do

direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada faz instaurar contencioso de mera legalidade, desvestido, por isso mesmo, de qualificação constitucional, eis que reside, na lei (LICC, art. 6º) - e nesta, tão-somente - a "sedes materiae" pertinente ao delineamento conceitual dos requisitos caracterizadores de tais institutos. Precedentes. - A decisão judicial que reconhece caracterizada, ou não, no caso concreto, a ocorrência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e/ou da coisa julgada, independentemente da controvérsia de direito intertemporal, regida por norma de sobredireito (CF, art. 5º, XXXVI), projeta-se em domínio revestido de caráter eminentemente infraconstitucional, não viabilizando, desse modo, por incabível, o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. (RE 5414556-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31.05.2005, Segunda Turma, *DJE* de 07.10.2005.) (grifo nosso).

PROCESSUAL. CONTROVÉRSIA EM TORNO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, INCISOS XXXVI, LIV E LV; E 93, INCISO IX, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Questão restrita ao âmbito infraconstitucional, não ensejando apreciação em recurso extraordinário. Incidência, ainda, da Súmula 282 desta colenda Corte. Agravo desprovido. (AI 415930-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 21.09.2004, Primeira Turma, *DJE* de 12.11.2004.). (grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MATÉRIA TRABALHISTA - PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes. (AI 393375 AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 26.11.2002, Primeira Turma, *DJE* de 19.12.2002.). (grifo nosso).

Não sendo a coisa julgada um princípio constitucional propriamente dito, pode (e deve) o legislador infraconstitucional regulamentá-la e mitiga-la quando necessário.

5.5 O Alcance Objetivo e Subjetivo da Coisa Julgada

Superada a fase de conceituação e fundamentação da coisa julgada, cumpre apontar seu campo de incidência.

Sabe-se que os subsídios individualizadores da demanda são compreendidos a partir dos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) e elemento subjetivo (as partes envolvidas). Importadas tais premissas para o campo da coisa julgada, têm-se os limites objetivos e subjetivos do alcance da *res judicata*.

O alcance ou limite objetivo da coisa julgada deve ser entendido como “a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões” (BUENO, 2007, p. 388). Em outras palavras, “a imutabilidade, ínsita à coisa julgada, somente atinge a parte dispositiva da sentença, na qual se estabeleceu a lei no caso concreto” (MARINONI, 2006, p. 641).

Sendo assim, as demais questões dirimidas em sede de fundamentação, ainda que essenciais à causa, não são acobertadas pelo manto da autoridade da coisa julgada, é o que assevera o artigo 469 do CPC. Contudo, o próprio CPC, em seu artigo 470, mitiga esta regra, criando o pedido incidental de declaração.

Ainda sobre o alcance objetivo da coisa julgada, é de se destacar que sua finalidade é proteger a própria coisa julgada através do princípio do dedutível e do deduzido (também chamado de eficácia preclusiva da coisa julgada), construído a partir do artigo 474 do CPC⁹. É de se dizer que “aquilo que poderia ser argüido para conduzir o magistrado a uma ou a outra decisão reputa-se feito por força do art. 474, é fundamental compreender, para delimitar, o que tenha sido objeto da decisão, porque é isto que se pode imunizar de ulteriores questionamentos” (BUENO, 2007, p. 391). Portanto o limite objetivo constitui um verdadeiro modo de defesa do que foi decidido, ainda que mascarado sob novo argumento.

Quanto ao limite ou alcance subjetivo da *res judicata* aplica-se o artigo 472 do CPC¹⁰. Destarte o limite subjetivo relaciona-se com os sujeitos que não podem rediscutir o que foi soberanamente julgado, sendo que a coisa julgada deve se restringir às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, salvo nas ações relacionadas ao estado da pessoa.

⁹ 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.

¹⁰ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. 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.

Com exceção ao efeito reflexo do pronunciamento judicial¹¹, que atinge a todos invariavelmente, há casos em que se permite a legitimação extraordinária por força do artigo 6º do CPC, nestes casos “quem fica sujeito à imutabilidade do quanto decidido: aquele que atua em juízo ou aquele em prol de quem se atua?” (BUENO, 2007, p. 396).

Vincula-se aquele em prol de quem se atuou. Dessa forma, por exceção legislativa, pode ocorrer a autoridade da coisa julgada para aquele que não agiu diretamente em juízo.

Assim, como nos ensina Marinoni (2006, p. 638-639) “aqueles sujeitos que têm algum interesse, qualificado como jurídico, em relação ao litígio, e à solução que recebeu, podem – porque tem legitimidade para tanto – opor-se, de algum modo, à afetação de sua esfera jurídica por tais efeitos”.

Conseqüentemente aqueles que não são parte do litígio em regra não podem ser atingidos pela autoridade da coisa julgada (artigo 472, CPC). No entanto se houver um terceiro juridicamente interessado, a este é dado legitimidade para adentrar ao processo na qualidade de assistente da parte (caso o interesse seja menor do que da parte) ou na qualidade de parte podendo manifestar-se em oposição aos efeitos da sentença, caso o interesse seja idêntico ou superior ao da parte.

Em síntese Marinoni (2006, p. 639) afirma “quando o terceiro possui interesse jurídico – e assim legitimidade -, ele pode opor-se aos efeitos da sentença. Quando não a possui, ele sofre naturalmente tais efeitos”.

¹¹ O efeito reflexo da sentença pode traduzido pela idéia de que “a coisa julgada produz efeitos diretos entre as partes, por elas queridos e previstos, mas também efeitos indiretos ou reflexos em relação a terceiros, não queridos nem previstos pelas partes, mas inevitáveis. De tal modo a coisa julgada opera entre as partes, mas também, por efeitos reflexos, em relação a todos”. (SANTOS, 2011, p. 97)

6 DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

À vista das peculiaridades das ações coletivas, a coisa julgada assume determinadas características, para melhor se adequar às especificidades do direito material de índole transindividual.

Com efeito, nessas ações, o legitimado ativo é investido do papel de atuar processualmente no interesse de uma comunidade de indivíduos, titular de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, por previsão expressa do ordenamento jurídico.

É que, principalmente, razões de economia processual e segurança jurídica exigem que assim o seja. Tal ocorre nos direitos coletivos em sentido amplo (ou metaindividuais), de que são espécie os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, que têm definição legal no artigo 81, da Lei nº 8.078/1990:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Cita-se como exemplo de direitos difusos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saúde, às minorias; de direitos coletivos (sentido estrito), o direito de uma associação de aposentados a determinado reajuste em seus benefícios; e de direitos individuais homogêneos, o de um grupo de consumidores que adquiriram produtos de um lote defeituoso.

A fim de melhor tutelar esses direitos ou interesses, diante da relevância que possuem, o legislador prevê que, nas ações em que são discutidos, não se formará a coisa julgada material se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Confirma-se o artigo 103, da Lei nº 8.078/1990:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Esse sistema não é novo no direito positivo brasileiro, pois a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) já previa que:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Algum tempo depois, com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), o regime da coisa julgada permanecia o mesmo, como se observa do art. 16 deste Diploma legal:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Porém, a fim de sistematizar a coisa julgada para todos os direitos e interesses transindividuais, foi editada a norma do art. 103, da Lei 8.078/1990, acima transcrita.

Observe-se que não se trata de relativização da coisa julgada material, mas de verdadeiro óbice legal a que ela se forme quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Ou seja, a coisa julgada material somente se verifica nas ações coletivas *secundum eventum litis*, dependendo do resultado do processo (procedência ou improcedência do pedido) e, ainda, *secundum eventum probationis*, pois, se a improcedência é resultado da insuficiência de provas, a mesma pretensão pode ser novamente deduzida se novas provas houver.

Importante transcrever a lição de Tiago Bitencourt de David (2011, p. 125):

No regime da coisa julgada “*secundum eventum probationis*”, atende-se ao que foi efetivamente provado na lide e, desse modo, a improcedência decorrente da insuficiência de provas permite que seja ajuizada nova demanda, desde que sinalize desde a exordial a existência de nova prova. Tal perspectiva abre-se no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei da Ação Popular.

Esse regime jurídico da coisa julgada afina-se com o neoprocessualismo à medida que prestigia a verdade *material* no processo civil e, *a fortiori*, a Justiça.

Feitas tais considerações acerca da coisa julgada advinda de sentenças proferidas em ações coletivas, examina-se a possibilidade de aplicação analógica de seu regime ao direito previdenciário a fim de relativizar neste a coisa julgada, o que é o objeto de estudo do presente trabalho.

7 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Após as exposições sobre o instituto da coisa julgada, cabe transcorrer sobre a possibilidade (ou não) de sua relativização¹² ou flexibilização, sendo necessário retomar as considerações já apresentadas.

A coisa julgada constitui um direito constitucional consagrado pelo princípio da segurança jurídica, onde sua relativização consiste em demonstrar que nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto, cedendo lugar a outros igualmente relevantes.

Deste modo, se a coisa julgada consiste na impossibilidade de rediscussão daquilo que foi soberanamente decidido, sua relativização, a *contrario sensu*, seria a possibilidade de, frente ao caso concreto, um dos sujeitos do processo rediscuti-la; para tanto, necessário se fazem algumas observações.

A relativização da coisa julgada encontra respaldo tanto na doutrina como na jurisprudência (como se verificará adiante), posto que em casos excepcionais e específicos a rediscussão de sentenças transitadas em julgado é admissível.

O brilhante professor italiano Elio Fazzalari (1989, p. 453) assim justifica a relativização da coisa julgada:

A proposito del passaggio in giudicato la legge traccia, però, una linea di demarcazione. Da una parte, deve considerarsi passata in giudicato e, quindi munita della autorità di giudicato (cioé irretratabile), la sentenza non più soggetta ad apello, a ricorso per cassazione, a revocazione per i numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c., a regolamento necessario di competenza (art. 324 c.p.c.). D'altra parte, anche la sentenza passata in giudicato e, quindi, predicata come irretratabile, rimane soggetta ad altre impugnazioni (mediante le quali, ovviamente, la legge permette di ridiscutere la sentenza): così, la sentenza civile rimane soggetta a revocazione (nelle altre ipotesi di cui all'art. 395 cit.) e ad opposizione di terzo (art. 404 c.p.c.); quella penale a revisione (art. 554 e segg. c.p.p.). La demarcazione si spiega con la esigenza di soddisfare due bisogni altrettanto vivi e contrastanti: da un canto, quello di bloccare il processo e i suoi risultati (di guisa che le parti i tutti i soggetti collegati trovino un definitivo assetto, non più discutibile

¹² José Carlos Barbosa Moreira (2005) adverte que a terminologia “relativização” da coisa julgada não é adequada, posto que “quando se firma que algo deve ser relativizado, logicamente se dá a entender que está se enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo. Ora, até a mais artificial mirada ao ordenamento jurídico mostra que está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí no campo cível a ação rescisória, e, no penal, a revisão criminal, destinadas, ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada”.

innanzi a giudice); dall'altro, quello di non precludere, malgrado la fine del processo, la sanzione di vizi di particolare gravità che successivamente emergano.¹³

Para que ocorra esta relativização, existem dois caminhos: a prévia definição legal das hipóteses em que se excepciona a *auctoritas rei judicatae*, como se dá com as leis que regulam o processo coletivo, com a disciplina da ação rescisória e da revisão criminal; e a evolução da jurisprudência, que enfrenta o tema à luz de princípios constitucionais.

Em favor da relativização da coisa julgada argumenta-se a partir de três princípios: proporcionalidade, instrumentalidade e legalidade. Marinoni (2006, p. 663) revela que “admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho”.

Contrário a esta relativização existem aqueles que entendem ser um enfraquecimento institucional da coisa julgada. As críticas à quebra atípica da coisa julgada saem do plano abstrato e trazem a discussão para a prática forense e então, a partir daí, passam a defender que a positivação da relativização da *res judicata* seria um retrocesso processual.

Imperioso que esta discussão fomente a doutrina e a jurisprudência pátria, principalmente pelo caráter fundamental do direito envolvido. Contudo, apesar das críticas por parte de parcela da doutrina, deve essa discussão ser elevada também a um plano superior, devendo esta relativização ser abarcada por sérias propostas legislativas predispostas a amenizar pontualmente os rigores da coisa julgada.

Como expõe o ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 332):

¹³ Tradução livre: “O propósito da passagem da lei, no entanto, é traçar uma linha de demarcação. Por um lado, deve ser considerada transitada em julgado e, portanto, tem a força de caso julgado (ou seja, irretratável), a sentença que não está mais sujeita ao apelo ou recurso visando à cassação ou revogação conforme números 4º e 5º do art. 395 do Código de normas do processo Civil, regulando a competência necessária (art. 324 CPC). Por outro lado, até mesmo a decisão tem a força de caso julgado e, portanto, imposta como irretratável, sujeito a outras medidas legais (por que, é claro, a lei permite que você reanalise a sentença): assim, a sentença continua a ser objeto de revogação civil (nos demais casos previstos no artigo. 395 cit.) e intervenção de terceiros (art. 404 CPC), a Revisão Criminal (artigo 554 e segs. CPP). A demarcação é explicada pela necessidade de atender duas necessidades tão vivas e contrastantes, de um lado, para bloquear o processo e seus resultados (de modo que todas as partes, o assunto coligado a encontrar um acordo definitivo, e não mais questionável perante o tribunal) e, segundo, para manter aberto, apesar do fim do processo, a sanção de um defeito particularmente grave que, posteriormente, surgirem”.

Peculiar reflexão requerem aqueles direitos individuais que têm o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico. [...] Como essa categoria de direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação em lugar de restrição [...] são as normas de concretização ou de conformação desses direitos.

Atento à probabilidade de que a coisa julgada, se levada sempre em conta, atentaria contra o valor Justiça, o legislador já previu hipóteses em que esta garantia sucumbiria ante direitos de maior relevo, cumprindo com seu papel conformador e, ao mesmo tempo, concretizador da Constituição, conforme será demonstrado.

7.1 Da Previsão Legal para a Relativização da Coisa Julgada

Como já citado anteriormente, há casos em que a própria lei mitiga a *res judicata* a fim de preservar um direito a ela equiparado. Assim ocorre quando a coisa julgada se choca com direito fundamental de primeira dimensão (direito à liberdade), e abre ensejo à revisão criminal (artigo 621 do Código de Processo Penal), a fim de afastar uma condenação criminal injusta acobertada pelo selo de imutabilidade dela decorrente.

Da mesma forma, o instituto da ação rescisória presta-se a elidir a imutabilidade dos efeitos de uma sentença civil eivada pelos graves vícios previstos pelo artigo 485, do Código de Processo Civil, prestigiando outros valores assegurados constitucionalmente ao lado da coisa julgada, mas que devem a esta se sobrepor para que prevaleçam os direitos de maior peso no caso concreto (como os direitos à propriedade, imparcialidade da jurisdição, e até a verdade real).

No campo dos direitos fundamentais de terceira dimensão, como é o direito ao meio ambiente equilibrado, o ordenamento jurídico atentou para a necessidade de se conferir um tratamento menos rígido à imutabilidade decorrente da coisa julgada, a fim de resguardar direitos tão relevantes à coletividade de uma possível injusta apreciação judicial.

E assim procedeu o legislador na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, artigo 18), prescrevendo que a sentença nela proferida não faz coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas, o que visa resguardar os direitos fundamentais tutelados por esta ação (patrimônio público, histórico e cultural, moralidade administrativa e meio ambiente, nos termos do artigo 5º, LXXIII, da CRFB).

Alguns anos depois, o legislador editou a Lei da Ação Pública (Lei nº 7.347/85), prescrevendo no artigo 16 que a sentença não fará coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas, à vista da relevância dos direitos por ela tutelados, de índole transindividual. E após cinco anos, o mesmo fenômeno se deu com a edição da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que afastou a coisa julgada das sentenças de improcedência por insuficiência de provas proferidas nas ações coletivas nele previstas, como forma de melhor resguardar os direitos de terceira dimensão consagrados pelo código consumerista.

Assim sendo, verifica-se uma preocupação do Direito com a efetiva tutela dos direitos fundamentais, que não podem ser sonegados ante um fenômeno processual que torne imutável uma sentença injusta. É dizer: o meio (o processo e a coisa julgada dele decorrente) não pode se sobrepor ao fim (a tutela efetiva de direitos fundamentais).

Nesse contexto, alguns juristas passaram a discorrer sobre a necessidade de relativização da coisa julgada diante de valores mais elevados, ante a insuficiência dos institutos da ação rescisória (no processo civil) e da revisão criminal (no processo penal).

As contribuições doutrinárias e jurisprudenciais possuem uma riqueza de opiniões, estudos e técnica que fazem com que se impulsione o próprio Direito, consistindo, inclusive, fonte deste.

7.2 Da Relativização da Coisa Julgada na Doutrina e na Jurisprudência

No âmbito cível, uma vez decorrido o prazo decadencial para o ingresso da ação rescisória, um direito fundamental que não foi devidamente

tutelado pelo processo ficaria para sempre encoberto pela imutabilidade da coisa julgada.

Assim, paralelamente às inovações legislativas que começaram a prever a relativização da coisa julgada, a tese também passou a contar com o apoio da doutrina e da jurisprudência, mormente para situações específicas.

É o caso, por exemplo, do direito fundamental à descoberta da filiação, que abriu a discussão sobre a necessidade de se relativizar a coisa julgada em ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes antes da existência do método de DNA, ou mesmo quando este não era oferecido gratuitamente, após o biênio decadencial para a propositura da Ação Rescisória.

Dada a importância deste assunto, recentemente o plenário da Suprema Corte, em decisão do Recurso Extraordinário (RE) 363889, fixou o entendimento de que a coisa julgada deve sim ser relativizada, prevalecendo o voto do relator ministro José Antonio Dias Toffoli.

Em seu voto, o eminente ministro argumenta:

[...] há de se proceder à relativização da coisa julgada formada ao cabo da primeira ação de investigação de paternidade ajuizada contra o ora recorrido, para permitir que se prossiga no julgamento da segunda demanda com esse fito contra ele proposta, para que, agora, com a ampla possibilidade de realização da prova técnica que assegura, com um grau de certeza que se pode qualificar de absoluto, obter-se uma comprovação cabal acerca da eventual relação paterno-filial, que se alega existir entre as partes.

E, mais adiante, prossegue:

[...] se a decisão anterior tomar por fundamento a insuficiência da prova coligida aos autos, para permitir a prolação de decreto de procedência da ação, tem-se que não se afirmou não ser o réu pai do autor e, a rigor, a demanda deveria ter sido extinta, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, dada a falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, porque se mostrou impossível a formação de um juízo de certeza sobre o fato. Sentença meramente terminativa, portanto, a possibilitar a repropositura da ação, para, com a realização de prova técnica mais conclusiva, vale dizer, exame de DNA, emitir-se um juízo de certeza sobre a suposta relação de paternidade objeto do processo.”(STF, RE 363889, pleno, Rel. Min. José Antonio Dias Toffoli, ata nº 16, de 02.06.2011. DJE nº 111, 09.06.2011). (grifo nosso)

A respeito do tema, já foi anteriormente debatido pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade do Estado custear o exame de DNA nos casos de investigação de paternidade para os beneficiários da justiça gratuita. O julgamento,

embora não dissesse respeito especificamente ao objeto deste trabalho, abordou a possibilidade ou não da relativização da coisa julgada de um direito fundamental, conforme esclarecido pelo voto da relatora, ministra Ellen Gracie, *in verbis*:

O Estado não pode se omitir em dar a maior eficácia possível a uma garantia tão importante ao Estado de Direito como a do acesso efetivo à prestação jurisdicional, principalmente aos mais carentes. Deve-se atentar para a importância social existente em uma ação de reconhecimento de paternidade, em que qualquer erro no julgamento poderá implicar sérios prejuízos, tanto para o investigando, quanto ao investigado, exigindo a precisão inerente ao exame de DNA, em nome da segurança jurídica (RE nº 207.732/MS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 2/8/02) (grifo nosso).

Sobre o acesso efetivo à prestação jurisdicional, citado no referido julgado, também cabe observar que se enquadra perfeitamente a análise deste trabalho, principalmente porque o fim que se busca é, como já dito anteriormente, a preocupação do Direito com a efetiva tutela dos direitos fundamentais, que não podem ser sonegados ante um fenômeno processual que torne imutável uma sentença que não se pôde verificar a verdade real.

O ilustre professor Humberto Theodoro Júnior, cujas obras engrandecem a doutrina brasileira, é árduo defensor da relativização da coisa julgada “inconstitucional”, estando ao eu lado outros mestres consagrados como Cândido Rangel Dinamarco, para quem “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”.

O resultado das ponderações do professor Humberto Theodoro Junior, lançadas, dentre outros, em seu artigo “Reflexões Sobre o Princípio da Intangibilidade da Coisa Julgada e sua Relativização” publicado na obra Coisa julgada inconstitucional (2008, p. 163-164), escrito em co-autoria com a professora Juliana Cordeiro de Faria, resume-se nos seguintes itens:

- A) O princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como a Supremacia da Constituição;
- B) A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absolutas das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;
- C) Reconhece-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe à essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;

D) Pensar-se em um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reformar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;

E) Atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

A fonte geradora de tal discussão, decisão anterior injusta, em razão da inconstitucionalidade, que para este trabalho também pode ser utilizado como a aplicação do ônus probatório frente a direito social, acalora nossa doutrina e nossos tribunais superiores.

Nessa mesma direção, também através de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, pretende-se relativizar a coisa julgada, decorrente de sentença improcedente por insuficiência de provas, nas matérias previdenciárias.

Isso porque, como se verificará adiante, há casos em que a lei previdenciária exige a comprovação do direito através de “prova material”, onerando ainda mais a parte hipossuficiente da ação.

8 INSUFICIÊNCIA DE PROVAS NAS QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS

Analisa-se, igualmente, as regras de Direito Previdenciário, compreendendo suas especificidades e demonstrando a necessidade de se aplicar a coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationes* a este direito fundamental, com fito de preservar os direitos mínimos à vida com dignidade da população.

8.1 Da Legislação Previdenciária – Lei n.º 8.213/1991

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 6º, estabelece que são direitos sociais, dentre outros, a Previdência Social. Adiante, em seu artigo 194, ao instituir a Seguridade Social, estabeleceu que “*a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (*caput*), competindo ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social.

Para dar concretude ao comando constitucional, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social. Em seu artigo 1º, a aludida lei motiva:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Ainda conforme tal dispositivo legal, são beneficiários do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), nos termos do artigo 10, os segurados e seus dependentes.

O artigo 11 determina quem são os segurados do RGPS, trazendo em seu inciso VII a figura do segurado especial, *in verbis*:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (Redação dada pela Lei nº 8.647, de 1993)

[...]

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

[...]

§ 6º Para serem considerados segurados especiais, o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesesseis) anos ou os a estes equiparados deverão ter participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 7º O grupo familiar poderá utilizar-se de empregados contratados por prazo determinado ou de trabalhador de que trata a alínea g do inciso V do caput deste artigo, em épocas de safra, à razão de, no máximo, 120 (cento e vinte) pessoas/dia no ano civil, em períodos corridos ou intercalados ou, ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

§ 8º Não descaracteriza a condição de segurado especial: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

I – a outorga, por meio de contrato escrito de parceria, meação ou comodato, de até 50% (cinquenta por cento) de imóvel rural cuja área total não seja superior a 4 (quatro) módulos fiscais, desde que outorgante e outorgado continuem a exercer a respectiva atividade, individualmente ou em regime de economia familiar; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

II – a exploração da atividade turística da propriedade rural, inclusive com hospedagem, por não mais de 120 (cento e vinte) dias ao ano; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

III – a participação em plano de previdência complementar instituído por entidade classista a que seja associado em razão da condição de trabalhador rural ou de produtor rural em regime de economia familiar; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

IV – ser beneficiário ou fazer parte de grupo familiar que tem algum componente que seja beneficiário de programa assistencial oficial de governo; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

V – a utilização pelo próprio grupo familiar, na exploração da atividade, de processo de beneficiamento ou industrialização artesanal, na forma do § 11 do art. 25 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

VI – a associação em cooperativa agropecuária (grifo nosso).

Assim, o produtor, parceiro, meeiro e o arrendatário rural, bem como o pescador artesanal e seus assemelhados e o garimpeiro, que exerçam atividade individualmente ou em regime de economia familiar são considerados *segurados especiais*.

Já em relação ao trabalhador volante ou bóia-fria, este é considerado contribuinte individual (artigo 11, inciso V, alínea “g”¹⁴), com a benesse de ser equiparado, por interpretação teleológica, ao segurado especial quanto a desnecessidade de contribuição financeira (chamada de carência contributiva) exigindo-se apenas a comprovação da atividade por prova material (chamada de carência laborativa).

Para que o segurado especial seja reconhecido perante a Previdência Social como tal, imprescindível que haja alguns elementos próprios, como: o regime de economia familiar, produção agrícola, trabalho indispensável à própria subsistência e o tamanho da propriedade.

Segundo Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2009, p. 72-79) o regime de economia familiar tem como marco a exploração de atividade primária pelo indivíduo, sendo esta sua principal forma de sustento, acompanhado ou não pelo grupo familiar e sem o auxílio de empregados (salvo a própria exceção legal, utilizados no período de safra não superior a cento e vinte dias). O trabalho também deve ser indispensável a própria subsistência, no entanto, ressalva os doutrinadores que “o mero exercício de outra atividade não seria suficiente para descaracterizar o regime de economia familiar”, só ocorrendo a descaracterização quando a renda obtida com atividade diversa da rurícola fosse suficiente para manutenção da família. Quanto ao tamanho da propriedade, esta foi limitada à 4 (quatro) módulos fiscais, todavia, asseveram que por a área rural dificilmente ser totalmente aproveitável, e desde que esteja dentro dos padrões, este requisito por si só não pode desconfigurar o regime de economia familiar.

Quanto ao cônjuge ou companheira (desde que comprovada a relação de união estável), os filhos maiores de 16 (dezesseis) anos ou equiparados, para

¹⁴ Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: [...]

V - como contribuinte individual: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) [...]

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

serem considerados segurados especiais devem ter participação significativa nas atividades rurais do grupo (conforme disposição do parágrafo 6º).

Para esses segurados, a Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/1991) garantiu a percepção de alguns benefícios (art. 39, incisos I e II e parágrafo único) como é o caso da aposentadoria por idade ou invalidez, auxílio-doença, auxílio-reclusão e de pensão por morte no valor fixo de um salário mínimo, sem a necessidade de contribuição (ou a carência contributiva), desde que a substitua pela comprovação da atividade rurícola (carência laborativa):

Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou

II - dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social.

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. (Incluído pela Lei nº 8.861, de 1994) (grifo nosso).

O trabalhador que utiliza da atividade rural como forma de subsistência própria ou de sua família, não tem o dever de realizar contribuições previdenciárias. Neste caso, o espírito jurídico de tal isenção é amparar os trabalhadores rurais hipossuficientes que não possuem outra forma de sobrevivência senão a atividade rural.

A seguridade social tem caráter contributivo, tendo seus princípios insculpidos no parágrafo único do artigo 194 CRFB e no artigo 2º da Lei de Benefícios. Excepcionalmente o trabalho não remunerado irá gerar filiação ao RGPS. “A Previdência Social, como um sistema de seguro social que é, está indissociavelmente ligada à ideia de contribuição” (ROCHA e BALTAZAR JUNIOR, 2009, p. 74). No caso dos trabalhadores rurais a comercialização do produto agrícola concretiza o disposto no artigo 195, parágrafo 8º da CRFB.

Estes trabalhadores não tem, como já dito, a obrigação de contribuir ao RGPS; em contrapartida, possuem o dever de comprovar a atividade rurícola. Sobre a necessidade de comprovação da atividade rural, dispõe o artigo 55, parágrafo 3º:

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

Além do dispositivo legal, o STJ também editou a súmula 149 na qual dispõe “a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”. A comprovação do efetivo exercício da atividade rural será feita em relação aos meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua, durante o período igual ao da carência exigida para a concessão do benefício.

Para a comprovação da atividade rural, o artigo 106 da Lei de Benefícios, alterado pela Lei nº 11.718/08, define:

Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

- I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
- II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
- III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
- IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
- V – bloco de notas do produtor rural; (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)
- VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)
- VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)
- VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)
- IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)
- X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

Nestes casos, conseqüentemente, o trabalhador rural deverá comprovar sua atividade rurícola (carência laborativa) durante o mesmo período em que o segurado que desenvolve suas atividades em meio urbano teria que comprovar suas contribuições (carência contributiva) como tal. Fábio Zambitte Ibrahim exemplifica tal situação:

O art. 143 da Lei nº 8.213/91 garante a concessão ao trabalhador rural de aposentadoria por idade, bastando o segurado, além da idade mínima, demonstrar o desempenho de atividade rural pelo tempo de carência necessário ao benefício (tabela do art. 142 da Lei nº 8.213/91), mesmo que de forma descontínua. Por exemplo: trabalhador rural que, em 2002, tinha 60 anos de idade e comprovou ter trabalhado na área rural por 126 meses, ainda que de forma descontínua, mesmo sem qualquer recolhimento, terá direito à aposentação por idade. O mesmo entendimento é ratificado pelo Parecer/CJ nº 2551/01. (IBRAHIM, 2011, p. 594).

Além do trabalho rural, ainda cabe comprovar, por meio de prova material, a relação de união estável e de dependência econômica, chamados de dependentes, senão vejamos:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º .O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. (grifo nosso).

Posto tais considerações, cumpre esmiuçar a questão da prova no direito previdenciário.

8.2 Da Insuficiência de Prova para o Deferimento do Benefício

A regra geral no processo previdenciário, assim como no processo em geral, é a possibilidade da produção de qualquer meio de prova lícito.

O próprio direito à produção de prova decorre da Constituição Federal, pois consiste num desdobramento do direito de ação do autor e do direito de defesa do réu. Seria incompreensível conceder o direito de Acesso a Justiça (artigo 5º, XXXV, CRFB) ou mesmo o direito a Ampla Defesa (artigo 5º, LV, CRFB) e não permitir que as partes provejam suas alegações. Assim o direito de ação e o direito de defesa não se esgotam em si mesmos, bem como não se esgotam com o mero acesso ao judiciário, deles decorrem o direito de assistência gratuita ao hipossuficiente (artigo 5º, LXXIV, CRFB), o direito à produção de prova lícita, a tutela adequada, efetiva e tempestiva a quem tem razão (premissas de um princípio ainda maior: o Devido Processo Legal), dentre outros.

Ainda sobre prova, destaca-se o artigo 332 do CPC que admite “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para comprovar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.

Logo, podemos concluir que o direito à produção de prova lícita é um direito constitucional, e como tal só pode ser restringido por lei, sempre ponderando sobre a proporcionalidade (obrigação de sacrificar o mínimo para preservar o máximo) e a concordância prática (extraíndo de ambos os direitos o máximo rendimento possível, para em casos concretos um prevalecer sobre o outro).

No que tange ao direito previdenciário, prevalece a produção de qualquer meio de prova lícito; no entanto, o tempo de contribuição (carência contributiva) dos segurados do RGPS, nos termos do artigo 55, parágrafo 3º, da Lei de Benefícios, deve ser comprovado por início de prova material, sendo vedado a prova exclusivamente testemunhal, e, por consequência, como os trabalhadores rurais não necessitam demonstrar a contribuição e sim o efetivo trabalho rural (carência laborativa), este trabalho deve ser comprovado nos mesmos moldes.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que a exigência do início de prova material não vulnera os preceitos do artigo 5º LV e LVI, além dos artigos 6º e

7º, XXIV da CRFB (decisão esta conferida no RE 236.759/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, informativo STF nº 225, de 02.05.2001).

A exigência de prova material para a comprovação de tempo contribuído e de trabalho rural efetivamente realizado decorre da relevância que o direito previdenciário atue com segurança, proporcionada pela eficácia jurídica da prova material, que possui maior credibilidade e é passível de contraprova pela Previdência Social.

Esta condicionante se destina a inibir um comportamento fraudulento do beneficiário ou do agente administrativo responsável pela concessão do benefício. E na falta de disciplina legal específica para o processo previdenciário a jurisprudência ou a doutrina tem a árdua tarefa de sedimentação de regras previdenciárias.

Todavia, não se pode negar que em determinados casos, ainda mais específicos (a exceção da exceção), a exigência da prova material tornar-se-ia diabólica, impossível de ser obtida, seja pelo tempo transcorrido, seja pelas condições de informalidade de determinada atividade, seja pela distância do local onde se praticou a atividade, etc.

Para estes casos a imposição da prova material pode ser mitigada, como o foi pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) quando do julgamento da AC 2001.70.06.000386-3, relator Luciane Amaral Corrêa Munch, DL 12.01.2007 e o julgamento da AC 2006.70.99.001600-0, relator Luiz Alberto D'Azevedo Aurvalle, DJ 22.01.2007.

Assim, resumidamente, há três casos específicos em que a comprovação como segurado ou dependente do Regime Geral da Previdência Social deve se dar materialmente: os segurados especiais, a relação de união estável e a relação de dependência econômica.

Apenas para consignar, nos casos de trabalhadores urbanos, quando do requerimento do benefício de aposentadoria por contribuição, sua filiação não necessita ser comprovada (como ocorre com os casos supracitados); o que deve ser comprovado materialmente é a carência contributiva, ou seja, o efetivo “tempo de contribuição”. Hoje em dia, com a informatização da Previdência Social, através do programa Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, essa comprovada é cada vez menos requisitada, tendo em vista já constar nos bancos de dados da Previdência.

8.2.1 Dos segurados especiais

O artigo 55, parágrafo 3º da Lei de Benefícios, juntamente com a súmula 149 do STJ demonstram que o segurado especial tem o dever de comprovar sua atividade rurícola através do início de prova material a ser corroborada com a prova testemunhal.

Isso ocorre, como já dito anteriormente, pela inexigibilidade de contribuição previdenciária destes segurados, da qual decorre a necessidade de comprovação do exercício de seu trabalho rural, nas condições previstas em lei.

No entanto, quanto às provas a serem apresentadas, “deve-se levar em conta a dificuldade do interessado, não raras vezes pessoa humilde e de pouca instrução, em obter documentos em seu nome para que tenha reconhecido o tempo de serviço prestado” (KRAVCHYCHYN, 2010, p. 146). As peculiaridades do meio rural devem ser observadas, pois culturalmente não há a preocupação dos trabalhadores rurais buscar a formalização, através de documentos, dos serviços prestados.

O artigo 106 da Lei de benefícios traz um rol exemplificativo de documentos que servirão como início de prova material e que poderão ser utilizados por tais trabalhadores, cabendo aqui todas as observações já perpetradas anteriormente.

8.2.2 Da comprovação da união estável

São dependentes do segurado, nos termos do artigo 16 da Lei de Benefícios, o cônjuge, o companheiro, filho não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, os pais e o irmão não emancipado menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, sendo equiparados a estes o enteado e o menor tutelado (parágrafo 2º).

A dependência econômica do cônjuge ou do companheiro é presumida, entretanto, a relação de união estável do companheiro deve ser comprovada.

O artigo 16, parágrafo 3º, da Lei de Benefícios reproduz o artigo 226, parágrafo 3º da CRFB com regulamentação da Lei nº 9.278/1996, onde define os requisitos para o reconhecimento do que seja a união estável: convivência duradoura, pública, contínua, ente homem e mulher (hoje extensivo também aos homossexuais), com o objetivo de constituir família.

Além disso, cumpre lembrar que “não há tempo mínimo para que se caracterize a união estável e tampouco é de ser exigido que o casal resida sob o mesmo teto, mas deve existir uma relação duradoura, pública e contínua” (SAVARIS, 2009, p. 219) sempre necessário o elemento subjetivo voltado para a convivência e o objetivo de se viver como uma entidade familiar.

Para a comprovação desta união, o Decreto 3.048/1999 em seu artigo 22¹⁵, enumera as provas materiais hábeis a comprovação da existência da vida em comum, bem como da dependência econômica.

Desta feita, para o deferimento do benefício ao companheiro do segurado, na via administrativa, exige-se a apresentação de três documentos constantes no decreto supracitado, sendo tais documentos contemporâneos a época em que se pretende comprovar.

Mas a rigor não existe lei (norma jurídica de estrutura legal) a condicionar a comprovação da união estável mediante início de prova material (como ocorre no caso do segurado especial, por exemplo, ou mesmo do tempo de contribuição), sendo amplamente aceito na via judicial que a união estável possa ser comprovada por qualquer meio de prova, pois tal decreto não se constitui nem formalmente e nem materialmente de lei e, por isso mesmo, não pode atribuir direitos nem impor obrigações.

Nesse mesmo sentido podemos acrescentar que o termo “lei” deve ser compreendido como sendo norma proveniente do Poder Legislativo, não

¹⁵ Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 4.079, de 2002)

I - para os dependentes preferenciais:

- a) cônjuge e filhos - certidões de casamento e de nascimento;
 - b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; e
 - c) equiparado a filho - certidão judicial de tutela e, em se tratando de enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, observado o disposto no § 3º do art. 16;
- II - pais - certidão de nascimento do segurado e documentos de identidade dos mesmos; e
III - irmão - certidão de nascimento.

considerando a expedição pelo Poder Executivo, tais como portarias, ordens de serviço, decretos, dentre outros.

Nunca é demais lembrar que também no processo previdenciário o princípio do devido processo legal assegura aos envolvidos, como pressuposição do contraditório e da ampla defesa, o direito constitucional à prova lícita. O direito a produção de prova lícita é constitucional, só podendo ser cerceado por lei e desde que esta restrição seja proporcional.

Neste sentido já decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos seguintes termos:

[...] se a lei não impõe a necessidade de prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há porque vedar à companheira a possibilidade de provar sua condição mediante testemunhas, exclusivamente [...]. (STJ, 6ª T. – Resp. 783.697/GO – Rel. Min. Nilson Naves – j. 20.06.2006 – DJ 09.10.2006, p. 372)

E acompanham os julgados tanto no Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF3 – 10ª T. – AC – Processo 2002.03.99.005173-6 – Rel. Des. Galvão Miranda – j. 16.11.2004 – DJ 13.12.2004), como da Quarta Região (TRF4 – 5ª T. – AC – Processo 2001.71.12.004254-07 – Rel. juiz Luiz Antonio Bonat – j. 10.07.2007 – DJ 30.07.2007) e da Primeira Região (TRF1 – 1ª T. – AC – processo 2007.01.99.022456-9 – Rel. Des. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – j. 17.09.2007 – DJ. 18.12.2007), dentre vários outros.

8.2.3 Da comprovação da dependência econômica

Assim como ocorre com a união estável, na via administrativa, o dependente do segurado deve comprovar materialmente sua dependência econômica para com o segurado, utilizando-se de pelo menos três documentos trazidos pelo Decreto 3.048/1999 (artigo 22, parágrafo 3º¹⁶). Mas como já discorrido

¹⁶ § 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000)

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

anteriormente, tal decreto não ter força de lei, logo, na via judicial, basta à comprovação da dependência econômica por qualquer meio de prova.

Sobre a dependência econômica propriamente dita, é difícil sua caracterização para fins de atribuição da condição de dependente, devendo tomar o cuidado de não confundir a dependência com uma ação de assistência ou mera solidariedade.

Para configurar a dependência econômica trazida pelo artigo 16, incisos II e III, conforme disposição do parágrafo 4º, “o auxílio deve ser considerado substancial, permanente e necessário a evitar desequilíbrio dos meios de subsistência do dependente” (Súmula 13 do Conselho de Recursos da Previdência Social).

De fato, a dependência econômica não necessita que o dependente viva exclusivamente à custa do segurado, mas que necessite de forma substancial e permanente de sua ajuda.

Feito tais considerações, o que se pretende demonstrar é a fragilidade do segurado, ou seu dependente, que é ainda mais onerado ante a obrigação de apresentar prova material para confirmar seu direito. Sabe-se necessário tal imposição, tendo em vista o caráter público e coletivo da Previdência Social que também deve ser tutelado. Mas não se pode perder de vista a dignidade de seus contribuintes, devendo encontrar um “ponto de equilíbrio” entre eles.

A Previdência Social possui singularidades que devem ser consideradas (e que serão apresentadas a seguir), assim como há mecanismos de

-
- III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
 - V - disposições testamentárias;
 - VI - declaração especial feita perante tabelião;
 - VII - prova de mesmo domicílio;
 - VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
 - IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
 - X - conta bancária conjunta;
 - XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;
 - XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
 - XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
 - XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;
 - XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;
 - XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou
 - XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

melhorá-la (como também será sugerido), prestigiando a segurança do agente administrativo em conceder o benefício postulado (preservando a prova material) e a segurança do segurado em ver seu direito resguardado, ainda que necessária nova postulação (desde que se faça incidir a coisa julgada *secundum eventum litis* na primeira).

8.3 Singularidades da Lide Previdenciária e a Necessidade de um “Processo Previdenciário” Próprio

A lide previdenciária apresenta singularidades que justificam a condução de um direito processual próprio, já que as normas do processo civil clássico oferecem respostas insuficientes (e por vezes inadequadas) para os contornos da relação processual (juntamente com a natureza do direito material) previdenciária.

José Antonio Savaris (2009, p. 51-52 e 63) disciplina que as singularidades apresentadas são: o bem da vida fundamental, parte autora presumivelmente hipossuficiente, presença de entidade pública no pólo passivo e a suposta ocorrência de uma contingência social.

A insuficiência de regulamentação tem levado a jurisprudência a definir alguns parâmetros para o desenvolvimento do processo previdenciário, chegando, por vezes, a legislar sobre o tema.

Contudo, para o doutrinador “a referência é feita em relação a temas dos mais caros e que não conseguem, no entanto, sensibilizar a doutrina ou a jurisprudência previdenciária, como, por exemplo, a coisa julgada previdenciária e o princípio dispositivo no processo previdenciário em face dos apelos à verdade real” (SARAVAS, 2009, p. 63).

A relação única mantida entre a previdência social e seus segurados, ou dependentes, conduz a uma disciplina específica também no que tange a matéria probatória, chegando à condicionante da apresentação de prova material (pela lei de benefícios) para o deferimento de certos benefícios.

A título de exemplo, outro ponto não apreciado por lei são os efeitos previdenciários das decisões trabalhistas.

Logo é impreterível a criação de normas processuais típicas do direito previdenciário para que complementem a Lei de benefícios.

8.4 Sugestão para Efetividade do Processo Previdenciário

Aqui reside o núcleo do presente trabalho que será destrinchado no próximo capítulo. A sugestão para a efetividade do processo previdenciário seria a não aplicação do ônus probatório sobre a parte hipossuficiente, ou seja, afastar o julgamento de mérito nas lides onde não se conseguiu provar materialmente o direito pleiteado.

Até mesmo porque tal direito (de receber um benefício previdenciário a que faz jus o postulante) é vinculado ao interesse social. E este restará ameaçado quando o autor, presumidamente hipossuficiente, é quem deve oferecer as provas de suas razões de fato e arcar com seu ônus quando estas são consideradas insuficientes. Eis o ensinamento de Savaris (2009, p. 90):

Atente-se ademais que não deve ser plena a disponibilidade emanada do princípio dispositivo se o bem previdenciário é relativamente indisponível. Se o bem jurídico previdenciário é inalienável, imprescritível e irrenunciável (o caráter irrenunciável não se confundindo com a dispensabilidade temporária pelo indivíduo de entrar em gozo do benefício), afigura-se o caráter relativamente indisponível de uma prestação previdenciária. O espaço de disponibilidade tem como referência a esfera de conveniência do beneficiário (se e quando requerer o benefício, por exemplo) ou a melhor defesa possível do próprio direito (quando se compõe a lide amigavelmente no objetivo de mesurá-lo economicamente ou, para alguns, quando se busca seu desfazimento com o objetivo de receber um grau maior de proteção previdenciária). O indivíduo pode abdicar do gozo de uma prestação previdenciária, mas não do direito, o qual se incorpora definitivamente ao seu patrimônio jurídico.

Portanto, legítima a pretensão de afastar a autoridade da coisa julgada das questões previdenciárias onde o autor não conseguiu demonstrar materialmente os fatos constitutivos de seu direito pleiteado.

E é neste contexto que se faz uma comparação direta entre o instituto da coisa julgada com o direito à Previdência Social.

9 A COISA JULGADA E O DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Ante todo o exposto, procura-se, com o presente trabalho, enfrentar a autoridade da coisa julgada frente ao direito fundamental à Previdência Social, típico direito social.

Sendo o direito à Previdência Social um direito fundamental, que visa assegurar ao cidadão sua dignidade humana através de um patrimônio mínimo, não pode o Direito permitir que uma decisão judicial que não tenha apreciado todas as vertentes do caso concreto seja acobertada pela eterna indiscutibilidade decorrente da autoridade da coisa julgada material.

Nessa esteira, repita-se, encontra-se a análise do instituto da coisa julgada material e do direito à Previdência Social.

Como já discutido, a coisa julgada não é inerente ao pronunciamento judicial, mas consubstancia a opção política e legislativa feita para prestigiar a segurança jurídica. Quando se discute acerca desta opção política, colidem dois valores: o valor justiça e o valor segurança jurídica, sendo prestigiada a segurança jurídica.

Mas o Estado Democrático de Direito não prestigia apenas a segurança jurídica (e conseqüentemente a coisa julgada); prestigia, também, a Dignidade Humana e o direito à Previdência Social.

Exatamente por colidirem dois direitos (ou princípios), retomam-se as ponderações já realizadas sobre tal convivência, devendo, neste caso, prevalecer o Direito à Previdência Social.

Não se pretende, apesar disso, generalizar a desconstituição da coisa julgada para toda e qualquer circunstância em que o direito mínimo à Previdência seja ameaça, mas tão somente nos casos onde se produziu o instituto da coisa julgada através das regras do ônus probatório, ou seja, pretende-se a relativização da coisa julgada apenas para os casos de sentença improcedente por insuficiência de provas.

9.1 Da Aplicação Análoga dos Dispositivos Legais nas Ações Coletivas para as Ações Previdenciárias

A aplicação analógica dos dispositivos legais que impedem a formação de coisa julgada material, nas sentenças proferidas em Ações Coletivas que julgarem improcedentes os pedidos por insuficiência de provas (Lei nº 4.717/65, artigo 18; Lei nº 7.347/85, artigo 16; e CDC, artigo 103), é uma solução que atende adequadamente a necessidade de tutela de um direito tão vital quanto o direito à Previdência Social.

E, se as ações onde se busca a tutela do direito à previdência versam sobre direitos tão fundamentais quanto os direitos tutelados pelas Ações Coletivas, é medida de Justiça que aquelas se beneficiem da regra da coisa julgada *secundum eventum litis* que informa estas, a fim de evitar que transitem materialmente em julgados sentenças de improcedência nelas proferidas por insuficiência de provas, uma vez que *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde houver a mesma razão, aí se aplica o mesmo dispositivo legal). Assim, “a idéia da ‘coisa julgada segundo a prova dos autos’ (ou coisa julgada previdenciária) parece uma feliz aproximação à realidade do direito material” (SARAVIS, 2009, p. 86).

Há diversos julgados nos tribunais reconhecendo o direito à Previdência Social como de índole fundamental, e que negam a formação de coisa julgada material nas ações previdenciárias julgadas improcedentes por falta de prova, assim como ocorre nos diplomas legais que regulam a coisa julgada nas ações coletivas. A 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de tal modo vem entendendo:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA UNIÃO ESTÁVEL. FALTA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ARTIGO 267, VI, DO CPC.

I - No tocante à questão acerca da condição de companheira da autora em relação ao de cujus, ela não logrou êxito em demonstrar a alegada união estável, visto que não há nos autos qualquer documento comprovando a relação marital ou que indicando que eles possuíam o mesmo domicílio. Ademais, os depoimentos testemunhais tomados em Juízo se revelaram genéricos quanto à suposta união estável entre a autora e o finado, não sendo suficientes à formação da convicção deste Juízo.

II - Não restando preenchidos os requisitos estatuídos pela legislação que rege a matéria, não há como se dar guarida à pretensão da autora, pois não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação (início de prova material da alegada união estável entre a autora e o falecido), ensejando, assim, a decretação da extinção do processo, sem resolução do mérito, na forma prevista no art. 267, VI, do CPC.

III - Processo extinto, de ofício, sem resolução do mérito.

Apelação do réu e remessa oficial prejudicadas.

(TRF3, 2010.03.99.017377-2, 10ª Turma, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, DJ 12.04.2011, DJF3 CJ1 data:18/04/2011 p. 2146) (grifo nosso).

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. CARACTERIZAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - A jurisprudência firmou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, assim, no caso em tela, ser levado em consideração o critério estabelecido pelos Decretos nº 53.831/64, nº 83.080/79 e nº 2.172/97.

II - Mantidos os termos da sentença que determinou a conversão de atividade no período de 14.09.1981 a 05.03.1997, por exposição a ruídos acima dos limites legais.

III - Ausente o início de prova de atividade rural, caso dos autos, o pedido de averbação deve ser extinto sem resolução do mérito.

IV- Somadas as atividades comuns e especiais, o autor completou 27 anos, 08 meses e 20 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 29 anos, 03 meses e 30 dias até 25.07.2000, término do último vínculo empregatício, insuficientes à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos da E.c. nº20/98.

V - Extinção do feito, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de averbação de tempo rural. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas.

(TRF3, 2009.03.99.041671-0, 10ª Turma, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, DJ 12.04.2011, DJF3 CJ1 data:18/04/2011 p. 2147) (grifo nosso)

Nesse sentido também é válida a contribuição de José Antonio Savaris (2009, p. 89):

Ao concluir que não há prova material, impõe-se a extinção do processo com o julgamento do mérito. Ao se orientar para o encerramento sem o julgamento do mérito, contudo, o juiz se abre ao apelo do bem da vida que se encontra em discussão, distanciando-se da forma processual civil em nome de um valor maior. Resguardando a possibilidade de o indivíduo reunir os elementos de prova necessário e obter finalmente o benefício previdenciário, a homenagem é feita à lógica da preservação da vida, à ideia de não-preclusão do direito previdenciário.

Assentadas tais premissas, se uma ação onde buscou-se a tutela de um direito à Previdência Social foi julgada improcedente por ausência de algum requisito do benefício postulado, não há óbice a que o interessado, valendo-se de

nova prova, ingresse novamente em Juízo pleiteando o mesmo direito, não lhe sendo oponível a imutabilidade da coisa julgada formada no processo anterior, até porque o caráter público da Previdência Social (pólo passivo da demanda e beneficiária da imutabilidade da *res judicata*) milita em prol da aplicação do princípios da legalidade, concedendo-se ao segurado, ou seu dependente, aquilo que lhe era de devido.

Ainda nas palavras de Savaris (2009, p. 84) “não é adequado que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa, na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente”, e, mais à frente, continua dizendo que “a coisa julgada não deve significar uma técnica formidável de se ocultar a fome e a insegurança social para debaixo do tapete da forma processual, em nome da segurança jurídica”.

Nesse mesmo sentido, invocado o princípio da Não Preclusão do Direito à Previdência, a MM. Juíza relatora, Dra. Márcia Vogel Vidal de Oliveira, da Primeira Turma Recursal – Juízo C, Seção Judiciária do Paraná – em ilustre decisão proferida no processo eletrônico nº 200770600023858/PR, decidiu por afastar a coisa julgada do processo anterior, para assim decidir:

Pretendendo a parte autora a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante reconhecimento e averbação de período rural, julgou a sentença extinto o processo sem resolução do mérito, reconhecendo a coisa julgada em relação à ação de nº 2005.70.10.000362-0.

Inconformado, recorreu o autor.

Aduz o recorrente que apresentou documentos novos que demonstram o exercício de labor rural no período pleiteado, motivo pelo qual faz jus ao seu reconhecimento. Para tanto, requer a reforma ou anulação da sentença proferida pelo juízo a quo.

Em que pese não se tratar o presente feito de causa exclusivamente de direito, entendo aplicável ao caso o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, por considerar que a lide está em condição de imediato julgamento. Tendo em vista os escopos que nortearam a inserção do § 3º no art. 515 (celeridade, economia processual e efetividade do processo), sua aplicação prática não fica restrita às hipóteses de causas envolvendo unicamente questões de direito. Desde que tenha havido o exaurimento da fase instrutória na instância inferior, o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal fica autorizado, mesmo que existam questões de fato.

Nesse sentido:

Estando a matéria fática já esclarecida pela prova coletada, pode o Tribunal julgar o mérito da apelação mesmo que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva do apelado. (STJ – 4 Turma – REsp. 533.980-MG – Rel. Min. César Rocha)

No caso em tela, em primeira instância, houve produção de prova testemunhal, estando, portanto, exaurida, a fase instrutória. Sendo que a primeira demanda proposta pelo recorrente foi julgada procedente, quando lhe foi concedido o benefício, mediante o reconhecimento do período rural pleiteado.

Porém, a sentença foi reformada pela 2ª Turma Recursal, por entender que havia divergência entre a prova material e a testemunhal e que não restou comprovado o regime de economia familiar.

Por sua vez, neste processo, houve sentença sem resolução do mérito, por ocorrência da coisa julgada.

Afasto, porém, a ocorrência da coisa julgada. Explico.

Enquanto o processo civil clássico aponta para o fechamento preponderantemente indiscutível da coisa julgada, o processo previdenciário busca apoiar-se no princípio constitucional do devido processo legal com as cores específicas da não-preclusão do direito previdenciário.

O princípio da não-preclusão do direito à previdência social com a conseqüente desconsideração da eficácia plena da coisa julgada foi objeto de louvável posicionamento assumido pela 5ª Turma do TRF da 4ª Região, ainda no ano de 2002:

O princípio da prova material é pré-condição para a própria admissibilidade da lide. Trata-se de documentos essencial, que deve instruir a petição inicial, sob pena de indeferimento (CPC, art. 283 c.c. 295, VI). Consequentemente, sem ele, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, I). E assim deve ser, porque o direito previdenciário não admite a preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão. Portanto, não cabe, na esfera judicial, solução diversa, certo que o Direito Processual deve ser focado, sempre, como meio para a realização do direito material.

(TRF4, AC 2001.04.01.075054-3, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 18.09.2002)

O direito previdenciário não admite preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão.

(TRF4, AC 2001.04.01.075054-3, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 18.09.2002)

Com base nesse entendimento, a 5ª Turma vem entendendo que, nos casos em que o segurado não prova as alegações, deve o feito ser extinto sem julgamento de mérito. Tem-se admitido a propositura de nova demanda ainda que uma outra, anteriormente proposta, tenha sido julgada improcedente, adotando-se, desse modo, em tema de Direito Previdenciário, a coisa julgada secundum eventum probationis.

(TRF4, AC 2001.70.01.002343-0, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 21.05.2003)

[...]

(TRF4, AC 2007.70.60.002385-8, 1ª Turma, Rel. Juiza. Federal Márcia Vogel Vidal de Oliveira, DJ 03.05.2010) (grifo nosso).

Por isso, afirma-se que não há insegurança em discutir uma questão previdenciária à luz de novas provas, tendo como justificativa a fundamentalidade do bem para o indivíduo e seu relevo para a sociedade. Não há que se falar em insegurança jurídica ao extinguir um processo sem resolução de mérito quando o

bem tutelado é fundamental e representa as condições mínimas a uma vida com dignidade.

É de se pensar até que ponto uma sentença deve imutabilizar um fato manifestamente contrário à realidade, principalmente quando esta sentença utiliza-se de critérios processuais (como as rígidas regras a respeito do ônus probatório) para obstar eternamente o segurando de auferir um direito que lhe é devido e, *a fortiori*, de encontrar novas provas para demonstrá-lo.

Se num dado contexto histórico a coisa julgada serviu como proteção dos cidadãos frente aos abusos estatais, esta mesma coisa julgada, neste caso específico, acoberta uma lesão ao direito do cidadão (negando-lhe o direito à Previdência) sem a possibilidade de revisão (decaído o prazo para ação rescisória), ainda que apareça uma nova prova demonstrando sua razão em recebê-lo. Nessa situação, a garantia constitucional atua contra seu beneficiário, o indivíduo, pois favorece o Estado em detrimento daquele, não sendo este o espírito que norteia o sistema constitucional das limitações ao poder estatal.

9.2 Da Interposição de Nova Ação

Outra vertente entende possível a relativização da *res judicata* pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando os direitos em colisão para fazer prevalecer o de maior peso no caso concreto. E, na tentativa de preestabelecer uma valoração entre os diferentes direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, “Dürig consagra a seguinte fórmula: valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (*personogutwert geht vor Sachgutwert*)” (DURING apud MENDES, Gilmar Ferreira. 2009, p. 378).

Porém, pode-se entender que a nova ação, se alicerçada em nova prova, possui causa de pedir distinta da ação anterior e, assim, não é atingida pela coisa julgada desta.

Entende-se que, se a causa de pedir da segunda ação é baseada em nova prova, trata-se de nova causa de pedir e, portanto, nova ação, não abrangida pela coisa julgada anterior. Para isso, é necessário flexibilizar a *eficácia preclusiva*

da coisa julgada prevista no artigo 474 do CPC, diante da relevância do direito postulado.

Trata-se então de uma nova ação, com uma nova causa de pedir, que não constitui repetição da anteriormente proposta, porquanto alicerçada em novas provas, não se podendo objetar com a eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC) ocorrida no processo anterior, nem com a ausência dos requisitos da Ação Rescisória (artigo 485, do CPC), visto que desta não se cuida.

Argumentou brilhantemente o MM. Desembargador-relator Dr. João Batista Pinto Silveira, em apelação cível nº 0010739-10.2010.404.9999/PR, cujo seu voto segue na íntegra:

”Controverte-se nos autos sobre o direito da parte autora à concessão de Aposentadoria Rural por Idade (NB 147.222.840-2), a conta da data do requerimento administrativo, efetuado em 26/06/2009 (fl. 12).

Da coisa julgada

A r. sentença extinguiu a demanda sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso V, do CPC, ao fundamento de que a decisão final proferida nos autos do Procedimento Comum do Juizado Especial Federal Cível n.º 2007.70.62.001153-9/PR (fls. 100/108), julgada improcedente pelo Juízo da Vara do JEF Cível de Pato Branco/PR, na Seção Judiciária do Estado do Paraná, teria transitado em julgado.

Contudo, verifica-se que a parte autora postulou novo requerimento administrativo juntamente com provas materiais não acostadas na ação anterior, modificando a causa de pedir da demanda.

Acerca disso, transcreve-se o seguinte trecho do voto do eminente Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira (AC nº 2009.04.00.027595-8/SC, DJ de 28/06/2010):

Não há dúvida de que em direito previdenciário muitas vezes o rigor processual deve ser mitigado. Não se pode, todavia, ignorar os limites expressamente estabelecidos pela legislação processual e, mais do que isso, ditados pelos princípios que informam o direito processual e o próprio ordenamento, sendo certo que coisa julgada goza de expressa proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXVI) a bem da segurança jurídica, pilar fundamental do estado de direito. Inviável, assim, a relativização da coisa julgada em matéria previdenciária ou mesmo se entenda pela formação de coisa julgada '*secundum eventum probationem*' em todas as situações nas quais a sentença considere frágil ou inconsistente a prova documental do alegado trabalho rural.

Oportuna a transcrição de excerto no qual Eduardo Talamini aborda o tema:

Em um dos campos em que a incidência da coisa julgada tem se revelado mais delicada - o das ações sobre filiação - tem-se cogitado de excluir essa autoridade das sentenças que se amparam nos critérios de distribuição do ônus da prova ou julgam com base em presunções. Cabe aqui examinar a questão à luz do ordenamento vigente. Como proposta de *lege ferenda*, o tema é enfrentado no capítulo 15.

Nos processo de cognição exauriente, vigora a regra geral no sentido de que mesmo a sentença que julga o mérito tomando em conta a falta ou insuficiência de provas (i. e., que aplique as regras sobre ônus da prova) faz coisa julgada material.

O estabelecimento de ônus probatórios para as partes visa a fornecer para o juiz critérios para decidir naqueles casos em que não foi possível produzir as provas suficientes para formar seu convencimento. É então uma "regra de juízo". O processo, por um lado, não pode ter duração indeterminada no tempo. Não é possível passar a vida inteira tentando descobrir a verdade - até porque, em termos absolutos, a verdade é inatingível. A atuação jurisdicional para cada caso concreto tem de, em um determinado momento, terminar, sob pena de sua prolongada pendência ser até mais prejudicial, no âmbito social, do que os males que o processo buscava eliminar. Por outro lado, o juiz não pode eximir-se de decidir apenas porque tenha dúvidas quanto à "verdade dos fatos". Trata-se do princípio de vedação ao *non liquet*. O juiz terá necessariamente de chegar a uma decisão, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Então, a atribuição de ônus da prova às partes serve de critério - o último recurso - para o juiz decidir nesses casos. O legislador, tomando em conta situações de anormalidade, identifica qual das partes em princípio mais facilmente comprovaria um fato, atribuindo-lhe o ônus de prová-lo. Quando o juiz, a despeito de ter adotado todas as providências razoáveis para reconstrução dos fatos da causa, não houver conseguido formar convencimento a esse respeito, ele deverá aplicar as regras sobre ônus probatório - decidindo contra aquele que não produziu a prova que lhe incumbia.

Pois bem, nesses casos, em regra, formar-se-á a coisa julgada material. A mesma razão que justifica decidir com amparo no critério da distribuição do ônus - evitar a prolongação excessiva do litígio e afastar a insegurança jurídica - legitima igualmente a atribuição de coisa julgada material à decisão a que se chegue.

A cognição não se tornará "sumária" porque o juiz decidiu tomando em conta o ônus da prova ou se amparou em presunções. Se a cognição era exauriente, cognição exauriente continuará havendo. Afinal, não é, em si e por si, mensurável o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que sentencia acerca do mérito. Eventualmente, não há plena convicção pessoal do magistrado quanto aos fatos, e ele mesmo assim acaba tendo de decidir, valendo-se de máximas da experiência ou dos critérios de distribuição dos ônus probatórios. Mas a falta de plena convicção pode ocorrer até mesmo quando o juiz sentencia amparando-se em provas ditas "diretas". Por isso, não é o grau de convencimento pessoal do juiz, no momento da sentença, que permite qualificar a atividade cognitiva então encerrada como exauriente ou não. O adequado critério para tal classificação (sumário versus exauriente) é dado por aquilo que se fez antes, no curso do processo - melhor dizendo: por aquilo que o procedimento legalmente previsto possibilitava fazer para chegar à decisão. Processo cujo momento da sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente. Já quando a lei prevê que o pronunciamento judicial não será precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária (superficial). Resumindo: a estrutura procedimental instrutória repercute necessariamente na qualificação da cognição. A psicologia do juiz, seu efetivo "grau de convencimento", é insondável.

Portanto, se é exauriente a cognição desenvolvida, e na medida em que a sentença em questão julga o mérito, aplicam-se as regras gerais: há coisa julgada material. Em princípio, a reunião de novas ou melhores provas não permitirá nova ação sobre o mesmo objeto entre as mesmas partes. Só não será assim, excepcionalmente, por expressa disposição legal. É o que ocorre, por exemplo:

(a) na ação popular (art. 18, da Lei 4.711/1965): a sentença de improcedência por falta ou insuficiência de provas não faz coisa julgada material. Tanto o autor quanto qualquer outro cidadão poderá tomar a propor exatamente a mesma ação popular (mesmos réus, mesmo pedido, mesma causa de pedir), reunindo novos elementos instrutórios destinados a demonstrar a lesividade do ato;

(b) na ação coletiva em defesa de direito difuso ou coletivo (CDC, art. 103, I e II, Lei 7.347/1985, art. 16): aplica-se regime semelhante ao da ação popular. Se a ação foi julgada improcedente porque faltaram provas ou elas foram insuficientes, qualquer legitimado, inclusive o que foi autor da ação rejeitada, pode repetir a mesma ação;

(c) no mandado de segurança: quando não há prova documental suficiente, a sentença que o juiz profere não faz coisa julgada material (Lei 1.533/1951, art. 6º, c/c arts. 15 e 16; STF, Súm. 304). Discute-se, porém, qual o exato motivo pelo qual não se põe essa autoridade. Parte da doutrina e da jurisprudência reputa que não é de mérito tal sentença: terá faltado um pressuposto processual ou condição da ação, de caráter especial, consistente na prova preconstituída (o "direito líquido e certo"). Mas há quem sustente que a sentença, nessa hipótese, é de cognição superficial de mérito. O mandado de segurança seria, então, ação de cognição sumária *secundum eventum probationes*: se há prova preconstituída a respeito de todos os fatos relevantes, juiz desenvolveria cognição exauriente; ausente esse "direito líquido e certo", apenas se teria cognição superficial.

Em todas essas hipóteses, há disposição legal expressa estabelecendo disciplina própria para a coisa julgada. E, em todas, especiais razões justificam o tratamento especial: (nos dois primeiros exemplos, a regra em exame presta-se a atenuar as conseqüências da extensão da coisa julgada a terceiros; no terceiro, é uma contrapartida à exclusiva admissão de prova preconstituída).

Portanto, a extensão desse regime a outros tipos de processo depende de norma expressa a respeito. Mais ainda: a alteração legislativa apenas se justifica, em cada tipo de caso, se fundar em razoáveis motivos.

(TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: RT. 2005. pp. 58/61)

Até se poderia se cogitar de coisa julgada 'secundum eventum probationem' a partir da concepção de que o judiciário exerce controle de legalidade dos atos administrativos. Desta forma, formulado um novo requerimento administrativo, e admitindo a Administração a rediscussão da matéria decidida no processo administrativo anterior, abrir-se-ia campo fértil à defesa da possibilidade de novamente a questão ser submetida ao Judiciário, o qual estaria se limitando a apreciar a legalidade do proceder do ente público.

Portanto, tendo a parte autora postulado novo requerimento à via administrativa, com juntada de novas provas materiais relativamente ao período de carência exigido à data do segundo protocolo (26/06/2009), é de ser afastada a preliminar de coisa julgada.

Da mesma forma, considerando a nítida conotação social das ações previdenciárias de natureza assistencial, especificamente aquelas exercitadas por trabalhadores provenientes do meio rural, os quais em quase sua totalidade tratam-se de pessoas hipossuficientes, circunstância que, via de regra, resulta na angularização de uma relação processual de certa forma desproporcional, é de ser-lhes concedida a oportunidade de fornecerem depoimentos testemunhais ao Juízo, que eventualmente tenham o condão de demonstrar as condições em que exerciam as atividades rurais.

Assim, não se tratando de matéria exclusivamente de direito e não estando o feito em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, resta anular a sentença de primeiro grau, para o fim de determinar o seu regular processamento, prosseguindo-se a instrução processual, devendo a parte autora ser instada a arrolar testemunhas.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, voto por dar provimento à apelação da parte autora para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para fins do regular processamento do feito, inclusive, com a produção de prova testemunhal” (grifo nosso).

Mas a ponderação que se faz, independentemente de se entender como uma nova ação (já que as novas provas consistem numa nova causa de pedir) ou a repetição da ação anteriormente proposta (com a mesma causa de pedir fundada em novas provas), consiste na relativização da coisa julgada frente a princípios igualmente consagrados pelo ordenamento jurídico e a partir de precedentes legais construídos em benefício ao cidadão frente ao poderio estatal.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho consiste na possibilidade de se relativizar a coisa julgada nas ações em que se busca o direito à Previdência Social, típico direito fundamental de segunda dimensão (artigo 6.º; artigo 7.º, XXIV; e artigo 201, todos da CRFB) ou, na perspectiva de Ibrahim, um direito de terceira dimensão.

Tendo em vista que a coisa julgada também é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal (artigo 1º e 5º, XXXVI da CRFB), já que decorre do princípio da segurança jurídica, e do próprio Estado Democrático de Direito, instaura-se um conflito entre princípios.

Aplicando-se a teoria das normas, que preceitua a convivência conflitual entre os princípios, deve-se utilizar dos postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática entre eles para verificar qual prevalecerá frente ao caso concreto.

Percebe-se que o trânsito em julgado da sentença põe fim a todas as discussões acerca do objeto em litígio, tornando-o soberanamente julgado, ou seja, o conteúdo da decisão proferida se tornará imutável e indiscutível naquele processo e em seus porvindouros. Uma vez operada a coisa julgada material e findo o prazo decadencial da ação rescisória, um direito fundamental que não foi adequadamente tutelado restará acobertado pelo manto eterno da coisa julgada.

Entretanto, é dever do juiz, quando da apreciação das provas, velar pela verdade real dos fatos, tendo, inclusive, poderes para tanto (artigo 130 CPC).

É que, atualmente, não mais é aceito o conceito de “verdade formal” nas lides processuais civis, como outrora se acreditava. Esta distinção (entre verdade formal e verdade material) não mais se sustenta ante os poderes instrutórios conferidos aos juízes cíveis. Da mesma forma, na lide previdenciária, a debilidade da parte hipossuficiente já é razão suficiente para criar maiores condições para a procura da verdade real.

É de se perguntar se seria adequada a sentença que impõe ao indivíduo a abstenção perpétua da garantia previdenciária que, na realidade, poderia fazer jus.

Dessa forma, em que pese o caráter absoluto da coisa julgada, há quem se insurja contra esta imutabilidade do decisório. Neste sentido há tanto obras doutrinárias como precedentes jurisprudenciais no Direito pátrio que permitem relativizar a autoridade da coisa julgada em determinados casos específicos, como já fora analisado no decorrer deste trabalho.

Enquanto não ocorrem as alterações necessárias (inclusive com a criação de um processo próprio para as lides previdenciárias, segundo sugerido), não podem os aplicadores do direito ignorar o problema social por trás das demandas judiciais, nem os antecedentes doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Claro que se deve preservar a excepcionalidade da quebra da coisa julgada atípica, devendo o interessado em sua desconstituição buscar a obtenção de novas provas que demonstrem materialmente seu direito a fim de se propor uma nova demanda.

O que não se pode perder de vista é que a relativização da coisa julgada em matéria previdenciária, veiculada através da denegação do direito por ausência de prova material, representa um retrocesso à justiça social, tão amplamente defendida.

Repita-se que a intenção não é a desconsideração de toda e qualquer decisão proferida em ações previdenciárias, mas tão somente naquelas em que se formou a coisa julgada a partir das regras processuais clássicas de ônus probatório. O que se pretende é que o ônus recaído sobre a parte hipossuficiente (de provar seu direito materialmente) não seja capaz de tornar-se um obstáculo perpétuo para o deferimento de um benefício a que, na verdade, ela fazia jus.

Assim, a excepcional relativização da coisa julgada em prol da pacificação social é a opção mais condizente com a expectativa da sociedade.

Sabe-se normal a resistência à aceitação da mitigação da coisa julgada sem previsão legal; no entanto, o que se persegue com o presente trabalho é obter a analogia entre as ações coletivas e as ações previdenciárias no que tange à matéria probatória, migrando o instituto da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationes* para as ações onde se busca o direito à Previdência Social.

O que se pretende é proporcionar um tratamento uniforme aos direitos fundamentais como forma de resguardar o acesso adequado e efetivo à justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.99-120.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (**Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**). Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar/abr. 2006. Disponível em: <www.conjur.com.br/static/text/43852>. Acessado em 21 abr. 2011.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Pensão por morte. União estável (declaração). Prova exclusivamente testemunhal (possibilidade). Arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil (aplicação). Recurso Especial 783.697/GO. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Sebastiana Lázara da Silva. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, 10 de novembro de 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 363889. Origem: Distrito Federal. Requerente: Diego Goiás Schmaltz e Ministério Público. Requerido: Goiás Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. Brasília, 09 de junho de 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário. Investigação de Paternidade. Correto o acórdão recorrido ao entender que cabe ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita, oferecendo o devido alcance ao disposto no art. 5º LXXIV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. Recurso extraordinário 207732/MS. Requerente:

Estado do Mato Grosso do Sul. Requerido: Marcos Augusto Viel. Relator: Ministra Ellen Gracie. 1ª Turma. Brasília, 11 de junho de 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Previdenciário. Atividade rural. Ausência de início de prova material. Atividade especial. Caracterização. Aposentadoria por tempo de serviço. Requisitos não preenchidos. Sucumbência recíproca. Apelação cível. Processo n.º 2009. 03. 99. 041671-0. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado Antonio Mambre. Relator: Desembargador Federal Sérgio Nascimento. 10ª Turma. São Paulo, 12 de março de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 3. Previdenciário. Processual Civil. Pensão por morte. Companheira. Ausência de provas acerva da união estável. Falta de documento indispensável ao ajuizamento da ação. Extinção do feito sem resolução do mérito. Artigo 267, VI, do CPC. Apelação cível. Processo n.º 2010.03.99.017377-2. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Gregoria Pereira da Silva. Relator: Desembargador Federal Sérgio Nascimento. 10ª Turma. São Paulo, 12 de março de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4, Previdenciário. Processual Civil. Coisa julgada material. Aposentadoria rural por idade. Ausência de prova testemunhal. Insuficiência. Reabertura da instrução processual. Conotação social da ação previdenciária. Anulação da sentença de ofício. Apelação cível. Processo n.º 0010739-10.2010.404.9999/PR. Apelante: Antônia Camargo. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: João Batista Pinto Silveira. Paraná, 12 de Janeiro de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento e averbação do tempo de serviço rural. Afastamento de coisa julgada. Insuficiência de prova. Extinção sem julgamento do mérito. Apelação cível. Processo n.º 2007.70.60.002385-8/PR. Apelante: Gil Walter Andrade. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Juíza federal Márcia Vogel Vidal de Oliveira. Paraná, 03 de Maio de 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. V.2, t. I.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. V.2, t. III.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil.** Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. V.1. Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1989.

DAVID, Tiago Bitencourt de. **Doutrina e Prática do Direito Ambiental**. 2.^a Ed. Sapucaia do Sul: Notadez, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, quinta edizione, Padova, 1989.

FERRAZ, Rômulo Maia. **Análise Crítica da Coisa Julgada à Luz do Princípio da Proporcionalidade**. 2006. 67 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JARDIM, Antonio César Camargo. **Aspectos sobre a Imutabilidade da Coisa Julgada**. 2006. 111 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

KRAVCHYCHYN, Jefferson; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Prática Processual Previdenciária – Administrativa e Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. **Anotações de aula de Direito Processual Civil**. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente, 2011.

RIGHTS, Abraham Bill Of. **A Constituição e o Direito à Previdência Social**. 2007. 118 f. Monografia (I Concurso de Teses sobre Seguridade Social) – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP e Associação ANFIP de Estudos da Seguridade Social. Brasília, 2007. Disponível em: <www.fundacaoanfip.org.br/.../Abraham_Bill_Off_Rights.pdf>. Acessado em: 08 ago. 2011.

ROBERTI JUNIOR, João Carlos Barros. A Relativização da Coisa Julgada Material nas Ações Previdenciárias Justiça e Sensibilidade Social como Fundamento de Revisão. **Revista Jurídica Consulex nº 304**. Cascavel/PR, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=8000>>. Acessado em: 24 out. 2011.

ROCCO, Alfredo. **La Sentencia Civil**. Cardenas editor y distribuidor – Tijuana, México, 1985.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Esmafe, 2009.

SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia Previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V.3.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º Ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.35-98.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Viviane Leite da. **A Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. 2003.125f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1º Volume. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Reflexões sobre o Princípio da Intangibilidade da Coisa Julgada e sua Relativização**. Publicado no livro Coisa Julgada Inconstitucional. 2 ed. Belo Horizonte: Forense, 2008. Disponível em: <<http://ead04.virtual.pucminas.br/.../03.../TxtAtivForumNaoPont2.pdf>> Acessado em 08 ago. 2011.

VADE Mecum. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.