

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Adriana Ribeiro Pavarina

Presidente Prudente/SP
2005

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Adriana Ribeiro Pavarina

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Valdemir Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP
2005

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

**Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.**

Valdemir Ferreira Pavarina

Antenor Ferreira Pavarina

André Luís Felício

Presidente Prudente/SP, 29 de novembro de 2.005.

Aos meus pais, Antenor e Cristina, e ao meu namorado Paulo, que a cada dia contribuem com minha felicidade, sempre se dedicando e se preocupando comigo.

O teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.

Eduardo Couture

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, pela proteção ao longo da vida.

Agradeço a meu pai, Antenor, pelo apoio e incentivo, nos estudos e na vida, sem o qual, certamente nada disso seria possível. Em especial, a minha querida mãe, Cristina Ribeiro, pessoa de extrema dedicação, honestidade e humildade, fonte de força e amor na minha vida.

Ao meu namorado Paulo Roberto Cordeiro Júnior, grande companheiro, que soube me acalmar e apoiar nesta árdua tarefa de elaborar esta monografia.

A todos os meus familiares que sempre me ajudaram e me apoiaram nessa jornada.

Aos parceiros de nossa turma de graduação, pelo prazer de aprender com as suas convivências e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Dr. Valdemir Ferreira Pavarina, a quem tenho honra de ser não apenas orientanda, mas sobrinha, que muito me ensinou tanto em minha jornada acadêmica como em minha vida, a quem eu também procuro espelhar o desenvolvimento de minha carreira jurídica.

Não poderia deixar de prestar meus profundos agradecimentos ao Dr. Eduardo Gesse, exemplo de dedicação ao trabalho e ao estudo da ciência do Direito, sem o qual com toda a certeza esta monografia não teria se concretizado.

Ao examinador, Dr. André Luís Felício, que prontamente aceitou o convite de compor a banca examinadora.

Adriana Riberiro Pavarina.

RESUMO

A presente monografia visa analisar o instituto da coisa julgada, expondo seus precedentes históricos, conceito, limites, efeitos e sua importância ao representar segurança e estabilidade nas relações jurídicas, e verificou a possibilidade de colisão entre a coisa julgada e outros preceitos fundamentais de elevada grandeza. Analisa o estudo dos princípios, traça a evolução histórica de sua normatividade, delimita eventual convivência conflitual dos princípios e em especial, disciplina o princípio da proporcionalidade, da segurança jurídica, da constitucionalidade. Explica o atual fenômeno da relativização da coisa julgada, levantando a discussão sobre a possibilidade de uma sentença acobertada pelo manto da coisa julgada, mas eivada de injustiça ou ilegalidade, poder ser revista em processo posterior mesmo após o trânsito em julgado. Importa-se em demonstrar que a coisa julgada não pode ser erigida ao patamar de indiscutibilidade, de algo supremo tendo em vista que hodiernamente a incidência do critério da proporcionalidade e a garantia do acesso a uma ordem jurídica justa, implicam em relevar a autoridade da coisa julgada, para que a justiça venha a prevalecer.

Palavras-Chave: coisa Julgada, princípio da segurança jurídica, direito dos Princípios, colisão entre princípios constitucionais, relativização da Coisa Julgada.

ABSTRACT

The present monograph has the propose to analyze the judged thing institute, exposing its historical precedents, the political and juridical basis, limits, effects and its importance to represent security and stability on juridical relations, and verified the coalition possibility between the judged thing and other fundamental precept. The main issue is to know wether the contents of an unflair or ilegal sentence, wich has become final unappealable, may be reviewed in later proceedings, even after being encompassed by autorictatis res iudicatae. Matters to demonstrate that the judged thing can't be taken to the undiscussable platform because the Law of the Principles, proportionality criterion and the security in the access to a fair law, proposes to bring into prominence, the judged thing authority for the justice's predomination.

Keywords: the judged thing's, law of the Principles, coalition between the constitutional principles, judged Thing relativism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A COISA JULGADA.....	11
2.DA COISA JULGADA	15
2.1 CONCEITO	15
2.2 MODALIDADES	18
2.2.1 COISA JULGADA FORMAL.....	18
2.2.2 COISA JULGADA MATERIAL.....	20
2.3 DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA	23
2.4 DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	26
2.5 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	29
2.6 DO TRATAMENTO LEGAL DA COISA JULGADA COMO GARANTIA PARA A RELATIVIZAÇÃO	30
3. TEORIA DOS PRINCÍPIOS	33
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS.....	35
3.2 PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS.....	38
3.3 CONVIVÊNCIA CONFLITUAL DOS PRINCÍPIOS.....	40
3.4 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	41
3.5 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	46
3.6 DO PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE	49
4. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	52
4.1 DOS CASOS ANALISADOS.....	53
4.2 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	73
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
5.SOLUÇÕES SUSCITADAS PELA DOUTRINA.....	85
5.1 DOS MECANISMOS PROCESSUAIS APRESENTADOS PELA DOUTRINA FAVORÁVEL.....	85
5.2 PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i> LEVANTADA PELA DOUTRINA CONTRÁRIA.....	88
6. CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

INTRODUÇÃO

Os institutos jurídicos são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço, e o direito, como processo de adaptação que é, deve buscar acompanhar a mobilidade social refazendo-se diuturnamente, para salvaguarda de direitos fundamentais e para efetivação dos princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da moralidade, da proporcionalidade e, principalmente pela busca da justiça das decisões.

Nesse diapasão, este trabalho procurou focar algumas noções da moderna tendência de relativizar o instituto da coisa julgada, noção que surgiu como uma forma de fazer valer as determinações acima. Para tanto, procurou-se demonstrar os reais contornos que se tem dado a imperatividade da coisa julgada, que já não pode ser considerada como algo incontestável, indiscutível, absoluta, sobretudo quando afronta princípios e garantias constitucionais de elevada grandeza.

De início, desenvolveremos um breve esboço histórico do instituto da coisa julgada, conceituando-a no item seguinte, delimitando o alcance de seus limites objetivos e subjetivos.

Na seqüência, teceremos considerações sobre a doutrina dos princípios, seu significado, sua evolução normativa, bem como quais os critérios mais adequados para superar as antinomias entre eles existentes, merecendo destaque o princípio da proporcionalidade.

Posteriormente, preocupamo-nos com a citação de exemplos onde a doutrina e a jurisprudência reconhecem a necessidade de mitigação da autoridade da coisa julgada em prol da justiça, procurando sempre, confrontá-los com os argumentos trazidos pela doutrina conservadora.

Por fim, objetivou-se analisar as soluções suscitadas pela doutrina, demonstrando os mecanismos processuais apresentados pela corrente favorável à relativização, além da proposta de modificação legislativa apresentada pela corrente contrária a questão em debate.

Desta forma, objetivou-se demonstrar que o instituto da coisa julgada convive com outros princípios de maior hierarquia que sempre devem prevalecer.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A COISA JULGADA

Registre-se inicialmente que, na ciência jurídica, o estudo da evolução histórica é de suma importância, uma vez que, ao demonstrar a origem e as mudanças ocorridas ao longo dos anos, determinada por diversos fatores jurídicos e extrajurídicos (sociais, políticos e financeiros), permite-se chegar ao porquê da existência dos institutos, bem como de seu primado. Destarte, traçando comparações entre a origem e o conceito atual de um dado preceito, constata-se se ele se presta ao fim para o qual foi estabelecido.

Feita esta premissa, passa-se, agora, a um breve esboço histórico sobre o instituto da coisa julgada.

Acredita-se que o instituto da coisa julgada remonta de longa data do conhecimento jurídico. Nas lições de Celso Neves (1971, p.30), pode-se dizer que é anterior até mesmo a Lei da Doze Tábuas, momento em que já havia regra segundo a qual sobre uma mesma relação jurídica não poderia ocorrer duas vezes a ação da lei.

No direito romano, a obra que oferece o maior número de textos relativos à coisa julgada é o *Digesto*, que define em seu fragmento 1, do título 1, do livro 42, de Modestino: *“Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit”*.

Denota-se que, neste período, a preocupação restringia-se em tutelar decisões estatais e evitar eventuais acúmulos de processos referentes à mesma situação fática. Assim, a coisa julgada, fundava-se em um pressuposto de ordem prática, ou seja, garantir ao vencedor da demanda a satisfação do direito reconhecido por decisão judicial.

Vejam-se os ensinamentos de CHIOVENDA (2000, p.447) sobre a autoridade da coisa julgada no Direito Romano:

Essa é a autoridade da coisa julgada. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: ‘ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur’ (fr.6, Dig. De except. Rei iud. 44,2).

Imperioso, ainda, tecer considerações sobre o direito da Monarquia Lusitana, sistema que vigorou na época do período colonial, influenciando, assim, a cultura jurídica brasileira.

No direito Português, impregnado pela influência do Direito Romano, prestigiava-se a autoridade da sentença em nome da segurança das relações sociais. Seguindo-se, da mesma forma, com as Ordenações Filipinas e Manoelinas, legislação vigente em nosso país por décadas.

As primeiras legislações brasileiras a cuidarem do instituto da coisa julgada surgem após as Ordenações Filipinas, com a proclamação da República, no Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, que regulava o processo comercial. Em 1890, com o advento do Decreto nº 736, estendeu-se a aplicação do Regulamento nº 737 ao processo civil.

O artigo 74, § 4º, disciplinou a coisa julgada no capítulo das exceções, e neste mesmo diploma legal, a tratou como presunção legal absoluta, impossibilitando sua reanálise, ainda que pelo vasto conjunto probatório, o contrário pudesse ser cabalmente comprovado.

Este regulamento não disciplinava a conceituação e os efeitos da coisa julgada, tarefa que foi realizada pela doutrina, com embasamentos nas preposições do antigo documento legal.

Registre-se que, precedendo a aplicação do Decreto 737 ao processo civil em geral, havia sido elaborada pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, em execução da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1.871, a Consolidação das Leis do Processo Civil, a qual foi aprovada pelo Poder Executivo.

Disciplinava o artigo 497, § 2º, da referida Consolidação, que a sentença possuía o efeito de fazer certo o direito entre as partes. Confira-se a lição de RIBAS apud NEVES (1971, p.216) acerca deste dispositivo legal:

Todo o processo tem por origem as asseverações e pretensões contradictórias das partes. Ao juiz incumbe fazer cessar essa controvérsia, declarando qual a parte que tem por si o direito, e tornar efectiva a sua decisão, ainda contra a vontade da parte vencida. Mas, o juiz pode dar uma decisão injusta, quer por erro na apreciação da regra de direito e das provas, quer por prevaricação, peita ou suborno. O que cumpre fazer-se em casos tais? Subjetivar a questão a novo processo, ou tornar irretroatável a decisão do juiz? Qualquer dos alvitres traz

grandes inconvenientes. O primeiro produzirá com conseqüência a incerteza perpétua dos direitos; pois que cada decisão estaria subjetiva a ser reformada por outra decisão contrária. O segundo faria que se tornasse irrevogável uma decisão injusta, e que a força da autoridade pública se posesse em serviço da injustiça, para oprimir a justiça. Entre estes dois males a experiência dos séculos tem preferido o segundo que, aliás, se procura atenuar por meio dos recursos, e dos diferentes grãos de jurisdição. Foi assim que se estabeleceu a auctoridade da coisa julgada, ou a ficção de verdade que protege as sentenças passadas em julgado, contra qualquer pretensão contrária.

Neste mesmo momento, inicia-se o desenvolvimento da doutrina processual brasileira propriamente dita, destacando-se Francisco de Paula Batista e Joaquim Ramalho dos Santos.

Dentre as contribuições trazidas pelos doutos doutrinadores, destaca-se que Francisco de Paula Batista entendia a coisa julgada como a decisão insuscetível de recursos, seja porque as partes não os utilizaram nos prazos legais, seja porque a lei não admitia expressamente o seu cabimento. Em tais casos, tal decisão deveria ser entendida como uma verdade e eventuais injustiças ou nulidades ocorridas não poderiam ser revogadas.

De outra feita, Ramalho elencava situações em que, a seu ver, a qualidade da inalterabilidade não podia ser reconhecida, seja por conter nulidades insanáveis ou sem amparo probatório, demonstrando desta forma uma preocupação com decisões injustas.

É cediço que a Constituição de 1.891 conferiu a todos os Estados Federados a competência para legislar em matéria processual, sendo que apenas alguns de nossos Estados editaram suas leis.

Com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, a competência para legislar sobre matéria processual civil foi conferida exclusivamente à União, que se valendo desta atribuição, editou o Decreto nº 1608, Código de Processo Civil, que disciplinava a *res iudicata* dentre as exceções não suspensivas.

O artigo 288 do diploma retro mencionado conceituava a coisa julgada como efeito da sentença, descrevendo que: “*Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide, salvo nos casos*

expressamente previstos e quando o juiz tiver decidido, de acordo com a equidade determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato”.

Frise-se, outrossim, que a coisa julgada já havia sido disciplinada pela Lei de Introdução do Código Civil, de número 3.071 de janeiro de 1916, que posteriormente foi modificada pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1.919, que dispunha em seu artigo 3º: *“A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada”* e no § 3º: *“Chama-se coisa julgada ao caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”.*

Com isto, iniciaram-se debates acerca do instituto da coisa julgada, ocasião em que os processualistas passaram a analisar de forma mais pacífica os seus fundamentos, revendo, assim, os conceitos e pensamentos até então divergentes na doutrina.

No ano de 1973, com a influência dos ensinamentos do Profº Alfredo Buzaid, promulgou-se o nosso atual Código de Processo Civil (Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973), que estabeleceu um capítulo próprio para a coisa julgada, conceituada segundo a teoria de Enrico Tulio Liebman que, em apertada síntese, entendia a coisa julgada não como um efeito da sentença, mas como uma qualidade especial desta e de seus efeitos, que se tornam imutáveis, de modo que, a sentença passada em julgado tem força de lei entre as partes.

2.DA COISA JULGADA

2.1 CONCEITO

Precipuamente, traçaremos considerações preliminares sobre a atividade jurisdicional do Estado na composição de lides, demonstrando o momento em que se opera a coisa julgada, seu conceito e uma breve análise sobre sua autoridade e finalidade e seus limites.

Em razão da convivência em sociedade, advém naturalmente o surgimento de lides, que segundo entendimentos majoritários, baseados nos ensinamentos de Carnelutti, se define como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

O Estado assumiu o monopólio da jurisdição na medida em que vedou ou restringiu a possibilidade de autotutela e autocomposição. Destarte, o Estado, quando provocado, afasta a vontade das partes e, substituindo-se a elas, dita imperativa e imparcialmente a solução do conflito, com a adequação do fato deduzido em juízo à norma abstratamente positivada.

A função jurisdicional tem como finalidade primeira dizer o direito ao caso concreto, advindo daí à idéia de jurisdição, *iuris dictio*, dizer o direito, com a prolação de sentença, revestida de imodificabilidade.

A função do processo de conhecimento é certificar as normas específicas, preexistentes ao próprio processo e destinadas a regerem determinadas situações fáticas. Nestes termos, veja-se a lição de CHIOVENDA (2000, p.18/19) sobre o assunto:

Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta da lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado. Ora, o processo civil, que se encaminha por determinada demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu) serve justamente, como em seguida melhor demonstraremos, não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formulou como concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei afirmada pelo autor, a qual, se existe, é efetivada com o recebimento da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa.

É ainda oportuno refletir as seguintes considerações de THEODORO JR. (1997, P.32):

Aspiração máxima do processo é dar a cada um o que realmente é seu, ou seja, tornar concreto, diante da lide, o ideal de justiça, que só pode ser alcançado quando o juiz conhece efetivamente a verdade dos fatos e a eles atribui a consequência prevista em lei.

Ante tais premissas, pode-se afirmar que a coisa julgada desempenha duas funções básicas: encerrar a prestação jurisdicional sobre aquele caso, impedindo a propositura de outra demanda idêntica àquela já julgada, o que se convencionou chamar de função negativa e, de outra feita, exerce uma função positiva, vinculante, na medida em que se impõem as partes o dever de submeter-se ao que ficou estabelecido.

Em regra, publicada a sentença, esta se torna irretratável ao órgão jurisdicional que a prolatou. Isto porque, nos termos do artigo 463 do Código de Processo Civil, o juiz ou Tribunal que proferiu dita decisão não pode mais alterar o seu conteúdo, sendo lícitas apenas simples correções de inexatidões materiais e erros de cálculo ou através da interposição de embargos de declaração.

Entretanto, em razão da consagração do princípio do duplo grau de jurisdição no sistema processual brasileiro, a sentença ainda poderá ser modificada caso sofra impugnação pela parte vencida. Vale dizer, o reexame da causa poderá ser feito por órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão, por meio de recursos a serem manejados dentro dos prazos legalmente previstos.

Enquanto a sentença comportar recursos, pode-se afirmar que o Estado não cumpriu ainda sua função constitucional de prestar a tutela jurisdicional sobre a relação jurídica deduzida em juízo, vale dizer, não foi cumprida a precípua finalidade do processo, consistente na composição da lide pelo julgamento da *res iudicium deducta*. Isto porque, a sentença não transmite certeza e segurança, sendo na ocasião denominada de *res iudicanda*.

Convém salientar também que, enquanto passível de recurso, a sentença constitui simples situação jurídica, ou seja, mero ato do magistrado tendente a ser sentença, quer pela preclusão dos prazos para recursos ou pela confirmação no juízo *ad quem*. Percebe-se assim, que a sentença sujeita a recurso constitui ato que exprime uma mera situação jurídica, isto é, uma circunstância que, acrescida a outras circunstâncias que poderão ocorrer, irá conduzir a determinado ou determinados efeitos jurídicos.

Nas palavras do renomado DINAMARCO (2002, p.295):

Quando proferida a sentença, ela própria e seus efeitos ainda são mera proposta de solução do litígio (sentença de mérito), ou simplesmente proposta de extinção do processo (sentença terminativa), uma vez que ainda não é possível a substituição da sentença e a alteração do teor do julgamento, em caso de recurso interposto pela parte vencida.

Destarte, não havendo mais possibilidade de reexame da causa, a sentença transita em julgado, tornando-se imutável, encerrando a relação processual, tornando inatacável e irrevogável o julgamento e recaindo sobre os efeitos da decisão a autoridade da coisa julgada.

Portanto, pode-se afirmar que a coisa julgada é a imutabilidade da sentença e de seus efeitos, que não mais poderão ser alterados. Não é um efeito direto da sentença, mas uma qualidade que depois de incorporada a sentença, produz indiretamente a imutabilidade de seus efeitos.

Contudo, em sede de definição, árdua mostra-se a tentativa de conceituar a coisa julgada, que, segundo lição de GRECO FILHO (1996, p. 265), é “*a imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença que decorre de estarem esgotados os recursos eventualmente cabíveis*”.

O renomado doutrinador MONIZ DE ARAGÃO (1992,192/194), por sua vez, interpreta esta locução de forma separada, dissertando que:

exposto o significado da locução, torna-se fácil perceber que a ‘coisa julgada’ corresponde ao ‘bem’, à ‘relação’, ao caso sobre que as partes litigaram em juízo depois de estar a demanda solucionada pela sentença que houver acolhido ou rejeitado o pedido do autor. Esse bem (a relação jurídica) tanto pode ser uma ‘coisa’, quanto um ‘direito’ – um ‘bem da vida’, em suma. Tal bem, assegurado às partes pela sentença, é que constitui a ‘coisa julgada’. Para o direito atual, a locução ‘coisa julgada’ não designa apenas o julgamento da res, mas, isto sim, a especial autoridade de que fica investido quando preclui (ou esgota) a faculdade de contra ele recorrer, o que o torna imutável. A imutabilidade do julgamento, pois, é que consubstancia a ‘coisa julgada’.

A propósito, oportuno observar outras manifestações doutrinárias lastreadas no conteúdo deste instituto, a começar pelo eminente jurista PORTO (1998,44) que traz, no bojo de sua obra, o magistério de dois processualistas brasileiros. Elenca, primeiramente, anotação de Celso Neves: “*coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à*

controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial”.

Mais adiante, em continuidade aos seus comentários, o processualista reproduz lição de Guilherme Estellita, nestes termos: *“Na coisa julgada o que sobreleva a tudo mais e lhe constitui a essência mesma, é a autoridade, é a força, é a eficácia atribuída à decisão judicial. A inadmissibilidade de recursos é apenas um requisito à aquisição daquela poder”.*

Por fim, observa ainda que a coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal. Essa idéia não se confunde com a de autoridade nem com eficácia. Como também não se confunde com a razão pela qual a nova situação jurídica se tornou indiscutível, na medida em que essa razão representa a impossibilidade de impugnação – de forma eficaz – da decisão proferida, em face da preclusão recursal.

Na legislação pátria, a Lei de Introdução do Código Civil, em seu artigo 6º, § 3º, dispõe: *“Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.* O Código de Processo Civil, por seu turno, no artigo 485, estabelece que *“denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.*

2.2 MODALIDADES

2.2.1 COISA JULGADA FORMAL

Por certo, chegado o momento em que não for mais possível, pelas vias recursais, cassar a sentença proferida e muito menos substituí-la por outra, caracterizada estará a coisa julgada formal, que decorre simplesmente da imutabilidade da sentença como ato endoprocessual.

Nesse diapasão GRECO FILHO (1996, p. 265), dissertando sobre a irretratabilidade da sentença proferida, exorta que :

quando estiverem esgotados todos os recursos previstos na lei processual, ou porque foram todos utilizados e decididos, ou porque decorreu o prazo de sua interposição, ocorre a coisa julgada formal, que

é a imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo por falta de meio de impugnação possíveis, recursos ordinários ou extraordinários.

Na mesma linha de raciocínio, DINAMARCO (2002, p.297):

Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará. No processo em que se deu a coisa julgada formal, o ato jurídico sentença ou acórdão que, por não comportar recurso algum, haja transitado em julgado.

A sentença revestida apenas pela coisa julgada formal enseja a própria extinção do processo nos casos previstos em lei, sem que o direito material ali discutido seja atingido. Neste caso, não se impede que a questão seja novamente deduzida em juízo, pois não houve manifestação quanto ao pedido. Vale dizer, todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal, sejam elas de mérito ou terminativas, visto que não se referem aos efeitos substanciais, mas a própria sentença, como ato interno do processo.

Registre-se que coisa julgada material e formal não são institutos diferentes e autônomos, pois são dois aspectos do mesmo fenômeno da imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas. Esta distinção revela tão somente que a imutabilidade é uma figura de “*duas faces*”.

Por seu turno, como a coisa julgada formal exclui a possibilidade de modificação da sentença, a doutrina convencionou chamá-la de preclusão máxima. Isto porque se extingue uma faculdade processual, ou seja, torna insubsistente a faculdade de rediscutir a sentença nela proferida. E máxima, pois se trata da última preclusão do processo uma vez que dá ensejo à extinção deste.

Logo, considerando que o sistema recursal impõe limites, a fim de evitar que as demandas se repitam indefinidamente, não há processo que em dado momento não se encerre. Assim, a decisão nele proferida torna-se imutável em seu âmbito interno, operando-se em tal momento a coisa julgada formal.

2.2.2 COISA JULGADA MATERIAL

Havendo julgamento incidente sobre o mérito da causa, e esgotadas as vias recursais, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica, isto é, de mutável que era, passa a ser imutável, e, portanto, indiscutível.

Nestes termos, dispõe o artigo 467 do CPC, *in verbis*: “*Denomina-se coisa julgada a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”. E ainda, a imutabilidade da coisa julgada material encontra-se consubstanciada no artigo 468, do Código de Processo Civil: “*A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”.

Fluído o prazo para a interposição de recurso ou não havendo mais recursos a serem apresentados, a sentença torna-se imodificável dentro do processo (coisa julgada formal) e em conseqüência, os seus efeitos tornam-se definitivos fora do processo.

Portanto, a coisa julgada material (*auctoritas rei judicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Em nossa sistemática processual, somente operar-se-á a coisa julgada material quando a sentença tiver apreciado o mérito da pretensão deduzida em juízo. Destarte, somente as sentenças prolatadas com fundamento no artigo 269 do Código de Processo Civil são acobertadas pela autoridade da coisa julgada material, de modo que as de extinção do processo sem julgamento do mérito, proferidas com base no artigo 267 do mesmo diploma legal, são atingidas apenas pela preclusão máxima, vale dizer, pela coisa julgada formal.

Em capítulo anterior, Já se mencionou que a coisa julgada exerce duas funções básicas, as quais passo a explicar com mais vagar.

A finalidade primordial da existência do instituto é assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado, afinal, não se mostra conveniente à sociedade que as questões judiciais sejam permanentemente instáveis.

Como bem salienta GRECO FILHO (1996, p. 265/6):

o fundamento da coisa julgada material é a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Após todos os recursos, em que se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e

prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável. Não mais se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios.

Desta forma, o efeito negativo da coisa julgada consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença que se projetam para fora do processo, impedindo que a demanda seja novamente proposta sobre a mesma lide.

De outra banda, vislumbra-se ainda, a função positiva da coisa julgada, ou seja, não podem as partes, unilateralmente, escapar dos efeitos da declaração jurisdicional. Confira-se, nesta esteira, as lições de PORTO (1998,59):

embora inexista pacífica uniformidade de opiniões em torno das funções da coisa julgada, parece irrefutável, modernamente, que ela efetivamente possui a virtualidade de impedir um novo julgamento e que essa capacidade se define como sendo sua função negativa; possui também a potencialidade de substanciar demanda futura.

Assim, instituída a coisa julgada material, temos não apenas a imutabilidade da sentença, como ato endoprocessual (coisa julgada formal), mas também a imutabilidade da matéria decidida (mérito/lide), irradiando-se seus efeitos no mundo jurídico, impedindo qualquer indagação sobre a justiça ou injustiça daquele pronunciamento, sendo admissível excepcionalmente o manejo da ação rescisória, nas hipóteses previstas em lei.

Para a distinção da coisa julgada formal e material, cabe também apreciar os sábios ensinamentos de CRUZ (2001, p.161):

A diferença, portanto, entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material é apenas de grau, pois enquanto a primeira se identifica com o fim do processo, a segunda identifica-se com o fim da causa de pedir. Ambas porém, têm o mesmo momento de formação, ou seja, quando não mais caiba recurso sobre a sentença prolatada.

Já para o professor MARINONI (2002, p.608):

Quando se alude a indiscutibilidade da sentença judicial, fora do processo, em relação a outros feitos processuais, põe-se o campo da coisa julgada material, que aqui realmente importa e que constitui, verdadeiramente, o âmbito de relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de coisa julgada formal. A coisa julgada formal, como se nota, é endoprocessual, e se vincula à impossibilidade de se rediscutir o tema decidido dentro da relação processual em que a sentença foi prolatada. Já

a coisa julgada material é extraprocessual, fazendo repercutir seus efeitos para fora do processo, em relação a outros processos

Assim, pode-se afirmar que a coisa julgada material consistirá na imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida ainda depois de extinto o processo, impedindo quaisquer atos estatais, processuais ou não, que venha a negá-los; enquanto que a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo onde proferida referida decisão.

Deste modo, a coisa julgada formal poderá ocorrer isoladamente, de forma estanque, quando o juiz proferir sentença terminativa extinguindo o processo sem julgamento de mérito, a exemplo do que ocorre quando ausente uma das condições da ação. Não há, contudo, tal possibilidade com relação à coisa julgada material, que como já mencionado em linhas pretéritas, somente existe nas sentenças definitivas que extinguem o processo com julgamento de mérito.

Isto porque, é imprescindível à ocorrência primitiva da imutabilidade da sentença na própria relação processual (como ato endoprocessual), para que posteriormente as partes fiquem impedidas de rediscutir, em outra relação processual, o que ficou sedimentado naquele processo.

Claras as palavras de Ovídio Araújo Batista (2001, p. 485):

(...) a imutabilidade que protege a sentença tornando-a indiscutível nos processos futuros, poderá ter lugar depois de formar-se sobre ela a coisa julgada formal; ou seja, a coisa julgada material pressupõem a coisa julgada formal. Por outras palavras para que haja a imutabilidade da sentença no futuro, primeiro é necessário conseguir sua indiscutibilidade na própria relação de onde ela provém. Não há coisa julgada material sem prévia formação da coisa julgada formal, de modo que somente as sentenças contra as quais não caibam mais recursos poderão produzir coisa julgada material.

Finalmente, sobreleva notar a relevância social da coisa julgada material, nas lições de DINAMARCO (2001-36):

a coisa julgada material é a imutabilidade *dos efeitos substanciais* da sentença de mérito. Quer se trata de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgada uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido (ainda Liebman). Não

se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os *efeitos* que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações – e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 ss).

2.3 DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA

Uma vez mais ressaltamos que, após o trânsito em julgado, opera-se a autoridade da coisa julgada, isto é, torna-se imutável e são tidos como verdadeiros os efeitos gerados na sentença, de modo que inviabilizará a propositura de nova demanda que traga em seu bojo os mesmos elementos, quais sejam, as mesmas partes, mesmo pedido e causa de pedir, tendo em vista que as partes deverão submeter-se à autoridade da coisa julgada.

O instituto da coisa julgada destina-se também a proibir a todos os magistrados de se pronunciarem sobre situação jurídica substancial já definida por sentença transitada em julgado.

Trata-se, assim, de uma técnica destinada a garantir a certeza e a segurança das relações jurídicas, sendo uma exigência de ordem pública e do bem comum, atribuindo o caráter de definitividade, característica esta que distingue a jurisdição das demais funções estatais.

Note-se que a eficácia da coisa julgada se revela no momento em que a sentença se converte de instável em estável e se traduz na resistência a subsequêntes tentativas de modificação do seu conteúdo.

Confira-se a lição de CARNELUTTI apud THEODORO JÚNIOR (RT n. 81/86):

A força ou eficácia da coisa julgada se manifesta com dois efeitos fundamentais, quais sejam a imperatividade e a imutabilidade. A imperatividade é por conferir à sentença, em relação às partes, força de lei, não restando alternativa outra a elas que não cumprir o que ficou determinado. A imutabilidade não só faz desaparecer o direito da parte de provocar, novamente, o Judiciário sobre o assunto como também extingue o ofício do juiz.

Conforme ensinado por CHIOVENDA e lembrado por AMARAL SANTOS (1976, p.425):

Daí ensinar Chiovenda, e com ele grande parte da doutrina, que a sentença é a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto. A lei possui uma vontade, uma ordem, um imperativo. Essa vontade, ordem, imperativo, que em abstrato se contém na lei, é posta pelo juiz em situação de ser aplicada ao caso decidido. Na sentença há a afirmação, de modo concreto, da vontade contida na lei, declarada pelo juiz, como órgão do Estado.

Ora, clarividente que o principal objetivo do instituto da coisa julgada é conferir segurança jurídica às decisões judiciais, que nas palavras do Professor PORTO (1998, p.46): “[...] *justa ou injusta, correta ou incorreta, a sentença deverá se tornar indiscutível, conferindo, assim, por decorrência estabilidade a determinada relação jurídica*”.

A Doutrina tem justificado a autoridade da coisa julgada partindo-se de dois fundamentos, sendo o primeiro de natureza política e o segundo de ordem jurídica.

O seu fundamento político decorre de uma exigência de ordem pública, consistente em assegurar estabilidade à tutela jurisdicional, uma vez que não é conveniente para a sociedade a instabilidade das decisões judiciais.

Indubitavelmente, a parte derrotada sempre estará insatisfeita e tentará demonstrar, em outras esferas jurisdicionais, que fazia jus ao que havia postulado. Logo, faz-se necessário impor um limite para a busca destes pretensos direitos, para que se possibilite à parte vencedora, o pleno exercício, de forma segura, tranqüila e pacífica dos direitos submetidos à apreciação jurisdicional.

Sobre este fundamento, SANTOS (1995, p. 45) resume com maestria:

A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável.

Conclui-se, pois, que o objeto da eficácia da coisa julgada nada mais é que a indiscutibilidade do provimento jurisdicional, o qual evidentemente homenageia a segurança jurídica. De tal sorte que esta somente poderá ser afastada através de remédio específico, qual seja, por via de ação rescisória, nos casos expressos

no artigo 485 do Código de Processo Civil, demanda jungida ao prazo decadencial de dois anos, contados a partir do desaparecimento do último recurso, conforme estabelecido no artigo 495 do mesmo diploma legal, sendo esta a autoridade da coisa julgada e, destarte, sua natureza política.

Por outro lado, com relação ao fundamento de ordem jurídica encontramos séria divergências entre os doutrinadores, que procuram esboçar seus pensamentos em várias teorias, a saber:

- a) Teoria da presunção de verdade contida na sentença (Ulpiano Pothier e outros);
- b) Teoria da ficção da verdade (Savigny)
- c) Teoria da força legal, substancial da sentença (Pargentstecher);
- d) Teoria da eficácia da declaração contida na sentença (Hellwing Binder, Stein)
- e) Teoria da eficácia da declaração contida na sentença
- f) Teoria da vontade do Estado (Chiovenda e doutrinadores alemães)
- g) Teoria de Carnelutti, de que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença onde se concentra a força da coisa julgada;
- h) Teoria de Liebman que vê na coisa julgada uma qualidade especial da sentença.

Operada a autoridade da coisa julgada, não há como os magistrados reagirem ao seu conteúdo lógico-jurídico uma vez que, nos termos do artigo 471 do Código de Processo Civil, estão vinculados ao comando da sentença e proibidos de decidir novamente a mesma ação. E ainda, por força do disposto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, os legisladores estão impedidos de legislar retroativamente em prejuízo da coisa julgada.

Nesta esteira, nos explica ARRUDA ALVIM (2002, p.11), que a decisão *“resultou certeza jurídica, pois a sentença, revestida da autoridade da coisa julgada, será o espelho indelével de uma intangível realidade, a verdade jurídica”*.

2.4 DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Este capítulo destina-se a demonstrar qual a abrangência da coisa julgada, ou seja, “o que” na sentença revestir-se-á da autoridade da coisa julgada.

Ressalte-se, como é cediço, que a sentença compõe-se de três partes distintas: o relatório, a fundamentação e a decisão. Pelo disposto na legislação vigente, constata-se claramente que tão somente a decisão, vale dizer, a parte dispositiva da sentença é alcançada pela coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil: *“Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para delimitar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”*.

Destarte, preleciona GRINOVER apud. PAULO BATISTA (1999, p.35): *“a autoridade de coisa julgada é restrita a parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos motivos objetivos”*.

Em alusão aos motivos disciplinados no inciso I do artigo 469, denota-se que para nosso Código de Processo Civil, estes se destinam a esclarecer a parte dispositiva, demarcando, com exatidão, a significação do alcance do dispositivo, vale dizer, a extensão do julgamento.

Oportuno conferir os excertos extraídos da obra de ARAGÃO (1992, p.251/522):

Os motivos que induzem o juiz a resolver as questões a ele submetidas pelos litigante tem importância, portanto, para fixar ou delimitar a extensão do próprio julgamento – o alcance do dispositivo, como afirma o dispositivo em comento. Embora importantes para esse fim são porém como andaimes das construções, ou a agulha do apólogo de Machado de Assis: proferida a sentença, a coisa julgada circunscreve-se unicamente à solução dada aos pedidos das partes; as razões que fizeram o juiz inclinar-se em um ou outro sentido ficam de fora, não a integram. Passada em julgado a solução contida na sentença; não integra a coisa julgada porquê de a solução ter sido esta e não aquela.

A verdade dos fatos é necessária para a formação do convencimento do juiz. Todavia, não é apta a vincular outro juízo, ou seja, um fato tido como verdadeiro em um processo, pode perfeitamente ter sua inverdade demonstrada em outro processo, sem que isto obste a coisa julgada estabelecida na primeira

relação processual. Oportuno conferir-se a manifestação de MONIZ DE ARAGÃO, lastreada no conteúdo deste inciso:

O segundo inciso, pois, é natural da decorrência do primeiro; se os motivos da sentença não fazem coisa julgada, muito menos a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença iria fazê-lo. Nenhum juiz, em outro processo, ficará vinculado ao que a sentença houver admitido e deverá reapreciar livremente os fatos para formar o seu convencimento.

De igual sorte, não fazem coisa julgada as questões prejudiciais (inciso III do artigo 469 do CPC), uma vez que não estão diretamente relacionadas ao conflito de interesses submetido à apreciação jurisdicional, gerando apenas pronunciamento incidental. GRINOVER apud THEODORO JÚNIOR (1999, p. 535) assevera que:

Prejudicial é aquela questão relativa a outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida (à qual não diz diretamente respeito, mas sobre a qual vai influir), mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado.

Todavia, convém aquilatar que a questão prejudicial poderá integrar a coisa julgada, ocorrendo uma ampliação da lide, desde que haja requerimento expresso da parte por intermédio de ação declaratória incidental, de que trata o artigo 470 do CPC: *“Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (artigo 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”*.

Do contrário, porém, será, mera dedução lógica para que o juiz possa chegar a decisão da causa principal, sem vincular as partes a respeito do que ficou decidido frente à questão prejudicial.

Destarte, na ausência de requerimento da parte, a questão prejudicial será tida como mera premissa lógica da decisão. Mais uma vez, confira-se o escólio de ARAGÃO (1992, p.260):

A questão prejudicial, cujo delineamento procurou-se mostrar, recebe do Código tratamento dúplice: tanto pode ser decidida incidentalmente (*incidenter tantum*), como diz o inc. III do art. 469, e nesse caso a solução que venha a merecer não fará coisa julgada; quanto pode ser decidida com caráter principal (*principaliter*), como prevê o art. 470, e nesse caso seu julgamento fará coisa julgada. Como se vê, o pronunciamento sobre a questão prejudicial tanto pode ser incluído,

como pode ficar excluído do âmbito da coisa julgada. A obtenção desse efeito deixou a lei basicamente a critério dos interessados, pois somente por força de sua própria conduta (se a parte o requerer) é que o julgamento da questão integrará a coisa julgada. Se a parte não requerer, o juiz igualmente se pronunciará sobre a questão prejudicial e a resolverá (sem o que não poderia julgar a lide), mas a solução a seu respeito não passará em julgado – ela será decidida incidentalmente. Nesse caso, se for novamente suscitada em outro processo, será julgada com toda a liberdade.

Registre-se que o artigo 468 do CPC tem o condão de delinear certos limites impostos ao alcance dos efeitos da coisa, nestes termos: “*A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”.

Necessária, a distinção entre lide e questão. A primeira, como já salientado, consiste no conflito de interesses a ser solucionado em juízo; a segunda refere-se aos pontos de discordância das partes.

Sob esta premissa, surge o entendimento de que, como a tutela jurisdicional se presta a compor o conflito de interesses deduzido pelas partes, a sentença deve se ater aos limites da lide, de conformidade com a regra dos artigos 2º e 128 do CPC, de tal sorte que a autoridade da coisa julgada também estará limitada à lide.

Nesse sentido são os ensinamentos de MOREIRA (1998, p.91):

...apenas a lide é julgada; e como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão nos limites em que foi proposta (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*.

Assim, para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso “*(...) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada*”, nas lições de LIEBMAN (1984, p. 57).

2.5 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Neste momento, cumpre apreciar sobre quais pessoas incidirá a autoridade da coisa julgada, vale dizer, “quem” ficará impossibilitado de rediscutir as questões já resolvidas por decisão de mérito revestida de imutabilidade.

Nestes termos, preceitua o artigo 472 do Código de Processo Civil: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros*”.

Clarividente, que o terceiro, que não figurou como parte no processo, não participando da relação jurídica processual, por razões eminentemente políticas, não poderá ser prejudicado pela autoridade da coisa julgada. O objetivo do legislador foi evitar prejuízos e, inclusive, benefícios àqueles que não tiveram como expor suas razões fáticas e jurídicas, haja vista que não participaram da instrução processual. Pensar o contrário implicaria em flagrante afronta à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Oportuna é a definição de “terceiro” dada por ARAGÃO (1992, p.295), “*todos os que não tiveram participado do processo, sejam as “partes” da relação jurídica material não convocadas, sejam os estranhos a ela, porém juridicamente interessados no litígio que dela se originou*”.

Note-se que a própria regra inserta no dispositivo supra mencionado (artigo 472 do CPC), em sua parte final, prevê uma situação excepcional em que coisa julgada produzirá seus efeitos em relação a terceiros. Quando a causa versar sobre o estado da pessoa e houverem sido citados, como litisconsortes necessários, todos os interessados, haverá a extensão dos efeitos da coisa julgada aos terceiros. Isto porque, o estado da pessoa está intimamente ligado à personalidade, não podendo ninguém ter um estado para alguns e diverso para outros.

De resto, sobreleva notar as lições de GRECO FILHO (1996, p. 275):

estado é a própria personalidade do homem quanto às suas relações com a sociedade política (estado de nacionalidade e cidadania) e a doméstica (estado de família)”. Mais adiante, em continuidade com seus comentários, o processualista assevera que “*devem ser citados, exclusivamente, os legitimados a contrariar o pedido, isto é, aqueles que*

podem alegar-se titulares do estado sobre o qual a sentença vai pronunciar-se e teriam uma legitimidade igual àquela das partes.

Portanto, objetivando evitar sentenças diversas sobre o estado de determinada pessoa, o legislador atribuiu o alcance da coisa julgada também a terceiros.

Corroborando com esta assertiva, confirmam-se os excertos extraídos da obra de ARAGÃO (1992, p.307):

a tese de a sentença, proferida 'nas causas relativas ao estado das pessoas', produzir coisa julgada em face de todos, sempre movimentou intensamente a opinião dos juristas que, diante da indivisibilidade do estado, reputam inaceitável a possibilidade de a sentença, que solucionar a questão a seu respeito, valer e produzir coisa julgada somente para as partes; não seria admissível, por exemplo, que alguém seja filho de outrem perante uns, mas não o seja perante outros.

Registre-se, como já mencionado neste trabalho, que os efeitos da sentença diferem do instituto da coisa julgada. A coisa julgada, em regra, só atinge as partes.

Não se olvide, porém, que em determinados casos, diversos do acima mencionado, editada determinada sentença, ato de vontade e de império do poder estatal, esta produz alterações em relações jurídicas de que são titulares terceiros. Isto porque, as relações jurídicas, como fatos sociais, se interagem, não possuindo existência em si, são inter relacionadas no mundo jurídico. Vale dizer, os efeitos das sentenças atingem certamente as partes e eventualmente terceiros. Contudo, a imutabilidade desses efeitos (a coisa julgada) somente atinge as partes.

2.6 DO TRATAMENTO LEGAL DA COISA JULGADA COMO GARANTIA PARA A RELATIVIZAÇÃO

Neste item, delimitaremos os contornos legais do instituto da coisa julgada e já começaremos a delimitar os posicionamentos quanto à possibilidade de mitigação desta.

Nesta esteira, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, contempla a imunização da coisa julgada à retroatividade da lei, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Corrente de relevo na doutrina, a exemplo do ilustre Delgado, tem sustentado que à vontade do legislador constituinte foi apenas a de coibir que a lei prejudique a coisa julgada, ou seja, o limite posto neste artigo foi apenas o de impedir a produção legislativa em detrimento da coisa julgada.

Confira-se a posição do Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Paulo Roberto de Oliveira Lima, citada por DELGADO (2001, p.14), em sua obra “Teoria da Coisa Julgada”:

[...] a regra insculpida se dirige ao legislador ordinário. Trata-se, pois, de sobredireito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder legisferante prejudicar a coisa julgada. É esta a única regra sobre a coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.

Ora, com estas primeiras premissas, pode-se dizer que a regra constitucional é perfeitamente compatível com a existência de restrições e de instrumentos de revisão e controle dos julgados. Na visão de DELGADO (2001, p.16), “ *a proteção constitucional da coisa julgada não é mais do que uma das muitas faces do princípio da retroatividade da lei*”.

Nestes termos, pode-se propugnar por alterações no instituto da coisa julgada, ou a sua mitigação ou supressão em determinados casos, não havendo obstáculos na Constituição Federal. Nestes termos, feliz a assertiva de OLIVEIRA LIMA (1997, p.86):

[...] é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até mesmo na sua supressão, em alguns ou todos os casos. O que a Carta Política inadmitte é a irretroatividade da lei para influir na solução dada, ao caso concreto, por sentença de que já não caiba mais recurso. De outra parte, qualquer alteração no instituto mesmo da coisa julgada, determinando o seu enfraquecimento ou dilargando as hipóteses em que se admite o ataque ao julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, visto que também, neste particular, rege a lei vigente ao tempo em que o trânsito em julgado se deu.

É inegável que a Constituição protegeu a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei nova, haja vista que quem conferiu, em nosso sistema, a imutabilidade e a indiscutibilidade foi a lei ordinária, de tal sorte que se a Constituição desejasse resguardar a imutabilidade do caso julgado, teria regulado

as hipóteses de rescisão. Ocorre que, como é sabido, estas hipóteses encontram-se no Código de Processo Civil.

Cristalina são as palavras de THEODORO JÚNIOR - FARIA (2002, p. 141):

Ora, o argumento prova demais já que se tivesse a Constituição o intuito de agasalhar o princípio da imutabilidade em toda a sua extensão, teria ela mesma que regular as hipóteses excepcionais de rescisão e, aí, o Código de Processo Civil, ao cuidar de eliminar os casos de Ação Rescisória, estaria invadindo a área de competência do legislador constituinte, pois estaria diminuindo, na prática, uma garantia da Lei Maior. No entanto, o que se vê é que a Constituição apenas se refere à competência de Tribunais processar e julgar a rescisória.

Destarte, o que se pode deduzir é que nem para a Constituição Federal nem para a lei ordinária a imutabilidade da coisa julgada é absoluta, de modo que a criação de uma lei que visasse à modificação ou extinção da coisa julgada, somente não se aplicaria às sentenças de mérito transitadas em julgado antes da vigência da lei nova.

Sob esta premissa, a moderna doutrina, vem despertando a atenção para os devidos contornos que se deve dar a imperatividade da coisa julgada, admitindo-se assim a revisão dos julgados.

Contudo, vale registrar, que esta tese não é pacífica, entendendo alguns juristas, a exemplo do eminente Nelson Nery, que a segurança jurídica trazida pela coisa julgada material é manifestação do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal), razão pela qual não se pode descumpri-la, posto ser um instrumento de pacificação social, de modo que, do contrário, se estaria negando o próprio Estado Democrático de Direito.

NERY JÚNIOR (2004, p. 506), ainda acrescenta que:

(...) não se deve dar o instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito.

E com este entendimento, o referido autor (2004, p. 506), afirma que mesmo que a sentença se apresente como injusta, repelida como irrelevante, ou até mesmo quando proferida contra a Constituição ou a lei, tais situações, ora rechaçadas pela doutrina, não teriam o condão de apequenar o Estado Democrático de Direito.

3. TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A abordagem dos estudos dos princípios é de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho, pois com base em suas proposições leva-se a conclusão da inexistência de garantias ou direitos fundamentais absolutos, e conseqüentemente a uma mitigação do mito então existente em torno da autoridade da coisa julgada, conforme será demonstrado.

Os juristas, em geral, tem dado pouca importância à questão dos princípios. Porém, estes são de suma importância, vez que representam mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, podendo ser positivados ou não, gerais ou setoriais.

Trata-se de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, servindo de critério a orientar a formação e a aplicação do direito, ou seja, a racionalização do todo o arcabouço jurídico.

O termo princípio encontra-se sedimentado em vários campos do conhecimento humano. Faz-se necessário, assim, analisar o significado do vocábulo “princípio”.

Em lição lapidar BONAVIDES (2000, p.228/229) relata que:

A idéia de princípio, segundo Luiz Diez Picazo, deriva da linguagem da geometria, ‘onde designa as verdades primeiras’. Logo, acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, sendo ‘as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico’. (2000, p.228/229).

Denota-se que referido termo designa, em linhas gerais, aquilo que está no início. São enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais premissas que compõem uma ordem ou sistema de idéias.

Na ciência jurídica, referido vocábulo assume mais de um sentido. Ora é utilizado para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados sobre o direito positivo; ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e, em outros momentos, para estabelecer os postulados teóricos, as proposições construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou normas legais vigentes.

VEZIO CRISAFULLI apud BONAVIDES (2000, p.230), grande estudioso do conceito de princípios no plano jurídico, ensina que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: seja, pois, esta efetivamente posta, sejam ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Por sua vez, CARRAZA (1995, p.29) leciona que:

...princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Oportuno, traçarmos, em linhas gerais, considerações sobre a distinção entre princípios gerais do direito e princípios positivos do direito, formulada com base nos ensinamentos de Antonie Jeammau e Jerzy Wróblewski apud Grau.

Por princípios positivos do Direito entendemos aqueles valorados através da dicotomia do válido ou inválidos, do vigente ou não vigente, próprios da análise do Direito enquanto sistema positivo de normas.

De outra banda, princípios gerais do direito são os valorados pela idéia do falso ou verdadeiro, nas palavras de GRAU (1990, p.97): “*são proposições descritivas (e não normativas) através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo*”.

Deveras, ao decidir determinado conflito de interesses, o magistrado pode se valer dos princípios gerais do Direito para fundamentar suas decisões. Assim procedendo, há verdadeira positivação desses princípios gerais pela atividade jurisdicional. Esta positivação ocorre por meio de duas alternativas metodológicas: os princípios podem ser descobertos com base no Direito Natural, ou ainda, abstraídos do universo do Direito Positivo.

Ressaltaremos ainda, neste tópico, as distintas funções dos princípios para a Ciência Jurídica.

Pode-se afirmar que os princípios possuem função derogativa e diretiva, ou seja, quando as normas entrarem em contradição com determinados princípios, perderão elas, a sua validade e/ou eficácia.

Possuem também a função interpretativa, orientando quais são os diversos caminhos possíveis para solucionar as demandas jurídicas postas sob apreciação do julgador.

Por fim, verificam-se as funções integrativas, suplementando os casos não regulados ou regulados de modo insatisfatório pela ordem jurídica vigente.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Hodiernamente tem se desenvolvido uma nova linha de pensamento chamada “Direito dos Princípios” que reconhece aos princípios o *status* de norma jurídica, questionando o positivismo jurídico que reduz direito a lei. O reconhecimento desta normatividade é qualificado por Bonavides como sendo o *“passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios”* (2000, p.230).

Referida força normativa, implica em dizer que possuem vinculatividade, obrigatoriedade sobre comportamentos públicos e privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas não contempladas pelo direito positivo.

Em uma passagem BOBBIO (2000, p.236), elucida claramente a força normativa dos princípios:

...os princípios são apenas, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se não normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Demonstraremos a evolução histórica a respeito do caráter normativos dos princípios jurídicos, com o apoio dos ensinamentos do constitucionalista Paulo Bonavides, que elucida três fases distintas percorridas pelo processo evolutivo.

A primeira delas é a conhecida como fase jusnaturalista. Nela, os princípios situam-se em uma esfera abstrata, inspiradores de um ideal de justiça, com eficácia limitada à dimensão ético valorativa do Direito. Seriam axiomas jurídicos, ou seja, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.

Tal fase, cede lugar às idéias positivistas, que ainda hoje encontram-se enraizadas no sistema processual. Nesta teoria positivista, os princípios são fontes normativas supletivas, subsidiárias, usadas para dar clareza aos textos legais, e para aplicação em casos de lacunas do Direito Positivo, sendo dele decorrentes.

Confira-se a propósito as lições de FLORÉS-VALDÉS apud BONAVIDES (2000, p.235):

Esses princípios se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares (...). Os princípios com efeito, já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem, não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou Ideal, senão por derivarem das próprias leis.

Evidencia-se assim que, neste período da dogmática processual, os princípios são meros complementos das regras. Decorrem da lei, razão pela qual são dotados de importância inferior, apenas supletiva de lacunas, e não como ideal de justiça.

Frise-se, outrossim, que este período coincidiu com o surgimento do denominado Estado de Direito, que sofreu profundas influências positivistas. Veja-se, o magistério de RIBEIRO BASTOS (1998, p.157):

O Estado de Direito, mais que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do séc. XVIII, início do séc. XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como idéia a força de um movimento que tinha por objetivo subjugar o governante à vontade legal. (1998, p.157).

Com efeito, inspirado por ideais liberais, o Estado de Direito foi concebido como forma de colocar freios aos arbítrios e as atrocidades ocorridas durante o absolutismo. Destarte, desta finalidade decorre a prevalência absoluta dos ditames legais, a valorização exacerbada do princípio da legalidade, vinculando

não apenas a atividade do Poder Executivo, mas também as decisões emanadas do Poder Judiciário.

A fase pós-positivista surge com as Constituições das últimas décadas do século XX, que nas expressivas palavras de BONAVIDES (2000, p.237) *“acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”*, tendo como ilustres defensores no direito norte-americano moderno, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Em continuidade de seus comentários, Bonavides ressalta ainda:

É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. (2000, p.237).

Nesta fase pós-positivista, os princípios passam a espécie do gênero norma, são padrões com os quais se infere a compatibilidade da ordem jurídica com os ditames de índole constitucional, conferindo, assim, fundamento axiológico e normativo ao ordenamento. Assim, não ficam mais cingidos à atividade integrativa do Direito, mas sim, reconhecidos com o caráter de norma jurídica vinculante, vigente e eficaz.

Imperioso ressaltarmos que, se durante o período positivista, a normatividade dos princípios residia em sua inserção ou não nos Códigos (ligados ao Direito Privado – jusprivatismo); no pós-positivismo a sua normatividade passa a ser conferida pelas Constituições (juspublicismo).

Desta forma, quando ligado apenas aos institutos privatistas, a função dos princípios limitava-se à função supletória de integração do Direito. Com a sua inserção nas Constituições, passam a atuar como fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Desde de sua constitucionalização, os princípios são posicionados no ponto mais alto da escala normativa, são as normas das normas, fundamentando e subordinando todas as demais disposições normativas.

Esta nova era do Direito dos Princípios identifica-se com o que se denomina Estado Democrático de Direito, que impõe a supremacia dos princípios

jurídicos em decorrência da exigência de respeito aos direitos individuais e sociais e à dignidade da pessoa humana, valor fonte e fundamento do Estado Brasileiro, nos moldes encartados no artigo 1º da Constituição Federal.

Cristalina a lição de DA SILVA (2004, p.119/120):

A Constituição Portuguesa instaura o Estado Democrático, com o 'democrático' qualificando o Direito e não o Estado. Essa é a diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o 'democrático' qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que se ajustar ao interesse coletivo. (...) o certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas da realização social, fundado na dignidade da pessoa humana.

Ora, o operador do direito, para bem solucionar os conflitos surgidos diuturnamente no âmago da sociedade, deve ficar atento aos ditames estampados nos princípios jurídicos, uma vez que, conforme já salientado, além de conterem conteúdo normativo e, por isso, vinculante, esta normatividade é das mais expressivas dentro do sistema. Não se admite, portanto, que os operadores restrinjam o trabalho interpretativo à análise das regras compreendidas no Direito Positivo.

3.2 PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS

Originariamente, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas. Ademais, com já declinado acima, havia a inverossímil idéia de que a norma era sobreposta ao princípio.

O primeiro doutrinador a diferenciar, de maneira teórica, a distinção de regras e princípios foi Boulanger, cujo trabalho foi calcado no aspecto da generalidade de cada um deles. Para ele, a regra é geral enquanto estabelecida para regular número indeterminado de atos ou fatos. Por sua vez, o princípio é geral porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Para Boulanger *“os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo*

que as regras, sendo também normas, têm, contudo grau relativamente baixo de relatividade.”¹

Atualmente, foi pacificada a distinção entre regras e princípios, ambos, agora, contidos dentro do gênero norma, ou seja, trata-se de distinção entre duas espécies de um mesmo gênero.

Para distingui-las devemos analisar qualitativamente estas duas características de normas. Assim, nos princípios sempre haverá um alcance, dentro de possibilidade reais e jurídicas, posto que este “algo” a ser alcançado poderá ser cumprido de diferentes formas. De outro lado, as regras podem ou não serem aplicadas.

Para os mestres Alexy e Dworkin, o critério mais nítido para a distinção entre princípios e regras está relacionado com o conflito de regras e a colisão de princípios. Ao passo que no conflito de regras se aplicam as regras de hermenêutica (regra posterior revoga a anterior, regra especial revoga a geral, etc), no conflito entre princípios soluciona-se com a ponderação.

Conclui-se que no Estado Democrático de Direito, os princípios assumem a categoria de normas, sendo assim, o direito é composto de regras e princípios. Logo, inexistente razão para reduzir o direito à lei, o que se convencionou chamar de era da descodificação.

Frise-se, outrossim, que esta nova era não faculta o desrespeito ao texto legal, até porque muitos princípios estão previstos expressa e implicitamente na Constituição. Não se presta também a conceder arbitrariedade ao intérprete do direito, ao contrário, evita a arbitrariedade em situações de insuficiência hermenêutica.

Confira-se a respeito, os gloriosos ensinamentos de RANGEL JÚNIOR (2001, p.49/50):

Como regras jurídicas de caráter genérico, que visam a supressão de insuficiências hermenêuticas das normas, os princípios vêm a serviço de impedir-se que tais insuficiências, quando da aplicação dessas normas, possam dar espaço a arbitrariedades do intérprete ou do contexto social. O princípio é do tipo de regras jurídicas voltada a proteger o ordenamento do risco de o hermeneuta favorecer que subjetividades individuais suas (ideologias, preconceitos e que tais) e objetividades

¹ (BOULANGER apud. BONAVIDES, 2000, p.249).

coletivas (estatística de opinião pública, meios de comunicação etc) sejam arbitrárias, na tentativa de revelação do Direito. Trata-se, assim, de regra promotora da moralidade na aplicação do Direito.

Nos dias atuais não se pode dar interpretação às normas jurídicas de forma isolada, devendo todas estar de acordo com a Constituição Federal.

Por todo o exposto, deve se reconhecer que o positivismo, entendido como o direito reduzido à lei e totalmente dependente de regras pré-determinadas e escritas, não atende aos anseios da correta aplicação da justiça aos casos concretos. Assim, o Direito dos Princípios, inegavelmente, é dotado de uma maior potencialidade para atender as necessidades existentes em um Estado Democrático de Direito.

3.3 CONVIVÊNCIA CONFLITUAL DOS PRINCÍPIOS

Como alhures mencionado, o positivismo jurídico resume o direito a um sistema de regras, na qual, ocorrida uma situação fática hipoteticamente descrita na norma aplicar-se-ia ou não a regra posta, segundo a lógica do tudo ou nada (*all or nothing*). Assim, se uma regra é válida, ela deve ser cumprida sem que haja possibilidade de graduação do nível de sua aplicação.

Contudo, como já salientado, na atual conjuntura, os princípios integram o conceito de normas e muitas discussões a respeito de determinados direitos ou obrigações são solucionadas com a aplicação dos princípios, que se encontram expressa ou implicitamente previstos no ordenamento jurídico.

Atualmente, doutrina e a jurisprudência tendem a uma flexibilização do direito, possibilitando a coexistência de normas e princípios, uma vez que estes últimos, não assumem o caráter absoluto. Destarte, a colisão entre princípios deve ser solucionada segundo uma técnica de composição, de uma ponderação.

Mesmo quando presente às condições suficientes para a aplicação de um princípio, esta não se dará de forma automática e necessária. Trata-se de critério da dimensão do peso e da importância; quando se entrecruzarem vários princípios, o conflito deve ser solucionado através da “relação de precedência contingente”, ou melhor, consoante ao peso relativo de cada um deles. Valendo-se da ponderação, verificar-se-á dentre os princípios controvertidos, qual irá

predominar, resolvendo-se o conflito no campo do valor e não da validade, uma vez que o princípio preterido não perderá sua validade.

Verifique-se a propósito o magistério de ESPÍNOLA (2002, p.74):

As testilhas entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas afastam diante das situações que comportem diferentes soluções, sendo o peso e a importância dos princípios considerados à aplicação do direito. Esse tipo de opção, pelo intérprete, não gera desobediência ao princípio afastado. Aqui, os conflitos entre princípios válidos podem colidir entre si.

Ressalte-se que este trabalho de balanceamento entre os princípios em contradição deve ser realizado em todo e qualquer caso concreto, de modo que nenhum princípio prepondera; recebe maior valor do que outro, uma vez que não existem *“relação de precedências absolutamente definidas em todo tempo e lugar (...)”*. São as *circunstâncias fáticas e jurídicas que definirão esta relação de precedência*”.

Ora, após a constatação de eventuais antinomias no sistema constitucional surgiu expressivo movimento de mitigação das garantias constitucionais, de forma que não existem garantias constitucionais absolutas. No direito pátrio os reflexos desta roupagem tiveram ampla e tranqüila aceitação. Como exemplo, cite-se a possibilidade de liminares concedidas sem a oitiva da parte contrária.

Constatando-se a possível existência de conflitos entre os diversos princípios existentes em nosso ordenamento e procurando-se desenvolver métodos de resolução destas antinomias, se desenvolveu a idéia da proporcionalidade, que será analisada a seguir.

3.4 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O direito processual inegavelmente tem dado grande preponderância aos princípios, em especial ao da proporcionalidade. Compreender referido princípio certamente é mais do que conceitua-lo.

O termo proporcionalidade traz em seu bojo a idéia de adequação, medida justa, prudente e apropriada, uma variável cujo quociente por outra é constante²,

² Conceito extraído do mini dicionário Aurélio, 1993, p. 446.

vale dizer, algo se diz proporcional quando guarda relação com alguma coisa a qual está ligado.

Pode-se dizer que o nascedouro deste princípio está ligado ao surgimento das teorias jusnaturalistas, à evolução dos direitos e garantias humanas e na crença de ser o Homem sujeito de direitos inerentes a sua própria natureza, naturais, surgidos antes do próprio Estado e que deveriam ser respeitados pelos soberanos. Desta forma, surge como forma de controle do poder pelo Executivo e, pode ser traduzido como a *“medida para as restrições administrativas da liberdade individual”* (CANOTILHO, 1998, p. 266).

O princípio da proporcionalidade era utilizado como instrumento de defesa contra as decisões do Poder Público que se revelassem injustas, arbitrárias. Assim, o Estado devia respeitar a imposição do justo, do adequado a cada decisão tomada, repudiando ao excessivo, desmedido e desproporcional.

Constata-se, desta forma, que o princípio da proporcionalidade exerceu bastante influência no âmbito do Direito Administrativo, evitando atrocidades e abusos de poder, representando uma forma de impor limitações ao poder de polícia do Estado, ao exercício das funções estatais, em especial quando implicava na disciplina da liberdade e propriedade do indivíduo.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade ultrapassa os limites da seara administrativa, passando a ser aplicado como norma constitucional.

O eminente constitucionalista Bonavides relata que a importância do princípio da proporcionalidade progride na medida em que os direitos fundamentais são inseridos como núcleo central de toda a ordem jurídica. Como estes direitos estão cada vez mais valorizados nos modernos sistemas constitucionais passam a requerer *“mecanismos de proteção eficaz, dos quais o mais importante vem a ser, indubitavelmente, na ordem constitucional de nossos dias atuais, o princípio da proporcionalidade”*. Em continuidade aos seus comentários assevera que *“ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, notadamente o princípio da igualdade”* (2000, p.358).

Como é cediço, o Estado de Direito regula-se e orienta-se nos estritos ditames legais. Após o advento das modernas constituições esta legalidade passa a ser encarada com estreita obediência aos textos constitucionais, devendo ser

interpretada sistematicamente e sempre atrelada ao princípio da constitucionalidade e da unicidade da Constituição.

Nestes termos, as modernas Cartas Políticas passam a determinar os valores e as diretrizes a serem seguidas pelo Estado, e mais, os atos do poder público só são admitidos quando em conformidade com a Constituição. O princípio da proporcionalidade se assenta neste controle da constitucionalidade dos atos estatais, com função mais nítida e valorizada na medida em que passaram a serem reconhecidas e priorizadas as disposições constitucionais relativas a direitos e garantias fundamentais.

Vale ressaltar aqui, que analisaremos o conteúdo do princípio da constitucionalidade logo abaixo, deixando aqui registrado que o princípio da proporcionalidade se presta a realizar este dito controle de constitucionalidade.

E ainda, Helenilson Cunha Pontes explicita que o princípio da proporcionalidade não está afeto apenas à proteção dos direitos e garantias fundamentais, em verdade, são balizas a nortear toda e qualquer atividade estatal:

Nesta nova concepção de Estado de Direito, a Constituição é o conjunto de valores que a mesma protege e estimula passando a representar o núcleo de todo o processo de interpretação e aplicação do Direito, o que exige da Dogmática Jurídica, o abandono das vetustas formalidades silogísticas construídas pelo positivismo oitocentista. A contribuição deixa de ser um documento político, cuja única tarefa é organizar o aparelho estatal, protegendo a liberdade do indivíduo contra as indevidas restrições impostas pelo Poder Público. Ao lado desta função, agrega-se outra de maior relevo, qual seja, a de consubstanciar o documento jurídico-positivo que contém os valores básicos de uma dada sociedade historicamente situada e que assume o compromisso de alteração da realidade mediante a máxima concretização das pretensões constitucionalmente asseguradas. (...) (PONTES, 2002, p. 52/53)

Este princípio já não se aplica somente às relações jurídicas nos quais se discute os direitos fundamentais; ao lado desta função, constitui, também, o princípio jurídico de todo o rol de direitos e garantias constitucionais, bem como de princípio geral de vedação do arbítrio estatal.

Destarte, à luz do artigo 5º, § 2º da Magna Carta, o princípio da proporcionalidade pode ser qualificado como direito positivo em nosso ordenamento constitucional, pois ele decorre do próprio regime adotado pela Constituição, integrando-se ao conceito de Estado Democrático de Direito e representa *“a essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que*

este regime consagra e que faz inviolável a unidade da Constituição” (BONAVIDES, 2000, p. 398).

Do exposto, denota-se que o conteúdo do princípio ora estudado encerra duas dimensões, ou seja, consiste em forma de vedação ao arbítrio estatal e em uma via de concretização dos direitos, interesses e garantias constitucionais.

Assim, na primeira hipótese (vedação ao arbítrio), possui função negativa perante o Estado, tratando-se de um comando jurídico no qual se sobressai a proteção do cidadão contra medidas estatais autoritárias. Na segunda hipótese (de realizar da forma mais eficaz e plena os direitos e garantias constitucionais), possui o princípio da proporcionalidade a função de harmonizar as pretensões constitucionais que aparentemente são contraditórias.

Com efeito, a eficácia primordial do princípio da proporcionalidade é impedir ações estatais manifestamente arbitrárias. Constitui da mesma forma, um vínculo e um limite desta atuação. Vínculo, pois exige a máxima efetividade dos direitos e garantias que a Constituição outorga ao indivíduo; limite porque se consubstancia em um parâmetro para que seja verificada a justa medida da atuação estatal.

A doutrina mais abalizada sobre o assunto apresenta três outros subprincípios (deveres) contidos no conceito geral do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e ponderação.

Pelo subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios se deve entender que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser a apropriada à finalidade prevista na norma, a realização dos fins a ela acoplados. Destarte, se impede quaisquer medidas que tragam conseqüências gravosas às liberdades e interesses individuais, devendo sempre existir um controle da relação entre a medida e o fim por ela almejado.

São necessárias as palavras de CANOTILHO (1998, p. 270) a este respeito:

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.

O subprincípio da exigibilidade ou da necessidade traz a idéia de que a medida ou decisão tomada deve ser a que produzirá menor prejuízo à sociedade, a menor desvantagem possível. Procura-se com a aplicação deste subprincípio, verificar, se no caso concreto, haveria outro meio igualmente eficaz e menos gravoso.

Por fim, o último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito presta-se a ditar parâmetros para solução de conflitos entre diversos princípios, em casos em que o Judiciário tem que decidir sobre a prevalência de um princípio em detrimento de outro, ambos considerados válidos pelo ordenamento jurídico.

Neste caso, o princípio da proporcionalidade pode ser entendido exatamente como a busca da “justa medida” através do balanceamento de princípios constitucionalmente tutelados para a busca da melhor e mais justa decisão para o caso concreto. O propósito constitucional de proteger determinado princípio deve ceder quando sua observância intransigente acarretar em violação de outro princípio ou garantia de maior valoração.

Referido subprincípio, por óbvio, será de grande valia no desenvolvimento deste trabalho, na medida em que tem a função de solucionar conflitos de direitos fundamentais, comparando e ponderando os interesses envolvidos no caso concreto.

Interessante trazer a baila, as lições de BONAVIDES (2000, p. 386):

Uma das explicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Como já salientado nenhum princípio é absoluto, não podendo se sobrepor sobre os demais, ao contrário, eles coexistem de forma conflitual, sem se excluírem.

Sendo assim, em se tratando de colisão de direitos fundamentais, o melhor caminho seria o da ponderação dos bens em questão, sendo esta a técnica correta para a aferição da proporcionalidade em sentido estrito, estabelecendo

desta forma uma “*relação de precedência condicionada, que vale como lei para determinado conflito*” como preleciona TOLEDO BARROS (2003, p.218).

Deve-se, em consectário, ocorrer uma verdadeira *otimização* ao se estabelecer os devidos contornos de cada um dos bens constitucionalmente protegidos em dado conflito, de modo a ser alcançada a máxima efetividade de todos eles. Veja-se a propósito:

A ordem constitucional alberga comandos consagradores de direitos, liberdades e garantias aparentemente contraditórias e impões ao intérprete-aplicador a tarefa de harmonizá-los concretamente, preservando a essência normativa de todos e efetivando-os na melhor medida possível.

O princípio da proporcionalidade constitui instrumento para se estabelecer os limites de cada bem jurídico constitucionalmente tutelado diante do caso concreto. O princípio da proporcionalidade permite a ponderação e a harmonização dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, diante das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada problema jurídico prático a ser regulado. (PONTES, 2002, p. 59/60).

A coisa julgada também não deve ser considerada uma garantia absoluta. E realmente, porque não mitigar a autoridade da *res judicata* quando outros valores mais elevados estiverem sendo violados ou à beira de sua completa inviabilização apenas pelo equivocado e extremado absolutismo conferido ao princípio da segurança jurídica e todos os seus demais consectários?!

3.5 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Considerando que da noção de segurança jurídica se desdobra o instituto da coisa julgada, faremos uma breve análise deste princípio, de suma relevância para o desenvolvimento deste trabalho.

Não há dúvidas de que o respeito à segurança jurídica constitui uma necessidade básica do ser humano. Destarte, a estabilidade da decisão judicial é tutelada e buscada pelo ordenamento jurídico para que o titular do direito nela reconhecido tenha a certeza de que sua pretensão foi concedida, para que, a partir desta, possa planificar sua vida e desenvolver suas relações no meio social.

Para o renomado Siches a segurança jurídica é o valor fonte a informar o direito positivo, de modo que a formulação de regras jurídicas ocorreu com vistas a atender aos anseios de segurança jurídica e não para a concretização dos ideais superiores de justiça:

(...) se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) represente o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificado senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem a idéia de justiça, mas para satisfazer uma iniludível urgência de segurança e certeza na vida social (apud Rocha, 2004, p.15).

Nota-se que a segurança jurídica é de primordial importância para a ciência do Direito. Não há dúvidas de que esta relevância foi suprema no momento de sua concepção. Na gênese do ordenamento jurídico verifica-se o especial escopo de conferir segurança ao homem quanto aos seus direitos, haja vista que a sensação de que as relações perduravam eternamente trazia grande insegurança, razão pela qual buscou-se conferir estabilidade.

E a forma institucional encontrada, foi a criação de um poder judicante eficiente, cujas decisões fossem acobertadas pela coisa julgada, solução que a época encontrava-se como a mais eficiente para trazer a estabilidade nas relações intersubjetivas.

A respeito da coisa julgada e seu caráter pacificador e de estabilidade social assevera DINAMARCO (2001, p. 36):

Além disso, a eficiência do serviço jurisdicional de pacificação depende da firmeza das decisões, de modo a projetarem para o futuro a sua permanência e imunidade a possíveis abalos. Isto conduz à autoridade da coisa julgada material, expressão da imunidade, que em grau maior ou menor, é indispensável para a subsistência da própria autoridade estatal. A imutabilidade dos efeitos da sentença constitui, portanto, nesse contexto de medidas destinadas ao equilíbrio entre as duas forças opostas, poderoso fator em prol da eliminação definitiva do conflito e da insatisfação que angustia os sujeitos. A segurança jurídica considera-se obtida de modo irreversível, quando o processo se findou e a decisão ficou imunizada pela autoridade da res judicata (salvo os casos de ação rescisória, que são postos pela lei em caráter de excepcionalidade e constituem, neste jogo de forças, forma de reação da exigência de fidelidade).

De fato, a existência de litígio acarreta incerteza jurídica, daí a necessidade das decisões serem dotadas de estabilidade. Caso contrário, as partes novamente submeteriam o mesmo conflito de interesses à apreciação do judiciário, e o litígio jamais seria composto.

Contudo, este não é o fim buscado por este mesmo Direito. Ora, o valor que confere validade e fundamento ao mundo jurídico é o ideal de justiça e os

valores dela decorrentes, de modo que com esta perspectiva é que deve ser encarado o princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido confirmam as lições de José Afonso da Silva, formuladas após análise crítica do trecho de Siches, já transcrito acima: *“Apesar disso, não é a segurança jurídica o fim último do direito, que tem na justiça o seu valor do justo”*. (ROCHA, 2004, p.15).”

Como corolário do movimento de mitigação dos princípios e garantias constitucionais, forçosa é a conclusão de não ser o princípio da segurança jurídica absoluto.

Realmente, em inúmeros casos é possível verificar aparente contradição entre o valor da segurança e o valor do justo. A segurança determina a positividade do direito e este tende a impor-se independente de sua justiça. Porém, nos moldes traçados pela própria Constituição, as imposições de segurança jurídica deverão harmonizar-se com a idéia de justiça. O escopo de nossa Magna Carta é o de garantir o respeito da dignidade da pessoa humana e todo aquele extenso rol de garantias fundamentais, de sorte que o direito só será legítimo quando evidenciar harmonia com estes valores de forma a evitar arbitrariedades e injustiças.

O Tribunal de Alçada de São Paulo já evidenciou que o princípio da segurança, confirmador da coisa julgada, em determinadas circunstâncias, não deve se opor a idéia de justiça, como se vê do Acórdão relatado por Batalha de Camargo, nestes termos:

“O processo é ainda, um modo imperativo de realização do direito e, algumas vezes, situações se deparam em que princípios consagrados como institucionais dependem-se de sua consagração ante a realidade de se causar, pela observância formal, um mal maior à própria existência do direito. O adjetivo perde, então, a sua relevância para que se salve à própria significação do substantivo”. (TASP – Acórdão. Juiz relator Batalha de Carvalho. *In Revista dos Tribunais*, São Paulo: nº 337, p. 272)

Há de se convir, portanto, a doutrina tem dado uma relevância, a certo ponto, exagerada ao princípio da segurança jurídica e ao instituto da coisa julgada. Não se pretende neste trabalho olvidar a importância do instituto da coisa julgada, mas sim discutir este instituto e sua intangibilidade, frente ao princípio da proporcionalidade e da justiça das decisões judiciais e sobretudo, frente ao princípio da constitucionalidade.

Ressalte-se que este ponto será esquadrihado no próximo capítulo.

3.6 DO PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE

Com a égide do Estado Democrático de Direito foram impostos limites ao Poder Político do Estado que se pauta por subordinação à lei, de modo que se deve garantir a Supremacia da Constituição, para a garantia social e para a tutela da justiça e segurança, haja vista que a Constituição é dotada de características peculiares de conteúdo ético-jurídico e que expressam a vontade soberana de uma Nação.

Destarte afirmou-se o princípio da Constitucionalidade, pelo qual se determina que todas as normas e os atos emanados dos Poderes Públicos devem se apresentar em conformidade com as normas constitucionais. Em razão disso, se diz ser a conformidade de uma norma ou ato com a Constituição condição para a sua validade e eficácia:

A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou acto é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz (MIRANDA, 1996, p. 11).

Para a garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Magna Carta, os diversos ordenamentos jurídicos contemplam mecanismos de controle de constitucionalidade. A doutrina moderna tem alertado que, em nossa seara jurídica, as preocupações se voltaram para o exame da desconformidade constitucional dos atos do legislativo, esquecendo-se, contudo, que os atos do Poder Judiciário são passíveis de serem desconformes com a Constituição Federal.

Como é sabido, em face do princípio constitucional da Separação dos Poderes, no qual todos são “independentes e harmônicos entre si”, tanto os atos jurisdicionais quanto os legislativos e administrativos têm o mesmo peso, de sorte que a submissão dos atos praticados pelo Legislativo e pelo Executivo ao crivo da Constituição, não afasta o exame daqueles de responsabilidade do Judiciário, que atentem contra as normas emanadas desta Carta Política.

Registre-se que não há hierarquia entre os atos emanados dos poderes do Estado, pois, são todos eles decorrentes do exercício das funções desenvolvidas pelos Agentes Públicos em nome do Estado.

Assim, é perfeitamente possível que os atos do Poder Judiciário se submetam ao princípio da constitucionalidade.

Cristalinas se mostram as palavras de Tavares apud Theodoro – De Faria (2002, p. 132): *“sublinhe-se que também a actividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus actos da conformidade com a Lei Fundamental”*.

Com efeito, a razão do esquecimento quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade das decisões judiciais inconstitucionais, reside no fato de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo o defensor das garantias individuais previstas na Lei Maior, de sorte que uma decisão judicial, depois de operada a coisa julgada e esgotadas as vias recursais, *“transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores da certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito”* (THEODORO JUNIOR – DE FARIA, 2002, p.126).

O notável jurista Paulo Otero ao detectar estas razões do esquecimento assevera que:

As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ e o poder judicial como ‘indivível e nulo’ (Montesquieu) (apud Theodoro Júnior, 2004, p. 54)..

Com efeito, não se pretende negar os legítimos poderes dos juízes como guardiões da Constituição e da legalidade de todos os atos do ordenamento jurídico e é necessário que as decisões proferidas por estes, fiquem acobertadas pelo manto da coisa julgada, para se resguardar o princípio da segurança jurídica e para dar credibilidade à justiça. Todavia, esta indiscutibilidade decorrente das decisões judiciais somente se opera quando tais decisões estejam de acordo com os ditames constitucionais.

Forçoso concluir que nula é a sentença que não se ajusta ao princípio da constitucionalidade tendo em vista a manifesta contrariedade com a ordem jurídica vigente e por óbvio, não pode subsistir nenhuma decisão eivada de vícios insanáveis.

Registre-se que a nossa própria sistemática processual contempla a visão aqui explanada, ao permitir o manuseio da ação rescisória e dos recursos extraordinários quando uma decisão judicial contempla flagrante inconstitucionalidade. Contudo, no direito brasileiro temos a falsa impressão de este controle de constitucionalidade é possível enquanto não operada a coisa julgada, quer através do último recurso cabível ou esgotado os prazos para a propositura da ação rescisória, de sorte que a imutabilidade impede o ataque da coisa julgada ao fundamento autônomo de sua inconstitucionalidade.

A questão que se coloca é que esta idéia não corresponde ao modelo de Supremacia da Constituição buscado no moderno Estado Democrático de Direito uma vez que estaríamos concedendo ao instituto da coisa julgada valor mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição.

Esta questão será esmiuçada logo a seguir no item da coisa julgada inconstitucional, nosso objetivo foi apenas demonstrar, em sucintas palavras, a possibilidade da sujeição da decisão judicial transitada em julgado ao princípio da constitucionalidade.

4. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Como já salientado, sobre o princípio da coisa julgada recaíram os reflexos do movimento de negação ao caráter absoluto das garantias constitucionais, mormente quando há a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais.

Cresce a preocupação da doutrina em equilibrar adequadamente, na sistemática processual, as exigências conflitantes da celeridade e estabilidade, que a autoridade da coisa julgada prestigia e a justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade.

Ora, é inquestionável que o processo deve representar um expediente célere, que determine a resolução dos conflitos no menor tempo possível, e que confira imutabilidade a esta questão decidida. Ademais, é também indispensável conferir as partes, amplas possibilidades de discutir a causa para a busca de resultados favoráveis que lhe componham seus litígios de modo mais justo, devendo o juiz conhecer e analisar pormenorizadamente a causa, buscando a verdade real para aproximar-se dos ditames da justiça.

Portanto, a coisa julgada dever ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil, como tem contemplado DINAMARCO (2003, p.21):

A síntese desse indispensável equilíbrio entre exigências conflitantes é: o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá. (...)

Proponho a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que “nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça.

Destarte, a busca cega pela segurança jurídica pode vir a causar um desprezo a outros valores constitucionalmente protegidos, admitindo desta forma, a mitigação do instituto da coisa julgada, principalmente porque já não se permite que o sistema jurídico mantenha decisões díspares em casos iguais, violando princípios e garantias de maior relevo apenas e tão somente para homenagear a intangibilidade da coisa julgada.

Nesse seguimento, passaremos a expor esta forte tendência moderna de revisitar o insituto da *res judicata*, traçando a opinião e o inconformismo de alguns estudiosos do Direito, através da análise do estudo de diversas teorias e casos concretos enfrentados pela doutrina e jurisprudência, procurando confrontá-los com os argumentos jurídicos defendidos pela doutrina conservadora.

4.1 DOS CASOS ANALISADOS

Serão apresentadas neste ítem situações levantadas pela doutrina nacional, a qual tem se curvado à aceitação da relativização da coisa julgada e importantes precedentes jurisprudenciais, confrontando ainda, com os fundamentos jurídicos defendidos pela doutrina conservadora. É o que passamos a expor:

a) Conflito entre a segurança jurídica e a moralidade pública:

Como ponto de partida, cite-se o exemplo de mitigação da coisa julgada, decorrente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 240.712/SP, (STJ – 1º t., Resp. nº. 240.712-SP, Rel. Min. José Augusto Delgado, j. 15/02/00).

Neste caso, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo de desapropriação indireta, ocasião em que se estabeleceu um acordo do parcelamento do débito com os adversários. Pagas algumas parcelas, o Estado de São Paulo voltou a juízo, ingressando com uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, sob a alegação de que houvera erro no julgamento anterior, causado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado, na verdade, já lhe pertencia.

Inobstante o trânsito em julgado, o Ministro José Augusto Delgado votou no sentido de restabelecer, em sede de Recurso Especial, a tutela antecipada que o Juiz monocrático havia concedido e o Tribunal negado, prevalecendo a sua tese por três votos contra dois.

Neste caso, restou demonstrado que na colidência entre o princípio da segurança jurídica e o da moralidade pública, este último deve prevalecer, relativizando a coisa julgada. O Ministro DELGADO apud DINAMARCO (2003, p.

14) disse filiar-se *“a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor-se segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado”*.

b) Conflito entre a segurança jurídica e a garantia do justo valor:

Outro caso merecedor de destaque ocorreu na década dos anos oitenta, em que o Supremo Tribunal Federal afastou expressamente a autoridade da coisa julgada, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.412 – SC, ao argumento de que *“não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização”*.

Referido acórdão resultou na seguinte ementa:

Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa do ente expropriante. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário não conhecido. (STF, 1º T., RE. nº 93.412- SC, Rel. Min. Clóvis Ramalhante, j. 04.05.1982).

A principal circunstância levada em consideração no caso em apreço, foi a constante procrastinação do pagamento por culpa do ente expropriante, que por diversas vezes reteve injustificadamente os autos, o que levou à desvalorização do montante devido a título de indenização.

Neste caso, conferiu-se primazia a garantia constitucional da justa indenização, consagrados nos artigos 5º, inci. XXIV e artigos 182, § 3º e 184, desprezando-se a autoridade da coisa julgada que apresentava-se como um óbice à realização de uma nova perícia avaliatória.

Outro não foi o entendimento do Ministro Néri da Silveira, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 105.012-RN, (STF – 1º T., RE 105.012-RN, Rel.Min.Néri da Silveira, j. 09.02.1988), que no mesmo sentido, ou seja, apesar do trânsito em julgado da sentença que fixou o valor a indenizar, entendeu

pela realização de nova avaliação, como o objetivo exclusivo de assegurar a justa indenização.

Rebatendo os argumentos acima apresentados, NERY JÚNIOR, contrário a esta relativização, entende que mesmo que o valor da dívida, calculado no processo de execução da sentença, seja superior ao atual valor de mercado do imóvel, nada poderá ser feito haja vista que o expropriante, desde a coisa julgada, é devedor de quantia em dinheiro, atualizável monetariamente, e não do imóvel.

Para o jurista, na hipótese de ter havido conluio entre os sujeitos do processo e/ou auxiliares da justiça, poderá ser rescindido, desde que o pedido se ampare em das causa do artigo 485 do CPC, dentro do prazo decadencial de dois anos, sendo que fora dessas hipóteses, prevalecerá o princípio da intangibilidade da coisa julgada. E ressalta ainda que:

Caso o expropriante, sem Ter o intento de subtrair-se ao comando emergente da coisa julgada, queira discutir os motivos que ensejaram a sentença transitada em julgado (conluio, prova pericial acolhida na sentença, supervalorização do imóvel, etc.), que não estão acobertados pela coisa julgada (CPC 469), poderá fazê-lo em ação própria, autônoma, mas não na ação de execução da sentença transitada em julgado. Ainda assim, para esta última providência deve primeiro pagar e depois discutir em ação futura. (NERY JÚNIOR, 2004, p.519).

Ademais, sustenta Nery Júnior que, ficando comprovado o conluio entre participantes do processo e autoridades do poder público expropriante, o sistema oferece mecanismos de punição civil, penal e administrativo. E no processo civil, temos os recursos e a ação rescisória, para que assim mantenha-se rígido o Estado Democrático de Direito com a intangibilidade da coisa julgada.

Sendo assim, segundo Nery Júnior, merece total reprovação a decisão do Judiciário de mandar atualizar o valor do imóvel, vez que ofende de maneira cabal e irremediável a garantia constitucional da coisa julgada (Constituição Federal, artigo 1º, caput e artigo 5º, inciso XXXVI).

Por fim, mesmo que haja o entendimento de que a realização de nova avaliação no processo de desapropriação vise tão somente assegurar a justa indenização, este autor ainda ressalta que:

O juízo de valor da justiça da sentença, feito posteriormente, para que se a tenha como acobertada ou não pela coisa julgada, por ser instrumento e mecanismo do totalitarismo, violenta frontalmente o Estado Democrático de Direito (CF 1º, caput) e, portanto, não tem substrato de

sustentação no sistema constitucional brasileiro. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 520).

c) Conflito entre a segurança jurídica e a fraude processual

Dinamarco, em seu trabalho denominado “Relativizar a Coisa Julgada Material”, cita o renomado processualista latino-americano, Eduardo Couture, que em sua obra “Revocación de los actos procesales fraudulentos”, buscou analisar as repercussões que a fraude processual pode influenciar sobre a situação jurídica das partes e de terceiros, notadamente quando os resultados da conduta fraudulenta estivessem reforçados pela autoridade da coisa julgada.

Para tanto, Couture examinou o seguinte caso:

...do fazendeiro rico que, tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para forra-se às prerrogativas de pai induziu esta a constituir um procurador, pessoa de absoluta confiança dele, com poderes para promover a ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou rigorosamente todos os atos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe, que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado; a consequência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluiado não recorreu. Mais tarde, chegando à maioridade, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade, quando então surgiu o problema da coisa julgada. O caso terminou em acordo, lamentando-se por não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre importantíssimo tema. (DINAMARCO, 2003, p.17).

Este autor a denomina de “coisa julgada delinqüente” e assevera que se não for possível a desconstituição de sentenças transitadas em julgado, acabaremos por outorgar uma *“carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas do processo”*³

Ao analisar a obra de Couture, ora indicada, NERY JÚNIOR (2004, p. 520-521) adverte que o caso acima descrito é bastante citado pela corrente desconsideracionista, e orienta que Couture, longe de apresentar qualquer solução contrária ao sistema constitucional da coisa julgada, lança a instigante

³ (COUTURE apud DINAMARCO, 2001, p.41)

pergunta “Se combate a fraude abolindo a coisa julgada?” sendo que jamais insinuou que a mesma devesse ser desconsiderada.

d) Conflito entre a Segurança Jurídica e o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado

Confira-se esta outra hipótese apresentada por Hugo Nigro Mazzilli, citado por Dinamarco (2003, p. 18): “a de uma ação civil pública haver sido julgada por serem inócuas ou mesmo benfazeja as emanções liberadas na atmosfera por uma fábrica e, depois do trânsito em julgado, verifica-se o contrário, havendo sido fraudulentas a perícia realizada”.

Ora, é inadmissível que a coisa julgada viole o meio ambiente e destrua as condições do próprio habitat natural do ser humano, sendo de rigor a mitigação da coisa julgada.

e) Conflito entre a Segurança Jurídica e o Princípio da Isonomi:

Constatamos na doutrina e em nossa jurisprudência uma típica situação de colisão da segurança jurídica com a garantia da isonomia. É o caso em que um servidor público obteve do Poder Judiciário uma determinada vantagem funcional, que transitou em julgado. Ocorre que, um outro servidor, de cargo idêntico do primeiro, lotado na mesma repartição, tendo ingressado na mesma data e com idêntico salário, não obteve êxito no pleito da vantagem funcional requerida por ambos, transitando em julgado esta decisão.

Casos como este apresentado são encontrados com facilidade e em grande número no Judiciário, como ocorreu nas demandas propostas pelos aposentados nas quais reclamavam um reajuste de 147,07%, em setembro 1991; no reajuste de 84,32% reclamado por empregados particulares e servidores públicos, em março de 1990; no que pertine ao saque do FGTS decorrente da alteração do regime de emprego de celetista para estatutário.

Em todos estes casos as decisões judiciais foram antagônicas, garantindo direitos a uns e negando a outros, ora adotando uma tese, ora adotando outra, inobstante todos estarem na mesma situação.

Percebe-se, portanto, nestes casos a colisão existente entre a segurança jurídica e o princípio constitucional da isonomia, devendo ser resolvido no caso concreto qual princípio irá prevalecer. LIMA apud DELGADO (<<http://www.jus.com.br>) defende a prevalência do princípio da isonomia, aduzindo que:

Às alturas a que se eleva o valor da isonomia, não permite mais que o sistema jurídico, em homenagem à segurança, mantenha decisões díspares para casos iguais, rompendo com vários cânones constitucionais, em holocausto a intangibilidade da coisa julgada. Magoa fundo a noção de justiça...

f) Conflito entre o Princípio da Segurança Jurídica e o da Dignidade da Pessoa Humana.

Não se pode olvidar ainda da hipótese altamente polêmica, relativa ao fenômeno científico do exame de DNA, que vem exigindo uma visão flexibilizadora da autoridade da coisa julgada em todas as ações de investigação de paternidade, julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento os modernos testes de DNA.

Vale dizer que a existência deste exame, posterior ao feito já transitado em julgado, reconhecendo a paternidade, terá o condão de reabrir a questão por meio de nova ação, sob o fundamento de que a indiscutibilidade da coisa julgada não pode prevalecer sobre a realidade.

Assim, muito se tem discutido sobre a real mensuração destes dois princípios aparentemente colidentes, ou seja, a preservação da imutabilidade da coisa julgada, que como visto, de índole igualmente processual e a dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da própria República Federativa do Brasil, além do respeito aos seres humanos, em que também se insere a dignidade do cidadão, ao direito constitucional da personalidade e da perfilhação.

É cediço que os recentes progressos das ciências médicas têm permitido a determinação da verdadeira origem biológica do ser humano. O teste em DNA (ácido desoxirribonucleio) tornou-se o meio mais preciso disponível atualmente para a determinação de paternidades ou maternidades duvidosas, cujo índice de verossimilhança atual é de 99,99%.

Na casuística do direito de família, temos notícias de casos em que exames sanguíneos da era pré-DNA (inclusive o HLA) não conseguiram excluir a paternidade, ocasião em que o suposto pai a assumiu e, anos mais tarde, o teste de DNA evidenciou que não se tratava do pai biológico. E ainda, encontramos casos em que o HLA exclui determinada paternidade que, posteriormente, o exame de DNA, contrariando o resultado, demonstrou se tratar do verdadeiro pai biológico.

Assim, o exame de DNA, ocasionou verdadeira revolução nas ações de investigação de paternidade, pois revela-se como a prova cabal da determinação da verdade biológica.

Estas situações põem em choque estas garantias fundamentais, quais sejam, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana ao respeito, à convivência familiar, ao direito constitucional da personalidade e da perfilhação.

Diante disto, surgiu em nossa seara jurídica, teses no sentido de que merece ser relativizada a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, tendo em vista que, não permitir que o autor, mesmo com os progressos da ciência, possa descobrir quem é seu pai, é ferir por completo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nestes termos, começaram a surgir inúmeras decisões monocráticas no sentido de reconhecer o primado da dignidade da pessoa humana, sobre o dogma da coisa julgada que, no caso, cede lugar à prevalência da verdade real, verdade biológica.

Inicialmente os nossos Tribunais não admitiam discutir o que já havia sido definitivamente decidido em ação de investigação de paternidade, privilegiando a segurança jurídica, como se vê da ementa destes acórdãos:

Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada...Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria.

Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

(STJ, 3ª Turma, REsp. Nº 107.248/Go, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. De 07.05.98, DJU de 29.06.98)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA COM TRÂNSITO EM JULGADO – PEDIDO FUNDADO NA NECESSIDADE DE SER REALIZADO EXAME DE DNA – COISA JULGADA MATERIAL – DECISÃO CONCISA MAS NÃO LACÔNICA – 1. Ainda que seja concisa a decisão, é ela válida quando contém, de forma clara, a razão que motivou o convencimento do julgador e, no caso, tanto a convicção do julgador ficou bem explicitada, que a parte apelante pode enfrentá-la adequadamente no seu recurso. 2. Revela-se descabida a propositura de nova ação de investigação de paternidade sob o argumento de que, na ação anterior, não havia o exame de DNA, que é uma técnica de bastante prestígio, sem dúvida, mas que consiste em mais um dos elementos de convicção possíveis. No caso, a improcedência da ação investigatória desafiou pedidos anteriores que foram rechaçados, cobrindo-se a discussão com o manto da coisa julgada material. Prefacial rejeitada. (TJRS – AC 70002671725 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – J. 20.06.200106.20.2001)

Da leitura deste acórdão vislumbra-se o entendimento retrógrado no sentido de que a coisa julgada é um instituto absoluto, de incidência obrigatória e incontestável, até mesmo quando esta contrarie a verdade dos fatos, ou seja, mesmo que um exame de DNA comprove que a paternidade reconhecida na sentença anterior não é a biológica.

Atualmente nossos Tribunais tem admitido o ajuizamento de nova demanda investigatória, desde que fundada em exame pericial novo (DNA) e visando a busca da verdade real, ou seja, da verdadeira paternidade biológica. Confira-se:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA – POSSIBILIDADE – O exame de DNA é, certamente, a única prova capaz de afastar, de forma irrefutável, sentimento desconfortante de ser obrigado a reconhecer como filho que tem certeza ser de outro. O princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada deve, neste caso, ser afastada. (TJDF – AC 2002.07.1.010853-3 – (202348) – 6º t. – Rel. Des. Asdrubal Nascimento Lima – DJU 18.11.2004).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – COLIDÊNCIA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – RAZOABILIDADE – 1. Ante o conflito de princípios constitucionais, como o do art. 5º, XXXVI, da CF, que assegura o respeito à coisa julgada, e aquele da dignidade da pessoa humana, § 7º, do art. 226 (e entre eles o direito do filho em conhecer sua paternidade efetiva), deve o Poder Judiciário utilizar-se de critérios que lhe permitam ponderar, em virtude da situação concreta, qual seja o direito a prevalecer no caso. 2. **A jurisprudência tem obviado a rigidez da coisa julgada, para, reabrindo a lide, e ante a produção da prova pericial (exame de DNA), diligência que fornece quase cem por cento de certeza, esclarecer a situação biológica do investigante** (TJDF – AI 2002.00.2.004110-8 (168053) – 2º T. Rel. Dês. Silvânio Barbosa dos Santos – DJU 26.03.2003).

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Insurgência contra a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pela existência de coisa julgada decorrente de anterior ação de investigação de paternidade julgada procedente com trânsito em julgado. Acolhimento da preliminar de coisa julgada. **Mitigação. Recurso provido para o afastamento da coisa julgada.** (TJSP – AC 314.161-4/3 – 9ª CDPriv. – Rel. Des. Alberto Tedesco – J. 16.12.2003/12.16.2003 – v.u.)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Coisa Julgada. Registro Público. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infundáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. A “coisa julgada” não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou estabilidade das decisões judiciais. (TJDF – AC 46.4000 – (Reg. Ac. 103.959) – 1º T. – Rel. Des. Valter Xavier – DJU 22.04.98).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – RELATIVIZAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 485 DO CPC – EXAME DE DNA COMO FATO NOVO – “DIREITO REAL DA VERDADE” E PRIMADO DO “DIREITO PERSONALÍSSIMO DA PESSOA” – Tendo sido a ação investigatória de paternidade julgada improcedente por falta de prova, à investigante tem sido reconhecida a possibilidade de novo ajuizamento, pautado no entendimento jurisprudencial do STJ de relativização da coisa julgada, de que, nas atuais ações rescisórias, considera o exame do DNA, mesmo somente realizado e obtido agora, ser entendido como “documento novo” (art. 485 do CPC), capaz de justificar a nova ação. Este novo entendimento aplicado no campo do Direito de Família, é fruto do reconhecimento do “Direito Real da Verdade”, que deve inspirar o processo, bem como e também da proteção integral do “Direito Personalíssimo da Pessoa”. (TJMG – AC 1.0000.00.336.636-6/000 – 2ª C. – Rel. Des. Francisco Figueiredo – DJMG 16.12.2003/12.16.2003).

Em sede de investigação de paternidade, várias teses surgiram para justificar a necessidade de mitigação do instituto da coisa julgada. Assim, passaremos a analisar superficialmente cada uma delas.

Iniciaremos com a tese de Belmiro Pedro Welter, que acredita inexistir coisa julgada material na investigação de paternidade enquanto não forem produzidas todas as provas em direito admitidas, em especial a prova científica do exame de DNA, de modo que, enquanto não demonstrada a verdadeira paternidade biológica, a causa não restará acobertada pelo manto da coisa julgada material.

Neste sentido aduz WELTER (1998, p. 10)

Somente haverá coisa julgada material na ação de investigação de paternidade (o que se estende a todas as demandas de direito indisponível) quando tiverem sido produzidas todas as provas documental, testemunhal e pericial.

Conclui assim, que todas as demandas julgadas anteriormente ao surgimento do exame de DNA, poderão ser perfeitamente rediscutidas sem encontrar óbice na coisa julgada, tendo em vista que inexistindo adequada e exauriente produção probatória, as decisões proferidas apenas produzem coisa julgada formal, logo, o juiz extingue o processo sem julgamento de mérito. Afirma que nestes casos, descabe a aplicação dos efeitos da revelia, confissão ou reconhecimento do pedido, tendo em vista que em se tratando de direito indisponível, não há preclusão para as partes e nem para o Juiz, que deve até mesmo converter o julgamento em diligência com vistas a encontrar a verdade material, ou seja a paternidade genética.

Encontramos diversas jurisprudências que corroboram esta tese acerca da obrigatoriedade de realização do exame genético de DNA:

INVESTUGAÇÃO DE PATERNIDADE – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PERÍCIA MÉDICO-LEGAL – EXAME A SER EFETUADO PELO MÉTODO DE IMPRESSÕES DIGITAIS DE DNA – DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO NO JUÍZO “AD QUEM” – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA – POSSIBILIDADE – COLEGIADO NÃO ADSTRITO À PROVA PRODUZIDA. O artigo 130 do CPC confere ao exercício do seu poder de dirigente processual, determinar, inclusive de ofício, as provas que entender necessárias para a instrução da causa, de modo a propiciar-lhe meios necessários para pleitear a sua cabal convicção. Por não estar adstrito à prova produzida, o colegiado de segundo grau exercita, pertinentemente, sua liberdade de, ao julgar a causa em sede de recurso ampliar os meios de elucidação da verdade substancial, tendo, não só o direito como o dever de *converter o julgamento em diligência* sempre que assim entender necessário, a fim de elucidar a “vexata quaestio” que lhe é posta, enriquecendo o processado com outros adminículos, cabendo-lhe delinear sobre a necessidade de efetivação de perícia médico-legal, método de impressões digitais de DNA, pra ser examinada, estudada e cotejada com os demais elementos constantes nos autos, com vistas à justa aplicação da lei ao caso concreto posto sob julgamento convertido em diligência, à unanimidade de votos. (TJMS – AC – Classe B – XV – nº 46.993-6 – Ivinhema – 2º T.C – Rel. Des. Rêmolio Letteriello – D.J 04.11.1997).

Na ação de investigação de paternidade, faz-se necessária a realização do exame de DNA, quando as provas dos autos são insuficientes e por demais frágeis para alicerçar julgamento justo e coerente com a realidade da questão. Julgamento convertido em diligência. Unânime. (Ap. Cível 66.132.4/0, do TJSP, em 19.03.98, Rel. Des. Dilveira Netto).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PENSÃO ALIMENTÍCIA – EXAME DE DNA – Impõe-se envidar todos os esforços para realização de exame de DNA, devido ao grau de certeza que o mesmo é capaz de fornecer. Assim, cabe ao juízo de origem oportunizar a referida prova genética, em busca da verdade real dos fatos. Apelo conhecido e provido. (TJGO – AC 59.968-3/188 – (200101222534) – 2ª T. – Rel. Des. Air Borges de Almeida – J. 29.11.200111.29.2001).

CERCEAMENTO DE DEFESA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Exame pericial pelo método de DNA. Acolhimento do pedido inicial com base na prova oral, desprezando-se a prova científica. Argüição de irregularidades (na realização do exame), que poderiam ter influenciado mal no resultado. Dúvida que deve ser esclarecida com nova perícia, conforme requerimento da parte que sequer foi apreciado. Nulidade configurada. Apelo provido, declarando-se a nulidade da sentença e determinando-se a realização de nova perícia para novo julgamento. (TJMG – AC 211.252-2/00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Aloysio Nogueira – DJMG 30.11.200111.30.2001).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM ALIMENTOS – EXAME DNA REALIZADO POR MÚTUO ACORDO DOS LITIGANTES APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO – RESULTADO EXCLUDENTE DA PATERNIDADE DIVULGADO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA QUE ACOLHEU O PEDIDO INICIAL – VALIDADE PARA RESPALDAR O JULGAMENTO DA APELAÇÃO TEMPESTIVAMENTE INTERPOSTA – FATO SUPERVENIENTE (CPC, ART. 462) QUE DEVE SER CONSIDERADO – RECURSO PROVIDO PARA DESCARTAR A PATERNIDADE, DE ACORDO COM A PROVA CIENTÍFICA – **A prova científica do exame do DNA se sobrepõe à prova testemunhal, principalmente quando esta é apenas meramente circunstancial a respeito da paternidade.** (TJPR – AC 126.393-2 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Mendonça de Anunciação – DJPR 24.03.200303.24.2003)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PROCEDÊNCIA COM FUNDAMENTO NO EXAME DNA – DISPENSA DE OUTRAS PROVAS PELOS LITIGANTES – Inexistindo elementos sérios que a desmereçam, a prova científica do exame do DNA é idônea para declarar a paternidade biológica, mesmo que inexistam outras provas a respeito do relacionamento amoroso entre os genitores do investigante. (TJPR – AC 127.146-7 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Mendonça de Anunciação – DJPR 10.03.200303.10.2003).

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA – POSSIBILIDADE – O exame de DNA é, certamente, a única prova capaz de afastar, de forma irrefutável, sentimento desconfortante de ser obrigado a reconhecer como filho que tem certeza ser de outro. O princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada deve, neste caso, ser afastada. (TJDF – AC 2002.07.1.010853-3 – (202348) – 6º t. – Rel. Des. Asdrubal Nascimento Lima – DJU 18.11.2004).

Seguindo a mesma esteira, para Walter, ante a possibilidade de posterior realização de exame de DNA e a conseqüente comprovação ou exclusão incontestável da paternidade, não faz coisa julgada material o reconhecimento voluntário da paternidade, de que são exemplos: o reconhecimento no termo de

nascimento, por testamento público, particular, cerrado, nuncupativo e etc, por escritura pública ou particular, por confissão perante qualquer juiz togado, no procedimento de averiguação oficiosa de paternidade.

Nesta mesma linha de raciocínio, sustenta que não faz coisa julgada material a homologação do acordo de reconhecimento da paternidade na pendência da ação, haja vista que em tal hipótese, “*não terá havido decisão judicial declarando a paternidade biológica, com a produção de todas as provas, documental, testemunhal, pericial, especialmente o exame genético de DNA, e o depoimento pessoal*” (WELTER, 2000. P. 118).

Ainda, a sentença que reconhece a prescrição da ação de investigação de paternidade não faz coisa julgada material, pois possui caráter terminativo e não examina o mérito, de modo que não se aplicam, nas demandas que abarcam ações de estado, direitos imprescritíveis e indisponíveis, o artigo 269 do Código de Processo Civil⁴. Nesse sentido já se manifesta atualmente nossos Tribunais:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ANULAÇÃO DE REGISTRO – CC, ART. 178, § 9º, VI, E 362 – FLUÊNCIA ANTES DO ADVENTO DA CF/88 E DA L. 8.069/90 (ECA) – **PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – NÃO-CONFIGURAÇÃO – JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STJ – I** – Ajuizada ação de investigação de paternidade, a anulação do registro constitui mera consequência da procedência do pedido investigatório. II – A regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento só é aplicável ao filho natural que visa a afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação. III – A decadência não atinge o direito do filho legítimo ou legitimado, nem do filho natural que pleiteie a investigação de paternidade e a anulação do registro, com base na falsidade deste. IV – Precedentes jurisprudenciais. (STJ – REsp 256.171 – RS – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 19.04.2004/04.19.2004)

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PATERNIDADE EXCLUÍDA POR EXAME DE DNA – Argüição de **decadência** conforme art. 178, § 3º, do CC, não-ocorrência, pois trata-se de ação de estado, não se sujeitando a qualquer limitação temporal. (TJMG – AC 250.170-8/00 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Brandão Teixeira – DJMG 01.03.2002/03.01.2002).

Do mesmo modo, aduz que não faz coisa julgada material a sentença de improcedência da ação de investigação de paternidade ou negatória de paternidade por insuficiência de provas da paternidade biológica.

⁴ “Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: (...) IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.”

Nestes casos, a sentença de improcedência por insuficiência de provas da paternidade biológica não exauriu a prestação jurisdicional, não adentrou ao mérito do pedido, sendo a sentença meramente terminativa, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, ou seja, a impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo, nos precisos termos do inciso IV do artigo 267 do CPC.

Encontramos farta jurisprudência neste sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – SENTENÇA

Decisão monocrática que não decreta ser o investigante filho do investigado, ou seja, não aprecia o mérito. Fato que não impede que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual. Inexistência de afronta a coisa julgada material. Ementa de redação: Em sede de ação de investigação de paternidade, não há falar em afronta à coisa julgada material se a sentença monocrática não decidiu ser ou não o investigante filho do investigado, ou seja, não apreciou o mérito da causa, julgando improcedente o pedido por ausência de provas, fato que não impede que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual. (Ap. 98.000761-5 – Segredo de Justiça – Câmara Cível – J. 29.03.1999 – Rel. Des. Jersey Nunes).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS – COISA JULGADA – MITIGAÇÃO – DOCTRINA PRECEDENTE – DIREITO DE FAMÍLIA – EVOLUÇÃO – RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no **reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo**, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que **numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade**".

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum." (grifamos e negritamos)

(STJ, 4ª Turma, REsp. N.º 226436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 04.02.2002)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO-COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – CONFISSÃO – COISA JULGADA – AFASTAMENTO – DIREITO INDISPONÍVEL – I – Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não-comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. **É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido.** (STJ – REsp 427.117 – MS – 3ª T. – Rel. Min. Castro Filho – DJU 16.02.200402.16.2004).

Compartilham deste entendimento, ao lado de Belmiro Pedro Welter, Maria Berenice Dias, Humberto Theodoro Júnior, dentre outros.

Por fim, este renomado jurista assevera que operar-se-á a coisa julgada material naqueles casos em que é impossível a realização do exame genético de DNA, desde que produzidas as demais provas.

Aduz que tal solução deverá ser acatada sempre em que não for possível a realização do exame genético, seja sem culpa processual do investigado ou de seus herdeiros, como, por exemplo, nos casos legais de ausência destes, ou, do contrário, com culpa processual do investigado, que foge da Comarca ou se recusa a realizar o exame. Neste último caso, o investigador não pode sofrer conseqüências danosas em virtude da má-fé do investigado, razão pela qual, deverá haver coisa julgada material. Nesse sentido:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E COISA JULGADA APRECIADAS EM AI TRANSITADO EM JULGADO – RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – FUNDAMENTO SUFICIENTE – SÚM. 283/STF – I – Improperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do En. 283 da Súmula do STF. II – Segundo a jurisprudência desta Corte, a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria. (STJ – REsp 460.302 – PR – 3ª T. – Rel. Min. Castro Filho – DJU 17.11.200311.17.2003).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS – EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIIUM – PROVA – AUSÊNCIA DO INVESTIGADO PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA– Indemonstrada pelo investigado a alegação de exceptio plurium concubentium, que constitui fato impeditivo do direito perseguido pelo investigante, nos termos do disposto no inciso II do art. 333 do CPC, e, em contrapartida, demonstrando as provas produzidas nos autos a convivência afetiva e sexual entre a mãe deste e aquele, à época da concepção do menor, tais indícios, por si só, revelam-se suficientes ao reconhecimento da paternidade alegada. Na ação de investigação de paternidade com fundamento no art. 363, II, do CC, afigura-se dispensável o exame de DNA quando, diante do contexto probatório produzido, o juiz se sente com a convicção formada e decide de forma fundamentada e considerando os estritos limites legais. (TJMG – AC 233.273-2/00 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Célio César Paduani – DJMG 27.02.200202.27.2002)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Recusa, desmotivada, à submissão de exame de impressões digitais em DNA. Presunção desfavorável, para quem assim age. Prova oral suficiente, a mais, para a manutenção sentencial. Verba alimentar de dosagem adequada. (TJMG – AC 217.575-0/00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Isalino Lisbôa – DJMG 30.11.200111.30.2001).

Registre-se que diante da má-fé processual do investigado ou de seus herdeiros, pode ser fixado dano moral ao pai que resistir, de forma injustificada, ao reconhecimento judicial da paternidade, impondo-lhe o pagamento de alimentos provisionais e pena por litigância de má-fé.

E ainda, o investigado poderá se conduzido coercitivamente para fazer o exame genético. Isto porque, ele pode fornecer elementos do seu corpo (como um fio de cabelo, um gota de saliva) sem qualquer ofensa à sua integridade física. Ademais, os argumentos de que referida condução coercitiva fere a intimidade, a dignidade da pessoa humana, bem como a máxima de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo sucumbem diante de um direito natural, constitucional e indisponível da personalidade, isto é, a perfilhação, que deve prevalecer neste choque de princípios e garantias.

Como bem explicitado por Welter (2000, p.141): *“Contudo, se é desumana, vexatória e ofensiva à dignidade humana a coleta de fio de cabelo, de uma gota de saliva, do esperma ou do sangue do investigado, muito mais ofensivo à dignidade humana do filho é a impossibilidade de conhecer a paternidade biológica, que é um direito de personalidade natural e constitucional, cuja negativa também é ofensiva à dignidade humana e a cidadania”.*

Contudo, há que se lembrar que é altamente controvertida esta questão relativa ao dever de o réu fornecer material para o exame genético. Nos Tribunais Superiores tem prevalecido a orientação contrária à obrigatoriedade de o réu se

submeter à colheita de tal material, por entenderem que tal possibilidade fere outras garantias constitucionais, como a preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da intangibilidade do próprio corpo, reconhecendo para tais casos apenas uma presunção de paternidade.

Confira-se a propósito um julgado do Supremo Tribunal Federal e outro do Superior Tribunal de Justiça:

STF: “Investigação de paternidade – Exame de DNA – Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta de material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (STF, Pleno, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, DJU 22.11.1996, p. 45.686).

STJ: “Investigação de Paternidade. Exame de DNA. Embora se trate de prova cuja produção é conveniente, não é impositivo seja realizada, se já existentes outros elementos que bastem à formação do convencimento do juiz. Hipótese em que a autora requereu sua produção e o investigado absteve-se de a isso aquiescer, o que era indispensável, dada a natureza da prova” (STJ: 3º T., Resp 248277 – MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.05.2000, DJU 21.08.2000, p. 126).

Vale deixar aqui consignado que já se firmou entendimento pacífico no sentido de que mesmo que o investigante esteja registrado em nome de outro não é necessário o ajuizamento prévio ou concomitante de pedido de cancelamento desse registro para promover a investigação da paternidade em face do verdadeiro pai, tendo em vista que esta providência será consequência lógica de eventual procedência da demanda investigatória, tratando-se de pretensão implícita:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL ONDE CONSTA NOME DE QUEM NÃO É PAI BIOLÓGICO – RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA – DNA POSITIVO – CANCELAMENTO DO REGISTRO – POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO PARA ACERTO DEFINITIVO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA INDEPENDENTEMENTE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO – Embora se trate de ação negatória de paternidade com pedido de anulação parcial do assento, *mutatis mutandis*, em última análise, o que se pretende é o acerto definitivo da paternidade com a inscrição no registro de nascimento do nome do verdadeiro pai, sendo assim mera consequência, porque pretensão implícita naturalmente resultante do pedido principal, qual seja, a regular oficialização da paternidade. (TJDF

– AC 1999.01.1.083839-0 – (169412) – 5ª T. – Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva – DJU 19.03.200303.19.2003).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PRÉVIO CANCELAMENTO DO REGISTRO DE NASCIMENTO DO INVESTIGANTE, EM QUE OUTREM CONSTA COMO SENDO O PAI – DESNECESSIDADE – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM FUNDAMENTO NO EXAME DNA – AÇÃO IMPRESCRITÍVEL – Mesmo que o investigante esteja registrado como filho de outrem, não é necessário o prévio ou concomitante pedido de cancelamento desse registro para promover a investigação da paternidade em face do verdadeiro pai, pois "o cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação de paternidade, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa" (STJ, REsp 119.866/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 30.11.1998).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS – DESNECESSIDADE DE PRÉVIO CANCELAMENTO DO REGISTRO CIVIL EXISTENTE – SENTENÇA DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE – JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA – RESULTADO NEGATIVO, EXCLUINDO A PATERNIDADE – SENTENÇA REFORMADA – “A ação de investigação de paternidade pode ser proposta independentemente da ação de anulação do registro de nascimento do investigante, cujo cancelamento é simples consequência da ação que julga procedente a investigatória, sem necessidade de expresso pedido de cumulação” (STJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar). “O exame do DNA constitui-se, atualmente, segundo a melhor doutrina e entendimento jurisprudencial dominante, na prova mais segura nas ações de investigação de paternidade, cujo resultado forma elemento de convicção definitivo para atribuição de paternidade” (Des. Mazoni Ferreira). (TJSC – AC 1999.017678-9 – 2ª CDCív. – Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben – DJSC 13.09.200409.13.2004)

De outra banda, para alguns autores seria possível advogar pela existência, nestes casos, de particularizada espécie de coisa julgada denominada pela doutrina de coisa julgada *secundum eventus litis*, nos mesmos moldes em que é aplicada nas ações coletivas (art. 16 da Lei nº 7347/85; art. 103 da Lei 8078/90).

Isto implica dizer que nas demandas improcedentes por falta de provas, não há a incidência da coisa julgada, dada a indisponibilidade e confiabilidade do exame de DNA na formação de um juízo de certeza.

Ademais, encontramos também o entendimento da coisa julgada *secundum eventus probationis*, pela qual, o juiz, ao concluir pela ausência de provas, pode optar por extinguir o processo sem julgamento de mérito ou decidir o mérito, sem conferir a definitividade.

Registre-se que também encontramos manifestações jurisprudenciais que agasalham esta tese de que em ações de estado a coisa julgada deve ser interpretada *modus in rebus*:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA – IMPROCEDENCIA POR FALTA DE PROVAS – COISA JULGADA – MITIGAÇÃO – DIREITO DE FAMÍLIA – EVOLUÇÃO – Não excluída expressamente a paternidade do investigado em primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa e considerando a ausência do exame pelo DNA, admite-se o ajuizamento de “ação investigatória”, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido, devendo a “coisa julgada”, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, ser interpretada *modus in rebus* visando a atender aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. (TJMG – AC 264.1746-9/00 – Rel. Des. Isalino Lisbôa – DJMG 09.04.2003).

Vale registrar aqui, que a doutrina contrária à relativização argumenta que a tese acima não pode ser acolhida porque essa técnica é regra de exceção ao sistema e, assim, só se admite nos casos expressos e taxativamente previstos em lei.

Na concepção de NERY JÚNIOR (2004, p.518):

a tese que afirma haver ou não coisa julgada material sobre determinada sentença, conforme o resultado da prova (*secundum eventus probationis*), sem que haja previsão legal expressa para tanto, além de fragilizar o instituto da constitucional coisa julgada, coloca em risco o fundamento do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, para os desconsideracionistas, a mitigação da coisa julgada somente ocorreria para as sentenças julgadas improcedentes por falta de provas, com o argumento de que não será possível a rediscussão da causa nos casos em que a sentença mesmo sem um juízo de certeza, tenha reconhecido a paternidade, haja vista que a atribuição da paternidade a alguém não viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito disso, rebate Nery Junior, ao constatar que os desconsideracionistas sustentam que a repropositura de nova ação (por conta de novos exames periciais) funda-se no princípio constitucional da dignidade da dignidade humana do pretense filho. Contudo, vedam que contra a coisa julgada anterior, possa ser intentada a negatória de paternidade por aquele que fora declarado pai sem exame genético. Ora, para casos assim, argumenta que a

dignidade da pessoa humana não é só do filho, mas também do pai. E assim, manifesta seu inconformismo:

Assim, para serem coerentes, os desconsideracionistas teriam que admitir que se deveria abrir oportunidade para a repositura de milhares de ações no Brasil, tanto de filhos, quanto de pais que quiserem rediscutir sua eventual relação de parentesco. Atendido esse alvitre, instalar-se-ia o caos e a total insegurança. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 517).

Arruda Alvim, Wambier e José Miguel Garcia Medina sustentam a possibilidade de ajuizar Ação Rescisória com fundamento no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, levando-se em conta que o exame de DNA, demonstrativo do vínculo genético, poderia ser tratado analogicamente como documento novo, vale dizer, “exame pericial novo”.

Nesse mister WAMBIER et. Al. (2003, p. 202) asseveram:

Por isso, parece-nos, *data vênia* de orientação contrária, que, se é admissível a ação rescisória com fundamento em documento novo, com muito mais razão deve-se admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em exame pericial novo.

Aliás, em ação rescisória fundada em “documento novo”, não é o documento que servirá de fundamento para a rescisão da sentença, mas o fato declarado, atestado ou reproduzido no documento. O documento, *per se*, servirá para a admissão da rescisória, mas para os juízos rescindente e rescisório, mas do que isso, se deverá verificar se o fato reproduzido no documento é capaz de assegurar pronunciamento favorável ao autor. Semelhante raciocínio pode ser realizado com o exame pericial, porquanto este também significa a representação de uma constatação técnica, que servirá de base à realização de um novo julgamento, conforme o caso.

Assim, se é possível o ajuizamento de ação rescisória com fulcro em “documento novo”, deve-se admitir, *a fortiori*, o manejo da mesma ação com base em exame pericial novo.

Além disso, afirmam que o prazo decadencial para a propositura da rescisória, começará a correr a partir da obtenção do exame pericial e não do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Encontramos diversas recentes decisões judiciais que acolhem esta alternativa:

ACÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – POSTERIOR EXAME DE DNA – PATERNIDADE EXCLUÍDA – INTELIGÊNCIA DO ART. 485, VII, DO CPC – COISA JULGADA TJMG -

MATERIAL – AÇÕES DE FILIAÇÃO DIREITO INDISPONÍVEL – EXAURIMENTO DE PROVIDÊNCIAS PARA AVIZINHAR-SE DA VERDADE REAL – O exame de DNA realizado após a prolação da sentença é documento hábil a aparelhar AR, como **documento novo**, considerando que os autos não revelaram a desídia total do réu-investigado na feitura do dito exame durante o curso regular do processo. A coisa julgada submete-se aos próprios comandos emergentes da lei, não sendo capaz de inibir o pedido rescisório, ancorado em exame de DNA realizado por ambas as partes e afastada a paternidade anteriormente reconhecida. Essa autoridade que goza a coisa julgada material que se assenta na sistemática jurídica é atacável, em tese, pela ação rescisória. As ações de filiação, em especial, por envolverem direito indisponível, reclamam exaurimento de providência para avizinhar-se da verdade real. Vv: O laudo genético (exame de DNA) produzido posteriormente à sentença e ao recurso não constitui documento novo para embasar a AR, desde que não tenha ocorrido manifestação alguma no sentido da impossibilidade ou dificuldade da sua realização em época adequada e, inexistindo lacuna, não provado o dolo processual, o equilíbrio entre juiz e lei, ou o conflito entre eles, desautoriza a alternativa eleita pela maioria absoluta do colegiado e leva ao consagrado da coisa julgada imutável, em nome da segurança jurídica das relações jurídicas e do próprio Estado, devendo-se julgar improcedente o pedido deduzido na AR ajuizada com fundamento no art. 485, III e VII, do CPC (Des. José Francisco Bueno). (TJMG – AR 1.0000.00.352925-2/000 – 3º G.C.Cív – Rel. Des. Célio César Paduani – DJMG 08.10.2004).

AÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS – SOLUÇÃO PRÓ-VERDADEIRO *STATUS PATER*

O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, é considerado “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico. STJ – REsp 300.084 – (2001/0005257-6) – GO – 2ª S. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 06.09.2004/09.06.2004.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – RELATIVIZAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 485 DO CPC – EXAME DE DNA COMO FATO NOVO – “DIREITO REAL DA VERDADE” E PRIMADO DO “DIREITO PERSONALÍSSIMO DA PESSOA” – Tendo sido a ação investigatória de paternidade julgada improcedente por falta de prova, à investigante tem sido reconhecida a possibilidade de novo ajuizamento, pautado no entendimento jurisprudencial do STJ de relativização da coisa julgada, de que, nas atuais ações rescisórias, considera o exame do DNA, mesmo somente realizado e obtido agora, ser entendido como “documento novo” (art. 485 do CPC), capaz de justificar a nova ação. Este novo entendimento aplicado no campo do Direito de Família, é fruto do reconhecimento do “Direito Real da Verdade”, que deve inspirar o processo, bem como e também da proteção integral do “Direito Personalíssimo da Pessoa”. (TJMG – AC 1.0000.00.336.636-6/000 – 2ª C. – Rel. Des. Francisco Figueiredo – DJMG 16.12.2003/12.16.2003).

Assim como a maioria, estes autores afirmam que esta tese aplica-se somente para as demandas investigatórias julgadas improcedentes, de modo que na hipótese de procedência da demanda anterior, com posterior exame de DNA, contrariando a filiação anteriormente reconhecida, não será possível a ação rescisória, pois na primitiva ação, não houve coisa julgada material, já que carecia de uma das condições da ação: a legitimidade de partes.

De todo o exposto, verifica-se a necessidade latente de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada no direito de família, pois em todas essas hipóteses constatamos que este instituto ofende diretamente outros princípios constitucionais de elevada grandeza. Destarte, estamos diante de mais um exemplo de coisa julgada inconstitucional.

4.2 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Já salientamos alhures que o princípio da constitucionalidade é informativo da validade de todos os atos dos Poderes do Estado, em qualquer de suas esferas, de sorte que os atos desconformes à Constituição são manifestamente nulos.

Ademais, partindo-se das premissas levantadas em linhas pretéritas de que o princípio da intangibilidade da coisa julgada não comporta tratamento constitucional, sendo apenas uma noção processual, tem-se, como corolário lógico, a sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Assim, como já afirmado, a coisa julgada será intangível apenas quando conforme a Constituição, do contrário, estar-se-á diante do que a doutrina convencionou denominar coisa julgada inconstitucional.

Saliente-se que a coisa julgada, mesmo que contemple uma ofensa à lei ordinária, após esgotados os prazos para a sua excepcional impugnação, está sujeita a ter validados definitivamente os seus efeitos por conta da necessidade de se conferir certeza e segurança na pacificação dos conflitos. Nas palavras de Theodoro Júnior (2002, p. 142), *“tutela-se e empresta-se eficácia à coisa julgada ilegal, diante da necessidade de pacificação dos conflitos e segurança dos jurisdicionados, exatamente porque respeitam a Constituição”*.

E ainda contempla Otero (1993, p. 60-61): *“na realidade, a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição”*.

Destarte, a segurança e a certeza jurídica validam a coisa julgada que fere lei ordinária. Contudo, o mesmo tratamento não pode ser dispensado para a coisa julgada que avilta a Constituição haja vista que estes valores (segurança e certeza) não possuem força positiva autônoma para conferir validade a atos jurídicos inconstitucionais, de sorte que esta convalidação somente seria possível se o próprio texto constitucional expressamente admitisse.

Por sua vez, segundo os sábios ensinamentos de Otero (1993, p.61), podemos justificar a diversidade de tratamentos dispensados à coisa julgada ilegal e à inconstitucional por conta do princípio da separação de poderes, uma vez que:

“o que verdadeiramente está em causa nas decisões judiciais inconstitucionais não é a violação de uma vontade jurídica dotada de idêntica legitimidade constitucional, tal como sucede nas decisões judiciais violadoras do direito infraconstitucional: os tribunais são titulares de um poder constituído e não constituinte; o poder judicial detém uma soberania exercível nos quadros da Constituição, não podendo criar decisões sem fundamento direto ou em oposição ao preceituado na Lei Fundamental”.

Conclui-se, que não havendo expressa ressalva na Constituição, a coisa julgada pressupõem submissão ao princípio da constitucionalidade. Se diz então, que a relação que existe entre o princípio da constitucionalidade e o da imutabilidade da coisa julgada é de antecedente e conseqüente, vale dizer, de prejudicialidade, uma vez que se para se falar em intangibilidade do caso julgado, é necessário que se investigue a sua adequação à Constituição.

Feitas estas considerações iniciais, denota-se que os defensores da tese relativizadora da coisa julgada, partem do pressuposto de que não existe garantia constitucional da imutabilidade do caso julgado, notadamente quando em confronto com os princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos e a outros valores constitucionalmente assegurados.

À guisa de exemplos de sentenças que afrontam a Constituição Federal, vale aqui mencionar, alguns dos apresentados por DELGADO (2001, p. 24/25):

- a) A sentença expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual;
- b) A sentença baseada em fatos falsos depositados durante o curso da lide;
- c) A sentença reconhecedora de existência de um fato que não está adequado a realidade;
- d) A ofensiva à soberania estatal;
- e) A violadora dos princípios guardadores da dignidade humana;
- f) A provocadora da anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- g) A que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 1º e 3º da CF);
- h) A que obrigue alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário a lei;
- i) A que autoriza a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;
- j) A que julga válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação;
- k) A que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos;
- l) A que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas;
- m) A que abra espaço para a quebra do sigilo de correspondência;
- n) A que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado;
- o) A que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou acordo coletivo;
- p) A que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador;
- q) A que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na Constituição Federal;
- r) A que proíba a União de executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária – XXI, do art. 21;
- s) A que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios fixados na Constituição Federal e nas leis específicas;
- t) A que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;
- u) A que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas um ano de exercício;
- v) A que, no trato da indenização de propriedade do Poder Público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização.

Em todos os casos acima destacados, o comando da decisão judicial fere diretamente a Constituição Federal, o que é inaceitável, já que segundo o desconsideracionista Delgado (2001, p.25), as sentenças que ferem a Constituição nunca terão força de coisa julgada e poderão ser impugnadas e destituídas a qualquer tempo, pois *“praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente, que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da Justiça”*, e continua manifestando seu inconformismo (2001, p.28):

Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Desta forma, a questão começa a ganhar maiores contornos no momento em que se indaga até que ponto o comando imperativo da coisa julgada pode prevalecer ainda que viole regras postas na Magna Carta, determinando ,por exemplo, que alguém seja filho de outrem, quando a própria ciência demonstra o contrário.

Para tanto, mais uma vez afirmamos que nenhum princípio constitui um fim em si mesmo, pois todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, de modo que *“os princípios existem para servir a justiça e ao homem e não para serem servidos como fetiches da ordem processual”* (DINAMARCO, 2003, p.10).

Por seu turno, o ilustre DELGADO (2001, p 21 e 28), ao externar a sua posição em torno da matéria, sustenta que:

Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica (...) essa segurança jurídica cede quando os princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença (...) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza.

Por todo o exposto, conclui-se com as expressivas palavras de Dinamarco (2003, p. 28), que:

É inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade da locução aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.

Entretanto, longe de ser entendimento unânime, há posicionamentos contrários a tese relativizadora da coisa julgada, como, por exemplo, o defendido pelo professor Nelson Nery Júnior, que parte do pressuposto que a coisa julgada material é manifestação do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional da própria República Brasileira, de modo que o princípio da intangibilidade da coisa julgada é absoluto e revela seu inconformismo dizendo que:

Impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso de sentença injusta, repelida como irrelevante, ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente rechaçada pela doutrina, sendo que nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (CPC, 485, V)". (NWERY JÚNIOR, 2004, p.507)

A grande preocupação deste autor é quanto ao risco de instaurar-se a insegurança geral com a mitigação da coisa julgada, o que poderia ser muito mais grave do que o risco político de haver sentenças injustas ou inconstitucionais ao caso concreto. Até porque, enfatizando o entendimento retro, já dizia o respeitável ASSIS (2002, p.27): *"...no entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto si sobreponham às desvantagens da insegurança geral"*.

Por fim, vale deixar consignado que os mecanismos processuais suscitados pela doutrina para a correção e solução da coisa julgada inconstitucional serão demonstrados em capítulo próprio no final deste trabalho monográfico.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do quanto aqui exposto, denota-se que para os desconsideracionistas a garantia da coisa julgada deve conviver de forma harmoniosa com outras

garantias constitucionais, tais como a da moralidade administrativa, do justo preço nas indenizações, do princípio da dignidade humana, a do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sendo certo que, em casos de colisão, sopesando-se os valores em conflito, através dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, há que se prestigiar a justiça e os demais valores constitucionais hierarquicamente superiores ao da intangibilidade da coisa julgada, que como visto, se sujeita ao princípio da constitucionalidade.

A propósito, segue o posicionamento de DINAMARCO (2003, p.31):

Onde quer que se tenha decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional.

Este critério também deve servir a todas as ações de investigação de paternidade, julgadas procedentes ou improcedentes, antes do advento dos modernos testes imunológicos (DNA), pois se assim não fosse, estaria privando alguém de ter como pai àquele que não o é, ou do contrário, impondo a alguém um suposto filho que a ciência prova que realmente não o é, infringindo, desta forma, o disposto no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal.

Modernamente essa orientação tem sido amplamente acolhida pela jurisprudência. Confira-se a propósito um recente acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que expressamente aplicou o critério da razoabilidade:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – COLIDÊNCIA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – RAZOABILIDADE – 1. Ante o conflito de princípios constitucionais, como o do art. 5º, XXXVI, da CF, que assegura o respeito à coisa julgada, e aquele da dignidade da pessoa humana, § 7º, do art. 226 (e entre eles o direito do filho em conhecer sua paternidade efetiva), deve o Poder Judiciário utilizar-se de critérios que lhe permitam ponderar, em virtude da situação concreta, qual seja o direito a prevalecer no caso. 2. A jurisprudência tem obviado a rigidez da coisa julgada, para, reabrindo a lide, e ante a produção da prova pericial (exame de DNA), diligência que fornece quase cem por cento de certeza, esclarecer a situação biológica do investigante (TJDF – AI 2002.00.2.004110-8 (168053) – 2º T. Rel. Dês. Silvânio Barbosa dos Santos – DJU 26.03.2003).

Os defensores desta tese não pretendem menosprezar o instituto da coisa julgada haja vista que não se pode discutir que se trata de um instrumento importantíssimo para a pacificação social.

O que se deve ter em mente é que o fenômeno da mitigação da coisa julgada só é válido e somente tem sido invocado em casos excepcionais para os quais tal medida é perfeitamente justificável tendo em vista que o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, devendo ser apercebido no contexto global.

Quanto a este posicionamento, contempla ainda DINAMARCO (2003, p. 32):

...não estou a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae*, mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários. Cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devem conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc. Não temo insistir no óbvio, ao repetir que 'o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo'.

Neste contexto, o juiz, traduz-se num autêntico elo de ligação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga, para que dessa forma possa tornar efetiva e equilibrada a flexibilização da coisa julgada, de modo que é inaceitável fortificar-se comodamente detrás da ilusória barreira da coisa julgada, para, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes, enfim, de inconstitucionalidades.

Desta forma, o devido processo legal deve ser visto como garantia de acesso à Justiça no mais amplo e irrestrito sentido, apresentando-se como processo justo, ou seja, em instrumento destinado a assegurar a melhor e mais justa solução dos litígios. Destarte, *"o processo deixa de ser tratado apenas como frio método de compor litígios para tão somente se transformar em veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional"* (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 138).

Por tudo isto, os operadores do direito processual, em especial juízes e tribunais, têm sobre as costas o relevantíssimo encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça pelas vias do processo justo, de modo que devem abandonar à figura de mero expectador inerte a disputa travada pelas

partes, assumindo uma função desafiadora de administrador do processo, investigador de fatos, intérprete criativo da lei, com vistas à busca da verdade real e para aproximá-lo da justiça e dos valores atuais.

Confira-se a propósito os ensinamentos do magistrado Busanello, quanto a necessidade de aumentarem os poderes instrutórios do Juiz com vistas a busca da verdade real:

"no plano do direito processual civil dos nossos dias, o desejo humano é de fazer com que a verdade formal esteja cada vez mais próxima da verdade material. Por isso, significativamente foram aumentando os poderes instrutórios do Juiz, que não pode mais permanecer inerte, mas, sim, deve estar sempre preocupado com o esclarecimento da verdade (material, real). Ademais, é público e notório que a finalidade da prova não é outra senão convencer o Juiz" (Busanello apud Welter, 2000, p. 76).

Citando ROENICK, tonifica mencionado magistrado:

"há uma tendência, hoje, no processo moderno, de ampliar os poderes do Juiz, ou seja, de simples diretor ou condutor do processo (sistema dispositivo), assumir, também, um caráter investigatório e, com isso, partir para uma atuação mais firme e direta no que diz com o esclarecimento da verdade dos fatos controvertidos. O Juiz moderno, realmente, não pode ser Juiz inerte, o Juiz espectador, o Juiz-Diretor, o Juiz ditador, etc., mas, sim, o Magistrado preocupado com o esclarecimento dos fatos, atingindo, com isso, tanto quanto possível, a verdade real, mas sempre respeitando o direito de defesa das partes ou, em outras palavras, o devido processo legal".

Em sede jurisprudencial, diversos acórdãos corroboram este entendimento no sentido de que no processo civil moderno, as ações que envolvam direitos indisponíveis, reclamam exaurimento de providência para avizinhar-se da verdade real, de sorte que o magistrado deve deixar de ser mero expectador inerte a disputa travada entre as partes. Colecionamos alguns julgados:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PROVA TESTEMUNHAL
 PRECÁRIA – PROVA GENÉTICA – DNA – NATUREZA DA DEMANDA
 – AÇÃO DE ESTADO – BUSCA DA VERDADE REAL – PRECLUSÃO –
 INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – INCORRÊNCIA PARA O JUIZ –
 PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO – CERCEAMENTO DE
 DEFESA – ART. 130, CPC – CARACTERIZAÇÃO – RECURSO
 PROVIDO – I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes
 razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja
 diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de
 estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em
 estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa
 desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. II – Além das
 questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos

processuais, a cujo respeito há imunização legal (CPC, art. 167, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. III – Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária. IV – No campo probatório a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais a busca da verdade real. V – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte a batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção ativa, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. VI – N fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. (STJ – Resp 192.681 PR – 4º T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 24.03.2003).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PROVA – INSTRUÇÃO DEFICIENTE – AÇÃO DE ESTADO – Embora decorridos sete anos, a fase cognitiva mostra-se de pobreza franciscana, tendo o processo sido conduzido de forma regular, mas burocraticamente. **Imperioso que o julgador determine de ofício as providências indispensáveis ao cabal esclarecimento dos fatos, atento ao que dispõem os arts. 130 e 418 do Código de Processo Civil** e, principalmente, aguarde a intimação efetiva do réu para a coleta de material para o exame hematológico. Há elementos que sugerem recusa imotivada do réu em submeter-se ao exame pericial e que procurou ele **obscurecer a verdade real**, constituindo-se em elemento indicativo da paternidade, capaz de agasalhar o deferimento da obrigação alimentar provisória. Sentença desconstituída e instrução reaberta, tendo em vista que se trata de ação de estado e não se está a buscar um pai, mas o pai. Recurso provido. (TJRS – AC 599.291.275 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – DOERS 20.08.199908.20.1999)

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – RECONHECITO ANTERIOR – PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL – INDEFERIMENTO DA INICIAL- SENTENÇA CASSADA – 1. O reconhecimento anterior da paternidade não obsta o ajuizamento da ação negatória, uma vez que, hodiernamente, **prevalece o sentido de busca da verdade rela em tais hipóteses, valendo-se o juiz das inovações tecnológicas que permitem solucionar com segurança a controvérsia**. Sendo assim, deve ser cassada a sentença que indeferiu a inicial, por impossibilidade jurídica do pedido. 2. Recurso Provido (TJDF – AC 2003.07.1.0014481-3 – (1999501) 4º t. Rel Des. Cruz Macedo – DJU 30.09.2004)

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PENSÃO ALIMENTÍCIA – EXAME DE DNA – Impõe-se envidar todos os esforços para realização de exame de DNA, devido ao grau de certeza que o mesmo é capaz de fornecer. Assim, cabe ao juízo de origem oportunizar a referida prova genética, em busca da verdade real dos fatos. Apelo conhecido e provido. (TJGO – AC 59.968-3/188 – (200101222534) – 2ª T. – Rel. Des. Air Borges de Almeida – J. 29.11.200111.29.2001)

No sistema jurídico contemporâneo, reiteradamente encontramos casos em que se tem dado maior importância aos princípios, demonstrando, com isto, a desnecessidade do judiciário decidir baseado exclusivamente na letra da lei.

Essa exigência já foi inclusive reconhecida em acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, transcrita abaixo:

O magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com disposições legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao magistrado, quando estabelece que na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos de seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significa um primeiro passo para uma injustiça (STJ, 4º Turma. Resp. nº 299/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.08.89. v.u.).

Incumbe ao Judiciário apreciar toda alegação de injustiça apreciar toda alegação de injustiça, evitando que esta se perpetue. Nem mesmo a coisa julgada deve deter a busca pela justiça. Tanto é assim, que o próprio art. 125, inciso III do Código de Processo Civil, impõe o dever do magistrado prevenir e reprimir atos contrários à dignidade da justiça.

Partindo-se desta premissa, em todas as situações em que os valores fundamentais dos seres humanos estiverem sendo violados, refletindo uma flagrante injustiça, a segurança jurídica (representada pela coisa julgada), perderá o seu sentido, devendo ser relevada para que uma solução justa seja dada ao caso concreto.

Efetivar uma injustiça, inegavelmente ocasionará a não efetividade do processo, e conseqüentemente da tutela jurídica.

Como já salientamos no desenvolvimento deste trabalho, há fortes argumentos jurídicos contrários à tese relativizadora, como o defendido por Nelson Nery, que entende ser a coisa julgada um elemento formador do Estado Democrático de Direito e sem ela, não se pode garantir a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Enfatiza ainda (2004, p. 509) que *“desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, da esquerda e de direita,*

que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo”.

Para o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, se a interpretação da coisa julgada ocorreu ou não de forma justa ou injusta, nada tem a ver com a democracia e com o Estado Democrático de Direito, pelo contrário, é instrumento do totalitarismo de esquerda e de direita.

Adverte que mesmo que a doutrina defenda a tese de relativização da coisa julgada apenas para casos excepcionais, esta mitigação, uma vez aceita, será dilatada pela comunidade jurídica brasileira, de modo que *“amanhã poder-se-á ter como regra a não existência da coisa julgada, e como exceção, para os pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada”* (NERY JÚNIOR (2004, p. 510).

Este jurista vai ainda mais longe ao comparar o Estado Democrático de Direito com a ditadura totalitária no nacional-facismo, no qual, nem mesmo os nazistas ousaram desconsiderar da coisa julgada, apenas criaram uma nova causa de rescindibilidade da sentença de mérito para desconstituí-la, de sorte que é inadmissível prestigiar a inversão de valores, em detrimento do Estado Democrático de Direito.

Ressalta ainda NERY JÚNIOR (2004, p.510):

No Brasil, que é república fundada no Estado Democrático de Direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele acha que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é um instrumento da democracia e não o seu algoz.

E arremata (2004, p. 511) que:

...o estado democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente, por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença justa (sob o ponto de vista do *Fiihrer* e do *Reich* alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente os alemães, de modo que os atuais sistema constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e a teologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do Estado Democrático de Direito.

Ao lado de Nelson Nery Júnior, o ilustre Araken de Assis também acredita que uma vez possibilitada a relativização, todas as partes utilizarão indiscriminadamente, sob o pretexto de observar princípios constitucionais, marcados pela indiscutibilidade da decisão judicial, enfatizando que:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento jurisdicional, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da CF. (ASSIS, 2002, p.12).

A preocupação deste autor reside no fato de que a possibilidade de êxito no intuito revisionista, sem as travas da rescisória, multiplicará os litígios, tudo, naturalmente, justificado pelo respeito à Constituição, mostrando-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e hierarquia judiciária.

Com este entendimento, acrescenta ainda que:

...Ademais os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou aquele princípio constitucional. Para combater semelhante desserviço à Nação, urge a intervenção do legislador, como o fito de estabelecer, previamente, as situações em que a eficácia da coisa julgada não opera na desejável e natural extensão e o remédio adequado para retrata-la... (ASSIS, 2002, p. 12)

Por tudo isto, denota-se que, mormente os reflexos favoráveis da doutrina e jurisprudência, há fortes argumentos jurídicos que advogam a tese contrária, razão pela qual, atualmente, uma das maiores preocupações da moderna doutrina processual, reside na necessidade de adequar o instituto da coisa julgada à realidade fática – jurídica do sistema como um todo.

5.SOLUÇÕES SUSCITADAS PELA DOCTRINA

5.1 DOS MECANISMOS PROCESSUAIS APRESENTADOS PELA DOCTRINA FAVORÁVEL

Uma das maiores preocupações dos defensores da relativização da coisa julgada é exatamente quanto à via processual adequada ao afastamento da coisa julgada, ou seja, quais os instrumentos jurídicos aptos à impugnação das causas já acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Essencialmente, vale ressaltar que a matéria ainda demanda vasta discussão, que certamente com um minucioso estudo doutrinário e com soluções apresentadas pela jurisprudência, se chegará a um consenso quanto ao caminho mais adequado a infringência da coisa julgada, sem que, para tanto, venha a ferir a sistemática processual e constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Via de regra, os defensores propõem que o caminho adequado para suscitar a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado é por intermédio da ação rescisória, de modo que se faz imperioso um abrandamento nas hipóteses de cabimento, que não teriam o prazo decadencial de dois anos, sob o argumento de que sendo o julgado contrário a Carta Maior, o mesmo pode ser modificado a qualquer momento e perante qualquer tribunal.

Assim, precisos são os ensinamentos de DINAMARCO (2003, p. 34/35):

Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contém – ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento da outra etc.

Desta forma, a solução para uma temperada fórmula de pacificação jurídica estaria na ampliação das hipóteses de cabimento da demanda de cunho rescisório, na dilação do prazo decadencial para a interposição destas hipóteses, na supressão de prazos para os casos excepcionalíssimos, na resistência em embargos à execução e ainda com a propositura de demanda idêntica à anterior, desconsiderada a coisa julgada com alegação *incidenter tantum*.

Com este entendimento, segue as palavras do professor PORTO (2003, p. 31):

Assim, em tempos de reformas processuais, parece oportuna a revisão das hipóteses de cabimento da ação rescisória e, quiçá, até mesmo, o exame da vigência do prazo decadencial existente, observando, por derradeiro, que no plano criminal a revisão – irmã siamesa da rescisória – não goza desta limitação, em face da natureza do relevante direito posto em causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável.

Outro meio processual apto à invalidação das sentenças de mérito é a ação anulatória, excepcionalmente em hipóteses restritas, para a superação de decisões com vícios insanáveis, tal qual, por exemplo, a ausência de citação do réu, circunstância que enseja na tese da sobrevivência da *querela nulitatis*, de modo que *“imaginar diferentemente, no atual estado jurídico seria – no mínimo – violar a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), a qual é da essência do Estado Democrático de Direito”* (PORTO, 2003, p.30).

Importante trazer à baila a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 97.589-6, em que se tratando de uma sentença proferida sem citação do réu, a Suprema Corte admitiu que tal vício fosse sanado por meio de ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença. O referido acórdão resultou na seguinte ementa:

Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. 1. Para a hipótese prevista no artigo 471, I, do atual CPC – que é a falta ou nulidade de citação, havendo revelia – persiste, no direito brasileiro – a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível para essa hipótese. 2. Recurso Extraordinário conhecido, negando-se, porém, provimento. (STF – 1º Câmara. RE nº 97.589-6, 17.11.1982, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 3.6.1983).

Sendo assim, o vencido no processo em que se proferiu sentença inconstitucional já transitada em julgado, poderá valer-se da *querela nullitatis*, onde a questão principal a ser resolvida será, precisamente, a da inconstitucionalidade da sentença anteriormente proferida e transitada em julgado.

O Egrégio Tribunal de Justiça também tem se manifestado quanto a utilização de uma ação declaratória (logo, imprescritível) de nulidade absoluta, como se extrai do julgado abaixo:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece de vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, impõe-lhe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita aos prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode 'a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução. (STJ, Resp. nº 7.556/RO, 3º T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439.

E ainda, sempre admitiu esta Corte, o cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei posterior ao trânsito em julgado do acórdão. Ou seja, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita a ação rescisória ainda que na época da decisão rescindenda os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica determinada lei que o STF, mais tarde, declare ser inconstitucional, sendo afastada a aplicação da Súmula 343 do STF.

Convém trazer a baila o acórdão proferido na AR nº 870/PE:

Processo Civil – Ação Rescisória – Art. 485, V, do CPC. Declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, De preceito legal na qual se louvara o acórdão rescindendo.

Cabível a destituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que “deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Ação procedente. (AR nº 870/PE, 3º Séc., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13.03.2000, p.123)”.

Registre-se, outrossim, que a Media Provisória nº 2180/01, alterou o Código de Processo Civil, acrescentando o parágrafo único ao art. 741, em que tornou expresso a manifestação supra, ao explicitar a coisa julgada inconstitucional como hipótese de inexigibilidade do título judicial, nestes termos:

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

Destarte, com este dispositivo o direito brasileiro tornou norma expressa a possibilidade de controle de constitucionalidade da coisa julgada inconstitucional instituída nos moldes do exemplo supra mencionado. Note-se ainda que idêntica regra foi introduzida na CLT, em seu artigo 884, parágrafo 5º.

A questão da inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado pode ainda ser suscitada como questão prévia a ser resolvida *incidenter tantum*. É o caso, por exemplo, da investigação de paternidade julgada sem a realização do exame de DNA. Nada impede que após o trânsito em julgado da sentença declaratória de paternidade, aquele que foi declarado pai, proponha uma demanda negatória de paternidade, postulando a declaração de que ele não é pai do seu suposto filho, ocasião em que a questão da inconstitucionalidade da sentença anterior será apreciada como questão prévia ao mérito. Isto já vem sendo aceito pela jurisprudência ...

Por fim, não se deve olvidar que a solução pela mitigação é excepcional e só pode ser invocada em situações extraordinárias com o objetivo de afastar flagrantes injustiças, fraudes e infrações à Constituição Federal, de modo que a ineficácia da sentença inconstitucional transitada em julgado poderá ser reconhecida por qualquer meio idôneo capaz de permitir que essa questão seja suscitada em outro processo, como questão principal ou preliminar.

Nestes termos, a doutrina favorável adverte que não há necessidade de editar-se nenhuma lei adicional, já que os mecanismos aqui levantados são perfeitamente satisfatórios e não contrariam a ordem jurídica vigente.

5.2 PROPOSTA DE *LEGE FERENDA* LEVANTADA PELA DOUTRINA CONTRÁRIA

Por outro lado, a doutrina contrária a relativização, afirma que as hipóteses de abrandamento dos rigores da coisa julgada configuram elenco expresso e taxativo em lei (ação rescisória), de modo que, de *lege ferenda*, somente com a modificação da lei é que os rigores da coisa julgada poderão ser abrandados.

Para tanto, ilustra-se com o posicionamento de NERY JÚNIOR (2004, p.522):

Existindo casos específicos identificados pela doutrina, que mereçam tratamento diferenciado no que pertine à coisa julgada – por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventus probationis* -, somente com a modificação da lei, nela incluindo a hipótese de exceção, é que poderão ser abrandados os rigores da coisa julgada. Sem expressa disposição de lei regulamentando a situação, não se poderá desconsiderar a coisa julgada.

Este renomado jurista, acredita que a solução para eventual impasse deve ser buscada por um procedimento de afirmação positiva do sistema e não pela negação do sistema, como assim pretendem os desconsideracionistas da coisa julgada.

6. CONCLUSÃO

Afirmamos neste trabalho que o instituto da coisa julgada, expressão do princípio da segurança jurídica, exerce relevante função no ordenamento jurídico, uma vez que impede a indesejada perpetuação dos litígios, garantindo a estabilidade de segurança nas relações sociais. Por essa razão, por longa data, a coisa julgada foi encarada de forma dogmática, como absoluta.

Todavia, especialmente após o advento do Estado Democrático de Direito, os constitucionalistas passaram a perquirir qual a verdadeira função dos princípios nos diversos ordenamentos jurídicos. Como demonstrado neste trabalho, os princípios eram relegados a um segundo plano, aplicados apenas como fontes para supressão de lacunas existentes no direito positivo ou como meio interpretativo das regras contraditórias.

Após estes estudos, chegou-se a conclusão de que a nova era é marcada pelo Direito dos Princípios, de modo que estes possuem normatividade, encontrando-se em patamar superior ao das regras positivadas.

Demonstrou-se ainda que, por diversas vezes, os princípios revelam-se contraditórios, colidentes. Ante esta constatação, diversos estudiosos passaram a direcionar suas atenções com vistas à fixação de critérios para a resolução destas antinomias. Nesse mister, conclui-se que inexistem princípios de caráter absoluto, incontestável, indiscutível, de modo que é de suma importância sopesar estes princípios e valores para identificar qual deles deve prevalecer, valendo-se da incidência do critério da proporcionalidade.

Ademais, estas antinomias devem ser solucionadas segundo os interesses envolvidos no caso em particular, de modo que não há uma regra certa e determinada para todas as situações fáticas, ou seja, afastar a incidência de determinado princípio em determinado caso concreto não implica dizer que em outra demanda ele deverá ser igualmente afastado.

Demonstrou-se também ser perfeitamente razoável o entendimento segundo o qual a coisa julgada poder ser inquinada de inconstitucionalidade, já que, como demonstrado, a validade dos atos do Estado depende de sua consonância com a Constituição Federal, de modo que a coisa julgada deve prestar total obediência ao princípio da constitucionalidade.

Nestes termos, constatamos que, nos diversos casos analisados, o princípio da segurança jurídica entrou em choque com outros princípios de absoluta grandeza, tais como o da justiça e da legitimidade das decisões judiciais. Por óbvio, que estes últimos prevaleceram, haja vista que o moderno processo civil é lastreado pela garantia de acesso à justiça.

Ademais, em todas as hipóteses analisadas, procuramos confrontar os fundamentos jurídicos defendidos pelas duas correntes, a conservadora e a desconsideracionista.

Por fim, foram demonstrados os mecanismos processuais levantados pelos desconsideracionistas como adequados para o afastamento da coisa julgada. Em contrapartida, demonstrou-se a proposta de *lege ferenda*, apresentada pela corrente contrária.

O presente trabalho monográfico não buscou eliminar o instituto da coisa julgada, tendo presente sua indiscutível validade para o sistema processual brasileiro, nem tampouco enfraquecer o aspecto de definitividade das decisões judiciais transitadas em julgado.

Como afirmamos, a flexibilização da coisa julgada é aplicada apenas para as hipóteses excepcionais, já que o processo não pode ser tratado como frio método de compor litígios. Pelo contrário, este deve ser encarado como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, assegurando acima de tudo, a melhor e mais justa solução dos conflitos, segundo padrões éticos e os anseios gerais de justiça no meio social, razão pela qual, somos a favor da mitigação da coisa julgada.

Sendo assim, a fim de ser alcançado um ponto de equilíbrio entre os dois valores que entram em conflito – a segurança e a justiça -, a nosso ver, a ação rescisória continuaria a ser o meio mais adequado para a desconstituição da sentença transitada em julgado, nos moldes do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que, visando conciliar as duas teses (conservadora e desconsideracionista) acerca deste assunto, e ainda, para se evitar uma insegurança prejudicial à pacificação social, que, afinal de contas, é o escopo maior da jurisdição, somos favoráveis à apresentação de uma proposta de modificação legislativa.

Para tanto, acreditamos que se deveriam alargar as hipóteses de cabimento da rescisória, para abarcar todas hipóteses aqui analisadas. Além disso, se poderia atribuir efeito *ex nunc*, para as sentenças rescindidas, vale dizer, a sentença de mérito transitada em julgado que ofendesse a Constituição deixaria de produzir seus efeitos a partir de sua rescisão, e só excepcionalmente retroagiria a data da prolação da sentença.

Ademais, pretendendo complementar o sistema, poder-se-ia estabelecer que, quando a ação rescisória estivesse fundada em violação a norma constitucional, o direito à rescisão não estaria sujeito ao prazo decadencial de dois anos, de sorte que poderia ser exercido a qualquer tempo.

Assim, acreditamos que não resultara a insegurança geral, como dizem os conservadores, de modo que continuaria somente para os casos excepcionais, como regra de exceção, nos moldes do que hoje ocorre.

No que pertine a ação de investigação de paternidade, somos favoráveis à rescisão, de forma que, nos termos aqui propugnados não estaríamos banalizando o instituto da coisa julgada.

Por fim, enquanto esta proposta não se efetive, incumbe aos magistrados, diante de cada caso concreto, verificar qual a natureza e caráter do princípio prejudicado com a manutenção dos efeitos do caso julgado, a fim de que, valendo-se do critério da proporcionalidade e balizado na idéia suprema de justiça, decida qual deles deva prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE ROCHA, José de. **Teoria Geral do Processo**. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AMARAL SANTOS. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil**. 3º vol. 18º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4º vol. 1º ed. São Paulo: Forense, 1976.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4º ed. Rer. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

ASSIS, Araken de. **Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional**. Revista Jurídica. N.º 301. Porto Alegre: Notadez Informações Ltda., 2002.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema Processual Civil Brasileiro**, in Temas de Direito Processual Civil. 1º série. 2º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. **Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada**. In Temas de Direito Processual Civil. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. Revista dos Tribunais. Vol. 416. Ano 59. São Paulo: RT, 1970.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra Coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização)**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 1998.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, 1 v.

CRUZ, José Aparecido da. **Averiguação e Investigação de Paternidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DA COSTA, M.C. O princípio da proporcionalidade na relativização da coisa julgada inconstitucional. Natal, 2004. Disponível em:
<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5089> Acesso em 20. nov. 2004.

DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional**, 23^o ed. ver. e at. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 3 v.

DA SILVA, ° B. **Curso de Processo Civil**. 5^o ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1 v.

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais**. Revista do Processo. N. 103. São Paulo: RT, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 1. Editora Síntese, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Relativizar a Coisa Julgada Material**. Revista de Processo. N^o 109. São Paulo: RT, 2003.]

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3^o vol. 2^o ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **A nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

ESPÍNDOLA, R. S. Conceito de Princípios Constitucionais, 2º ed. ver. at. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FACULDADES INTEGRADAS ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO.
Normatização de Apresentação de Monografias e Trabalhos de Conclusão de Curso. Presidente Prudente, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. **Revista Brasileira de Direito de Família.** São Paulo, n.º 13, 2002, CD-ROM, produzido por Sonopress Rimo.

FREDERICO MARQUES, José. **Manual de Direito Processual Civil.** 3º vol. 2º ed. Atualizada. São Paulo: Millennium Editora, 1998.

GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, n.º 02, 1993.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 2º vol. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LACERDA DANTAS, Francisco Wildo. **Considerações sobre a Desconstituição e a Relativização da Coisa Julgada.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nº 28. Ano V. Porto Alegre: Síntese, 2004.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Tradução de Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, George Marmelstein. **As Funções dos Princípios Constitucionais.** Disponível em : <<http://www.jus.com.br/> Acessado em: 10.12.02.

MARIONI, Luis Guilherme; ARENHART, S. C. Manual de processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). Revista Jurídica. Nº 317. Ano 52. Porto Alegre: Notadez Informações Ltda, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed., Campinas: Millennium, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 6 ed., Coimbra: Coimbra, 1997, tomo I.

_____. Contributo para uma Teoria de Inconstitucional. REIMP., Coimbra Ed., 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo V.

_____. Tratado da Ação Rescisória. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual Civil**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11 ed., São Paulo: Forense, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Teoria Geral dos Recursos. 6º ed. atualizada, ampliada e reformulada. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. Teoria da Coisa Julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PONTES, H. C. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 51, n.º 304, p. 23-31, fev. 2003.

_____. **Coisa Julgada Cível**. 2 ed., Porto Alegre: Aide, 1998.

_____. Classificação das Ações, Sentenças e Coisa Julgada. RJ, n. 2003, set. 1994.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da Moralidade Institucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 1997, 3 v.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Relativização da Coisa Julgada**. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, nov. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para o seu Controle**. Revista dos Tribunais. Nº 794. São Paulo: RT, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da Prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícitas – Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (DNA)**. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.º 3, 1999.

TOLEDO BARROS, Suzana de. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

TUCCI, Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, n.º 19, p. 10, 1998.

_____. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. **Coisa Julgada Material. Paternidade. Produção de Provas**. **Juris Síntese**, Porto Alegre, n.º 25, 2000.