

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ASPECTOS SOBRE A IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA

Antonio César Camargo Jardim

Presidente Prudente/SP

2006

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ASPECTOS SOBRE A IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA

Antonio César Camargo Jardim

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Paulo Eduardo D’arce Pinheiro.

Presidente Prudente/SP

2006

ASPECTOS SOBRE A IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA

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

Paulo Eduardo D'arce Pinheiro

Tito Lívio Seabra

Silas Silva Santos

Presidente Prudente, 27 de Novembro de 2006.

Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire.

Giuseppe Chiovenda

La osservanza del diritto processuale nel processo è dunque il mezzo preordinato al fine di ristabilire fuori del processo l'osservanza del diritto sostanziale.

Piero Calamandrei

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me proporcionado perseverança e serenidade para alcançar meus objetivos ao longo da vida, cuja obtenção do título de Bacharel em Direito é um deles.

À minha mãe Terel, pelo amor sempre dedicado e pelos ensinamentos de que apenas o caminho da honestidade e da retidão pode conduzir uma pessoa à felicidade, lições que pretendo seguir ao longo da minha vida profissional.

Ao meu pai Antonio, exemplo na vida profissional, por ter me mostrado que apenas através de muito trabalho é possível colher bons frutos na vida. Aos meus irmãos Fernando e Eduardo, pelo carinho sempre dedicado.

À minha tia Márcia, grande amiga e incentivadora, pelos conselhos dados ao longo da faculdade.

À marcela, pelo carinho, amor e paciência nos momentos de elaboração deste trabalho.

Não poderia deixar de registrar meus agradecimentos ao meu orientador Dr. Paulo, grande mestre com quem tive a oportunidade de estudar, pela paciência e inestimável auxílio na condução do trabalho, sem os quais, com toda certeza, não seria possível concluir esta pesquisa.

Aos examinadores Dr. Silas e Dr. Tito, profissionais que tenho grande admiração, por terem aceitado prontamente o convite para compor a banca examinadora de defesa da monografia.

Aos colegas de estágio Élisson, Deminis e Camila. Ao Dr. Luís Roberto Gomes com quem tive a oportunidade de fazer estágio e aprender como se deve comportar um profissional do direito comprometido com a justiça.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma colaboraram com a minha formação acadêmica e elaboração deste trabalho. Apresento, desde já, minhas escusas pelas falhas porventura existentes, colocando-me a disposição para saná-las.

RESUMO

A presente pesquisa tem o propósito de estudar o instituto da coisa julgada no processo civil individual, como instrumento processual apto a proporcionar estabilidade aos pronunciamentos definitivos do Estado-juiz. Inicia-se analisando o instituto da coisa julgada à luz do texto constitucional, a fim de traçar a importância do instituto no sistema jurídico. Após, traça-se os precedentes históricos e a evolução da coisa julgada no decorrer dos tempos até os dias atuais, onde reina divergência doutrinária a respeito da conceituação do instituto. Analisa-se como o instituto está regulamentado no Código de Processo Civil, suas espécies, limites e quais os pronunciamentos jurisdicionais são aptos a produzir a imutabilidade ínsita à coisa julgada material. Estudam-se os instrumentos processuais impugnativos da *res judicata* e quais os vícios processuais ensejam a utilização dos instrumentos processuais analisados. Após, busca-se perquirir a respeito da viabilidade de flexibilização pontual da coisa julgada, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como forma de resguardar um acesso adequado e efetivo à justiça, nos termos da garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, analisando as posições doutrinárias a respeito, o que permitiu, ao final, tomar uma posição acerca do tema.

Palavras-Chave: Segurança Jurídica; Coisa Julgada; Relativização; Princípio da Proporcionalidade;

ABSTRACT

The present research has the objective to study the institute of the judged thing in the individual civil lawsuit, as a proceeding instrument able to give stability to the definite announcements of the judged State. It's begun by analyzing the institute of the judged thing According to the constitutional text, in order to plot the importance of the institute in the legal system, After, it's plotted the previous historic and the evolution of the institute along the time until nowadays, where there is a doctrinaire difference related to the reputation of the institute. It's analyzed how the institute is regulated in the Civil Lawsuit Code, its species, limits and which the jurisdictional pronouncements are able to produce the immutability imposed to the material judged thing. It's studied the opposite lawsuits instruments of the *res judicata* and which the lawsuits addictions use the analyzed lawsuits instruments. After, it's looked for analysing related to the viability of punctual flexibility of the judged thing, according to the principles of the proportionality and the reasonability, as a way of guarding an adequate and effective access to justice, in terms of constitutional guarantee predicted in the article 5TH, XXXV, of the Federal Constitution, analyzing the doctrinaire positions, what permitted, in the end, to take a position according to the theme.

Key Words: juridical security; judged thing; relativity; principle of proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. COISA JULGADA E CONSTITUIÇÃO.....	13
1.1 O Princípio da Segurança Jurídica.....	13
1.2. Interpretação do Artigo 5º XXXVI CF: Consagração da Coisa Julgada ou Regra de Direito Intertemporal?.....	17
1.3. O Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional.....	22
2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA.....	26
2.1. Fundamentos Jurídicos da Coisa Julgada.....	26
2.1.1 – Teoria da presunção de verdade.....	26
2.1.2 – Teoria da ficção da verdade.....	27
2.1.3 - Teoria da força legal da sentença.....	28
2.1.4 – Teoria da eficácia da declaração.....	29
2.1.5 – Teoria da extinção da obrigação jurisdicional.....	30
2.1.6 – Teoria da vontade do estado.....	31
2.1.7 – Teoria de Carnelutti.....	32
2.1.8 – Teoria de Liebman.....	33
2.1.9 – Ponderações de José Carlos Barbosa Moreira.....	35
2.2. Fundamentos Políticos da Coisa Julgada.....	37
3. A COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	39
3.1. Considerações Iniciais.....	39
3.2 Preclusão, Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material.....	41
3.3 Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada.....	46
3.4. As Espécies de Cognição e a Coisa Julgada.....	51
3.5 Pronunciamentos em que não há Coisa Julgada Material.....	54

4. INSTRUMENTOS IMPUGNATIVOS DA COISA JULGADA.....	58
4.1 Considerações preliminares.....	58
4.2 Pressupostos de Existência e Validade do Processo.....	59
4.2.1 Demanda / regularidade da petição inicial.....	60
4.2.2 Jurisdição / juízo competente e juiz imparcial.....	63
4.2.3 Citação.....	65
4.2.4 Capacidade postulatória / capacidade processual.....	66
4.3 Pressupostos Processuais Negativos.....	69
4.4 As Condições da Ação.....	70
4.5 Das Sentenças que não Transitam em Julgado.....	72
5. A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	77
5.1 Considerações iniciais.....	77
5.2 Críticas à Flexibilização da Coisa Julgada.....	79
5.3 Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.....	85
5.4 Dos Casos em que a Jurisprudência admitiu a Flexibilização da Coisa Julgada.....	92
a) A coisa julgada e a moralidade na administração pública.....	92
b) A coisa julgada e a garantia do justo valor.....	94
c) A coisa julgada e a dignidade da pessoa humana.....	97
6. CONCLUSÃO.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108

INTRODUÇÃO

Dentre os vários institutos processuais concebidos na fase autonomista do processo, época em que vigorava um processo extremamente formalista e insensível às necessidades da coletividade, a coisa julgada é um dos institutos que mais vêm sofrendo transformações nos tempos modernos, ante a necessidade de o processo atuar como instrumento de efetivação de direitos e garantias aos litigantes.

Com isso, foi preciso remodelar o instituto no âmbito do processo coletivo, com a instituição da coisa julgada *secundum eventum litis*, prevista no artigo 16 da Lei 7347/85 e artigo 103, §3º, da Lei 8.078/90, para compatibilizar o processo coletivo com as garantias constitucionais previstas na Lei Maior.

Nessa ordem de idéias, modernamente vem se difundindo a idéia em parte da doutrina, no sentido de que a segurança jurídica alcançada com a coisa julgada material não deve ser tida como intocável no sistema, mormente quando colidir com garantias fundamentais que no caso concreto, mostram-se mais importantes do que a própria segurança jurídica.

Nessa linha, tem se entendido que a coisa julgada não pode imunizar *ad aeternum* decisões manifestamente injustas, absurdamente lesivas ou contrárias à realidade, pois, nesses casos, o Estado-juiz não estará prestando uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, como garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Lei Fundamental.

Contudo, há que se ressaltar que o tema não é tranqüilo. Muito pelo contrário, o estudo acerca da viabilidade de flexibilização da coisa julgada é atualmente um dos temas mais polêmicos na doutrina, uma vez que quando a idéia de mitigação da coisa julgada começou a se difundir na doutrina e na jurisprudência, ergueram-se vozes fervorosas defendendo que a positivação da tese de flexibilização da coisa julgada, nos moldes como está sendo defendida, resultaria na extirpação da coisa julgada do sistema, tornando os pronunciamentos sempre passíveis de revisão, o que traria sérios inconvenientes para a vida em sociedade, uma vez que a segurança

jurídica é pressuposto indispensável para o desenvolvimento econômico, cultural e social.

Nesse contexto, em meio deste grande dissenso doutrinário é que a presente pesquisa buscará verificar se no ordenamento jurídico pátrio é possível e viável a quebra pontual da coisa julgada, ou se, não obstante a injustiça de uma decisão, jamais um pronunciamento imunizado pela coisa julgada material poderá ser revisto.

No primeiro capítulo, estudaremos o instituto da coisa julgada à luz da Constituição Federal, discorrendo a respeito da segurança jurídica como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, que se manifesta em vários institutos do processo civil, dentre os quais, a coisa julgada material. Após, buscaremos definir se o instituto da coisa julgada é consagrado a nível constitucional, consignando as opiniões doutrinárias a respeito e, logo após, analisaremos o conteúdo da garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante aos litigantes, não um acesso formal ao Poder Judiciário, mas um acesso à ordem jurídica justa.

No segundo capítulo, traçaremos os aspectos históricos do instituto, analisando as várias teorias que buscaram conceituar a coisa julgada no decorrer dos tempos até a teoria de Liebman agasalhada pelo Código de Processo Civil pátrio, mas sem olvidar as críticas de José Carlos Barbosa Moreira à conceituação proposta pelo jurista italiano.

No terceiro capítulo, buscaremos estudar como a coisa julgada está regulamentada na sistemática processual vigente, analisando os institutos da preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material, seus limites, bem como os pronunciamentos jurisdicionais que não são aptos a produzir a imutabilidade lograda com a coisa julgada panprocessual.

Já o quarto capítulo da pesquisa é dedicado aos instrumentos impugnativos típicos da coisa julgada, ou mais precisamente, buscaremos estudar quando o sistema abre a possibilidade de ser manejada a ação declaratória de inexistência e a ação rescisória, consignando as limitações dos institutos, que no mais das vezes não abrem a possibilidade de revisão de sentenças que afrontam direitos e garantias de destaque no ordenamento jurídico.

Por derradeiro, o quinto capítulo buscará tratar especificamente da possibilidade de flexibilização da coisa julgada, analisando-se as principais críticas e óbices apontados pela doutrina para a positivação da tese de mitigação da coisa julgada. Após, buscaremos discorrer acerca dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, como princípios norteadores da árdua tarefa de se perquirir quando a coisa julgada deve ceder lugar a direitos de maior importância no ordenamento jurídico.

Finalizando o estudo, verificaremos as hipóteses em que a jurisprudência dos Tribunais superiores admitiu a mitigação da coisa julgada, o que demonstra a atualidade e relevância do tema, uma vez que a jurisprudência tem admitido em casos pontuais a desconsideração da coisa julgada quando a segurança jurídica colide com garantias de grande importância no ordenamento.

Buscaremos, na medida do possível, não olvidar das recentes alterações legislativas, principalmente da Lei 11.232/05, que extinguiu a clássica dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, regulamentando o incidente de cumprimento das sentenças.

1. COISA JULGADA E CONSTITUIÇÃO.

1.1 O Princípio da Segurança Jurídica.

O princípio da segurança jurídica foi concebido como forma de garantir a estabilidade nas relações sociais. Embora não consagrado de forma expressa nos textos constitucionais modernos, constitui, inquestionavelmente, uma das garantias fundamentais de maior importância.

Sobre o tema, colacionamos as lições de Luís Roberto Barroso (2001, p. 62):

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem: a) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; b) a confiança nos atos do poder público, que deverão reger-se pela boa fé e pela razoabilidade; c) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; d) a previsibilidade dos comportamentos, tanto aos que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

O princípio da segurança jurídica constitui, em última análise, um princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, ou seja, decorre da opção política do poder constituinte originário que, ao instituir um Estado de Direito, estará instituindo de forma reflexa o princípio da segurança jurídica, eis que limitador da soberania do Estado frente aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido prescreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 110):

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.

Registre-se que tanto as esferas administrativa, legislativa e judiciária encontram-se limitadas pelo princípio da segurança jurídica. Nessa linha, são precisas as lições de José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 225):

Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial (...). As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.

Dessa forma, o princípio da segurança jurídica está intimamente ligado com o instituto da coisa julgada, uma vez que no campo da atividade jurisdicional, a segurança jurídica é alcançada com a imutabilidade do pronunciamento jurisdicional, o que se dá com a coisa julgada material estabilizando a relação jurídica levada ao crivo do Poder Judiciário.

Com isso, o artigo 5º XXXVI da Carta Constitucional, ao instituir que “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” consagra de forma implícita no âmbito da atividade jurisdicional, o princípio da segurança jurídica.

Com efeito, no campo do direito processual civil, o princípio da segurança jurídica se manifesta em vários de seus institutos, podendo-se afirmar que o Estatuto Processual Civil pátrio adota um modelo processual extremamente rígido como forma de prestigiar o princípio em estudo.

Assim, após a citação, o autor só pode alterar o pedido com o consentimento do réu, mas, uma vez saneado o processo, dá-se a estabilização da demanda, não podendo o pedido ser alterado, ainda que com a aquiescência da parte adversa. Além disso, com a citação e apresentação da resposta, o autor só pode desistir do processo com a concordância da parte contrária.¹

¹ Vide artigos 264 e 267, §4,º CPC. Não se deve confundir desistência do processo com renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. Neste caso, há resolução de mérito, por força do artigo 269, V, CPC, o que implica formação da coisa julgada material, enquanto na primeira hipótese, dá-se a extinção do processo, mas sem julgamento de mérito, *ex vi* do artigo 267, VIII, do CPC.

No mesmo sentido, no decorrer do procedimento a lei institui vias preclusivas, a fim de que não se renovem discussões acerca de matérias já debatidas e decididas, fazendo incidir a coisa julgada formal para a sentença terminativa não passível de recurso, tornando a decisão imutável na mesma relação processual em que foi proferida, e a coisa julgada material para a sentença de mérito irrecorrível, hipótese em que a atividade jurisdicional estará cumprindo sua função de pôr fim ao conflito de interesses levado à apreciação do Estado-juiz, concedendo tutela jurisdicional à parte que tem a sua pretensão assegurada pelo direito substancial.

Destarte, toda a atividade jurisdicional está voltada para a justa composição da lide,² uma vez que, julgado definitivamente o mérito, opera-se a coisa julgada material, alcançando-se a segurança jurídica e a pacificação social, o que constitui o escopo final da jurisdição.

Com efeito, buscar-se-á perquirir no presente estudo, se o princípio da segurança jurídica, por ser garantidor da estabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais deve, incondicionalmente, obstar o controle de pronunciamentos que desrespeitem garantias constitucionais de maior importância, ou se, de outra forma, seria razoável mitigar em casos pontuais os rigores da *res judicata* como forma de proporcionar um acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Nessa linha, são cristalinas as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p.175):

Paulatinamente vem sendo dada, nos sistemas jurídicos contemporâneos, maior importância aos princípios, justamente como alternativa ao abandono da exigência no sentido de que o juiz tenha que decidir com base estrita e exclusivamente na letra da lei. Assim, entende-se que se trata de postura fruto da necessidade do balanceamento ou do equilíbrio de dois valores, justiça e segurança, já que é resultado da necessidade de que se abra mão, em parte, de soluções que têm em vista prestigiar o valor segurança, para se optar por outros caminhos que levam a obtenção de decisões tidas por mais “justas”.

² Na clássica definição de Carnelutti, lide consiste no conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Consoante a exposição de motivos do CPC, a expressão lide, para efeitos de interpretação do Código, equivale a mérito.

Com isso, a tendência de “relativização da coisa julgada”³ não representa um desrespeito ao princípio da segurança jurídica. Pelo contrário, busca-se fixar sua importância no sistema jurídico-constitucional, mas sem lhe conceder importância maior do que as demais garantias fundamentais previstas na CF.

Nesse contexto, os princípios devem ter convivência harmônica no ordenamento, havendo entre eles, conforme o caso concreto, uma relação de precedência condicionada, ou seja, havendo conflito entre valores constitucionalmente assegurados, através da ponderação de valores, deve-se buscar para aquele determinado caso concreto, qual das garantias deve prevalecer, o que não significa que em todo e qualquer caso o mesmo princípio irá prevalecer.

Sobre o tema, eis as palavras de Robert Alexy⁴ (2002, p. 89):

Quando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em el principios desplazado haya que introducir uma cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decidir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com maior peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo em la dimensión de la validez; la colisión de principios – como solo pueden entrar em colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, em la dimensión del peso.

³ José Carlos Barbosa Moreira (2005) adverte que a terminologia ‘relativização’ da coisa julgada não é apropriada, posto que “quando se afirma que algo deve ser relativizado, logicamente se dá a entender que está se enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo. Ora, até a mais artificial mirada ao ordenamento jurídico mostra que está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí no campo cível a ação rescisória, e, no penal, a revisão criminal, destinadas, ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada”.

⁴ “Quando dois principios entran em colisão – tal como é o caso quando segundo um principio algo está proibido e, segundo outro, está permitido – um dos dois principios tem que ceder perante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o principio desprezado, nem que mesmo tenha que introducir uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que, ante certas circunstâncias, um dos principios prevalece ao outro. Em outras circunstâncias, a questão da precedencia pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os principios têm diferente peso e que prevalece o principio com maior peso. Os conflitos entre regras se resolvem na dimensão da validez; na colisão de principios – como só podem entrar em colisão principios válidos – tem lugar, mais que a dimensão da validez, a dimensão do peso”.

Destarte, não se pode conceder caráter absoluto à segurança jurídica. Há, inexoravelmente, a necessidade de buscar sistematizar as hipóteses em que o sistema jurídico deve permitir a atenuação da *auctoritas rei judicatae*, como forma de preservar direitos de maior importância no ordenamento, evitando-se que as hipóteses de quebra atípica da coisa julgada “caiam no arbítrio, no capricho ou no uso meramente retórico e até oportunista da idéia de relatividade da coisa julgada” (TALAMINI, 2005).

1.2. Interpretação do Artigo 5º XXXVI CF: Consagração da Coisa Julgada ou Regra de Direito Intertemporal?

Duas são as orientações doutrinárias a respeito da natureza jurídica do artigo 5º XXXVI da Carta Magna. De um lado, defende parcela da doutrina que o dispositivo constitucional sobredito constitui a consagração a nível constitucional do instituto da coisa julgada, constituindo uma das garantias fundamentais, por estar elencada no rol do artigo 5º da *Lex Fundamentale*.

Com isso, defende-se que o instituto da coisa julgada não pode ser suprimido nem mesmo pelo poder constituinte derivado, ou seja, por intermédio de emendas constitucionais por constituir cláusula pétrea no ordenamento, *ex vi* do artigo 60 §4º da Constituição Federal.

Eduardo Talamini (2005, p.50) elenca as razões para se conferir status constitucional ao instituto da *res judicata*, *in verbis*:

Não há como deixar de conferir relevância constitucional à coisa julgada, estando ela – como está – tutelada em dispositivo constitucional. É impossível dar ao inciso XXXVI do artigo 5º estrito significado de mecanismo meramente instrumental à garantia de irretroatividade das leis. Mesmo se fosse possível dizer que o teor literal do dispositivo se restringe a isso (e não se restringe – como se vê adiante), haveria de se aplicar a máxima de hermenêutica jurídica pela qual as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva. Além disso, basta comparar a disposição com outras contidas no próprio artigo 5º da Constituição: o

inciso XXXV prevê apenas que a lei não excluirá o acesso à justiça – e no entanto ninguém duvida que a garantia que ali é consagrada vai muito além disso, impondo a qualquer aplicador do direito o respeito a todas as derivações extraíveis da inafastabilidade da tutela jurisdicional; o *caput* do artigo 5º refere-se apenas à igualdade “perante a lei”, mas reconhece-se facilmente a incidência do princípio da isonomia em todo e qualquer momento da aplicação do direito. Tal como nesses casos, a coisa julgada não é mencionada como simples limite, baliza da atividade legislativa.⁵

Nessa esteira, ainda que se entenda que a *mens legis* do inciso XXXVI do artigo 5º da Lei Fundamental foi no sentido de consagrar o instituto da coisa julgada como uma das garantias fundamentais, é possível defender a sua mitigação em casos pontuais, em razão da característica da relatividade das garantias constitucionais, havendo a possibilidade de flexibilização da segurança jurídica, como forma de prestigiar direitos de maior importância consagrados na Constituição Federal.

Com efeito, o entendimento de que a coisa julgada constitui uma das garantias fundamentais implica defender que não é possível flexibilizar os rigores da coisa julgada através da via legislativa, sob pena de inconstitucionalidade do ato normativo infraconstitucional, podendo a “relativização” da coisa julgada se dar exclusivamente pela evolução jurisprudencial, através da ponderação de valores entre os princípios constitucionais, ou seja, através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De outra banda, parcela da doutrina entende que a regra do artigo 5º XXXVI da C.F. constitui, nos exatos termos da dicção legal, uma regra de direito intertemporal, por intermédio da qual o constituinte limita a atividade do legislador que não pode instituir leis com efeito *ex tunc* para alcançar relações jurídicas pretéritas já estabilizadas, preservando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

⁵ O autor conclui a exposição afirmando que embora a coisa julgada tenha status constitucional, cabe à legislação ordinária definir seus contornos jurídicos, não podendo apenas o legislador aboli-la do sistema, uma vez que o constituinte adotou no sistema jurídico-constitucional referido instituto. Contudo, nos parece que reconhecer nível constitucional à coisa julgada implica, necessariamente, reconhecer seu status de garantia fundamental, que por ser cláusula pétrea, nos termos do artigo 60 §4º CF, não pode apenas ser abolida do sistema, mas não pode também ser restringida, eis que o rol dos direitos e garantias fundamentais pode ser ampliado, mas nunca restringido, segundo a moderna doutrina constitucionalista.

Nesse sentido é a orientação de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2004, p.42)⁶:

A Constituição Federal de 1988, ao contrário da Portuguesa, não se preocupou em dispensar tratamento constitucional à coisa julgada em si. Muito menos quanto aos aspectos envolvendo sua inconstitucionalidade. Apenas alude à coisa julgada em seu artigo 5º XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova. Ou seja, “a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

Com efeito, a regra do artigo 5º XXXVI, CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de “sobre direito”, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao poder legiferante ‘prejudicar a coisa julgada’. E esta a única regra sobre a coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

Nessa linha de raciocínio, com a técnica que lhe é peculiar Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 244) esclarece:

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

Nesse sentido, defendemos neste estudo que o princípio da segurança jurídica tem foro constitucional, mas trata-se de uma garantia constitucional implícita, eis que a Carta Magna instituiu um Estado Democrático de Direito, de forma que a coisa julgada não pode ser abolida do sistema, ainda que com efeito *ex nunc*.

⁶ No mesmo sentido, DELGADO, José Augusto, *in* Coisa Julgada Inconstitucional, 2004, p. 34 e ss.

Contudo, no que diz respeito ao artigo 5º XXXVI da Constituição Federal, não foi a intenção do constituinte originário consagrar o instituto da coisa julgada a nível constitucional, mas apenas limitar a atividade legislativa que não pode instituir leis retroativas que busquem alcançar relações jurídicas já estabilizadas. É nesse sentido que vem decidindo o órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio reiteradamente, não conhecendo os Recursos Extraordinários que ventilam ofensa ao artigo 5º XXXVI da Constituição Federal.

Ad argumentandum tantum, nesse sentido prescreve o escólio jurisprudencial:⁷

A necessidade de constatação, em cada caso ocorrente, de configuração, ou não, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada faz instaurar contencioso de mera legalidade, desvestido, por isso mesmo, de qualificação constitucional, eis que reside, na lei (LICC, art. 6º) – e nesta, tão somente – a “sedes materiae” pertinente ao delineamento conceitual dos requisitos caracterizadores de tais institutos. Precedentes. – A decisão judicial que reconhece caracterizada, ou não, no caso concreto, a ocorrência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e/ou da coisa julgada, independente de controvérsia de direito intertemporal, regida por norma de sobredireito (CF, art. 5º, XXXVI), projeta-se em domínio revestido de caráter eminentemente infraconstitucional, não viabilizando, desse modo, por incabível, o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.

Nesse contexto, cabem às normas infraconstitucionais fixar quais os pronunciamentos jurisdicionais são alcançados pela autoridade da coisa julgada, eis que o efeito imunizador da *res judicata* não é da essência de todos os pronunciamentos judiciais, mas restrito àqueles em que a lei expressamente definir a sua incidência.

Com isso, é plenamente possível que, por intermédio de remédios infraconstitucionais, sejam criados mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos normativos buscados pelo juízo como razão de decidir, ainda que da sentença transitada em julgado não caiba a ação rescisória ou já tenha se expirado o biênio decadencial para propô-la.

⁷ STF – RE-Agravo Regimental 441771 / PR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento em 31/05/2005;

Fixadas essas premissas, temos por constitucional a Medida Provisória 2.180-35/2001, que instituiu o parágrafo único ao artigo 741 do CPC, criando uma forma de controle *a posteriori* da coisa julgada inconstitucional.

Certamente, a utilização de Medidas Provisórias não constitui mecanismo adequado para a flexibilização da coisa julgada, até porque não há os pressupostos constitucionais para editá-la, relativos à relevância e urgência. Isso porque, um dispositivo normativo desta natureza deve ter legitimidade, o que se faz através de deliberação pelo congresso nacional.

De certa forma, hoje esta discussão tornou-se estéril diante da impossibilidade, após a emenda constitucional nº 32/2001, de se editar medidas provisórias sobre normas processuais. Além disso, a recente Lei 11.232/2005 alterou a redação do parágrafo único do artigo 741, introduzido no ordenamento pela sobredita medida provisória, deslocando a mesma redação para o artigo 475, L, II, do Código de Processo Civil, passando a ter a seguinte redação: “Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundados em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a CF⁸”.

Destarte, referido dispositivo criou um mecanismo que retira a eficácia imunizadora do efeito condenatório da sentença sob o qual incidia a coisa julgada material, de forma que a condenação fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF, torna a condenação inexigível, podendo o executado impugnar a execução arguindo a inconstitucionalidade do ato normativo utilizado na fundamentação da sentença para julgar procedente a pretensão do autor, como forma de extinguir a atividade jurisdicional executiva, como prescreve o artigo 475-L, II, do CPC.

Nesse sentido são as palavras de Araken de Assis (2003, p.221), *verbis*:

Se no curso da demanda, o STF pronunciar a inconstitucionalidade do direito alegado pela parte, caberá ao órgão judiciário recepcionar o evento superveniente, nos termos do artigo 462 CPC, aplicável em qualquer grau de jurisdição, e julgar a causa conforme seu novo estado. É claro que,

⁸ Conforme artigo 8º da lei 11.232/2005, instituiu-se uma *vacatio legis* de seis meses, a contar da data da publicação, que se deu em 22 de dezembro de 2005.

reconhecendo a constitucionalidade da lei, ao invés de seguir a orientação da Corte Constitucional, emitirá provimento igualmente ineficaz e suscetível de ataque por via de embargos; porém, concebe-se que a decretação de constitucionalidade ocorra subsequente ao trânsito em julgado.

Com isso, reconhecida a inconstitucionalidade do ato normativo, ainda que superveniente à sentença, dar-se-á a extinção da atividade jurisdicional executiva, por faltar um de seus pressupostos indispensáveis, a exigibilidade.

Dessa forma, por todas as razões mencionadas, não se vislumbra inconstitucionalidade na inovação ocorrida em 2001, com a redação dada pela lei 11.232/2005, por intermédio da qual se criou um importante instrumento de controle da coisa julgada inconstitucional, retirando-se a eficácia imunizadora do efeito condenatório da sentença de mérito trânsita em julgado.

Assim, com a uniformização da jurisprudência, contribui-se para a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais, tornando as manifestações do Poder Judiciário mais seguras e efetivas, o que constitui um prestígio, nesse aspecto, ao princípio da segurança jurídica.

1.3. O Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional.

O artigo 5º XXXV da Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, prescrevendo que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Depreende-se da simples leitura do dispositivo constitucional, que o constituinte se mostrou sensível às aspirações doutrinárias da época, garantindo o acesso ao judiciário não só para reparar danos já consumados, mas garantindo o direito de ação àqueles que sofrem ameaças de terem seus direitos lesados.

Nada obstante, o dispositivo em análise constitui uma garantia constitucional muito mais ampla do que uma simples leitura do reportado dispositivo poderia fazer supor. Não se garante um acesso meramente formal ao Poder Judiciário, mas um acesso adequado, efetivo e tempestivo à justiça, devendo o ordenamento

proporcionar aos litigantes mecanismos para que possam alcançar um acesso à ordem jurídica justa.⁹

Com isso, cabem aos processualistas adequar os diversos institutos processuais à promessa constitucional sobredita, tornando-os instrumentos de tutela de direitos. Para tanto, faz-se mister estudar o direito processual civil à luz das garantias constitucionais do processo, que constituem fonte de interpretação e harmonia das normas processuais infraconstitucionais.

Sobre o tema Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 249) adverte:

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

Destarte, de acordo com as autorizadas palavras colacionadas, o princípio da inafastabilidade da jurisdição constitui a “garantia-síntese” do sistema processual, de forma que todas as demais garantias constitucionais do processo devem ser vistas como forma de proporcionar aos litigantes um efetivo acesso à justiça.

Nesse contexto, há tempos a doutrina critica o estudo do processo desvinculado do seu objeto. Assim, em que pese as grandes evoluções alcançadas no século XIX, quando se vislumbrou que a ciência do processo era autônoma em relação ao direito material, não é mais possível encarar o processo como um fim em si mesmo, mas faz-se mister estudá-lo como instrumento capaz de dar uma efetiva tutela jurisdicional à parte que tem direito.¹⁰

⁹ A expressão “acesso à ordem jurídica justa” deve-se a Kazuo Watanabe, que a utiliza em artigo intitulado “acesso à justiça e sociedade moderna”, fruto de estudos na processualista de São Paulo.

¹⁰ Não se deve confundir prestação jurisdicional com tutela jurisdicional. Tendo em vista a natureza abstrata do direito de ação, presentes os pressupostos de admissibilidade de exame de mérito (condições da ação e pressupostos processuais), todos têm direito a uma resposta do judiciário acerca da lide levada ao crivo do Estado-juiz. De outra banda, a concessão de tutela jurisdicional, pressupõe a correspondência da pretensão do autor às normas de direito material, ou seja, a tutela jurisdicional consiste na proteção dada pelo Estado à parte que tem a sua pretensão amparada pelo direito material.

Com percuciência afirma Kazuo Watanabe (1998, p. 134/135):

Já é passada a época em que os conhecimentos empíricos de dirigentes temporários do poder judiciário eram suficientes para a correta organização dos serviços da justiça. O direito de acesso à justiça é, portando, direito a uma *justiça adequadamente organizada* e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito. Assim concebida a justiça, como instituição com plena adequação às reais necessidades do país e em condição de realização da ordem jurídica justa. O acesso a ela deve ser possibilitado a todos e os obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou cultural, devem ser devidamente removidos.

Nesse sentido, insta salientar que em determinadas hipóteses, a imutabilidade e a intangibilidade da sentença alcançada com a coisa soberanamente julgada constitui obstáculo intransponível à justiça. Ora, basta se pensar na ação de investigação de paternidade julgada com base em perícia fraudulenta. Ultrapassado o biênio decadencial ulterior ao trânsito em julgado, a mácula processual se convalida, de forma que serão negados os direitos de personalidade àquele que teve a ação declaratória de paternidade julgada improcedente.

Da mesma forma, é inadmissível que se admita a convalidação *ad aeternum* de sentenças resultantes de conluio entre as partes para lograrem um objetivo ilegal. Discorrendo sobre o tema, Eduardo Couture *apud* Dinamarco (2003), examinou o caso de um fazendeiro rico que tendo gerado um filho com uma empregada, para esquivar-se das responsabilidades inerentes à paternidade, induziu esta a constituir um advogado de sua extrema confiança, outorgando-lhe poderes para propor a competente ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou todos os fatos narrados na inicial e o procurador do menor negligenciou completamente em provar o fato constitutivo de seu direito, de forma que a pretensão do menor foi julgada improcedente, vindo a decisão transitar em julgado.

No mesmo sentido, sentenças fundadas em fraude pericial que condenem um ente público a indenizações milionárias não devem prevalecer ao interesse público em disputa no processo. Isso porque, não se pode conceber que fraudes

engendradas por sujeitos que se utilizam o processo para alcançar objetivos ilícitos possam prevalecer frente a interesses transindividuais.¹¹

Nessa esteira, afirmar em casos desta magnitude que a coisa julgada obsta novo exame da matéria constitui total desrespeito à garantia constitucional estampada no artigo 5º XXXV da CF.

Não se quer relegar à margem do ordenamento jurídico a coisa julgada e, conseqüentemente, a segurança jurídica, mas, não obstante isso, não se pode conceber que em casos excepcionais como os mencionados, a coisa julgada impeça um efetivo acesso à justiça.

Assim, torna-se imperioso sistematizar, à luz das características do direito material envolvido no processo, as hipóteses em que a autoridade da coisa julgada deve ceder em detrimento de determinadas categorias de direitos que gozam de especial importância no ordenamento jurídico.

Para tanto, faz-se mister que o tema, objeto do presente estudo, continue sendo amplamente debatido e que a jurisprudência dos Tribunais continue enfrentando o tema, para que sejam fixadas as hipóteses onde se mostra plausível a mitigação da coisa julgada, quando não haverá mais o receio de um exagerado alargamento das hipóteses de flexibilização da coisa julgada, o que certamente tornaria a atividade jurisdicional um caos.

A discussão será retomada no capítulo oportuno.

¹¹ Registre-se que em ambos os casos analisados a jurisprudência já admitiu a atenuação da imutabilidade da coisa julgada em razão das características do direito material debatido no processo.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA.

2.1. Fundamentos Jurídicos da Coisa Julgada.

Antes de retomarmos a discussão acerca da viabilidade de flexibilização da coisa julgada, para que se possa ter uma dimensão exata da importância do instituto em nosso ordenamento, faz-se necessário tecer considerações históricas a respeito da evolução e das várias teorias que buscaram conceituar o instituto no decorrer dos tempos.

Percebe-se, na verdade, que no século XIX, época em que vigorava a fase autonomista do processo, havia uma grande divergência a respeito dos fundamentos jurídicos da autoridade da coisa julgada.

Antes de Enrico Tullio Liebman, todas as teorias pecavam por considerar a autoridade da coisa julgada como um efeito decorrente da sentença. Contudo, de forma inovadora o professor italiano demonstrou que a coisa julgada não consiste num efeito da sentença, mas uma qualidade que imuniza a sentença e seus efeitos.

Com isso, far-se-á uma análise das principais teorias a respeito dos fundamentos jurídicos da coisa julgada, lançando mão, para tanto, das lições de Moacyr Amaral Santos (1990, p. 45-53).

2.1.1 – Teoria da Presunção de Verdade.

Os defensores desta teoria, buscando subsídios nas idéias de Ulpiano, entendiam que a finalidade do processo consistia na busca da verdade. Assim, entendiam que a forma de se chegar à verdade na sentença seria por intermédio de um raciocínio silogístico, cuja premissa maior consistia no direito vigente à época, a premissa menor seriam os fatos, consistindo a decisão na conclusão destas premissas.

Contudo, entendiam os adeptos desta teoria que, no mais das vezes, os fatos (premissa menor) não são bem conhecidos ou apreciados pelo julgador, de forma que se pode chegar a uma conclusão errônea, por ser fundada em uma premissa falaciosa, gerando decisões injustas.

Contudo, mesmo as decisões errôneas ou injustas são alcançadas pelo manto da *res judicata*, de forma que não se pode conceber que a coisa julgada é expressão da verdade, mas, tão somente, presunção de verdade. Esta linha de pensamento ganhou grande conotação no direito francês através das obras de Pothier, sendo adotada pelo Código Napoleônico.

Esta teoria foi adotada em nosso ordenamento em 1850, através do Regimento 737, criado para regular o processo nas causas comerciais, mas que se estendeu, por força do Decreto 763 de 1890, para regular o direito processual civil até 1939, data de vigência do nosso primeiro Código de Processo Civil (SANTOS, 1990).

2.1.2 – Teoria da Ficção da Verdade.

O precursor desta teoria foi Friederich Karl Von Savigny que entendia, como os adeptos da teoria anterior, que há a possibilidade de decisões errôneas ou injustas, fundadas em erro de fato ou de direito serem alcançadas pelos rigores da coisa julgada. Assim, segundo o autor, a lei empresta a esta decisão uma ficção de verdade, impedindo novos debates sobre os mesmos fatos, produzindo assim, uma “verdade artificial”.

No que diz respeito à extensão da coisa julgada à fundamentação, o autor buscava diferenciar os elementos objetivos e subjetivos, para afirmar que quando o juiz enfrentar os elementos objetivos, ficarão estes elementos absorvidos pela coisa julgada, enquanto os subjetivos não ficam imunizados pela intangibilidade da coisa julgada.

Nessa linha são as lições de Celso Neves (1971, p. 118):

Acrescenta Savigny que é possível distinguir, entre as considerações que levam o juiz à sentença, duas espécies de motivos determinantes: os *objetivos*, que verdadeiramente integram a relação jurídica; e os *subjetivos* pelos quais o juiz é pessoalmente levado a uma firme convicção sobre aqueles elementos, para afirmá-los ou negá-los. Com base nesta distinção, afirma Savigny que os motivos objetivos admitidos pelo juiz adquirem força de coisa julgada, enquanto que os motivos subjetivos não.

Pelo exposto, depreende-se que para os adeptos desta teoria, a autoridade da coisa julgada reside nesta verdade artificial, ou seja, na ficção de verdade que a lei empresta aos elementos objetivos da fundamentação e ao dispositivo da sentença.

2.1.3 - Teoria da Força Legal da Sentença.

Deve-se a elaboração desta teoria a Pagenstecher, para quem, toda sentença, quaisquer que sejam seus efeitos, é, antes de tudo, constitutiva de um novo direito. Contrapondo a sentença com um parecer de um juriconsulto, argumenta-se que ambos produzem certeza jurídica. No entanto, a certeza produzida pela sentença possui um *plus*, criando um direito novo às partes.

Dessa forma, a certeza jurídica produzida pela sentença, associada ao direito novo, fundamentam a autoridade da coisa julgada. Assim, para os seguidores desta teoria, o fundamento jurídico da coisa julgada está neste *plus*, ou seja, neste direito novo criado pelo efeito constitutivo, que seria inerente a toda sentença.

Percebe-se grande evolução nesta teoria com relação às anteriores, uma vez que não há qualquer associação da autoridade da coisa julgada com o conceito de verdade, uma vez que, modernamente já está completamente superada a idéia de que a finalidade do processo consiste na busca da verdade.

2.1.4 – Teoria da Eficácia da Declaração.

Difundiu-se na doutrina alemã a idéia de que a autoridade da coisa julgada consiste na eficaz declaração de uma certeza jurídica. Assim, uma vez transitadas em julgado, as sentenças produzem uma declaração de um direito (efeito declaratório) ou a formação de um direito (efeito constitutivo). No tocante às sentenças condenatórias, distinguem-se dois momentos.

Em um primeiro momento, há a declaração de certeza jurídica. Assim, para os adeptos desta doutrina, nessa declaração de certeza jurídica repousa a imutabilidade e o fundamento da autoridade da coisa julgada.¹²

Em um momento lógico subsequente, na mesma sentença que declarou a mencionada certeza, o julgador condena o réu a uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Destarte, no que tange a este efeito condenatório, não incide a *auctoritas rei judicatae*, podendo o executado debater a justiça da condenação em sede da ação de embargos.

A teoria em estudo sofreu as seguintes críticas por parte de José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 136):

A fórmula prevalente entre os alemães padece de um radical vício de empostação, por deslocar para o campo dos efeitos da sentença a declaração que lhe integra (e em alguns casos lhe exaure) o conteúdo. A sentença não produz uma declaração: contém-na, e até pode-se dizer que nela consiste, exclusivamente ou não. Ainda, pois, que se anísse em limitar ao elemento declaratório da sentença – e não parecem decisivas as razões de tal limitação – o âmbito de manifestação da coisa julgada, restaria a impropriedade consistente em usar-se o adjetivo para qualificar algo a que ele mal se ajusta.

Com isso, para os seguidores da teoria em análise, a coisa julgada está fundada na parte declaratória da sentença, de modo que a imutabilidade da coisa julgada não alcança o efeito condenatório da sentença.

¹² Esta doutrina é entre nós adotada pelo professor gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva.

2.1.5 – Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional.

Para Ugo Rocco, o fundamento jurídico da coisa julgada guarda conexão com os institutos da ação e da jurisdição. Assim, violado um direito, nasce ao indivíduo o direito público subjetivo de exercitar o direito de ação, exigindo do Estado que se manifeste sobre o conflito de interesses levado à sua apreciação, aplicando as normas de direito material pertinentes ao caso.

A jurisdição é inerte, mas uma vez exercitado o direito de ação, nasce para o autor o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, e para este a obrigação de pôr fim ao conflito de interesses. Assim, uma vez julgado definitivamente o mérito, o Estado extingue a obrigação jurisdicional nascida com o exercício do direito de ação e esgota a atividade jurisdicional.

Nesse palmilhar, com a extinção da obrigação, é defeso às partes renovarem discussões a respeito da mesma lide, ante a existência de um pronunciamento Estatal sobre a matéria, de forma que o interessado não tem mais o direito de provocar a jurisdição, o que torna a decisão imutável.

Nessa ordem de idéias, insta transcrever os ensinamentos de Moacyr Amaral Santos (1990, p. 49):

Satisfeita a *obrigação jurisdicional* do Estado, extingue-se o *direito de ação*, que lhe é correlato. A sentença pressupõe, portanto, extinção da jurisdição e do direito de ação na espécie. Extintos o direito de ação e a obrigação jurisdicional, a relação de direito material decidida não pode mais ser novamente discutida e decidida. Não pode mais ser discutida porque o interessado não tem mais o direito de provocar a jurisdição; não pode mais ser novamente decidida porque, para o caso, a jurisdição está extinta. Resulta daí que a sentença se torna estável, imutável, produz coisa julgada.

Logo, uma vez dirimida a lide, o Estado extingue a obrigação jurisdicional nascendo, conseqüentemente, a autoridade da coisa julgada. Dessa forma, para os defensores desta teoria, é neste aspecto que reside o fundamento jurídico da autoridade da coisa julgada.

2.1.6 – Teoria da Vontade do Estado.

Deve-se a elaboração desta teoria ao italiano Giuseppe Chiovenda (1998, p. 449) para quem “a sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto”. Destarte, segundo esta respeitável doutrina, há que se distinguir na sentença dois fenômenos distintos.

De um lado, nota-se na sentença a existência de um raciocínio lógico, decorrente do juízo de valor que o juiz exerce sobre os fatos e sobre o direito objetos da lide. De outra forma, a conclusão deste “juízo lógico de valor” se dá através de um imperativo. Durante o ato de inteligência do juiz, não há nenhuma interferência do Estado, tanto é que vigora nos ordenamentos modernos o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado. Assim, o raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência, imprescindível para dar suporte à formulação da vontade da lei.

Contudo, deve ocorrer a interferência estatal apenas na parte dispositiva da sentença, por ser do interesse do Estado que se cumpra a vontade da lei retratada no comando da sentença.

Nessa esteira, Chiovenda (1998, p. 449) leciona que:

Atingindo a formulação de dar vontade à lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a sua importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram às coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. O juiz, portanto, enquanto razão não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade.

Assim, conclui-se desta teoria que o fundamento jurídico da autoridade da coisa julgada reside no fato de que o comando da sentença constitui um ato Estatal com força obrigatória, que por constituir a “vontade da lei” deve ganhar efetividade por intermédio da interferência estatal, a fim de que seja cumprida e respeitada a coisa julgada, vedando-se novos debates acerca da matéria definitivamente julgada.

2.1.7 – Teoria de Carnelutti.

Assim como Chiovenda, a doutrina de Carnelutti entende que o fundamento da coisa julgada está no fato de provir do estado, ou seja, o fundamento da coisa julgada repousa na imperatividade do comando da sentença.

Segundo os ensinamentos de Chiovenda, lei e sentença constituem fenômenos paralelos. Com isso, uma vez proferida a sentença, esta substitui a lei para aquele determinado caso concreto, de forma que no dispositivo da sentença, a lei se especializa, concretizando a vontade do legislador.

De outro lado, Carnelutti entende que o comando da sentença pressupõe o comando legal. Assim, lei e sentença não seriam fenômenos paralelos, mas complementares, de forma que o comando da sentença consiste num comando suplementar.

Nessa linha, impende trazer à baila as palavras de Francesco Carnelutti (2000, p. 443) *verbis* :

A eficácia da decisão se exercita, na realidade, sobre o litígio, mais do que sobre o processo, e basta diferenciar estes dois termos para que desapareçam as dúvidas. A composição do litígio se obtém porque o juiz pronuncia (e, enquanto o faça) um *mandato autônomo ou complementar*; e esse mandato se forma no processo para operar fora do processo, mas não sobre o processo.

Carnelutti entendia que antes mesmo de a sentença transitar em julgado poderia surtir efeitos, uma vez que, segundo o autor, seria ilógico aguardar a extinção das vias recursais para que a sentença passe a surtir efeitos. A este fenômeno, o professor italiano denominava coisa julgada material, reservando o conceito de coisa julgada formal para o momento de preclusão das vias recursais, ou seja, com o trânsito em julgado.

Com isso, há um aspecto inovador na teoria em estudo, uma vez que há uma inversão nos momentos de incidência da coisa julgada. Enquanto para todas as demais teorias a coisa julgada material pressupõe a existência da coisa julgada formal, para Carnelutti esta pressupõe aquela.

Assim, para o autor, a coisa julgada material consiste numa eficácia imperativa da sentença, que se torna imutável quando preclusos todos os meios de impugnação, ou seja, quando há a coisa julgada formal. Esta teoria foi entre nós adotada pelo art 287 do Código de Processo Civil de 1939 (SANTOS, 1990).

2.1.8 – Teoria de Liebman.

Inspiradas em idéias decorrentes do direito romano, todas as demais teorias que buscaram conceituar a coisa julgada, partiam da premissa de que a imutabilidade inerente à coisa julgada consistia em um dos efeitos da sentença. Assim, ao lado dos efeitos declaratório, constitutivo ou condenatório, com a coisa julgada, nasceria um novo efeito, a imutabilidade.

Com efeito, coube a Enrico Tullio Liebman, processualista italiano e fundador da escola de direito processual da Universidade de São Paulo, contestar esta premissa, demonstrando que a mesma parte de um pressuposto errôneo.

Com isso, Liebman demonstrou que a coisa julgada não consiste num efeito lógico da sentença, mas consiste num adjetivo, ou seja, numa qualidade que se agrega aos efeitos da sentença, imunizando-os.¹³

Com relação às teorias até então vigentes, Liebman (1.984, p. 02) ensina:

Na opinião e linguagem comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como *um dos efeitos* da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela, quer como complexo de consequência que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer plenamente e considerá-la perfeita. As opiniões correntes, ainda as mais autorizadas, oscilam entre os limites de tais fórmulas.

¹³ Segundo a doutrina clássica, os efeitos decorrentes da sentença proferida no processo de cognição são: efeitos declaratório, constitutivo e condenatório. Contudo, a partir das idéias de Pontes de Miranda, passou-se a admitir a existência de outros dois efeitos decorrentes da sentença proferida na seara do processo de conhecimento, dando início à classificação quinária, que coloca ao lado dos efeitos sobreditos, o efeito “mandamental”, encontrado, v.g. nos mandados de segurança e “executivo *lato sensu*”, encontrado, v.g. nas ações possessórias, nas ações de despejo, que dispensam ulterior pronunciamento para alterar o “mundo dos fatos”. Esta classificação é adotada entre nós, principalmente por Ovídio A. Baptista da Silva e Kazuo Watanabe.

De forma inovadora desloca-se a análise do conceito da coisa julgada para os efeitos da sentença, defendendo-se que a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diversas categorias de sentenças (LIEBMAN, 1984).

Nessa esteira, Liebman (1984, p. 40) defende que:

Da premissa há pouco enunciada deriva uma só e necessária conseqüência: a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito autônomo.

Nesse passo de idéias, a teoria de Liebman pode ser sintetizada nos seguintes termos (1984, p. 51/54):

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se de sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente como um comando, que tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar determinada relação jurídica. Nem se quer com isso resolver aqui o problema geral da natureza volitiva ou intelectual da atividade do juiz, ou da qualidade mais ou menos autônoma do comando. A sentença vale como comando, pelo menos no sentido de que contém a formulação autoritativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do comando que nasce da sentença. Esse comando, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instâncias e dos sistemas dos recursos sobre que está o processo construído, mais ainda está exposto ao risco de ser contraditado por outro comando, pronunciado também por um órgão do Estado. Verifica-se o mesmo igualmente para todas as formas de atividade do Estado, ressaltando-se, bem entendido, a possível variedade do ordenamento positivo que pode reconhecer, por exemplo, somente ao mesmo poder que o prolatou. Assim, a eficácia de uma sentença não pode, por si só, impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada. Não consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutável, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

A teoria de Liebman, após ser publicada, ganhou rápida e intensa adesão da grande maioria dos processualistas, em razão da perceptível evolução da forma com que se analisa o fenômeno da autoridade da coisa julgada. Por intermédio de Alfredo Buzaid, discípulo de Liebman e autor do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, a teoria do mestre italiano foi positivada no artigo 467 do CPC, prescrevendo que “denomina-se coisa julgada material a *eficácia* que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Contudo, o dispositivo pecou pela imprecisão, uma vez que, a pretexto de conceituar a coisa julgada material, acabou por dar o conceito técnico de coisa julgada formal, por aludir à *eficácia* endoprocessual da coisa julgada.

No entanto, sem embargo destas considerações, o fato é que Liebman deu uma contribuição definitiva para a superação das intermináveis discussões acerca do conceito de coisa julgada, demonstrando que a natureza jurídica do instituto deve ser analisada à luz do efeito imunizador da sentença e não como mais um dos efeitos do pronunciamento.

2.1.9 – Ponderações de José Carlos Barbosa Moreira.

A teoria de Liebman, por sua vez, foi objeto de críticas por parte de José Carlos Barbosa Moreira. Para o processualista carioca, a concepção de Liebman consistiu, em alguns pontos, numa grande evolução com relação às teorias até então vigentes, de forma que a contribuição do processualista para a conceituação da coisa julgada pode-se ter por definitivamente adquirida.

Barbosa Moreira concorda com a visão de Liebman em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para, a partir daí, visualizar a coisa julgada. Contudo, segundo o autor, a teoria de Liebman pecou ao conceituar a coisa julgada como uma qualidade que imuniza a sentença e *seus efeitos*. Assim, a coisa julgada consistiria, na verdade, na imutabilidade não dos efeitos, mas do conteúdo da sentença.

Nesse sentido, eis as lições de José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 139):

Ora, a quem observe com atenção a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso desse prazo, de comum acordo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam (mesmo litigiosamente) podem restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demarcação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito, que já nascera com o normal destino de extinguir-se.

Nesse sentido, entende o autor que a imutabilidade não reside nos efeitos da sentença, mas no próprio conteúdo do comando da sentença, que se torna imutável quando incide sobre ele os efeitos da coisa julgada material.

Ao menos no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, fica claro que as críticas feitas por Barbosa Moreira à teoria Liebmaniana são consistentes. Contudo, é de se registrar que quando Liebman afirmava que a coisa julgada consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença, o fazia buscando demonstrar que a coisa julgada não consiste num efeito da sentença.

Nesse sentido são as palavras de Eduardo Talamini (2005, p. 37):

Portanto, o que Barbosa Moreira faz é levar adiante, aprimorar, a distinção entre efeitos e autoridade da sentença – sem negar o cerne da teoria de Liebman, seja no que concerne a essa distinção, seja na tentativa de limitar a coisa julgada ao efeito declaratório. Aliás, em um dos últimos ensaios que Liebman publicou em 1979, a formulação por ele proposta aproximou-se significativamente da de Barbosa Moreira: em face da coisa julgada, o que não se permite às partes “é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida”.

Com isso, a mais significativa contribuição para a conceituação do instituto deve-se a Liebman que teve a sensibilidade de diferir a coisa julgada dos efeitos da sentença, de forma que coube a Barbosa Moreira aprimorar o conceito de coisa julgada formulado por Liebman.

2.2. Fundamentos Políticos da Coisa Julgada.

A coisa julgada, além de fundamentos jurídicos, possui fundamentos de índole política. A finalidade precípua do processo é a justa composição da lide, fazendo atuar a lei ao caso *sub judice*. Buscando evitar injustiças, o ordenamento jurídico prevê o sistema recursal para sanar as possíveis irregularidades ou injustiças cometidas no ato de julgar.

No entanto, para que não haja a eternização dos litígios, a lei institui um momento em que se tornam preclusas as vias recursais, fazendo incidir o manto da coisa julgada, tornando o pronunciamento jurisdicional imutável.

Na verdade, a previsão legal da incidência da coisa julgada é decorrência de opção política do Estado que prestigia o princípio da segurança jurídica, buscando proporcionar estabilidade às relações jurídicas de direito material levadas à apreciação do Estado-juiz.

Como ressaltou LIEBMAN (1.984), há exemplos de processos antigos em que a sentença era indefinidamente irrecorrível, lembrando, também, que segundo o direito canônico, as sentenças em matéria de Estado não logram jamais a autoridade da coisa julgada. Assim, são perfeitamente concebíveis manifestações jurisdicionais sobre as quais não incidem a coisa julgada. Ademais, é em tese imaginável a existência de sistemas processuais cujos pronunciamentos sejam sempre passíveis de revisão, sem que percam, em razão disso, a natureza de atos jurisdicionais (TALAMINI, 2005).

Assim, ao contrário do que já se afirmou,¹⁴ a coisa julgada não é da essência da atividade jurisdicional, mas restrita aos atos em que a lei expressamente definir sua incidência.

¹⁴ Enrico Allorio, *in Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, apud Ovídio A. Baptista da Silva (2000), defende que o que diferenciava a função jurisdicional das demais funções do Estado é o atributo da definitividade, ou seja, apenas as decisões emanadas do Estado-juiz são definitivas. Contudo, sua teoria foi superada pela orientação de Chiovenda que demonstrou que o traço diferenciador da jurisdição das demais funções do Estado consiste no atributo da “substitutividade”, ante a existência de pronunciamentos jurisdicionais não definitivos.

Em suma, a incidência da coisa julgada sobre um determinado pronunciamento jurisdicional consiste em opção política do Estado que diante do conflito entre a segurança jurídica e uma eterna busca por justiça, protege aquela necessidade em detrimento deste ideal.

3. A COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

3.1. Considerações Iniciais.

A coisa julgada, ao lado da litispendência,¹⁵ constitui um dos pressupostos processuais negativos ou extrínsecos, cujo reconhecimento obsta o regular desenvolvimento da relação processual, determinando a extinção do processo sem julgamento de mérito com fundamento no artigo 267, V, do Código de Processo Civil.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, a argüição da coisa julgada fazia-se por intermédio de exceção, embora a matéria pudesse ser reconhecida “ex officio” pelo julgador segundo a predominante doutrina da época (BARBOSA, 1994).

Na sistemática processual vigente, existem apenas três espécies de exceções, a de incompetência relativa do juízo, e as de suspeição e impedimento do juiz, conforme artigo 304 do CPC. Atualmente, a argüição da coisa julgada se faz através de preliminar à contestação, como determina o artigo 301, VI, do Código de Processo Civil.¹⁶

Com efeito, no vigente Estatuto Processual, a existência da coisa julgada material constitui questão de ordem pública, cujo reconhecimento deve se dar de ofício pelo magistrado, não sendo alcançada pelo instituto da preclusão, podendo ser

¹⁵ Para parcela da doutrina, a perempção seria, ao lado da coisa julgada e da litispendência, um dos pressupostos processuais negativos. Contudo, as críticas com relação à sua catalogação como pressuposto extrínseco do processo serão consignadas posteriormente.

¹⁶ Preliminares são matérias processuais ou de mérito que uma vez reconhecidas obstam o prosseguimento do processo, determinando sua extinção, com ou sem julgamento de mérito. Segundo um entendimento já ultrapassado, questões preliminares seriam apenas matérias processuais, por conta do artigo 301 do CPC. Contudo, firmou-se o entendimento de que as preliminares não são identificadas em razão de sua natureza (processual), mas pela condição de, uma vez reconhecidas, impedirem a análise da lide. Logo, é possível falar-se na existência de preliminares de mérito, como, v.g, prescrição e decadência (BARBOSA MOREIRA, 1965) Esta noção será trabalhada adiante.

reconhecida a qualquer tempo ou grau de jurisdição,¹⁷ até mesmo em sede de ação rescisória, como prescreve o artigo 485, IV, do Código de Processo Civil.¹⁸

Questão relevante e problemática na doutrina e na jurisprudência, consiste na verificação a respeito da incidência da autoridade da coisa julgada como instituto que obsta a apreciação de uma nova demanda pelo Estado-juiz. Sobre o tema, faz-se mister tecer considerações a respeito dos elementos individualizadores da ação, um de ordem subjetiva, atinente às partes e os demais de ordem objetiva, relativos à causa de pedir¹⁹ e ao pedido.²⁰

A conjugação destes elementos dá origem à teoria da tríplice identidade (*tres eaden*), adotada pelo sistema processual civil como critério preponderante de individualização da demanda. Destarte, prescreve o artigo 301, §2º, do CPC que “uma ação é idêntica à outra, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Nesse diapasão, apenas havendo esta tríplice identidade, de partes, *causa petendi* e *petitum*, entre a demanda definitivamente julgada sobre a qual incide a *auctoritas rei judicatae* e a demanda novamente posta a apreciação do Estado-juiz, é que pode ser reconhecida a objeção de coisa julgada. Em regra, alterado quaisquer destes elementos, a ação deixará de ser idêntica, podendo a matéria ser apreciada, sem que haja, para tanto, o óbice da coisa julgada.

¹⁷ As questões de ordem pública não podem ser argüidas sem pré-questionamento quando pendente Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, uma vez os tribunais de superposição não se prestam a atuar como terceiro ou quarto graus de jurisdição, mas são guardiões, respectivamente, da Constituição Federal e da legislação federal, de modo que o pré-questionamento da matéria constitui condição necessária para o conhecimento dos ditos “recursos extraordinários”.

¹⁸ Sobre o tema, vale consignar a orientação de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003), no sentido de que, sobrevivendo sentença quando presente um dos pressupostos processuais negativos, a hipótese é de inexistência jurídica da sentença posterior e não nulidade rescindível por intermédio de ação rescisória, uma vez que, quando presente pressuposto processual negativo, não há, tecnicamente, interesse de agir na obtenção de um novo pronunciamento jurisdicional acerca da mesma matéria. Com isso, a ausência de condição para o exercício do direito de ação implica inexistência da relação processual e não apenas nulidade, como faz supor o artigo 485, IV, do vigente Estatuto Processual.

¹⁹ A causa de pedir se divide em remota, atinente aos fatos e próxima, relativa aos fundamentos jurídicos do pedido. A conjugação destes elementos dá origem à teoria da substanciação, adotada pelo artigo 282, III, do CPC.

²⁰ O pedido, por sua vez, divide-se em imediato, consistente na prestação jurisdicional pleiteada pelo autor e mediato, que consiste no “bem da vida” que se pretende obter por intermédio do processo.

Excepcionando esta regra, o artigo 474 do Código de Processo Civil consagra o princípio da eficácia preclusiva da coisa julgada, prescrevendo que: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Nesse contexto, por esta regra, preserva-se a autoridade da coisa julgada de ataques indiretos, de forma que, havendo sentença de mérito, todas as matérias, deduzidas e dedutíveis, tornam-se preclusas, pois não se pode conceber que por manobras processuais as partes possam esquivar-se da autoridade da coisa julgada, o que certamente tornaria a atividade jurisdicional um caos.

3.2 Preclusão, Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material.

A existência dos institutos da preclusão, da coisa julgada formal e coisa julgada material no ordenamento processual, constitui decorrência do princípio da segurança jurídica, ou melhor, da necessidade de proporcionar estabilidade aos pronunciamentos jurisdicionais.

Ao contrário da maioria dos sistemas processuais europeus, o Brasil adota um modelo processual extremamente rígido, com fases processuais bem definidas e com a demanda estabilizando-se já no início da relação processual, de forma que superada a fase saneadora, o objeto do processo não poderá ser alterado.

Dessa forma, levando-se em consideração a rigidez do procedimento, surge a preclusão como instituto apto a proporcionar um andamento progressivo da marcha procedimental, tornando o procedimento livre dos inconvenientes da imoderada alteração do objeto do processo, que no sistema pátrio, deve ser definido no despacho saneador, o que ocorre, em regra, na audiência preliminar prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil.

Nesse rumo de idéias, insta consignar as lições de Júnior Alexandre Moreira Pinto (2002, p. 82):

Dá-se extrai o principal objetivo de um sistema rígido. A regra da preclusão, impedindo a mutabilidade da demanda no curso do processo, que tem como elemento norteador a efetivação do contraditório (...). Assim, o pronunciamento jurisdicional final, sob a égide de um sistema de preclusões, não representará qualquer surpresa aos litigantes, já que as questões a serem decididas e que serviram na formação do convencimento do julgador, obrigatoriamente, já foram submetidas ao crivo das partes (...). A rigidez da preclusão representa, ainda, um eficaz obstáculo contra as táticas dilatórias das partes. E também traduz-se num importante meio para que o juiz conheça, liminarmente, de todos os temas que são objeto da controvérsia entre os litigantes, podendo de antemão precisar os contornos do objeto litigioso e sua intervenção na lide.

A incidência da preclusão sobre uma determinada matéria, pressupõe a existência de um ônus processual, ou seja, uma faculdade proporcionada pela lei para a prática de um determinado ato processual. No sistema processual civil, são três as espécies de preclusão.

Dá-se a preclusão temporal quando a lei fixa um determinado lapso de tempo para a prática de um ato processual que não vem a ser observado pela parte. Assim, *v.g.*, se na contestação o réu deduzir defesa processual ou defesa de mérito indireta, deve o juiz abrir vista para o autor, para no prazo de dez dias, impugnar as matérias deduzidas na contestação. Inobservado o prazo, o ônus de ofertar a réplica torna-se precluso.

Há, também, a preclusão lógica que consiste numa manifestação de vontade da parte incompatível com a intenção de praticar um determinado ato processual. Dessa forma, *v.g.*, se as partes transigem, requerendo a homologação do acordo ao juiz, não podem recorrer da sentença, pois o ônus de recorrer está precluso.

Por derradeiro, tem-se, ainda, a preclusão consumativa. Determinados atos processuais possibilitam a argüição de diversas matérias ou a prática de diversas condutas. Com efeito, se a parte deduzir apenas parcela das matérias dedutíveis ou praticar apenas algumas das condutas possíveis, as matérias não deduzidas ou os atos não praticados tornam-se preclusos, ainda que não expirado o prazo para a prática do ato processual. Destarte, *v.g.*, se numa ação de cobrança a parte ofertar contestação no quinto dia do prazo afirmando a inexistência da dívida, não poderá, ainda que no prazo da resposta, complementar sua defesa para alegar o pagamento da mesma, por força do instituto da preclusão consumativa.

Nesse contexto, expostas as espécies de preclusão, cabe consignar sua diferença com relação à coisa julgada. Enquanto a coisa julgada é instituto reservado ao fim do processo, a preclusão é fenômeno endoprocessual, pois tem incidência no decorrer do procedimento como forma de proporcionar o seu regular desenvolvimento, a fim de que não se renovem as oportunidades para a prática de atos processuais. Além disso, diferem na intensidade, uma vez que a preclusão impede a prática de um específico e determinado ato processual, enquanto a coisa julgada torna o processo imutável. Assim, preclusão e coisa julgada são institutos inconfundíveis, embora a preclusão seja antecedente lógico da coisa julgada (BARBOSA, 1994).

Denomina-se coisa julgada formal, a imutabilidade do pronunciamento na mesma relação processual em que foi proferida. Trata-se, assim como a preclusão, de fenômeno tipicamente endoprocessual, pois sua eficácia é limitada à vida do processo.

Além disso, constitui importante característica da coisa julgada formal o fato de que, toda sentença, quer terminativa, quer definitiva, é apta a produzir coisa julgada formal. Contudo, nos casos de extinção anômala do processo, ou seja, quando a sentença se pautar nas hipóteses do artigo 267 do CPC, o pronunciamento é apto a produzir tão somente coisa julgada formal, enquanto a sentença de mérito produz, a um só tempo, coisa julgada formal e material.

Destarte, nas sentenças terminativas não há que se falar em coisa julgada material por não haver análise do *meritum causae*. Em razão disso, excetuadas as hipóteses de reconhecimento das objeções processuais relativas à litispendência, perempção e coisa julgada e, observadas as condições do artigo 268 do CPC, a extinção do processo sem julgamento de mérito não obsta a propositura de uma nova ação buscando o julgamento da relação jurídica de direito material conflituosa.

Haverá a incidência da coisa julgada formal com o trânsito em julgado da sentença, ou mais precisamente, quando preclusas as vias recursais. Em razão disso, convencionou-se denominar a coisa julgada formal de preclusão máxima, uma vez que impossibilita a reforma da sentença, por se tratar da última preclusão do processo, determinando sua extinção.

Nessa linha, torna-se imperioso colacionar os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 297), *verbis*:

Coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença como ato jurídico processual. 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* é representado pela sentença ou acórdão que, por não comportar recurso algum, haja transitado em julgado. A coisa julgada formal é um dos dois aspectos do instituto da coisa julgada e opera exclusivamente no interior do processo em que se situa a sentença sujeita a ela. Tem, portanto, uma feição e missão puramente técnico-processuais.

Dessa forma, conforme o disposto no artigo 463 do Código de Processo Civil, publicada a sentença, o magistrado prolator pode alterar o pronunciamento, de ofício ou a requerimento da parte, apenas para sanar erros materiais, erros de cálculo, ou ainda, quando uma das partes opor embargos declaratórios quando a sentença for omissa, obscura ou contraditória, nos termos dos artigos 535, e seguintes do Código de Processo Civil.

Portanto, publicada a sentença e expirado o prazo para a interposição do recurso cabível, dar-se-á a preclusão temporal e, conseqüentemente, a coisa julgada tornando a sentença imutável naquele processo. Em linhas gerais estas são as principais características da coisa julgada formal.

Nesse sentido, antes de se passar à análise do instituto da coisa julgada material, cumpre consignar que coisa julgada formal e coisa julgada material não são institutos distintos e autônomos, mas constituem graus diferentes do mesmo fenômeno, a imutabilidade. Diz-se, em razão disso, que a imutabilidade consiste numa “figura de duas faces” (DINAMARCO, 2003, p.224).

Nesse diapasão, enquanto a coisa julgada formal constitui um fenômeno interno do processo, a coisa julgada material tem a chamada eficácia panprocessual,²¹ uma vez que a sentença imunizada transcende a vida do processo, imunizado, para os adeptos da doutrina de Liebman os próprios efeitos da sentença, enquanto para os seguidores de José Carlos Barbosa Moreira, o conteúdo da

²¹ Nesse sentido, Donaldo Armelin, Linhas Mestras do Processo Civil, Flexibilização da Coisa Julgada (2004).

sentença, não podendo ser proposta uma demanda idêntica para se obter um novo pronunciamento jurisdicional acerca da matéria já definitivamente julgada.²²

Ao contrário da coisa julgada formal, a coisa julgada material não tem lugar em todas as espécies de sentença, mas apenas naquelas que enfrentam o mérito na forma do artigo 269 do Código de Processo Civil. Nota-se, neste aspecto, que a coisa julgada material pressupõe a existência da coisa julgada formal, pois para que o pronunciamento fique imunizado pela coisa material, faz-se necessário a incidência da coisa julgada formal imunizando a sentença no interior do processo.

Como bem acentua TALAMINI (2005), a coisa julgada material possui dupla eficácia, uma de ordem negativa e outra de ordem positiva. Em razão da eficácia negativa da *res judicata*, proíbe-se que qualquer órgão jurisdicional reaprecie uma demanda idêntica àquela sobre a qual incide os rigores da coisa julgada material. Em razão desta característica, a coisa julgada material é classificada como um dos pressupostos processuais negativos.

De outro lado, a função positiva da coisa julgada obriga a qualquer juiz que irá julgar questão cujo resultado dependa logicamente de uma questão já imunizada pela coisa julgada material, respeitar aquele pronunciamento para apreciar a nova demanda.

Destarte, se proposta uma ação de investigação de paternidade, a sentença julgada procedente apenas declarará a existência da relação jurídica de paternidade entre pai e filho. Se posteriormente vier a ser ajuizada uma ação, com a finalidade de condenar o pai a pagar alimentos, a relação de paternidade (questão prejudicial) não poderá ser reapreciada, pois sobre ela incide a imutabilidade da coisa julgada material.

Em suma, a finalidade da coisa julgada material consiste em assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado, para que haja, de uma vez por todas, a pacificação do conflito de interesses levado à apreciação do Estado-juiz.

²² Acerca da divergência entre Liebman e José Carlos Barbosa Moreira, vide capítulo 2.

3.3 Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada.

Como afirmado alhures, são elementos individualizadores da demanda as partes (elemento subjetivo), a causa de pedir e o pedido (elementos objetivos). Transplantada esta regra para o campo da coisa julgada, têm-se os limites objetivos da coisa julgada, destinado ao estudo do alcance da *res judicata* no que diz respeito à causa de pedir e ao pedido, e ainda, os limites subjetivos da coisa julgada, destinado ao estudo da extensão da coisa julgada às partes e aos intervenientes da relação processual.

No que tange aos limites objetivos da coisa julgada, faz-se necessário trazer à colação o disposto no artigo 469 do Código de Processo Civil que assim dispõe: "Não fazem coisa julgada: I - Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – A verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – A apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo";

Nota-se pela dicção legal, que o tópico destinado à fundamentação da sentença, onde são analisadas as razões fáticas e jurídicas do autor não é atingido pela coisa julgada, pois sua finalidade é apenas dar suporte lógico e interpretativo ao comando da sentença. Por isso, apenas o dispositivo da sentença fica imunizado pela coisa julgada. Os motivos, ainda que determinantes para o julgamento do mérito, não fazem coisa julgada.

Impende salientar que o artigo 458 do Código de Processo Civil exige que a sentença seja estruturada por meio de um silogismo, cuja premissa maior consiste na norma de direito aplicável ao caso *sub judice*, a premissa menor consiste nos fatos reconhecidos pelo juiz como ocorridos e a conclusão está no preceito reconhecido na parte dispositiva. (DINAMARCO, 2002).

Nessa linha, é no dispositivo da sentença que o Estado-juiz concede a tutela jurisdicional à parte que tem a sua pretensão agasalhada pelo direito material. Em razão disso, apenas o comando da sentença fica imunizado pela coisa julgada.

Registre-se, contudo, que o que define a incidência da coisa julgada não é o tópico da sentença, mas o momento em que o juiz julga procedente ou improcedente a pretensão do autor. Como mencionado, o artigo 458 do CPC, exige que se decida a lide na parte dispositiva da sentença. Contudo, se por má técnica do magistrado a decisão vier a ser antecipada na fundamentação, haverá a incidência da coisa julgada, pois naquele momento houve a manifestação do magistrado acerca da pretensão do autor.

Ainda discorrendo sobre os elementos objetivos da coisa julgada, vale lembrar que o artigo 470 do Estatuto Processual Civil prevê um mecanismo de ampliação dos limites objetivos da *res judicata*, regulamentando a ação declaratória incidental. Assim, caso uma das partes queira que o julgamento de uma questão prejudicial fique imunizado pela coisa julgada, sendo o juízo competente *ex ratione materiae*, poderá a parte interessada requerer ao juiz que declare na parte dispositiva da sentença a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou excepcionalmente de um fato, quando a questão prejudicial versar sobre falsidade documental, nos termos do artigo 4º do CPC.

Contudo, apenas as questões prejudiciais são passíveis da ação declaratória incidental. As preliminares, que também devem ser superadas para o julgamento do *meritum causae*, não autorizam a utilização do instrumento processual em estudo.

Fixadas essas premissas, cumpre registrar a diferença terminológica entre as preliminares e as questões prejudiciais. Consoante as lições de BARBOSA MOREIRA (1965), ambas compõem a categoria das questões prévias. Nas questões preliminares, o reconhecimento da questão subordinante (preliminar), obsta a análise da questão subordinada (conflito de interesses), determinando a extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito. Com isso, diz-se que a análise da questão subordinante interfere no “ser” da questão subordinada.

De outro lado, nas questões prejudiciais, o conhecimento da questão subordinante não obsta a análise do conflito de interesses, mas determina o sentido de seu julgamento, de sorte que a questão subordinante atua no “modo de ser” da questão subordinada (mérito), eis que determina a procedência ou improcedência da pretensão do autor.

Destarte, *v.g.*, numa ação de alimentos com prova pré-constituída do parentesco, o suposto pai, ao contestar, pode afirmar não dever alimentos por não ser o pai do menor, solicitando a declaração da inexistência da relação de paternidade por sentença. Com isso, a análise da questão subordinante (paternidade) não obstará a análise do mérito (alimentos), mas determinará a procedência ou improcedência da pretensão do alimentado. Logo, trata-se de questão prejudicial, que autoriza a utilização da ação declaratória incidental.

Superada a análise dos limites objetivos da coisa julgada, cumpre tecer considerações a respeito dos principais fenômenos processuais envolvendo as partes e os terceiros intervenientes da relação processual, a fim de que se delimite os limites subjetivos da *res judicata*.

Nessa linha, dispõe a primeira parte do artigo 472 do CPC que “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (...)”.

Assim, sob pena de um total desrespeito às garantias constitucionais do acesso à justiça, do contraditório e do *due process of law*, em regra, não se pode vincular terceiros ao processo, pois não tiveram a oportunidade de participar efetivamente do contraditório, que constitui a garantia constitucional legitimadora dos pronunciamentos jurisdicionais. Aliás, neste aspecto reside o fundamento político do princípio do contraditório, pois uma vez proporcionado às partes, legitima a sentença, bem como a imutabilidade decorrente da coisa julgada material (DINAMARCO, 2002).

Consagram os artigos 41 a 45 do Código de Processo Civil o fenômeno da sucessão processual ou substituição de partes, de forma que, nas hipóteses regulamentadas, quer em razão da morte de uma das partes, quer pela alienação do objeto litigioso, haverá, em um dos pólos da relação processual a alteração do titular da qualidade de parte.²³

²³ Na hipótese do falecimento de uma das partes, é importante ressaltar que haverá a substituição da parte após regular processo de habilitação, na forma dos artigos 1055 e seguintes do CPC. Contudo, não há que se falar em sucessão processual se o direito material debatido no processo for taxado de intransmissível por disposição legal, caso em que o processo será extinto sem julgamento de mérito nos termos do disposto no artigo 267, IX, do CPC.

Registre-se, de plano, que no caso da alienação do objeto litigioso haverá a sucessão processual apenas se a parte *ex adversa* consentir. Não havendo o consentimento da parte contrária, dar-se-á o fenômeno na legitimidade extraordinária prevista no artigo 6º CPC, de sorte que o alienante figurará como substituto processual do terceiro adquirente, que poderá habilitar-se apenas como assistente, por ter interesse jurídico no desfecho do processo.²⁴

Com a substituição de partes, o sucessor sub-roga-se em todas as prerrogativas, deveres e ônus do sucedido, sendo naturalmente atingido pela coisa julgada.

Contudo, TALAMINI (2005) faz algumas restrições à assertiva anunciada. Dessa forma, segundo o autor, se a sucessão ocorreu antes mesmo do processo, é indispensável que o sucessor seja desde logo citado como parte, pois, caso contrário, não lhe seria oponível a coisa julgada. Caso a sucessão de partes se der no curso do processo, deve-se diferenciar a sucessão em decorrência da morte de uma das partes, daquela que se dá por ato entre vivos.

Na primeira hipótese, a posição de parte transferir-se-ia ao espólio. Com isso, enquanto não se adquirir a condição de parte, não fica atingido pela autoridade da coisa julgada. Todavia, se a sucessão se der por ato entre vivos, reportado autor afirma que se deve verificar se o sucessor tinha ou deveria ter ciência do processo em curso. Se lhe for escusável o não conhecimento do processo para que nele pudesse intervir, não ficaria vinculado aos limites da coisa julgada.

Fenômeno processual igualmente relevante no que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, consiste na figura da legitimidade extraordinária. Pela regra esculpida no artigo 6º CPC, excepcionalmente, a lei pode conferir *legitimatío ad causam* a sujeitos diversos daqueles da relação jurídica de direito material, admitindo que se litigue em nome próprio sobre direitos de outrem.

²⁴ Nessa linha, vale lembrar o disposto no artigo 1061 do Código de Processo Civil, que estabelece que caso o alienante do objeto litigioso permaneça na qualidade de parte, ocorrendo o seu falecimento no curso do processo, permite-se que o substituído adquira a qualidade de parte independente do processo de habilitação judicial, devendo apenas fazer prova do título de propriedade do objeto litigioso, bem como de sua identidade.

Tradicionalmente diz-se que o substituído, embora não tenha participado do contraditório, fica sujeito à autoridade da coisa julgada obtida pelo substituto. Contudo, é importante trazer à baila as lições de Eduardo Talamini (2005, p. 114):

Como se pode afirmar que os direitos constitucionais do substituído ao acesso à justiça , ao devido processo e à ampla defesa não estão sendo violados quando se impede de exercê-los sob o argumento de que alguém – que não agiu em seu nome nem com sua autorização – já atuou em juízo? Por essas razões, não parece compatível com o ordenamento brasileiro vigente a afirmação generalizada de que o substituído ficaria atingido pela coisa julgada decorrente do processo que participou apenas o substituto. Cabe definir balizas dentro das quais essa solução é constitucional.

Dessa forma, mais uma vez nos deparamos com a necessidade de estudar o direito processual civil sob seu enfoque constitucional. Com isso, deve a jurisprudência, de forma casuística, identificar e sedimentar as hipóteses em que o substituído, excluído da relação processual, não deve ficar atingido pelos rigores da coisa julgada, como forma de compatibilizar as regras processuais às garantias constitucionais do processo, previstas na Lei Maior.

No que concerne ao alcance da coisa julgada em sede de intervenção de terceiros, ficará atingido pela coisa julgada o terceiro que, após o ingresso no processo, adquirir a condição de parte. Assim, no chamamento ao processo e na nomeação à autoria, o terceiro interveniente adquire automaticamente a condição de parte principal no processo, ficando naturalmente atingido pela coisa julgada.

Nos casos específicos da oposição e da denunciação da lide, considerando que se instaura uma demanda incidental, o denunciante e o oponente serão alcançados pela coisa julgada nos limites desta lide, aplicando-se, *in casu*, o disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil.

De outra forma, na assistência o terceiro interveniente não adquire a qualidade de parte, mas por ter interesse jurídico no desfecho da demanda, a lei lhe faculta intervir no processo para que atue como coadjuvante de uma das partes, exercendo papel de auxiliar da parte principal com a finalidade de determinar a

procedência ou improcedência da demanda. Diante disso, por força do artigo 472 do CPC, não fica absorvido pela *res judicata*.²⁵

3.4. As Espécies de Cognição e a Coisa Julgada.

Kazuo Watanabe (1999) defende a existência de duas espécies de cognição no processo. De um lado, tem-se a cognição no plano vertical, que leva em conta o grau de profundidade com que o juiz analisa as provas para exarar um pronunciamento jurisdicional. De outro lado, há a cognição no plano horizontal, que leva em consideração o campo de cognição do juiz, ou melhor, a existência ou inexistência de limitações nas matérias que podem ser ventiladas pelos sujeitos parciais do processo com a finalidade de influir no convencimento do magistrado.

Por prestígio ao princípio da segurança jurídica, para que o juiz de forma definitiva extinga o conflito de interesses, faz-se necessário que as partes tenham tido ampla oportunidade de expor suas razões fáticas e jurídicas, sendo-lhes proporcionado o ônus de produzir as provas que entenderem necessárias para determinarem o sentido do julgamento.

Nesse sentido, insta registrar as lições de Kazuo Watanabe (1999, p. 113):

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada.

²⁵ Há divergência na doutrina no que diz respeito ao alcance da coisa julgada ao assistente litisconsorcial, que poderia ter ingressado no processo na condição de litisconsorte unitário. Sobre o tema, não se pode olvidar que a lei faz restrições à atuação do assistente, que pode atuar apenas como coadjuvante da parte principal, de forma que a princípio, não pode ser alcançado pelos limites subjetivos da coisa julgada.

Nessa linha de raciocínio, quando o julgamento da lide se dá com fundamento em ampla cognição probatória, após ser concedido às partes o ônus de produzir as provas pretendidas, tem-se a regra geral da cognição exauriente no plano vertical.

Com efeito, em determinados casos, a lei possibilita a emissão de pronunciamentos jurisdicionais provisórios, como se dá com as liminares concedidas nas ações possessórias, no pleito de antecipação dos efeitos da tutela e nas ações cautelares. Nesses casos há um grau de profundidade perfunctório acerca dos fatos, o que torna a cognição sumária, pois o juiz emite um juízo de valor acerca dos fatos, através de um juízo hipotético de probabilidade ou de verossimilhança.

No que tange à cognição no plano horizontal, tem-se a cognição parcial e cognição total. Dá-se a cognição total quando não há qualquer limitação acerca das matérias dedutíveis em juízo, podendo o juiz analisar e considerar quaisquer matérias para julgar a pretensão do autor.

No entanto, em determinados casos, a lei limita o campo de cognição do juiz vinculando-o a análise de matérias taxativamente previstas em lei para julgar a demanda. É o que se dá, *v.g.*, com as ações possessórias, onde a discussão cinge-se apenas à análise acerca do justo possuidor do bem, aos embargos de execução fundado em título judicial, na ação de desapropriação (WATANABE, 1.999).

Destarte, nestes termos pode ser sintetizada a classificação de Kazuo Watanabe (1999, p. 113):

Segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária, quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente*, quanto à profundidade (grifado no original).

Tornou-se imperioso trazer à baila a classificação supra mencionada para que se possa consignar em quais dessas hipóteses operar-se-á a coisa julgada material, tornando o conteúdo do pronunciamento imutável. Por óbvio, nos casos de cognição total no plano horizontal e exauriente no plano vertical, incidirá

naturalmente a eficácia imunizadora da coisa julgada, uma vez que não foi imposta qualquer restrição às partes, que puderam expor todas as suas razões em juízo.

No mesmo sentido, em se tratando de cognição parcial, aplicar-se-á o disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil, havendo a incidência da imutabilidade decorrente da coisa julgada material, nos limites da lide e das questões decididas.

Contudo, há absoluta incompatibilidade da imutabilidade decorrente da autoridade da coisa julgada, com a análise superficial dos fatos e das provas decorrente dos pronunciamentos proferidos com base em cognição sumária.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 93) prescrevem que:

O mesmo não ocorre, necessariamente, com as decisões fundadas em cognição sumária, que, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não têm aptidão para gerar coisa julgada. Há, no entanto, como se disse, questões relacionadas às decisões fundadas em cognição sumária que, a despeito de não ensejarem a formação da coisa julgada, podem ser capazes de produzirem efeitos irreversíveis. A circunstância que se verifica, neste caso, não autoriza dizer que a irreversibilidade dos efeitos da decisão atribua a esta de condição de decisão acobertada pela coisa julgada.

Destarte, o simples fato de tratar-se de pronunciamento exarado com base em cognição sumária, obsta a incidência da eficácia imunizadora da coisa julgada material, independentemente de se tratar, no plano horizontal, de cognição total ou parcial.

Nesse sentido, a imposição da coisa julgada a pronunciamentos provisórios, viola princípios constitucionais do processo de especial importância, tais como a cláusula do *due process of law*, contraditório, ampla defesa, bem como todas as demais regras processuais que estão voltadas para fazer incidir o manto da coisa julgada após regular processo, após as partes produzirem todas as provas que desejarem, de forma que seria absolutamente ilógico impor a autoridade da coisa julgada aos pronunciamentos provisórios, que são, por natureza, revogáveis a qualquer tempo.

3.5 Pronunciamentos em que não há Coisa Julgada Material.

Como consignado no decorrer de toda a pesquisa, a incidência da autoridade da coisa julgada sobre os pronunciamentos jurisdicionais constitui um dado de opção política do Estado que diante do conflito entre a necessidade de conceder segurança jurídica às relações sociais e o ideal de buscar indefinidamente a “justiça das decisões”, preserva aquela necessidade, em detrimento deste ideal.

Também já se afirmou no decorrer da explanação que a eficácia imunizadora decorrente da coisa julgada material não é inerente a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional, mas restrito àqueles em que a lei definir a sua incidência, uma vez que é perfeitamente concebível a existência de pronunciamentos jurisdicionais imunes à coisa julgada.

Com efeito, neste momento do estudo pretende-se sistematizar a matéria, analisando os pronunciamentos que, embora emanados do Poder Judiciário, não são alcançados pela coisa julgada material, seja em razão de sua natureza, seja porque não possuem natureza jurídica de pronunciamento jurisdicional.

Dessa forma, conforme demonstraremos, além dos pronunciamentos proferidos com base em cognição sumária dos fatos, em muitos outros casos não há a imutabilidade da coisa julgada material.

Nesse palmilhar, alude o artigo 1º do Código de Processo Civil à existência, ao lado da jurisdição contenciosa, da chamada “jurisdição voluntária”, destinada ao controle de atos da vida dos particulares pelo Poder Judiciário, em que a lei impõe, como condição de validade do ato, a atuação do Poder Judiciário. Diz-se, em razão disso, que a “jurisdição graciosa” cuida da administração pública de interesses privados.

Contudo, malgrado o Código de Processo Civil aludir à existência de uma suposta “jurisdição voluntária”, falta-lhe as características básicas da jurisdição, como a existência de uma atividade substitutiva, lide, inércia, definitividade, processo e partes. Destarte, embora sejam matérias delegadas ao Poder Judiciário, possuem natureza tipicamente administrativa.

Diante do exposto, nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária regulados pelo Título II, Livro IV, do Código de Processo Civil, não há a incidência dos rigores da coisa julgada material, podendo o juiz, a qualquer tempo, voltar a analisar a matéria anteriormente decidida, podendo, inclusive, julgar com base em critérios de equidade, eis que não está vinculado à legalidade estrita.

Nessa linha, torna-se imperioso colacionar as autorizadas palavras de Antonio Carlos Marcato (2004, p. 343):

Ademais, as *sentenças de mérito* proferidas no processo de jurisdição contenciosa, uma vez transitadas *formalmente* em julgado (isto é, não mais admitindo qualquer recurso), transitam em julgado também *materialmente*, tornando-se imutáveis seus efeitos (coisa julgada material); já as sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária não transitam em julgado materialmente e, por isso mesmo, surgindo circunstância nova que torne possível ou conveniente a alteração da situação por elas estabelecida, nada obsta ao juiz modificá-las a requerimento do interessado, respeitados os efeitos já produzidos .

Dessa forma, não há que se falar em incidência da coisa julgada material nos procedimentos de jurisdição voluntária, pelas razões aduzidas.

No mesmo sentido, na seara da atividade executiva também não há incidência da coisa julgada panprocessual. Isso porque, o mérito na execução consiste na satisfação de um direito retratado num título executivo, judicial ou extrajudicial. Com isso, embora seja possível afirmar a existência de mérito no processo de execução, não se pode afirmar, contudo, que haja julgamento de mérito nesta modalidade de atividade jurisdicional.

Assim, tendo em vista que a incidência da imutabilidade da coisa julgada material pressupõe julgamento de mérito, não há que se falar em coisa julgada material no processo de execução.²⁶

²⁶ Registre-se, contudo, que poderá haver a incidência da coisa julgada material nos embargos à execução. Contudo, os embargos não constituem um mero incidente de execução, mas uma nova relação jurídica processual em que o executado poderá opor-se à atividade executiva, com a finalidade de extingui-la. Nada obstante, faz-se necessário consignar que, com as alterações decorrentes da lei 11.232/05, os embargos à execução estão restritos à execução contra a fazenda pública ou à execução fundada em título executivo extrajudicial. Nos demais casos, a defesa do executado far-se-á através de impugnação à execução, que constitui, segundo a orientação predominante da doutrina, mero incidente de execução, restrito às matérias previstas do artigo 475, L, do CPC.

Na mesma linha de raciocínio, via de regra, não há coisa julgada material nas ações cautelares, uma vez que não há mérito, tampouco julgamento de mérito nessa modalidade de processo. Em essência, as cautelares não se prestam ao julgamento da relação jurídica de direito material, mas buscam assegurar o resultado útil e efetivo de um outro processo, dito principal.

Daí extrai-se que, em regra, não há a *auctoritas rei judicatae* nas cautelares. Contudo, nos termos do artigo 810 do Estatuto Processual Civil, pode o juiz, ao julgar o processo cautelar, verificar que a matéria a ser discutida no processo principal foi alcançada pela prescrição ou decadência. Nesses casos, deve o juiz, de plano, decretar a prescrição ou a decadência *ex officio*, o que implicará julgamento de mérito no processo cautelar. Nesses casos, haverá a incidência da imutabilidade panprocessual da coisa julgada, por força do disposto no artigo 269, V, do CPC²⁷.

Por derradeiro, faz-se necessário registrar o disposto no artigo 471 do Estatuto Processual Civil que assim dispõe: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – Se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – Nos demais casos previstos em lei;”;

Uma análise descuidada do dispositivo em referência, pode levar o intérprete a uma conclusão falaciosa, a de que nas chamadas “relações jurídicas continuativas” não há a incidência da coisa julgada material, por força do dispositivo supracitado.

Essa falsa percepção, leva uma parcela da doutrina a defender que nesses casos haveria a chamada coisa julgada com cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, haveria a autoridade da coisa julgada enquanto permanecerem idênticos os fatos, pois caso sejam alterados, haveria a desconstituição da coisa julgada material anteriormente formada.

²⁷ Vale consignar a existência de uma orientação doutrinária no sentido de que, quando houver homologação de acordo no processo cautelar a respeito da matéria que seria discutida no processo principal, haverá a incidência de coisa julgada, nos termos do artigo 269, III, do CPC. Vale lembrar, ainda, que atualmente a prescrição é matéria cognoscível de ofício, independente de se tratar de parte absolutamente incapaz ou mesmo da natureza indisponível do direito material debatido no processo.

Entretanto, como mencionado alhures, a incidência da coisa julgada pressupõe a tríplice identidade de partes, causa de pedir e pedido, de que trata o artigo 301, §2º, do Código de Processo Civil, de forma que a alteração de quaisquer dos elementos individualizadores da ação não obsta a propositura de uma nova demanda, por conta do direito constitucional de ação previsto no artigo 5º XXXV da CF, que veda à lei tolher o acesso dos particulares à função jurisdicional.

Assim, consoante o artigo 471 CPC, constitui *conditio sine qua non* para a propositura de uma nova demanda, a alteração dos fatos que determinaram o julgamento do processo pretérito.

Ora, a alteração dos fatos constitui alteração da causa de pedir remota, de sorte que a propositura de nova demanda, agora fundada numa situação fática diversa, não representa a quebra da coisa julgada anterior, mas a coexistência de ambas as sentenças imunizadas por versarem sobre matérias tecnicamente distintas.

Dessa forma, nas relações jurídicas continuativas não há que se falar em coisa julgada *rebus sic standibus*. Há coisa julgada material obstando a reapreciação de uma nova demanda idêntica. Assim, ainda que ausente no ordenamento este dispositivo, seria possível a propositura de ações revisionais fundadas numa situação fática diversa, sem que isso representasse qualquer ultraje ao instituto da coisa julgada material.

4. INSTRUMENTOS IMPUGNATIVOS DA COISA JULGADA

4.1 Considerações preliminares.

Neste momento do estudo, faremos considerações a respeito das “sentenças que não transitam em julgado”,²⁸ ou seja, serão estudadas sentenças de mérito que em razão de vícios existentes na relação jurídica processual não são aptas a constituírem a eficácia imunizadora decorrente da coisa julgada material.

Além disso, também serão analisadas sentenças de mérito que embora imunizadas pela coisa julgada material, em razão da existência de vícios omitidos no decorrer do procedimento são passíveis de desconstituição no biênio decadencial ulterior ao trânsito em julgado da sentença, através da propositura da ação rescisória.

Torna-se necessário enfrentar o tema para que não haja uma percepção errônea de casos em que não há que se falar em flexibilização da coisa julgada, uma vez que, tecnicamente, pela sistemática do direito processual enquadram-se nas hipóteses típicas de rescisão da *res judicata*, ou ainda, de simples declaração de inexistência da relação processual.

Corroborando este entendimento, Eduardo Talamini (2005, p. 25) adverte que:

Conforme indicado adiante, a definição de tais premissas tem em mira evitar dois riscos em sentidos opostos: (1º) a falsa colocação de falsos problemas de “coisa julgada a relativizar”, ou seja, a errônea atribuição da autoridade de coisa julgada a pronunciamentos que em verdade dela não se revestem e cuja injustiça ou ilegitimidade podem vir a ser corrigidas ou superadas independentemente de qualquer solução que envolva verdadeira quebra da coisa julgada. Tratando do tema com rigor, Donaldo Armelin demonstrou que significativa parcela dos casos até então examinados pela doutrina e a jurisprudência sob o ângulo da “relativização da coisa julgada” resolvia-se pela aplicação das regras comuns que disciplinam o instituto; (2º) a pretensa solução de problemas que verdadeiramente envolvem “coisa julgada” através de artifícios destinados a negar a sua ocorrência.

²⁸ Expressão cunhada por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p.26).

Para tanto, faz-se necessário tecer considerações a respeito dos pressupostos de admissibilidade de exame de mérito, categoria que compreende as condições da ação e os pressupostos processuais, que por sua vez, segunda a classificação adotada, subdividem-se em pressupostos processuais de existência, de validade, e ainda, pressupostos processuais negativos ou extrínsecos, sem perder de foco a necessidade de compatibilizar o estudo com a teoria da relativização da coisa julgada.

4.2 Pressupostos de Existência e Validade do Processo.

Dentre as classificações acerca dos pressupostos processuais, adotaremos a classificação de Arruda Alvim (2003), por entendermos que é a que melhor se coaduna com a sistemática do Código de Processo Civil.

Em linha de princípio, a mencionada classificação guarda compatibilidade terminológica com o Código de Processo Civil que, em seu artigo 267, IV, determina a extinção do processo sem julgamento de mérito “quando se verificar a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” e, no artigo 267, V, do mesmo código, determina a extinção do processo sem julgamento de mérito “quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência e coisa julgada”.

Destarte, a expressão “pressupostos de constituição do processo” reflete a idéia da exigência do preenchimento dos pressupostos de existência do processo, enquanto a expressão “pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo”, refere-se ao preenchimento dos pressupostos de validade da relação processual e, por fim, as hipóteses do artigo 267, V, do CPC, ficam reservadas à categoria dos pressupostos processuais negativos do processo, com ressalvas pertinentes à perempção, que não compõe a categoria dos pressupostos extrínsecos pelas razões que serão aduzidas.

Na medida do possível, serão registradas algumas divergências doutrinárias que podem gerar interferência no estudo, pois a partir da orientação adotada resultará a conclusão no sentido da necessidade da quebra atípica da coisa julgada²⁹ ou no sentido da possibilidade de solução da questão sem a utilização da via extremada da relativização da coisa julgada.

4.2.1 Demanda / Regularidade da Petição inicial.

Constitui condição necessária à existência do processo, que o interessado na prestação jurisdicional faça uso do direito de ação. Uma das características básicas da atividade jurisdicional consiste na inércia, consubstanciada nas máximas *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*, consoante o disposto nos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, eis as lições de José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 9):

Chama-se demanda o ato pela qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional. Pela demanda começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa à formação do processo (...). Através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128). Ao proferir a sentença de mérito, o juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1º parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460); tampouco deixar de pronunciar-se sobre o quer que conste do pedido. É o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), só afastável ante exceção legal expressa.

Vale salientar que o conceito de demanda engloba não apenas a existência de pedido, mas, além disso, traz em seu bojo, implicitamente, a necessidade de que alguém peça em face de outrem (partes) e o porquê do pedido (causa de pedir), ou seja, há a necessidade de se declinar os já estudados elementos da demanda, partes, causa de pedir e pedido (ARAÚJO, 2001).

²⁹ Expressão utilizada por Eduardo Talamini (2005).

Além da demanda, para que a relação processual se desenvolva válida e regularmente, faz-se mister que a peça vestibular contenha os requisitos legais, ou melhor, que não contemple os vícios previstos no artigo 295 do Código de Processo Civil.

A exigência de iniciativa da parte para a atuação da jurisdição é quase absoluta no sistema, encontrando pequenas exceções justificadas pela natureza do direito material, como se dá, *v.g.*, no processo de inventário nos termos do artigo 989 do CPC, na exigência de exibição de testamento, artigo 1126 do CPC, na arrecadação de bens na herança vacante, por força do artigo 1142 do CPC e, por fim, na arrecadação dos bens do ausente, consoante prescreve o artigo 1160 do Código de Processo Civil.

Destarte, apenas através do exercício do direito de ação é que a jurisdição atuará, devendo o fazer, nos limites do pedido, como determina o princípio da correlação entre pedido e sentença, consoante artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Diz-se, em razão disso, que a petição inicial contém o projeto da sentença.

Diante desta premissa, deve ser enfrentada a seguinte indagação: A sentença *extra petita* que transita em julgado é atacável através de ação rescisória, por violar literal disposição de lei, com supedâneo no artigo 485, V, do CPC, sujeitando-se ao prazo decadencial de dois anos ulterior ao trânsito em julgado ou, de outra forma, pode ser atacada mediante ação declaratória de inexistência, considerando que, tecnicamente, a jurisdição atuou sem a existência de pedido acerca daquela pretensão?

O tema é polêmico. Em sede jurisprudencial, principalmente na alçada do Superior Tribunal de Justiça,³⁰ predomina o entendimento de que, no caso em debate, a sentença é nula e, conseqüentemente, rescindível por intermédio da ação rescisória, sujeitando-se, conseqüentemente, ao prazo legal, posição com a qual, *data venia*, não comungamos.

³⁰ STJ, 3ª Seção, AR 799-RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 24.05.2000, DJU 19.06.2000, p. 103; STJ, 1ª Seção, AR 265-SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 05.11.1991, DJU 16.03.1992, p. 3068, *in* Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003).

Por motivos de ordem de economia processual, a sistemática processual admite a cumulação de vários pedidos numa única relação processual, desde que os pedidos sejam compatíveis entre si, seja o juízo competente para apreciar todos os pedidos e, por fim, que seja o mesmo procedimento aplicável, podendo o autor, caso não sejam, optar pelo procedimento comum ordinário, por força do artigo 292, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.

Assim, cada pedido deduzido pelo autor, equivale a um exercício do direito constitucional de ação, que estão sujeitos, isoladamente, ao preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de exame de mérito, de sorte que não podem ser encarados em conjunto, como manifestação de um único exercício do direito de ação.

Diante disso, o capítulo da sentença que concedeu provimento diverso do pleiteado, sob o qual não se efetivou o contraditório é tecnicamente inexistente, ante a ausência de demanda pleiteando aquele determinado bem da vida. Com isso, pode este capítulo da sentença ser atacado a qualquer tempo por intermédio da ação declaratória de inexistência³¹ (WAMBIER e MEDINA, 2003).

Contudo, insta salientar com fundamento em TALAMINI (2005), que em determinados casos, não há que se falar em inexistência jurídica do capítulo contido na sentença embora o autor sobre ele não tenha formulado pedido.

Assim, *v.g.*, caso o réu na contestação defenda-se de matéria não contida na inicial, e o autor, em sede de réplica, impugne a questão, que é enfrentada pela sentença, entende-se que houve uma ampliação tácita do objeto do processo, de sorte que ante a efetivação do contraditório sobre a matéria, não padece do vício de inexistência jurídica.³²

³¹ Não está se defendendo que toda a sentença é inexistente, mas apenas o capítulo da sentença que se manifestou sobre questão não contida na inicial e que não foi objeto de contraditório entre as partes. Sobre os capítulos da sentença, vide Cândido Rangel Dinamarco *in* Capítulos da Sentença, São Paulo: Atlas, 2005..

³² Em suma, extrai-se das lições de Eduardo Talamini que o vício de inexistência está reservado às hipóteses de sentença *ultra vel extra petita* que enfrentam matérias totalmente alheias ao contraditório. Destarte, caso se efetive a garantia constitucional esculpida no artigo 5º LV da Lei Maior, haveria, no máximo, invalidade deste capítulo da sentença.

4.2.2 Jurisdição / Juízo Competente e Juiz Imparcial.

A atividade jurisdicional consiste no poder-dever do Estado de, uma vez provocado, substituir-se à vontade das partes, fazendo atuar o comando emergente da lei para solucionar a lide, com caráter, via de regra, de definitividade. Salvo raras exceções, o Estado veda a “justiça privada”, avocando o poder de dirimir os conflitos de interesses buscando a pacificação social. Diz-se, em razão disso, que a jurisdição é uma atividade tipicamente substitutiva.

Sobre o tema, Arruda Alvim (2003, p. 196) prescreve:

Afigura-se-nos que a atividade jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide, deverá este afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade concreta da lei, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica. Essa prestação jurisdicional, que soluciona a lide, para que seja realizada com eficácia imutável, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda, e de certa forma, perduraria o conflito e não teria havido substitutividade. Desta forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é uma substituição de uma atividade/vontade privada, por uma vontade pública, que é a ‘vontade da lei’ a imperar.

Nessa linha, para que a relação processual exista, faz-se mister que a demanda seja deduzida perante um órgão investido no poder jurisdicional. Assim, exemplos de sentenças prolatadas por quem não é juiz ou proferidas por juiz aposentado, são inexistentes.

Além disso, para que a relação processual seja íntegra, é necessário que o órgão jurisdicional seja competente e o juiz prolator da sentença seja imparcial. Sobre o tema, não nos referimos às hipóteses de incompetência relativa do juízo (em razão do local e em razão do valor), tampouco às hipóteses de suspeição do juiz enumeradas no artigo 135 do Código Processo Civil. As normas que regulamentam estas matérias são tidas por dispositivas, de sorte que, caso não sejam argüidas no momento oportuno através da pertinente exceção, tornam-se preclusas (THEODORO JÚNIOR, 2004).

Na verdade, são pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, as competências de natureza absoluta, ou seja, a competência *ex ratione materiae* e *ex ratione personae*, bem como as hipóteses de impedimento do juiz arroladas no artigo 134 do CPC.

Estas são matérias de ordem pública que estão ligadas ao bom desempenho da atividade jurisdicional, de forma que eventuais vícios a respeito destas matérias devem ser conhecidos *ex officio*, não se sujeitando à preclusão, podendo ser reconhecidos a qualquer tempo ou grau de jurisdição, desafiando até mesmo a propositura de ação rescisória, nos termos do artigo 485, II, do CPC.

Questão que vem despertando polêmica na doutrina envolvendo o pressuposto processual em estudo, consiste na verificação da sanção processual aplicável às hipóteses de inobservância das “competências constitucionais”. Modernamente, parte da doutrina vem defendendo que nesses casos há inexistência da sentença e, conseqüentemente, da própria relação processual, uma vez que a sentença fora proferida por um juiz que, embora investido no poder jurisdicional, não tem competência constitucional para julgar a lide.

Nesse sentido prescreve Calmon de Passos *apud* José Maria Tesheiner (2000, p. 50):

O poder de julgar do magistrado tem suas raízes na Constituição. Por isso mesmo se diz que ela é fonte do poder jurisdicional. Só nos limites nela fixados está o juiz investido no poder de julgar. Constitucionalmente, o poder de julgar foi repartido entre as chamadas jurisdições especiais (penal-militar art. 124; eleitoral – art. 121; do trabalho – art. 114 – federal – art. 109) e comum – remanescente. A investidura dos órgãos dessas jurisdições já lhes confere poder de julgar *limitado* constitucionalmente, de sorte que o exercício de suas atividades fora dos limites traçados na Carta importa, mais do que um defeito de competência, em *defeito de jurisdição*. O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, conseqüentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual.

Malgrado seja respeitável a posição supra transcrita, nos parece que os adeptos desta orientação partem de um pressuposto falso, uma vez que a jurisdição é atividade inerente à soberania do Estado, e, como tal, não comporta divisões. Logo, a jurisdição é una é indivisível.

Nesse diapasão, não se pode falar em “divisão constitucional de jurisdições”, mas, tão somente, em divisão constitucional de competências, caracterizada pela categoria das competências funcionais no plano horizontal. Logo, uma vez inobservadas, não geram inexistência, mas nulidade absoluta do processo, desafiando a propositura de ação rescisória, conforme o disposto no artigo 485, II, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, embora todo magistrado esteja investido no poder jurisdicional, nem todo juiz detém competência, que se destina a efetuar uma divisão de tarefas entre os diversos órgãos jurisdicionais. Logo, a questão cinge-se a ausência de competência, não de jurisdição.

4.2.3 Citação.

Superadas as intermináveis discussões a respeito da natureza jurídica do processo, que já foi visto com um “contrato”, um “quase contrato”, uma “situação jurídica”, firmou-se o entendimento, a partir das lições de Oskar Von Bulow³³, no sentido de que o processo consiste numa relação jurídica, cujos sujeitos são autor, juiz e réu. Esta relação jurídica, não se confunde, tampouco se identifica com a relação jurídica de direito material.

Consoante as lições de Miguel Reale (2000), toda relação jurídica pressupõe a existência de quatro elementos, um sujeito ativo, um sujeito passivo, um objeto e um vínculo de atributividade.

Destarte, quando o autor exercita seu direito de ação, atua inicialmente contra o Estado-juiz para que este, por sua vez, atue em face do réu. Com isso, no momento em que o juiz faz o primeiro juízo de admissibilidade da exordial, embora haja ação, não há tecnicamente processo, de sorte que, quando não há citação, perante o réu o processo é inexistente, nos termos do artigo 263, *in fine* do CPC.

³³ Lições apresentadas na obra intitulada “Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais” (1968).

O processo como relação jurídica existe apenas com a citação, que constitui o expediente processual hábil a cientificar o réu da pretensão do autor, possibilitando-lhe que deduza suas razões em juízo, o que constitui fator que legitimará a futura sentença, *ex vi* do artigo 5º LV da CF.

Nessa linha, com a citação do réu, dá-se a angularização e, ato contínuo, a triangularização da relação jurídica processual, uma vez que, como acentua a doutrina, as partes não têm deveres, obrigações e ônus apenas perante o órgão jurisdicional, mas, sobretudo, possuem deveres e obrigações recíprocas, como, *v.g.*, o dever de lealdade processual, a obrigação de pagar as custas processuais, a possibilidade de convencionarem a suspensão do processo por até seis meses, podendo ainda transigir a qualquer tempo quando a lide versar sobre direitos disponíveis (ARAÚJO, 2000).

4.2.4 Capacidade Postulatória / Capacidade Processual.

Salvo raras exceções,³⁴ as partes podem atuar em juízo apenas por meio de advogado legalmente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e devidamente constituído nos autos. Com isso, por força do artigo 37, parágrafo único, do CPC, a capacidade postulatória constitui pressuposto processual de existência no sistema processual pátrio.³⁵

Nada obstante, exige-se para a validade do processo que as partes tenham capacidade processual, também chamada de capacidade *ad processum*, que consiste na capacidade dos sujeitos parciais do processo para atuarem de forma autônoma nos pólos da relação processual.

³⁴ Artigo 9º da lei 9.099/95: “Nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

³⁵ Vale salientar que a capacidade postulatória constitui pressuposto processual de existência apenas com relação ao autor, pois com relação ao réu implicará revelia, à luz do estatuído no artigo 13, II, do Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 7º CPC, toda pessoa maior que esteja no gozo de sua capacidade plena, têm capacidade processual. Assim, os incapazes não detêm a capacidade em estudo, devendo estar representados ou assistidos por quem de direito.

A capacidade processual, por sua vez, não se confunde com a capacidade para ser parte. Toda pessoa provida de personalidade jurídica detém esta capacidade. Contudo, acentua a doutrina que esta exigência é pré-processual, de forma que não constitui pressuposto de validade do processo (ALVIM, 2003).

A eleição da capacidade postulatória à categoria dos pressupostos de existência do processo é defendida, principalmente com fundamento no parágrafo único do artigo 37 do Código de Processo Civil, que comina a sanção da inexistência para os atos praticados pelo procurador quando não for carreado aos autos o instrumento de mandato na forma legal.

Contudo, o tema é polêmico na doutrina, tornando-se imperioso trazer à colação as lições de José Maria Tesheiner (2000, p.70):

De nossa parte, preferimos caracterizar a capacidade postulatória como requisito apenas de validade do processo, não de sua existência. As razões são várias. Parece-nos, em primeiro lugar, que, uma vez existente o ato e produzindo os efeitos jurídicos próprios, não se pode reconduzi-lo à inexistência; pode-se apenas desconsiderar seus efeitos jurídicos, o que caracteriza exatamente a desconstituição por nulidade. Em terceiro lugar, o citado artigo diz que os atos não ratificados *serão havidos como inexistentes*, não que se tornem inexistentes. Em quarto lugar, o art. 37, parágrafo único, não constitui hipótese de falta de *jus postulandi*, mas de advogado sem autor, de mandatário sem mandante, que determina a ineficácia da sentença em relação a quem não participou do processo, embora em seu nome haja sido pleiteada a tutela jurisdicional.

Essa linha de raciocínio ganhou força após o advento da lei 8.906/94, que em seu artigo 4º prescreve que: “São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas”. Parágrafo único; “São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado, ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia”.

Contudo, conforme acentuam WAMBIER e MEDINA (2003), não há que se falar em incompatibilidade entre o sobredito artigo 37 parágrafo único do CPC, com o preceito contido no artigo 4º da lei 8.604/94, por regularem questões totalmente distintas e inconfundíveis.

Destarte, aplica-se a sanção processual da inexistência quando o advogado legalmente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil atua em juízo em nome da parte sem procuração, cujos atos não são por ela ratificados no prazo do 15 dias.

De outra banda, outra é a situação regulada pelo Estatuto da Advocacia, que prescreve a nulidade dos atos praticados pelo advogado devidamente constituído pela parte nos autos, mas que se encontra impedido, suspenso, licenciado ou que tenha passado a exercer atividade tida por incompatível com a advocacia ou, ainda, não esteja habilitado na OAB.

Dessa forma, consoante o disposto no §1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou ainda, quando regule todo o assunto por ela tratado. Logo, tendo em vista que os dispositivos aludidos regulam matérias díspares, é incabível a aplicação no caso em tela da máxima “lex posteriori derogat lege priori”.

Nesse diapasão, mantém-se a cominação de inexistência jurídica aos atos processuais praticados pelo advogado devidamente credenciado na OAB, que esteja no pleno exercício da atividade profissional, mas que não juntou aos autos o instrumento de mandato e, da mesma forma, mantém-se a cominação de nulidade para os atos processuais praticados pelo procurador devidamente constituído nos autos, mas irregular perante os quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Diante destas premissas, chega-se à conclusão de que a capacidade postulatória, ao menos no direito pátrio, continua a compor a categoria dos pressupostos de existência da relação jurídica processual, diante do que dispõe o parágrafo único do artigo 37 do CPC.

4.3 Pressupostos Processuais Negativos.

Ao lado da categoria dos pressupostos de existência e validade da relação jurídica processual, uma relação processual íntegra pressupõe a inexistência dos pressupostos processuais negativos. Diz a doutrina, que se tratam de pressupostos processuais extrínsecos, uma vez que a causa determinante da extinção do processo, deve-se a uma circunstância alheia à relação processual, ou seja, dá-se em razão de uma circunstância contida num outro processo.

Para Arruda Alvim (2003), são pressupostos processuais negativos a litispendência, entendida como a duplicidade de demandas idênticas em curso e a coisa julgada, caracterizada pela existência de uma demanda definitivamente julgada e uma outra demanda com as mesmas partes, causa de pedir e pedido, buscando um novo pronunciamento jurisdicional acerca da matéria já decidida.

Há na doutrina entendimentos no sentido de que a perempção³⁶ constitui um dos pressupostos processuais negativos, uma vez que, constatada a sua existência, dá-se a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 267, V, do CPC.

Discordando desta orientação, Teresa Arruda Alvim Wambier (1998, p. 62) defende que:

Razões há para que possa a perempção ser considerada pressuposto processual negativo: 1. dá azo à extinção do processo sem julgamento de mérito; 2. pode ser conhecida pelo juiz sem provocação da parte (e a lei insiste por duas vezes nessa possibilidade, v. arts. 267, §3º, e 301, §4º); e 3. integra as preliminares da contestação, tal qual a litispendência e a coisa julgada. Essas características aproximam a perempção da noção de pressuposto processual negativo.

No entanto, a coisa julgada e a litispendência, enquanto pressupostos processuais negativos, impedem a repropositura da mesma ação, quer da parte do autor, quer da do réu. A perempção, a seu turno, é instituto que favorece o réu, pois impede o autor de lançar mão de seu direito de ação, afirmando ter um direito – mas não ao réu de voltar-se contra o autor (como, por exemplo, numa ação possessória), prejudicando-o, portanto.

³⁶ Art. 268 parágrafo único: “Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, à extinção do processo, pelo fundamento previsto pelo n. III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa seu direito”.

Com isso, malgrado a perempção seja instituto análogo à litispendência e à coisa julgada, pelas razões aduzidas, não é considerada pela classificação adotada como pressuposto processual extrínseco.

4.4 As Condições da Ação.

Verificada a existência dos pressupostos de existência e validade do processo e, ato contínuo, verificada a inexistência dos pressupostos processuais negativos, antes de passar à análise do *meritum causae*, deverá o magistrado verificar a presença das condições da ação.

O tema pertinente ao direito de ação, despertou intensa polêmica entre os processualistas do século XIX, no que diz respeito à natureza concreta ou abstrata do direito de ação, tornando clássicos os debates travados entre Windscheid, defensor da natureza concreta do direito de ação e Theodor Muther, adepto da teoria abstrata da ação.

Para a doutrina concretista, a ação consiste num direito da parte em obter uma sentença favorável, de sorte que só haverá ação quando julgada procedente a pretensão do autor. De outra forma, para a doutrina abstratista, a ação não se vincula ao meritório da demanda. Tanto tem ação o autor da demanda julgada procedente, como também a tem aquele que não obteve ganho de causa. Destarte, o direito de ação circunscreve-se a obtenção de uma sentença de mérito, favorável ou não ao autor.

O fundador da escola processual de São Paulo, Enrico Tullio Liebman definia a ação como direito à obtenção de uma sentença de mérito, favorável ou desfavorável. Contudo, diversamente do pensamento abstratista puro, condicionava o exame de mérito à presença das condições da ação. Assim, a ação é um direito autônomo e abstrato, mas condicionado a três pressupostos que, se ausentes, implicam inexistência da ação, impossibilitando a análise do mérito.

Esta concepção a respeito do direito de ação foi denominada teoria mista ou eclética adotada, entre nós, por força do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Destarte, conforme a doutrina de Liebman, são condições para o exercício do direito de ação, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte e o interesse processual.

Para a moderna doutrina, o pedido é juridicamente possível quando não vedado pelo ordenamento. Assim, não havendo vedação expressa, entende-se que o pedido tem previsão abstrata no ordenamento e, portanto, é juridicamente possível.

Nessa linha, vale registrar as lições de DINAMARCO (2003), para quem deve haver possibilidade jurídica não apenas do pedido, mas, também, da causa de pedir e da qualidade de parte. Logo, deve haver possibilidade jurídica da demanda. Destarte, v.g, na cobrança de dívida de jogo, o pedido (cobrança) é juridicamente possível. É impossível a causa de pedir, posto que a cobrança de dívida de jogo é vedada expressamente pelo ordenamento.

No mesmo sentido, a propositura de uma ação de execução por quantia certa contra devedor solvente contra a Fazenda Pública, constitui uma demanda juridicamente impossível, posto que deve seguir o rito específico previsto no Código de Processo Civil e na Constituição Federal. *In casu*, a impossibilidade jurídica deve-se à qualidade da parte.

No que diz respeito à legitimidade *ad causam*, entende-se que deve haver pertinência subjetiva entre os sujeitos da relação jurídica de direito material (sujeitos da lide) e os sujeitos da relação processual (sujeitos do processo).

Assim, em regra, devem figurar nos pólos da relação processual os mesmos sujeitos da relação de direito material. Esta é a denominada legitimidade ordinária. Contudo, excepcionalmente, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, quando a lei expressamente autorizar, é admissível que se litigue em nome próprio sobre direitos de outrem. Nesse caso, o substituto processual ocupará um dos pólos da relação processual, afetando a esfera do substituído. É o que se dá v.g, com a legitimidade do Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do artigo 2º, §4,º da lei 8.560/1992, bem como nos casamentos ocorridos antes de 2003, regidos pelo regime dotal, em que o marido tem legitimidade para

administrar os bens da esposa. Quando há a figura da substituição processual, fala-se em legitimidade extraordinária.

Por derradeiro, para que seja exercitado o direito de ação, faz-se mister que o autor tenha interesse processual, que deve ser aferido por intermédio do binômio necessidade – adequação. Por interesse necessidade, deve-se entender que cabe ao autor demonstrar que o processo coloca-se como o meio necessário para que possa ele obter o bem da vida que fora do processo não alcançou.

Por interesse adequação, entende-se que para cada situação da vida lamentada em juízo, haverá no plano processual uma proteção apta ao interesse do autor. Assim, cabe ao autor adequar seu pedido ao tipo de tutela jurisdicional que lhe proporcione algum proveito sob o ponto de vista prático. Assim, não há interesse em propor uma ação de cobrança, quando o autor possui título executivo, pois o provimento jurisdicional mostra-se inútil.

Ainda, impende consignar que as condições da ação devem estar presentes não apenas quando o direito de ação é exercitado, mas no decorrer de toda a relação jurídica processual, de forma que, caso haja a ausência superveniente de quaisquer das condições para o exercício do direito de ação, deverá o juiz, *ex officio*, extinguir o processo sem julgamento de mérito, consoante o disposto no artigo 267, VI, do CPC.

4.5 Das Sentenças que não Transitam em Julgado.

Tornou-se necessário fazer alusão aos pressupostos processuais e às condições da ação, para que possamos vislumbrar os casos em que não há que se falar na incidência da imutabilidade decorrente da coisa julgada material. Isso porque, quando a relação processual for tida por inexistente, não haverá a constituição da coisa julgada sobre uma eventual sentença de mérito, de sorte que a

qualquer tempo poderá ser manejada ação declaratória,³⁷ para que seja declarada a inexistência da relação processual pretérita, a fim de que o *meritum causae* possa ser novamente debatido numa nova relação jurídica processual.

Sobre o tema, colacionamos as lições de Eduardo Talamini (2005, p. 280):

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

Destarte, nos casos de inexistência jurídica, não há que se falar em relativização da coisa julgada posto que há um instrumento processual apto a permitir um novo exame da matéria. Daí, a manifesta necessidade de se verificar as hipóteses de inexistência da relação processual.

Fixadas essas noções preliminares, consoante a classificação proposta por WAMBIER (1998), quando ausente qualquer dos pressupostos processuais de existência do processo, ou ainda, quando ausente qualquer das condições da ação, a relação processual será tida por inexistente, podendo ser atacada a qualquer tempo, pois sobre ela não recairá a eficácia imunizadora da coisa julgada material.

Nessa linha, embora utilizando terminologia diversa, faz-se mister registrar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 97.589-6, que trata de sentença proferida sem a citação do réu, onde se admitiu a possibilidade de revisão do processo a qualquer tempo:³⁸

Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel em ação em que foi proferida. 1. Para a hipótese prevista no artigo 471, I, do atual CPC – que é a falta ou nulidade da 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-lhe, porém, provimento.

³⁷ Nesse aspecto, vale lembrar o disposto no artigo 4º, CPC, *verbis*: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I – Da existência ou inexistência da relação jurídica”.

³⁸ STF – 1º Câmara. RE nº 97.589-6, 17.11.1982, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 3.6.1983.

Nesse palmilhar, muito dos casos enfrentados pela doutrina para admitir a relativização da coisa julgada são casos típicos de inexistência jurídica. Assim, uma vez adotada a classificação aludida, tornam-se desnecessárias muitas das intensas discussões que vem sendo travadas a respeito do tema, bastando que o autor faça uso da ação declaratória de inexistência com a finalidade de buscar a declaração da inexistência da relação jurídica processual, o que é possível, conforme salientamos, por força do artigo 4º do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, discorrendo sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 249) atesta que:

Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federativo brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como este chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. Sequer a mais elevada das decisões judiciais, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder Judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo artigo 1º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outra, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua carne, em consequência de uma dívida não honrada; ou que condenasse uma mulher a prestar serviços de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. Sentenças como estas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade humana, valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1º, III, e art. 5º). Invoco ainda uma notícia divulgada há algum tempo na imprensa brasileira, segundo o qual um tatuado excêntrico teria vendido a alguém a sua própria pele, para entrega *post mortem* (venda a termo?): qual médico cumpriria, sem grave ameaça ao juramento hipocrático, uma sentença, ainda que passada em julgado, que lhe impusesse a obrigação de retirar o couro do cadáver do tatuado e entregar ao comprador? Pensar ainda na condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5º, inc. LXVII).

Ocorre que estes casos são típicos de pedidos juridicamente impossíveis, de sorte que eventual sentença de mérito jamais ficará acobertada pelo manto da coisa julgada.³⁹

³⁹ É interessante notar que embora Liebman tenha reformulado seu pensamento, passando a defender que a possibilidade jurídica do pedido não é matéria ligada ao direito de ação, mas que se circunscreve ao mérito da demanda, o nosso ordenamento continua a contemplar a possibilidade jurídica do pedido como condição para o exercício do direito de ação, por força do disposto no artigo 267, VI, do CPC, o que gera reflexos importantes para o estudo dos instrumentos impugnativos típicos da coisa julgada material.

Ademais, a classificação aludida é de rigor lógico, pois o ordenamento condiciona o exercício do direito de ação ao preenchimento das condições da ação. Assim, se porventura vier a ser proferida sentença de mérito quando não preenchidas as condições da ação, não nos parece crível que se possa defender a nulidade da relação processual, pois, nesse caso, admitir-se-ia a possibilidade de atuação da jurisdição quando ausente o direito de ação, ou mais precisamente, quando ausente demanda, que constitui pressuposto de existência da relação jurídica processual.

Melhor explicando, o sistema processual condiciona o exercício do direito de ação ao preenchimento das condições elencadas no artigo 267, VI, do CPC. Assim, *a contrario sensu*, quando ausente uma das condições da ação, o Estado-juíz negará a prestação jurisdicional ao autor, uma vez que, no caso concreto, o mesmo não tinha direito de ação.

Como visto alhures, a demanda caracteriza-se pelo exercício do direito de ação. Ora, quando declarada a carência da ação, estará o juiz reconhecendo a inexistência de demanda, o que implica, indubitavelmente, inexistência da relação jurídica processual. Logo, é de rigor técnico que ausente qualquer das condições da ação haverá inexistência do processo.

Além das hipóteses sobreditas, nada obsta que se verifique a inexistência de um determinado ato processual, tornando cabível a ação declaratória de inexistência. Assim, *v.g.*, sentença sem dispositivo é sentença inexistente, uma vez que não atingiu sua finalidade primordial, a de pôr fim à lide. Logo, uma sentença que nada decide é tudo, menos sentença. Contudo, conforme já lembramos anteriormente, se a decisão for antecipada na fundamentação da sentença, não há que se falar em inexistência jurídica, mas em mera irregularidade processual, caracterizada por uma má técnica do magistrado (TALAMINI, 2005).

Ainda, ao contrário das hipóteses que ensejam a inexistência da relação jurídica processual, as invalidades processuais não obstam a constituição da coisa julgada sobre a sentença de mérito. Destarte, quando ausente qualquer dos pressupostos de validade do processo, a invalidade processual será tida como nulidade absoluta, que é caracterizada pela inobservância de questões de ordem

pública, de sorte que poderá a sentença ser desconstituída no biênio ulterior ao trânsito em julgado da sentença de mérito, com fundamento em um dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Contudo, ultrapassado o prazo decadencial de dois anos, opera-se a coisa soberanamente julgada, não podendo a matéria ser novamente discutida, salvo na hipótese de admitir-se a viabilidade de flexibilização da coisa julgada em casos pontuais, como forma de proporcionar uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, nos termos da promessa constitucional esculpida no artigo 5º XXXV da *Lex Fundamentale*.

Nesse contexto, tornou-se necessário dedicar parte do estudo aos instrumentos impugnativos típicos das sentenças de mérito transitadas em julgado, para que se tenha em mente que a discussão a respeito da viabilidade de mitigação dos rigores da coisa julgada, deve limitar-se às hipóteses de sentenças transitadas em julgado, que não sejam passíveis de ataque por meio dos instrumentos processuais analisados, ou seja, a ação rescisória e a ação declaratória de inexistência.

Destarte, fixados os desafios que o tema propõe, no capítulo seguinte, passaremos a discorrer acerca da viabilidade de relativização da coisa julgada, onde serão analisadas as principais opiniões doutrinárias a respeito.

Impende salientar que o tema é polêmico e vem despertando a atenção da grande maioria da doutrina. Contudo, não se pode perder de vista a necessidade de enfrentar a questão com a prudência que o tema exige, para que se possa, ao final, verificar qual a tese que melhor se coaduna com o atual estágio de evolução do direito processual, imbuído no mister de dar efetividade ao direito substancial e proporcionar um acesso équo à justiça.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

5.1 Considerações iniciais.

Após dedicarmos uma considerável parte do estudo aos aspectos históricos, balizas, regramentos e instrumentos impugnativos da coisa julgada, torna-se necessário retomar o estudo acerca da viabilidade de flexibilização da coisa julgada, como forma de proporcionar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva à justiça, à luz do estatuído no artigo 5º XXXV da Lei Fundamental.

Nesse contexto, verificado o desafio que o tema propõe, a primeira questão que deve ser enfrentada é saber se o ordenamento processual agasalha a tese de mitigação da intangibilidade da coisa julgada ou se, de outra banda, na sistemática do ordenamento pátrio, não há lugar para a tese ora analisada.

Como consignamos no primeiro capítulo do estudo, entendemos que a flexibilização da coisa julgada está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, existem duas formas de relativização da coisa julgada. De um lado, é possível a mitigação da *auctoritas rei judicatae* por intermédio de alterações legislativas, criando-se instrumentos aptos a controlar a eficácia imunizadora da coisa julgada material, quer ampliando as hipóteses de cabimento de ação rescisória, quer por intermédio da criação de instrumentos de controle da coisa julgada inconstitucional, como fez o parágrafo único do artigo 741, bem como o artigo 475, L, II, do Código de Processo Civil.

Na mesma ordem de idéias, o segundo método de relativização da coisa julgada consiste na evolução da jurisprudência, que tem enfrentado o tema à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e sistematizado algumas hipóteses em que se evidenciou a necessidade de mitigar a imutabilidade da coisa julgada como forma de prestigiar direitos de grande importância no ordenamento jurídico.

Destarte, imbuído neste mister, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já admitiram em algumas hipóteses a flexibilização da coisa julgada, quando no caso *sub judice*, verificou-se que o valor justiça deveria suplantar a segurança inerente à coisa julgada panprocessual.

Num primeiro momento, a idéia de mitigação da coisa julgada começou a ser defendida por algumas vozes na doutrina, mas sempre através de processualistas de destaque, como, por exemplo, pelos professores Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Juliana Cordeiro Faria, Carlos Valder do Nascimento, bem como pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado.

Neste momento, os defensores da relativização da coisa julgada limitavam a defender suas teses no plano exclusivo da retórica jurídica, demonstrando que o ordenamento, visto em sua unidade, permite a quebra pontual da coisa julgada. A partir daí defendiam que a coisa julgada deveria ceder quando inconstitucional ou quando imunizasse uma “grave injustiça”, sem propor qualquer sistematização das hipóteses aptas a ensejar a quebra atípica da coisa julgada.

Com isso, quando o tema passou a ganhar destaque na doutrina, ergueram-se muitas vozes entendendo que a idéia de flexibilização da coisa julgada, nos moldes em que estava sendo defendida, implicaria, indubitavelmente, num enfraquecimento institucional da coisa julgada, o que culminaria com o total desprestígio da segurança jurídica no processo.

De se registrar, nesse passo, que as críticas à quebra atípica da coisa julgada são sérias e fundadas, pois saem do plano abstrato e trazem a discussão para a prática forense, para a partir daí, defenderem que a positivação da flexibilização da coisa julgada, por diversas razões, significaria um retrocesso do processo civil.

Todavia, em que pese a autenticidade das críticas entoadas por parte da doutrina, a nosso ver, elas não são suficientes para pôr uma pá de cal na discussão. Destarte, a partir das críticas expostas, deve a discussão ser levada a um plano superior, com propostas sérias tendentes a sistematizar a forma de se flexibilizar

pontualmente os rigores da *res judicata*, sem que isso represente um menoscabo à segurança no processo.

Para tanto, é imperioso que a discussão permaneça acesa na doutrina e na jurisprudência, que não devem se furtar a uma análise mais aprofundada do tema, para que se chegue a um consenso a respeito da viabilidade ou não de relativização da coisa julgada e, além disso, para que se enfrente questão de extrema importância, a de definir a forma e o instrumento processual apto a permitir a flexibilização da coisa julgada, que deve ser compatível com a natureza excepcional das hipóteses que reclamam este tratamento especial do ordenamento jurídico.

5.2 Críticas à Flexibilização da Coisa Julgada.

Neste momento do estudo, registraremos as principais críticas doutrinárias à tese de flexibilização da coisa julgada. Como já adiantamos, os argumentos são fundados e principalmente de ordem pragmática, mas a nosso ver, insuficientes para obstar a quebra da coisa soberanamente julgada em todo e qualquer caso.

Destarte, o exame das críticas à tese de flexibilização da *res judicata* é de importância clarividente, uma vez que, a partir delas, é possível se chegar a uma sistematização da matéria que se aproxime da necessidade de se equilibrar no processo os valores segurança e justiça.

Dessa forma, considerando que a maioria das teses doutrinárias favoráveis à mitigação da coisa julgada omitiam qualquer proposta de sistematização do tema, limitando-se a defender que a mesma não deveria prevalecer diante de uma “grave injustiça”, a doutrina passou a temer a ocorrência de uma inversão de valores, tornando os pronunciamentos jurisdicionais sempre passíveis de revisão, o que redundaria, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 209) “em golpear de morte o próprio instituto”, uma vez que o inconformismo com um pronunciamento desfavorável é inerente à natureza humana.

Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni (2004), em artigo intitulado “*Sobre a chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material*”, defende a impossibilidade de quebra atípica da coisa julgada por diversas razões.

Consoante as lições do processualista paranaense, não há condições de se disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo. Com isso, a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir pronunciamentos contrários à justiça, à realidade dos fatos e à lei não constitui fundamento idôneo para a relativização da coisa julgada, uma vez que “de nada adianta falar em acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver seu conflito solucionado definitivamente”.

Defende, ainda, que o próprio sistema não ignora a possibilidade de sentenças injustas e, para tanto, regulamenta a ação rescisória para a desconstituição de sentenças de mérito nos casos expressamente e taxativamente autorizados por lei.

Nesse sentido, com relação à aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade como forma de relativização da coisa julgada, colacionamos o escólio de Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 22):

Note-se que a idéia de dar ao juiz o poder de balancear um direito com a coisa julgada material, elimina a essência da coisa julgada como princípio garantidor da segurança jurídica, passando a instituir um sistema aberto. Contudo, a própria razão de ser da coisa julgada impede que se imagine um sistema deste tipo, em que o juiz possa analisar, diante do caso concreto, se ela deve, ou não, prevalecer. Um sistema aberto não se concilia com a natureza da coisa julgada material. Ademais, a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da “demora da justiça”, caminhando em sentido diretamente oposto àquele apontado pela doutrina processual contemporânea.

Nesse sentido, para MARINONI (2004), falta à tese que pugna pela relativização da coisa julgada, prescrever o que se entende por “justiça”, uma vez que, ao que parece, buscam o conceito oriundo do senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio, o que torna a tese imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência.

Dessa forma, conclui que a existência de uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria ideal. Mas, na sua falta, deve-se manter a atual concepção de coisa julgada material, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores do que as pontuais e raras levantadas pela doutrina.

Nelson Nery Júnior (2004), em artigo intitulado “*Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito*” também se insurgiu contra a tese de flexibilização da coisa julgada, aduzindo, para tanto, diversas razões.

Conforme o entendimento em análise, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, um dos fundamentos sobre o qual está estruturado o Estado brasileiro é o Estado Democrático de Direito.

Assim, tendo em vista que a coisa julgada constitui manifestação do princípio da segurança jurídica no âmbito da atividade jurisdicional, o seu desrespeito constitui, na verdade, ultraje ao próprio Estado Democrático de Direito, consagrado como uma das pilstras da República Federativa, nos termos da Carta Constitucional.

A partir daí, Nelson Nery Júnior defende que o ordenamento pátrio não admite a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada além dos casos autorizados de forma exaustiva no sistema processual, sob pena de negação do princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

Ademais, entende que seria totalmente inviável equacionar a questão tratando-a como um acontecimento excepcional, uma vez que a cultura jurídica brasileira encarregar-se-ia de alargar seus espectros, tornando-a regra no sistema, como ocorreu com a utilização de mandados de segurança manejados para dar efeito suspensivo aos recursos quando a lei negava este efeito, o que resultaria, numa inversão de valores, de forma que a intangibilidade da coisa julgada passaria a ser tratada como exceção.

Com isso, faz-se necessário colacionar as reflexões de Nelson Nery Júnior (2004, p. 235):

Com base em duas ou três situações de exceção extrema – e elas existem aos borbotões na vida cotidiana - pretende-se construir uma perigosa *tese*, que na verdade *destrói* a coisa julgada, pedra fundamental de existência do Estado Democrático de Direito, no que tange ao exercício da função jurisdicional. O mais grave de tudo isso é a falta de compromisso com o regime democrático, do conhecimento do processo como instrumento de democracia e, ainda, do desconhecimento das imbricações que a relativização da coisa julgada traz ao sistema. Para afirmar-se que a coisa julgada injusta e inconstitucional é inexistente, inoponível, nula, que deve ser destruída etc., é necessário que se examine o sistema constitucional como um todo e não apenas que se refira, por exemplo ao princípio da proporcionalidade, perdendo-se de vista a base fundamental da República brasileira, que é o Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é elemento de *existência*.

Nessa linha, Nelson Nery defende que o único método possível de desconstituição da coisa julgada, além dos casos já previstos em lei, seria por intermédio da alteração do artigo 485 do Código de Processo Civil, como, *v.g.*, a instituição da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade *secundum eventum probationis*, uma vez que, sem expressa disposição de lei regulamentando a situação, não se poderá desconsiderar a imutabilidade inerente à coisa julgada.

Com isso, o autor propõe uma alteração *de lege ferenda* do artigo 485 do CPC, para que haja um alargamento das hipóteses de cabimento da ação rescisória, como forma de preservar o respeito à segurança jurídica no processo, que constitui valor ínsito ao Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva (2004), em artigo intitulado “*Coisa Julgada Relativa?*”, tece diversas críticas à tese de relativização da coisa julgada, afirmando que os pressupostos apontados pela doutrina para a quebra da coisa julgada, tais como “sentença injusta”, “grave injustiça”, “sentença absurdamente lesiva” jamais constituirão fundamento idôneo para a desconstituição da coisa julgada.

Isso porque, seria impossível chegar-se a um critério razoável para se estimar quando uma sentença pode ser adjetivada de “absurdamente lesiva” ou portadora de uma “grave injustiça”, uma vez que este conceito é cultural e histórico, mutável no tempo e no espaço, de modo que a intangibilidade da coisa julgada jamais poderia ficar vinculada a um conceito temporário daquilo que é certo e do que é justo.

Com isso, argumenta Ovídio Baptista que é da própria essência da coisa julgada extirpar as discussões acerca da justiça da sentença, a fim de que não se eternizem as discussões em torno da lide. Aliás, nesse aspecto reside o fundamento político da coisa julgada.

Ademais, defende que a incerteza consiste num mal muito maior do que uma sentença eventualmente injusta, mas que amenize os ânimos das partes. Assim, consoante as lições ora registradas, ainda que a sentença não esteja conectada com os valores sociais e políticos encartados pela Carta Magna, jamais poderá ser revista, pois o valor segurança jurídica suplanta a necessidade utópica da busca incondicional por uma sentença justa.

Uma segunda crítica aduzida por Ovídio A. Baptista da Silva, consiste no fato de que não se pode saber com segurança, se a sentença que destruiu a coisa julgada anteriormente formada, sob o pretexto de tratar-se de “injusta” ou “abusiva” será necessariamente melhor do que a primeira e, além disso, caso não seja, o autor indaga: “a segunda sentença imunizada pela coisa julgada também poderá ser revista a qualquer tempo?”.

O pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p.217) fica bem evidenciado na seguinte passagem:

Suponho desnecessário sustentar que a “justiça da sentença” nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim *ad eternum*, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferenças crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valores.

Ainda, são levantadas outras questões omitidas pela doutrina, como desvendar qual o Tribunal competente para a desconstituição atípica da coisa julgada, indagando também se este tribunal possui legitimidade para desconstituir uma sentença de um outro tribunal sob o pretexto de tratar-se de uma sentença injusta ou abusiva.

Em linhas gerais, esta é a síntese do pensamento da doutrina contrária à mitigação da imutabilidade da coisa julgada. Percebe-se, nesse passo, que algumas das críticas supra transcritas são de difícil resposta e demonstram uma preocupação com a banalização da idéia de relativização da coisa julgada, o que certamente traria um sentimento de total insegurança para a sociedade.

Ademais, é certo que a simpatia do tema tem levado parte da doutrina a ampliar exageradamente a tese, vinculando a incidência da coisa julgada ao conceito de justiça, o que consiste, de fato, numa proposta que não se coaduna com o postulado da segurança jurídica.

Contudo, como salientamos, as críticas sobreditas não são suficientes para obstar em todo e qualquer caso o reexame do conteúdo da sentença de mérito transitada em julgado, uma vez que em casos cuja excepcionalidade é justificada, é plenamente viável a quebra da coisa julgada, como forma de resguardar um acesso équo à justiça, à luz do artigo 5º XXXV da Constituição Federal.

Com isso, *data maxima venia*, não nos parece crível que se possa negar um tratamento especial às exceções do sistema, pelo temor de que as mesmas tornem-se regras. Nessa linha, cabe ao instrumento processual apto a desconstituir a coisa julgada anteriormente formada, compatibilizar-se com a natureza excepcional do tema, a fim de que a coisa julgada continue a desempenhar o seu papel de fundamental importância no processo civil, estabilizando as relações jurídicas levadas à apreciação do Estado-juiz.

Dessa forma, a grande questão que se põe é definir uma forma viável de se desconstituir a coisa soberanamente julgada, uma vez que defender a impossibilidade de se flexibilizar a coisa julgada em razão de o Código de Processo Civil não regulamentar um instrumento para tanto, é inadmissível.

Nesse contexto, deve se extrair do próprio sistema um instrumento processual apto a permitir a flexibilização pontual da coisa julgada, uma vez que, “ignorar o conflito existente ou apenas afirmar que a ‘relativização’ é algo excepcionalíssimo, recusando-lhe qualquer sistematização, apenas contribuiria para a insegurança” (TALAMINI, 2005).

5.3 Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

O estudo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para o desenvolvimento do presente trabalho é de extrema importância, uma vez que, como já afirmamos, não há princípios absolutos no ordenamento, de forma que a ponderação de valores, como forma de verificação do preceito constitucional aplicável ao caso concreto é realizada por intermédio dos princípios em estudo, que têm a finalidade precípua de solucionar a convivência conflitual dos princípios no ordenamento jurídico.

Os princípios, ao lado das regras, compõem a categoria das normas jurídicas. Nas palavras de TALAMINI (2005), ambos, na qualidade de normas, são gerais e abstratos. Contudo, as regras têm seu âmbito de incidência limitado nelas mesmas, contendo em si, a descrição das hipóteses específicas a que se aplicam. Já os princípios têm âmbito de incidência ilimitado, uma vez que, na medida em que servem inclusive para fundar, harmonizar, integrar e limitar a incidências das regras jurídicas, não há uma prévia especificação do seu campo de incidência.

No que diz respeito ao conceito de princípio, eis a clássica definição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1986, p. 230):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).
Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Nesse contexto, os princípios possuem um conteúdo essencialmente axiológico, que evolui na medida em que se alteram os valores de um determinado corpo social. Aliás, este fenômeno vem sendo denominado pela doutrina de processo de mutação constitucional, caracterizado pela mudança na interpretação de

dispositivos constitucionais sem prévia alteração legislativa, mas em razão de um novo ângulo com que se analisa a carga valorativa ínsita aos princípios constitucionais.

Robert Alexy (2002), entende que o principal traço que diferencia os princípios das regras reside na diversidade de tratamento dispensado quando as regras jurídicas entram em conflito daquele aplicado quando os princípios entram em colisão.

Diante de um conflito entre regras, uma delas necessariamente há que ser declarada inválida por meio da aplicação de critérios previamente definidos no ordenamento jurídico. Com isso, tem-se que lei posterior revoga a anterior (critério cronológico), lei especial revoga a geral (critério da especialidade) e lei hierarquicamente superior revoga a de hierarquia inferior (critério hierárquico). Essas são as chamadas antinomias de primeiro grau.

Nada obstante, existem ainda regras pré-estabelecidas até mesmo para solucionar a colisão entre os próprios critérios aplicáveis para a verificação da regra jurídica válida. Assim, do conflito entre regra especial e regra posterior, prevalece a primeira, do conflito entre regra hierarquicamente superior e regra posterior, prevalece aquela e, por fim, da colisão entre norma especial e norma hierarquicamente superior, prevalece, via de regra, a última. Nas lições de Norberto Bobbio (1989), estas são as antinomias de segundo grau.

De se notar, nesse passo, que diante de um conflito entre regras jurídicas, haverá necessariamente um critério rígido de exclusão, de forma que a regra aplicável ao caso concreto deverá, necessariamente, declarar inválida a regra jurídica excluída.

De outra forma, quando princípios jurídicos entram em colisão, não há uma relação rígida de exclusão, mas ambos devem ser sopesados e ponderados, aplicando para o caso concreto aquele que incidir em maior extensão, ou nas palavras de Robert Alexy, aquele que incidir com maior peso, havendo, entre eles, uma relação de precedência, verificável caso a caso.

Todavia, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que o mesmo tenha que introduzir uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, diante

de certas circunstâncias, um dos princípios prevalece ao outro, sem que isso seja óbice para que em outras circunstâncias, a ordem de precedência seja diversa (ALEXY, 2002).

Destarte, a partir destas noções emerge a importância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade,⁴⁰ uma vez que é por intermédio destes princípios que se faz o exercício mental de ponderação do conteúdo axiológico dos princípios, como forma de se verificar qual deles incide em maior grau de extensão naquele determinado caso concreto, devendo, com isso, prevalecer.

Nesse diapasão, faz-se necessário consignar as lições de Eduardo Talamini (2005, p. 566):

Obviamente, não se nega que determinados bens gozam de uma preferência valorativa dentro do ordenamento, a qual muitas vezes pode ser constatada ainda em abstrato (v.g., a vida, a integridade física...). O problema se dá quando os bens se encontram no mesmo “escalão” ou são tão díspares que é impossível seu cotejo abstrato. Isso pode ocorrer mesmo em relação àqueles direitos fundamentais que gozam de especial preferência contrastável em abstrato; basta que *in concreto* o mesmo valor fundamental esteja posto nos dois lados do conflito. Diante da impossibilidade de se chegar a um “denominador comum” para a conciliação de dois ou mais valores jurídicos conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer; quais são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Mas ao gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem é que prevalece.

O princípio da proporcionalidade, primitivamente, consistia numa forma de limitação dos atos do Poder Público, ou seja, era tido como meio de defesa dos cidadãos contra decisões injustas e arbitrárias da administração. Com isso, reportado princípio exerceu grande influência na esfera do Direito Administrativo, por atuar como óbice aos abusos do Poder Público em face da coletividade.

⁴⁰ A doutrina adverte que proporcionalidade e razoabilidade não são expressões sinônimas. Na verdade, diz-se que o princípio da razoabilidade é uma das facetas do princípio da proporcionalidade. Além disso, os institutos possuem raízes históricas díspares, uma vez que o princípio da proporcionalidade é fruto da doutrina e das decisões das cortes constitucionais alemãs. Já o princípio da razoabilidade surgiu a partir da jurisprudência norte americana, com o *substantive due process of law*. Para um estudo mais acurado acerca das principais diferenças existentes entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, vide Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo (2004).

Sobre o tema, J. J. Gomes Canotilho (1998, p 261) acentua que:

Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sombranço e incontestado relativamente ao cidadão. (...). Quando se solicita a um tribunal que aprecie a legitimidade da busca e apreensão de um jornal difusor de notícias desfavoráveis ao Governo, não se exige ao juiz que se arvore em “censor” e “administrador negativo” mas que, através da utilização de “standards” de controlo, verifique se a administração se pauta por critérios de necessidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Nessa ordem de idéias, a doutrina vem apontando que no conceito de princípio da proporcionalidade, inserem-se três subprincípios, que na verdade, representam deveres a serem observados para a aplicação do princípio em análise. São eles, os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em linhas gerais, pelo subprincípio da adequação deve se entender que a medida adotada para a realização de um interesse público deve ser apropriada para alcançar o fim escolhido, como forma de se evitar conseqüências gravosas aos interesses individuais. Em suma, deve haver um controle da relação de adequação *medida-fim*.

Já o subprincípio da exigibilidade traz em seu bojo a idéia de que o meio escolhido para a consecução de um determinado fim, deve gerar a menor ingerência possível nos interesses da sociedade. Em outras palavras, o meio adotado deve propiciar a obtenção da maior vantagem com o menor sacrifício possível. Assim, das várias alternativas possíveis, aplica-se a menos gravosa para a coletividade.

Por fim, tem-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como aquele que busca a “justa medida”, extraída através de um juízo de ponderação. Em suma, deve o valor sacrificado ser menor do que os benefícios alcançados com a aplicação do valor prevalecente, ambos considerados válidos no ordenamento.⁴¹

⁴¹ No sentido do texto, J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição (2000, p. 262/263).

Nesse contexto, é justamente o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que é de grande valia para o estudo da flexibilização da coisa julgada, uma vez que tem a função primordial de solucionar casos onde se denota a convivência antagônica entre garantias fundamentais, buscando verificar qual deles deve ser aplicado no caso concreto.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade rompeu os limites do Direito Administrativo, passando a ser considerado um postulado supra constitucional, exatamente por atuar como norte interpretativo da relação entre os princípios constitucionais. Ademais, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, por atuar como limitador do Estado frente aos direitos da coletividade, encontra-se positivado no ordenamento pátrio, por conta do disposto no artigo 5º, §2º, da Lei Fundamental⁴².

Nesse palmilhar, deslocando a análise do princípio da proporcionalidade para o estudo da flexibilização da coisa julgada, a grande questão que se põe consiste na verificação da possibilidade e viabilidade de mitigação pontual da imutabilidade ínsita à coisa julgada panprocessual, quando se constatar que no caso *sub judice* a segurança jurídica está confrontando com postulados constitucionais que ocupam lugar de destaque no sistema jurídico-constitucional.

Como demonstrou José Carlos Barbosa Moreira (2005), em seu artigo intitulado “*Considerações Sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material*”, o instituto da coisa julgada está longe de constituir algo absoluto no sistema jurídico, apontando os exemplos mais ostensivos neste sentido, a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada através da ação rescisória na esfera cível e, no âmbito penal, por intermédio da revisão criminal.

Nesse sentido, é exatamente o princípio da proporcionalidade que norteia a atividade do legislador para apontar as causas autorizadas de desconstituição da coisa julgada, quando é possível se verificar de antemão que o conteúdo da sentença, malgrado imunizado pela coisa julgada material, não está em consonância

⁴² Art. 5º §2º, CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

com o ordenamento jurídico. Com isso, o próprio legislador mitiga os rigores da coisa julgada e, conseqüentemente, mitiga a segurança jurídica, que, indubitavelmente, não constituem valores absolutos no sistema.

Contudo, para parcela da doutrina, a abertura da via da ação rescisória, onde são elencadas as hipóteses que ensejam a desconstituição da coisa julgada, já constitui manifestação do princípio da proporcionalidade, de sorte que não é dado ao Poder Judiciário desconsiderar a coisa julgada além dos casos admitidos pelo Código de Processo Civil, sob pena de se incorrer numa subversão de valores.

Discorrendo sobre a questão, Nelson Nery Júnior (2005, p. 248) exorta:

A coisa julgada não pode ser modificada nem por emenda constitucional (CF 1º *caput* e 60 §4º I e IV), nem pela lei (CF, 5º XXXVI). *A fortiori*, não poderia ser modificada por outra decisão do Poder Judiciário. Portanto, a norma da lei ordinária que autoriza a modificação da coisa julgada pela ação rescisória (CPC 485) seria, aparentemente, inconstitucional.

Entretanto, vemos a previsão legal da ação rescisória como conseqüência da incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados em *numerus clausus* pelo CPC 485. O sistema abre para o interessado mais dois anos (CPC 495), para que possa pedir ao Poder Judiciário a modificação da coisa julgada que se formara anteriormente.

Passados os dois anos do prazo para o exercício da pretensão rescisória, dá-se o fenômeno da *coisa soberanamente julgada*, não mais modificável, qualquer que seja o motivo alegado pelo interessado.

A ação rescisória – destinada a modificar a coisa julgada protegida constitucionalmente protegida – é constitucional, desde que exercida nos limites angustos e taxativos das hipóteses do CPC 485 e do prazo exíguo de dois anos previsto pelo CPC 495. Trata-se, aqui, de interpretação do CPC 485 *conforme* a constituição (*verfassungskonforme Auslegung Von Gesetzen*), técnica pela qual não se deve declarar a lei ou ato normativo inconstitucional, se puder dar-se à norma interpretação que se coadune com o sistema constitucional. A admissibilidade da ação rescisória para atacar a coisa julgada é manifestação do princípio constitucional da proporcionalidade.

Como se denota, Nelson Nery faz uma interpretação extensiva do artigo 5º XXXVI da Lei Maior, considerando a coisa julgada garantia fundamental, para logo em seguida defender que apenas o legislador pode ampliar os limites do artigo 485 do CPC, sob pena de incorrer-se em vício de inconstitucionalidade, pois as hipóteses de sentenças rescindíveis já foram apontadas de forma exaustiva pelo legislador, como forma de manifestação do princípio da proporcionalidade.

Contudo, entendemos que não é só o legislador que pode ancorar-se no princípio da proporcionalidade para flexibilizar a coisa julgada, sob pena de um profundo esvaziamento da importância que os princípios constitucionais exercem na seara do direito processual civil, uma vez que é absolutamente impossível que o legislador preveja em abstrato todas as situações em que se mostra razoável a desconstituição da coisa julgada material.

Nessa linha são as lições de Eduardo Talamini (2005, p. 575):

Não há dúvidas de que o instituto da ação rescisória resulta de uma certa “ponderação” de valores. Mas isso não autoriza dizer que todos os possíveis conflitos entre valores estejam necessariamente solucionados por essa via. Bem o contrário, a colisão entre princípios não é problema que pode ser dirimido integralmente de modo geral e abstrato. Depende da consideração de aspectos concretos (...). A solução do conflito entre valores fundamentais implica considerar a *realidade*, e a lei simplifica a realidade, eliminando as nuances, os detalhes indispensáveis para a adequada ponderação. Como escreve Vieira de Andrade, “é difícil que o legislador possa, em abstracto, hipotizar todas as situações possíveis, tendo, por isso, de, através de um processo de tipificação, simplificar a realidade”. Há, segundo ele, um único modo de se atingir esse resultado: a lei haverá de permitir “a consideração de circunstâncias dos casos concretos através de uma abertura normativa, limitando-se a estabelecer critérios relevantes por intermédio de *cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados a preencher pelo juiz*”. Vale dizer: recai-se na aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, no caso concreto, pelo juiz.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é dirigido, acima de tudo, aos magistrados, investidos no mister de dar coesão e harmonia às normas jurídicas do sistema, até mesmo em razão do princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, que proporciona aos magistrados uma discricionariedade regrada na formação de um juízo de valor acerca dos fatos e do direito aplicável ao caso *sub judice*, devendo apenas fundamentar o sentido de seu julgamento, nos ditames do artigo 93, IX, da CF.

Por tudo que ficou exposto neste tópico do estudo, entendemos que a jurisprudência pode e deve continuar enfrentando as hipóteses em que a segurança jurídica deve ceder quando confrontar com direitos fundamentais de maior importância, proporcionando aos litigantes um acesso efetivo à ordem jurídica justa, nos termos da promessa constitucional prevista no artigo 5º XXXV da Constituição Federal.

No entanto, ao contrário do que entende grande parte da doutrina favorável à relativização da coisa julgada, para que num determinado caso concreto chegue-se à conclusão de que o princípio da segurança jurídica deve ceder, não basta que a coisa julgada imunize uma “grave injustiça” ou uma “inconstitucionalidade”, mas, sobretudo, se faz necessário que do choque entre os valores constitucionais, a segurança jurídica dê lugar ao princípio que, naquele determinado caso, possui um conteúdo valorativo com maior peso.

5.4 Dos Casos em que a Jurisprudência admitiu a Flexibilização da Coisa Julgada.

É chegado o momento de discorrer a respeito das hipóteses pontuais em que a jurisprudência vem aceitando a mitigação da coisa julgada, em razão da peculiar importância do direito material debatido no processo, ou melhor, quando o valor constitucional debatido no processo suplantar a segurança jurídica adquirida pela coisa julgada material.

a) A Coisa Julgada e a Moralidade na Administração Pública.

Um dos casos determinantes para o início da discussão a respeito da possibilidade de flexibilização da coisa julgada, consistiu no julgamento do Recurso Especial nº 240712/SP, relatado pelo Ministro José Augusto Delgado, na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No caso vertente, o Estado de São Paulo havia sido vencido num processo de desapropriação indireta. Posteriormente, as partes entabularam acordo e parcelaram o débito apontado na ação sob a qual já incidia a coisa julgada material.

Após o pagamento de algumas parcelas, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo manejou uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, pleiteando a antecipação dos efeitos da tutela alegando que a área objeto da já extinta ação de desapropriação, na verdade, sempre pertenceu ao Estado.

Na ocasião, o Estado de São Paulo colheu parecer de Humberto Theodoro Júnior, que levantou a discussão a respeito do conflito entre a coisa julgada e o princípio constitucional da moralidade administrativa, afirmando que, naquele caso concreto, o princípio da moralidade deveria prevalecer.

No primeiro grau de jurisdição, o juiz concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando, liminarmente, a suspensão do pagamento do acordo outrora firmado. Interposto Agravo de Instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu efeito suspensivo ao Recurso, determinando a continuidade do pagamento das parcelas relativas do acordo, ante a existência da coisa julgada.

Diante disso, foi interposto Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento colegiado determinou a concessão da antecipação dos efeitos da tutela que havia sido concedida em primeiro grau e revogada pelo Tribunal de Justiça, uma vez que, do confronto entre a segurança jurídica e o princípio da moralidade administrativa, esta garantia constitucional deveria prevalecer.

Nesse sentido, o acórdão lavrado na ocasião resultou na seguinte ementa.⁴³

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA.

1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido.
2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante trânsito em julgado.
3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia.
4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.
5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas.
6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica.

⁴³ STJ, REsp. 240712/SP (1999/0109732-0); 1ª Turma. Rel. Ministro José A. Delgado, julgamento: 25/02/2000, Publicação: 24/04/2000.

7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social, e estatal os direitos das partes litigantes.
8. Recurso Provido para garantir os efeitos da tutela antecipada nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau.

Naquela oportunidade, votaram favoravelmente à relativização da coisa julgada em face do princípio da moralidade administrativa os Ministros José Augusto Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira. Votaram pela não concessão da liminar, os Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, prevalecendo a tese de submissão da coisa julgada ao princípio da moralidade administrativa, por três votos contra dois.

A partir deste caso, Humberto Theodoro Júnior, aprimorando o parecer concedido à Fazenda Pública de São Paulo e José Augusto Delgado a partir do entendimento exposto em seu voto, passaram a dedicar estudos à possibilidade de submissão da coisa julgada a outros valores constitucionais, uma vez que a coisa julgada não deve ser vista como um instituto intocável no sistema, devendo respeito à justiça e aos princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal.

b) A Coisa Julgada e a Garantia do Justo Valor.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores também tem admitido a flexibilização da coisa julgada por prestígio à garantia constitucional da justa indenização, nos moldes dos artigos 5º, inciso XXIV, 182, § 3º, e 184 da CF, ao admitir-se nova avaliação do imóvel desapropriado após o trânsito em julgado da ação de desapropriação. Discorrendo sobre a garantia da justa indenização, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 832) afirma que:

Indenização justa, prevista no artigo 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo nenhum ao seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em circunstância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento.

Já na década de 80, o Supremo Tribunal Federal admitiu, ao julgar dois Recursos Extraordinários, nova avaliação do imóvel no curso do processo de execução, não obstante o trânsito em julgado da ação desapropriatória que já havia fixado o *quantum* indenizatório.

Dessa forma, no ano de 1982, ao julgar o RE nº 93412/SC, Relatado pelo Ministro Clóvis Ramalhete, o Supremo Tribunal Federal admitiu a realização de nova perícia no imóvel desapropriado, uma vez que, naquele caso, o ente expropriante utilizou-se de manobras ardilosas para procrastinar o processo, dando causa inclusive ao extravio dos autos, o que culminou com a desvalorização do imóvel.

Nesse rumo de idéias, eis a ementa do caso em análise:

DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO (ATUALIZAÇÃO). EXTRAVIO DOS AUTOS. NOVA AVALIAÇÃO. COISA JULGADA. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel constante de laudo pericial antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário não conhecido.⁴⁴.

No mesmo sentido foi o julgamento do RE nº 105012/RN, no ano de 1988, Relatado pelo Ministro Néri da Silveira, onde se entendeu pela possibilidade de realização de nova perícia na Base Aérea de Pernamerim, em Natal – RN, cuja ação de desapropriação já havia transitado em julgado.

No caso vertente, a avaliação do imóvel tinha se dado no ano de 1957, de forma que o *quantum* indenizatório anteriormente fixado havia se tornado irrisório, não correspondendo, com isso, aos ditames da justa indenização.

Nesse sentido, eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

DESAPROPRIAÇÃO. TERRENOS DA ATUAL BASE DE PERNAMERIM, EM NATAL, RN. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE O STF TEM ADMITIDO NOVA AVALIAÇÃO, NÃO OBSTANTE, EM DECISÃO ANTERIOR, JÁ TRÂNSITA EM JULGADO, SE HAJA DEFINIDO O VALOR DA INDENIZAÇÃO. Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do Recurso Extraordinário de ofensa, pelo acórdão, do art. 153, §3º, da nova Constituição Federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos. O arresto teve presentes fatos e circunstâncias

⁴⁴ RE 93412 / SC. Rel Min. Clóvis Ramalhete, 1º Turma. Data de Julgamento. 04/05/1982. Publicado no DJ em 04/06/1982.

especiais da causa a indicarem a injustiça da decisão, nos termos em que resultaria da só aplicação da correção monetária, a contar da Lei nº 4686/1965, quando a primeira avaliação ocorreu em 1957. Critério a ser seguido na nova avaliação. Decreto-lei nº 3365/1941, art. 26. Questão que não constituiu objeto de Recurso Extraordinário da União. Relativamente aos juros compensatórios, havendo sido fixado, em decisão trântita em julgado, o percentual de 6% a.a., não caberia, no acórdão recorrido, estipular seu cálculo a base de 12% a.a. Nesse ponto, o acórdão ofendeu o art. 153, § 3º, da Lei Maior. No que respeita aos honorários advocatícios, estabelecidos em quantia certa, à vista da primitiva avaliação, não vulnera o art. 153, §3º da Carta Magna, o acórdão, ao estipular novo critério para seu cálculo, em detrimento de nova avaliação do imóvel expropriado. Conhecimento, apenas em parte, do Recurso Extraordinário, quanto aos juros compensatórios, para, nesta parte, dar-lhe provimento.⁴⁵

Nesse palmilhar, têm-se notícias na jurisprudência, de casos de fraude pericial, em que a avaliação superestimou intencionalmente o valor de imóveis desapropriados, condenando o Poder Público a arcar com indenizações milionárias.

Como conseqüência, se é possível a realização de nova perícia na fase de execução em detrimento do Poder Público, nada obsta, a princípio, que se realize nova perícia para se minimizar a avaliação do imóvel, objeto de fraude pericial.

Aliás, encontramos uma orientação no Superior Tribunal de Justiça que entende pela possibilidade de realização de nova avaliação do imóvel desapropriado após o trânsito em julgado. Nesse sentido é o ensinamento jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. NOVA AVALIAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

1. Recurso especial intentado contra acórdão que, apoiando decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto de ação expropriatória, em fase de execução, repeliu argumentos de ofensa ao instituto da coisa julgada.

2. A desapropriação, como ato de intervenção estatal na propriedade privada, é a forma mais drástica de manifestação do poder de império, isto é, da soberania interna do Estado sobre os bens existentes no território nacional, sendo imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório.

3. Não obstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, diante das peculiaridades do caso concreto não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada. O aresto de segundo grau levou em consideração fatos e circunstâncias especiais da lide a indicarem a ausência de credibilidade do laudo pericial.

⁴⁵ STF; RE 105012 / RN. Rel. Min. Néri da Silveira; 1º Turma. Data do Julgamento: 09/02/1988. Publicação: DJ 01.07.1988.

4. Perfeita razoabilidade em ato judicial de designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. Em face dos fatores valorativos, a força probatória das perícias técnicas é inestimável, colaborando no sentido jurídico de que a desapropriação se consuma nos limites da legalidade.

6. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da res judicata. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. Confirmação do acórdão que apoiou as determinações construídas pelo magistrado de 1ª instância no sentido de valorizar prova pericial, aproximando-se ao máximo da realidade dos fatos.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido⁴⁶.

Contudo, impende observar que nas ações de desapropriação, há que se ter em mente que a indenização garantida pela CF é aquela a ser verificada no momento em que o Poder Público imitiu-se na posse do imóvel, uma vez que a valorização posterior em razão de obras públicas realizadas em torno do imóvel jamais justificará nova avaliação (TALAMINI).

c) A Coisa Julgada e a Dignidade da Pessoa Humana.

Dentre os casos em que a doutrina vem propondo a mitigação dos rigores da coisa julgada, sem sombra de dúvidas, o caso em que a problemática da imutabilidade da coisa julgada se mostra mais evidente é o da ação de investigação de paternidade julgada improcedente, sendo que, após o trânsito em julgado da demanda é possível provar-se de forma conclusiva a relação jurídica de paternidade.

Assim, como o Poder Judiciário pode negar o reconhecimento da paternidade, em contradição com a natureza, com a realidade biológica devidamente comprovada por intermédio de exame pericial?

⁴⁶ REsp 499217 / MA ; RECURSO ESPECIAL 2003 Ministro José Augusto Delgado; 1ª Turma. Data do Julgamento: 22/06/2004. Publicação: DJ 05.08.2004.

Nessa ordem de idéias, começou-se a perquirir até que ponto uma sentença deve imunizar para todo o sempre um fato manifestamente contrário à realidade, uma vez que afronta à sensibilidade mediana a idéia de que a coisa julgada obsta o reconhecimento judicial de uma relação jurídica de filiação, quando a ação anteriormente ajuizada fora julgada improcedente com fundamento em regras rígidas a respeito do ônus da prova.

Inicialmente, não obstante as razões mencionadas, a jurisprudência negava a possibilidade de revisão da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Aliás, essa linha de raciocínio ficou bem evidente no julgamento do Recurso Especial nº 107248/GO⁴⁷, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes:

ACÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA.

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

A regra do artigo 468 do Código de Processo Civil é libertadora, ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna intangível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. Assim, a existência de um exame de DNA posterior ao feito 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. Recurso Especial conhecido e provido.

Com efeito, com o avanço científico e o surgimento de novas técnicas, atualmente é possível determinar com certeza praticamente incontestável (99,99%) a origem biológica de uma pessoa. Antes do surgimento do exame de DNA, as ações de investigação de paternidade eram julgadas com base em provas extremamente frágeis e inconclusivas, de forma que o juiz se via obrigado a se pronunciar utilizando-se de presunções e induções, que no mais das vezes, não correspondiam à realidade biológica das partes.

⁴⁷ STJ: REsp. 107248/GO (1996/0057129-5), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Terceira Turma, julgamento. 07/05/1998.

Com o surgimento do exame de DNA, verificou-se que muitas das ações de investigação de paternidade anteriormente julgadas não correspondiam à realidade, o que fez surgir uma situação de patente contradição, pois as regras do Código de Processo Civil não abriam a possibilidade de se voltar a discutir a questão em juízo.

Discorrendo a respeito da necessidade de flexibilização da coisa julgada na seara do direito de família, José Augusto Delgado (2003, p. 46) afirma que:

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídicos são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições. A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência mostra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitando em julgado, tem valor maior que a regra científica? A resposta, com certeza, é de cunho negativo.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é possível a propositura de uma nova demanda fundada em exame de DNA, não obstante o trânsito em julgado da demanda primitiva, principalmente quando esta foi julgada improcedente por falta de provas. Aliás, coligimos alguns julgados nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

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

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

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do

processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade".

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum⁴⁸.

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL.

I - Na primitiva ação **de** investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se 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 provido⁴⁹.

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 afastado⁵⁰.

Vale ressaltar a existência de uma orientação nos Tribunais Superiores, consistente no entendimento de que o suposto pai não pode ser compelido coercitivamente a doar material genético para a realização do exame de DNA, por ofensa aos princípios constitucionais da intimidade e da intangibilidade do corpo humano.

⁴⁸ REsp 226436 / PR ; RECURSO ESPECIAL, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgamento em 28/06/2001.

⁴⁹ REsp 427117 / MS ; RECURSO ESPECIAL 2002/0044155-6 Ministro CASTRO FILHO – Terceira Turma, Julgamento em 04/11/2003.

⁵⁰ TJDF – AC 2002.07.1.010853-3 – 6º T. – Rel. Des. Asdrubal Nascimento Lima – DJU 18.01.2004.

Nesse sentido, eis o entendimento do órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio, *verbis*:

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 da 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 de 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”⁵¹.

Contudo, adverte a jurisprudência que não pode o suposto pai se negar a conceder material genético para a realização do exame de DNA e, após o trânsito em julgado da sentença em que foi vencido, manejar ação rescisória argumentando que agora concorda com a realização do exame genético. Essa linha de pensamento ficou evidente no julgamento do REsp. nº 196966/DF, de 1998, Relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Trânsito em julgado. Ação de anulação do registro civil.

O investigado que se recusa a submeter-se ao exame do DNA, tendo recursos para tanto, não pode depois do trânsito em julgado dessa ação e vencido o prazo para a ação rescisória, promover ação de anulação de registro, sob a alegação de que agora está disposto a fazer o exame.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Intimação. Recurso. Prazo. O prazo para o Ministério Público recorrer começa da data do ciente apostado por seu representante, e não do ingresso dos autos na repartição encarregada da movimentação do processo, na Procuradoria.

Recurso tempestivo, conhecido e provido⁵².

Buscando uma proposta tendente a equacionar a questão da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, onde a sentença se mostra contraditória com a realidade biológica das partes, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003), pugnam por uma interpretação extensiva das hipóteses de cabimento de ação rescisória.

⁵¹ STF, Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Data do Julgamento: 10.11.1994, DJU 22.11.1996.

⁵² STJ; REsp 196966/DF; 1998: Rel. Min, Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma. Data do Julgamento: 07/12/1999. Publicação DJ 28.02.2000, p. 88.

Destarte, para os autores deve o exame pericial ser equiparado a “documento novo” para fins de cabimento de ação rescisória. E mais, concluem que o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória deve ser contado a partir do momento em que interessado obteve o exame pericial e não do trânsito em julgado da sentença.

Nesse palmilhar, eis as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 201):

Seria o exame de DNA equiparável ao “documento novo” a que se refere o aludido preceito legal? Interpretação literal levará certamente à resposta negativa. Insta, no entanto, investigar o motivo pelo qual o legislador manifestou predileção pelo “documento”, nada se referindo a outros mecanismos probatórios (testemunhas, por exemplo). Noticia-se na doutrina que a prova testemunhal teria sido preterida ante o seu elevado grau de incerteza. Mas não parece que este mesmo argumento pode ser estendido à prova pericial. Pelo contrário, comparando-se a prova documental com uma prova pericial conclusiva, pode-se dizer que esta é uma provas mais “segura” que a documental (...).

Por isso, parece-nos, data vênia de orientação contrária, que se é admissível 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.

Vale salientar que até mesmo José Carlos Barbosa Moreira que a princípio se mostra contrário à flexibilização da coisa julgada aderiu à tese ora analisada, entendendo plausível uma interpretação extensiva do conceito de documento novo para embasar o ajuizamento de ação rescisória.

Ao menos quanto ao enquadramento do exame de DNA no conceito de documento novo, a tese em análise vem sendo agasalhada pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória de paternidade é documento para o fim de ensejar a ação rescisória. Recurso conhecido e provido.⁵³

⁵³ STJ. REsp. 189306 / MG. Rel. Min. Barros Monteiro, 4º Turma, julgamento em 14/10/2002, Publicação: DJ 14.10.2002, p. 231

AÇÃO RESCISÓRIA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESTES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO “STATUS PATER”.

O laudo de exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame já revela prova existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que só se tornou possível quando a solução científica concebeu o exame intracitológico.⁵⁴

Nesse diapasão, ao que parece, a orientação de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina vem ganhando corpo na jurisprudência, sendo aceita para fins de cabimento de ação rescisória.

Contudo, para a solução definitiva do impasse existente acerca da incidência da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, faz-se necessário que a jurisprudência acolha a orientação em sua integralidade, admitindo como termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória, o momento em que o exame foi obtido pelo interessado.

Ademais, entendemos que essa orientação não deixa de ser uma forma de flexibilização da coisa julgada na seara do direito de família, uma vez que, a princípio, o Código de Processo Civil não contempla a possibilidade de propositura da ação rescisória com base em perícia.

Entrementes, é facilmente perceptível que a tese trazida à baila mostra-se de grande valia, por buscar equacionar a problemática da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Assim, não há argumentos razoáveis para que esta tese não seja definitivamente consagrada pela jurisprudência.

Nessa linha, esses são os principais casos em que a jurisprudência dos Tribunais superiores admitiu a flexibilização da coisa julgada. Como se percebe, não obstante as críticas de parte da doutrina, a jurisprudência tem se mostrado sensível à necessidade de flexibilização da coisa julgada como forma de conduzir o processo a resultados justos, que consiste num ideal que vem sendo buscado de forma incessante nos tempos modernos.

⁵⁴STJ. REsp. 300084 / GO. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2º Seção. Data do Julgamento. 28/04/2004. Publicação: 28/04/2004; DJ 06/09/2004.

Destarte, como se denota, a tese de flexibilização da coisa julgada não constitui questão debatida apenas nos bancos acadêmicos. Pelo contrário, a realidade forense tem demonstrado que há a premente necessidade de buscar sistematizar as hipóteses em que a coisa julgada deve ceder lugar a direitos de destaque no ordenamento.

6. CONCLUSÃO.

Por tudo que expusemos no decorrer de toda o estudo, entendemos que a absoluta imutabilidade da coisa julgada não está em sintonia com o atual estágio de evolução do direito processual, onde se busca acima de tudo, garantir uma tutela jurisdicional efetiva à parte que tem a sua pretensão protegida pelo direito material.

É certo que se faz necessário uma ampliação do rol do artigo 485 do Código de Processo Civil, para que contemple maiores possibilidades de desconstituição de sentenças imunizadas que afrontam garantias fundamentais e com prazos mais elásticos.

Todavia, a história demonstra que a regulamentação legislativa de um determinado problema surgido no dia a dia forense, não constitui um meio totalmente eficaz para solucionar a questão, uma vez que a vida em sociedade é extremamente dinâmica, de sorte que as situações da vida, no mais das vezes, não podem ser previstas de antemão pelo legislador.

Além disso, enquanto não ocorrem as necessárias alterações legislativas, não pode a doutrina ignorar o problema existente quando o próprio ordenamento, visto em sua unidade, permite a quebra pontual da autoridade da coisa julgada, quando o direito debatido no caso *sub judice* assim o exigir. Aliás, nos dias atuais cada vez mais se busca sintonizar o processo às exigências do direito substancial.

Nessa linha de raciocínio, faz-se necessário que o tema permaneça aceso na doutrina e que a jurisprudência dos tribunais continue enfrentando as hipóteses em que o ordenamento deve permitir a atenuação da autoridade da coisa julgada, uma vez que, verificadas as hipóteses que merecem um tratamento especial, o próprio sistema processual contempla meios para que a quebra da coisa julgada ocorra apenas em casos de extrema excepcionalidade, como a multa por litigância de má fé, prevista no artigo 17 do Código de Processo Civil e, nos casos mais extremados, a multa por ato atentatório à dignidade da justiça prevista no artigo 14 do CPC.

Contudo, retomando a linha de raciocínio anteriormente exposta, não basta que a sentença imunizada pela coisa julgada material contemple uma grave injustiça, ou seja absurdamente lesiva. Estes critérios, de fato, jamais constituirão fundamento

idôneo para quebra da coisa julgada, por se tratarem de conceitos extremamente abstratos e pessoais.

Nessa linha, a forma mais plausível de se verificar em quais hipóteses deve a coisa julgada ceder é por intermédio da ponderação de valores entre o conteúdo valorativo das garantias constitucionais, ou seja, por intermédio dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, há lugar para a tese de flexibilização da coisa julgada no ordenamento, apenas se a sentença imunizada afrontar garantias que no caso concreto, mostram-se mais importantes do que a própria segurança jurídica, devendo, por isso, prevalecer.

Não olvidamos que esta é uma tarefa árdua, mas que doutrina e jurisprudência devem enfrentar, pois apenas dessa forma, o direito processual estará cumprindo sua missão constitucional, assegurando um acesso equo à justiça.

Um dos problemas mais relevantes para que seja equacionado o tema em análise, consiste na inexistência de um instrumento processual apto a desconstituir a coisa julgada quando não for cabível a propositura de ação rescisória. Como já salientamos, diante desta questão, cabe à doutrina buscar solucionar a questão, buscando no próprio sistema processual, instrumentos que permitem impugnar a coisa julgada.

Não nos parece crível que se possa defender a impossibilidade de flexibilização da coisa julgada em razão da inexistência de um instrumento para tanto, sob pena de um total desprestígio ao processo civil de resultados. Jamais o processo poderá ser óbice para a efetivação do direito material, sob pena de regressarmos aos tempos da fase autonomista do processo, onde as fórmulas processuais obstavam a fruição do direito material.

Nesse rumo de idéias, para a desconstituição da coisa soberanamente julgada, devem ser utilizados os instrumentos processuais conhecidos pelo sistema, ou seja, a ação rescisória dirigida aos tribunais ou a ação declaratória de inexistência a ser ajuizada no primeiro grau de jurisdição.

Contudo, para preservar a excepcionalidade da quebra atípica da coisa julgada, não se deve possibilitar a dilação probatória, devendo o interessado na desconstituição da coisa julgada, buscar a obtenção de provas que demonstrem a

necessidade de revisão do *meritum causae* e manejar a demanda com prova pré-constituída, o que possibilitará ao magistrado julgar antecipadamente a lide sem maiores inconvenientes, nos termos do artigo 330, I, *in fine*, do CPC.

Além disso, incumbe ao interessado demonstrar na peça vestibular a viabilidade da desconstituição da coisa julgada formada, argumentando que no caso concreto, o direito material debatido no caso concreto deve prevalecer à segurança jurídica alcançada com a coisa julgada material, o fazendo através dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em linhas gerais, esta é uma pequena proposta de sistematização do tema, que demonstra que não obstante as críticas expendidas por parte da doutrina, é plenamente possível sistematizar a matéria, sem que isso represente qualquer ultraje à segurança jurídica no processo.

O que se quer, unicamente, é proporcionar um tratamento especial às exceções do sistema, como forma de se resguardar um acesso adequado e efetivo à justiça, como garantido pelo artigo 5º, XXXV, da *Lex Fundamentale*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY. Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales..** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM. José Manuel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 8. ed. São Paulo: RT, 2003.

ARAÚJO, Antonio Carlos Oliveira de. **Os Pressupostos de Existência no Processo Civil Brasileiro:** Dissertação de Mestrado. Londrina: UEL, 2001.

ARMELIN. Donaldo. **Flexibilização da Coisa Julgada:** Linhas Mestras do Processo Civil (comemoração aos 30 anos de vigência do CPC). São Paulo: Atlas, 2004.

ASSIS, Araken de. **Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional.** Coisa Julgada Inconstitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BARBOSA, Antonio Alves. **Da Preclusão no Processo Civil:** Atualizado por Antonio César Peluzo. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada,** Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. **Considerações Sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material.** São Paulo: Revista Dialética, 2005.

_____. **Notas Sobre o Problema da ‘Efetividade’ do Processo.** Temas de direito processual civil, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 23 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. **Questões Prejudiciais e Questões Preliminares.** In Temas de direito processual civil, Rio de Janeiro, 1965.

BARROSO. Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: nfluência do direito material sobre o processo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almeida, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de Direito Processual Civil**. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

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

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais**. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: América Jurídica, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Relativizar a Coisa Julgada Material: Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material.** Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 15 de maio de 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Elementos de Direito Administrativo.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

NASCIMENTO, Carlos Valder do “et all”. **Coisa Julgada Inconstitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **A Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito.** Revista Ajuris, n. 96, 2004.

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

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Coisa Julgada Relativa?** Revista Ajuris, n. 94, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A Coisa Julgada Inconstitucional e os Mecanismos Processuais para seu Controle.** Coisa Julgada Inconstitucional. 4 ed. São Paulo: América Jurídica, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz. **A “Causa Petendi” no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos “et all”. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Brookseller, 1999.

_____. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.