

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC

COGEAE – COORDENADORIA DE ESPECIALIZAÇÃO,

APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

LUCIANA CASTRO GOMES CERQUEIRA

Orientadora: Profa Dra Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

São Paulo

2014

LUCIANA CASTRO GOMES CERQUEIRA

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

São Paulo

2014

LUCIANA CASTRO GOMES CERQUEIRA

DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof (a) Dr (a)

Prof (a) Dr (a)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo abordar sobre a relativização da coisa julgada à luz da legislação processual civil brasileira, tratando-se de um tema especial e que há quase uma década ainda faz surgir crises sobre seu real conceito. O desejo de discorrer sobre o tema surgiu em meio a calorosos debates em sala de aula no curso de especialização em processo civil da PUC/COGEAE em São Paulo, ao constatar que grande parte dos ilustres colegas advogados e estudiosos defende a tese de que, em casos excepcionais, o instituto da coisa julgada deve ser desconsiderado, não devendo ser revestido pela proteção constitucional da imutabilidade. Na esfera jurisprudencial a questão ainda não está efetivamente sedimentada no Supremo Tribunal Federal, sendo passível de alteração a cada novo caso, haja vista existir julgados contra e a favor da teoria da relativização da coisa julgada. Como se trata de um tema de grandes paradoxos enfrentado pelos militantes do direito perante a Justiça brasileira, haja vista que sua plena aceitação pode comprometer a segurança jurídica, ao passo que sua completa negação legitima a injustiça, não se pretende com esse trabalho de pesquisa esgotar o assunto, mas apenas abordar sobre alguns dos principais aspectos que o cerca, identificando a teoria afirmadora que a coisa julgada não possui caráter absoluto no sistema jurídico brasileiro, frente os argumentos defendidos pela corrente que defende o caráter absoluto da coisa julgada em razão da segurança jurídica, e, finalmente os argumentos daqueles que defendem a flexibilização. Com esse objetivo serão analisados os mecanismos processuais de flexibilização previstos na legislação brasileira, a subsistência da *querela nullitatis* no sistema pátrio jurídico e demais aspectos importantes sobre o tema, buscando colaborar para o crescimento das discussões.

Palavras-chaves: Relativização da coisa julgada. Coisa julgada Inconstitucional. Coisa julgada material. Coisa julgada formal. Segurança jurídica. *Querela nullitatis*. Direito processual civil. Teoria geral do processo.

ABSTRACT

This work pretends to discuss about the relativization of *res judicata* in light of the Brazilian civil procedural law, as it is a routine issue, but nearly a decade ago, still arouses crisis on the real concept of relativity to the *res judicata*. The desire to discuss the subject started in class of pos-graduation in procedural law in PUC/COGEA in São Paulo when most of the students and lawyers defends that the *res judicata* should be disregarded and must not be covered by the constitutional protection. In the sphere of jurisprudence, the issue is still not clearly defined in the Supreme Court, where it's possible to find cases in favor of the flexibility of the *res judicata*, and cases that they don't accept it. As this is a topic of great paradoxes faced by activists of the right before the Brazilian courts, considering that full acceptance may undermine legal certainty, while its complete denial legitimizes injustice, is not intended to humble this research work exhaust it, but only addressing some of the major aspects of the fence, despite those who advocate the theory that *res judicata* does not have absolute character in the Brazilian legal system, forward the arguments espoused by the current that defends the absolute character of *res judicata* by reason of legal, finally the arguments of those who advocate easing. With this goal, we will analyze the mechanisms of procedural flexibility under Brazilian law, the livelihood of the *quarrella nullitatis* parental legal system and other important aspects of the subject, seeking help for the growth of the discussions, within the perspective of the legal system in force.

Keywords: Relativization of *res judicata*. *Res judicata* Unconstitutional. *Res judicata*. *Res judicata* formal legal. *Nullitatis quarrella*. Civil procedural law. The general theory of the process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 Noções históricas essenciais à compreensão do conceito de coisa julgada	11
1.2 Natureza jurídica da coisa julgada	13
2 DA COISA JULGADA	15
2.1 Coisa Julgada Material	15
2.2 Coisa Julgada Formal	18
2.3 Os efeitos negativo e positivo da coisa julgada material	20
2.4 Dos limites da coisa julgada	21
2.5 Dos Limites Objetivos	21
2.6 Dos limites subjetivos	24
3 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	26
3.1 Das hipóteses de relativização da coisa julgada	26
3.2 Aspectos doutrinários e jurisprudenciais sobre a relativização da coisa Julgada	32
3.3 Posição doutrinária	32
3.4 Posição jurisprudencial	34
4 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	39
5 PROCEDIMENTOS PARA A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA	42
5.1 Ação rescisória	42
5.2 Embargos à execução	44
5.3 Impugnação ao cumprimento de sentença	45
5.4 Exceção de pré-executividade	45
5.5 Ação declaratória de nulidade – <i>Querela Nullitatis</i>	46
5.6 Mandado de segurança	48
5.7 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	50
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54
ANEXO	59

INTRODUÇÃO

O tema da relativização da coisa julgada tem suscitado diversas teses no âmbito da doutrina processual civil brasileira, causando calorosos debates e, até mesmo, certa instabilidade diante de posicionamentos ainda não pacíficos nas maiores cortes de justiça do país, com destaque neste estudo para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Na análise dos reiterados julgados sobre o tema verifica-se curiosos casos que mesmo após terem sido julgados, o Superior Tribunal de Justiça achou viável autorizar sua reabertura em nome do valor maior da justiça e, principalmente, da garantia à harmonia e coerência da Constituição Federal.

Diante disso é possível perceber que a coisa julgada material, anteriormente vista como imutável e absolutamente revestida pela segurança jurídica, começou a ser objeto de questionamento dos aplicadores do direito.

O instituto da coisa julgada tem a sua razão precípua na busca da segurança jurídica. Ela nasceu da intenção em proteger extrinsecamente os efeitos da sentença no tempo, garantindo às partes e a terceiros a sua imutabilidade e, conseqüentemente, a prevenção de surpresas inesperadas.

Nesse sentido, embora velhas as discussões sobre o tema, este não deixou de ser atual e extremamente relevante na aplicação do direito, não encontrando até os dias de hoje fórmula que pacificasse a disputa entre os valores da justiça e da também justa e esperada segurança jurídica.

Em paralelo a busca pela imutabilidade, não se pode olvidar da existência do instituto da preclusão, àquele umbilicalmente ligado.

Ainda nos primeiros passos de desenvolvimento do estudo do tema, quando a sentença transitada em julgado não poderia ser reexaminada via ação rescisória, o entendimento majoritário era que o caráter imutável da sentença advinha da decisão proferida pela boca do magistrado, que representava sem sombras de dúvidas a vontade da lei. Tal entendimento deu origem à conhecida máxima preconizada por Montesquieu, de que “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei”.

Frente a esse posicionamento tão enrijecido, a ideia da possibilidade de se modificar a coisa julgada pela via judicial ou legislativa sempre foi alvo de críticas, colocando em xeque a estabilidade e segurança jurídica dos cidadãos.

Conforme exaustivamente ressaltado, a coisa julgada com o passar dos anos tornou-se essencial para garantir valores e a certeza do Estado de Direito, nesse sentido escreveu EDUARDO COUTURE (1946, p. 329), ser “famoso o dístico de SCASSIA, segundo o qual ‘a coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro”.

A partir da análise acima exposta, a coisa julgada material, na busca de assegurar sua imutabilidade, tornou-se uma tese de grande relevância com o objetivo de contribuir para a consagração e valorização da certeza jurídica tão importante para a manutenção do Estado de Direito.

Diametralmente a isto defensores em busca de uma “certeza real”, verdadeira primazia da realidade, passaram a não admitir injustiças em nome da segurança jurídica. A análise dos princípios constitucionais deve ocorrer de forma ponderada, jamais admitindo a supremacia absoluta de um valor sobre o outro, razão pela qual referidos estudiosos passaram a defender a reabertura e reexame de casos, objeto de decisões em contrário ao senso comum, como por exemplo as decisões que envolvem filiação biológica, presunções e exame de materiais genéticos.

Desde então a possibilidade da relativização da coisa julgada material na busca da justiça perfeita passou a ser um tema de importante relevância frente à questão de estar ou não ofendendo à segurança jurídica representada pela imutabilidade da coisa julgada material.

Como a coisa julgada é a base para a existência da segurança jurídica, há estudiosos do direito que buscam unicamente a justiça perfeita, defendendo assim a possibilidade de sua relativização sem o comprometimento da ordem e sua estabilidade perante o Estado.

A fim de solucionar este impasse entre correntes que são a favor e contra a relativização da coisa julgada, a doutrina trouxe posicionamentos diferentes para reflexão e possível solução do tema.

O ilustre Ministro DELGADO (2002), analisando a tese da relativização da coisa julgada a partir do exame de casos concretos em processos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, vislumbrou a necessidade de revisão da carga imperativa da coisa julgada material sempre que ficar constatada ofensa aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e moralidade, bem como na hipótese de ocorrência de choque com a realidade dos fatos.

Diante deste panorama, as questões a serem debatidas têm como núcleo aspectos como: qual o alcance da intangibilidade da coisa julgada diante da Carta Constitucional? Até onde e qual a forma de flexibilização? Há valor maior que sempre deve prevalecer ou a análise deve ser estritamente casuística? É legítimo impor aos cidadãos que se contentem com uma sentença notadamente injusta e ilegal, por estar acobertada pela coisa julgada e sua imutabilidade, em razão da segurança jurídica?

Com fulcro no princípio da proporcionalidade passou-se a destacar a necessidade de reapreciação de flagrantes injustiças acobertadas pelo instituto da coisa julgada, não podendo, definitivamente, permanecer com caráter plenamente imutável sobre os demais valores constitucionais existentes, buscando equilibrar a segurança e justiça.

Nesse mesmo sentido, os professores HUMBERTO THEODORO JR. (2008) e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2001) passaram a defender a tese de que a decisão não se torna imutável somente na hipótese da existência de injustiça, desproporcionalidade ou inconstitucionalidade, devendo ser reapreciada mesmo que essa possibilidade não esteja expressa na legislação infraconstitucional, pois, em tais situações, haveria amparo na Constituição Federal, tendo em vista valores maiores como a própria justiça.

Concluem os ilustres professores que o princípio da “segurança jurídica” deve estar em equilíbrio com a justiça, e os demais princípios constitucionais de igual importância, haja vista defenderem que a justiça das decisões é o valor de maior importância e sobre tal valor não se deve perpetuar nenhuma outra decisão injusta sobre o pretexto de estar acobertada pela imutabilidade da coisa julgada.

Do outro lado da discussão sobre o tema, temos os respeitáveis juristas JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (2008), NELSON NERY JR. (2008), OVÍDIO

BAPTISTA DA SILVA (2008), LUIZ GUILHERME MARINONI (2008) e outros que, posicionaram-se no sentido de ser inadequada a relativização da coisa julgada fora dos casos já previamente estabelecidos no ordenamento jurídico, com base nos artigos 475-L, 485 e 741 do Código de Processo Civil.

Diante de tão suscitada e ainda vivíssima discussão faz necessário analisar mais detalhadamente o instituto, suas peculiaridades e extensão, com o cuidado de evitar a banalização do tema.

1 DA IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Noções históricas essenciais à compreensão do conceito de coisa julgada

O instituto da coisa julgada é um dos assuntos que mais desperta debates dentro do processo civil brasileiro, isto porque, sem sombras de dúvidas pode ser considerado como um dos temas de maior complexidade da teoria geral do processo, a esse respeito BARBOSA MOREIRA (1979, p. 9) ensinou: “(...) Quem se detiver, porém, no exame material acumulado, chegará à paradoxal conclusão que os problemas crescem em vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções”.

Mesmo após inúmeras discussões doutrinárias sobre a coisa julgada, até os dias atuais não existe um posicionamento pacífico sobre o tema. Em razão disso, a teoria da coisa julgada passou e vem passando por incansáveis reformulações conceituais.

Dentre as reformulações ocorridas envolvendo a coisa julgada deve-se destacar a teoria de CHIOVENDA (1969), uma das mais importantes sobre o tema que surgiu de três obras distintas e sucessivas, sendo que em sua última obra o autor iniciou a revisão do conceito da *res judicata* (*Sobre la coza juzagada cit.*), onde seu estudo resultou em separar o conteúdo jurídico da coisa julgada do conteúdo político-social, distinguindo assim a possibilidade da relativização da coisa julgada frente a preclusão, ou seja, a impossibilidade de rediscussão de um tema já julgado.

Após a importante tese de CHIOVENDA, destaca-se as contribuições de seus apoiadores, HELLWIG (1901) e de LIEDBMAN (1935-2006) que também defendiam a eficácia da coisa julgada.

Entretanto, foi somente com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, que começaram a surgir estudos abordando de forma mais expressiva a análise do tema.

Apesar do grande salto de desenvolvimento do estudo sobre o instituto nos últimos anos, ainda nos dias atuais não há um entendimento pacífico sobre a coisa julgada, conforme já ressaltado acima.

Todavia, podemos conceituar que a coisa julgada trata-se de uma garantia dada pela Constituição Federal – CF (1988), com o fim de evitar que o legislador infraconstitucional “crie” medidas que modifiquem as decisões transitadas em julgado, sem a intervenção do Poder Judiciário. (CAHALI, 2011, p. 29).

De outro lado, podemos dizer que o caráter relativo da garantia constitucional da coisa julgada esta amparado com o poder que o legislador possui de instituir na esfera ordinária na ocorrência de casos excepcionais, a exemplo de vícios evidentes em uma sentença, a mitigação por meio da ação rescisória.

Conforme ensina a Doutoranda, Professora FERNANDES GÓES (2008, p. 168), a coisa julgada é um tema prestigiado mundialmente, sendo que a divergência é apenas no sentido de saber se o instituto é qualidade ou efeito da sentença.

Assim, pode-se afirmar que a coisa julgada é indispensável para o regular procedimento do processo, não deixando de salientar que o referido instituto emerge da natureza política e jurídica.

A respeito da natureza política, aduz FURTADO FABRÍCIO (1991, p.10):

“(…) A coisa julgada emerge de um imperativo político (…) é imprescindível colocar-se um limite temporal absoluto, um ponto final inarredável à permissibilidade da discussão e das impugnações”.

Seguindo esse mesmo entendimento, o Professor GILBERTO PORTO (2006, p. 54), destaca:

“(…) reside na opção, feita pelo sistema, de que a partir de certo momento, justa ou injusta, correta ou incorreta, a sentença deverá se tornar indiscutível, conferindo, assim, por decorrência, estabilidade a determinada relação jurídica posta à apreciação, ou, como observa ALONSO CATANIA, *Auctoritas, non veritas facit legem* – A autoridade, e não a verdade, faz a lei: a sentença vincula as partes não porque seja expressão da verdade ou da justiça, mas porque o legislador atribui à sentença, se passada em julgado, o caráter de escolha definitiva e definitivamente obrigante”.

No que tange a natureza jurídica do tema, não houve e não há um entendimento unânime entre os estudiosos do direito, haja vista grande parte deles entender que a coisa julgada esta relacionada ao aspecto subjetivo que leva o magistrado a decidir caso a caso.

Podemos citar como teses prestigiadas sobre a natureza jurídica da coisa julgada, alguns autores que foram grandes influências no direito positivo brasileiro, como ESTELLITA (1936, p. 15-136), AMARAL SANTOS (2010, p. 49-56).

Assim, conforme ensina o Professor DELLORE (2013, p. 40), podemos conceituar que a coisa julgada só é produzida por meio de decisões definitivas, que já tenham passado pelo crivo do transito em julgado, tornando-se imutáveis e indiscutíveis.

1.2 Natureza jurídica da coisa julgada

Definido o conceito da coisa julgada, passa-se a analisar sua natureza, que de um lado tem como um de seus pilares a doutrina de CHIOVENDA, que conceitua a coisa julgada como efeito da sentença, e de outro a doutrina de LIEBMAN, que defende que a coisa julgada é uma qualidade decorrente da sentença, tendo em vista sua capacidade de tornar-se imutável.

Ao analisar o artigo 467 do Código de Processo Civil quando dispõem: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. A primeira impressão que se tem é a de que a coisa julgada é o efeito da sentença.

No entanto, ao analisar a segunda parte do aludido dispositivo, podemos entender que a imutabilidade de uma sentença, é estabelecida pela impossibilidade de recursos, o que confirma a natureza jurídica defendida por LIEBMAN, de que a coisa julgada não seria o efeito da sentença, mas uma qualidade desta como anteriormente exposto.

Nesse sentido ensina, o professor BARBOSA MOREIRA (1983, p. 103), a sentença não possui imutabilidade “co-natural”, sendo possível a existência de sentenças que em nenhum momento se tornem imutáveis.

Seguindo esse mesmo entendimento e em apoio à corrente majoritária de LIEBMAN, temos também o professor FREITAS CÂMARA (2004, p 468) esclarecendo que:

“(..) é de se afirmar que a corrente doutrinária que defende ser a coisa julgada um efeito da sentença encontra-se equivocada. Isso porque, como ensina Barbosa Moreira, a imutabilidade de uma sentença não lhe é co-natural. Quer o ilustre processualista carioca, com essa afirmação, dizer que é possível afirmar a existência de sentenças que em nenhum momento se torna imutáveis e indiscutíveis. A impossibilidade de modificação da sentença a qualquer tempo, com a previsão de um número limitado de recursos, todos sujeitos a prazos de interposição, e a consequente imutabilidade da sentença a partir do momento que a sentença se torne irrecorrível é uma opção de política legislativa, que surge pelo de o ordenamento ser voltado à preservação da segurança jurídica”.

Postas estas considerações, podemos acolher como a melhor natureza da coisa julgada aquela que define ser esta uma qualidade decorrente da sentença não mais sujeita a recursos.

A esse respeito, THEODORO JUNIOR (1994, p. 520) ao dizer:

“Enquanto sujeita a recurso, a sentença não passa de ‘uma situação jurídica’. Os efeitos próprios da sentença só ocorrerão no momento em que não mais seja suscetível de reforma por meio de recursos. Ocorrerá então o trânsito em julgado, tornando o decisório imutável e indiscutível”.

Vistos os respeitáveis posicionamentos, podemos interpretar como melhor posição doutrinária aquela que defende que a natureza jurídica da coisa julgada vem a ser uma qualidade da sentença que a torna imutável em relação ao seu conteúdo, que antes inexistia, e não simplesmente um efeito da sentença.

2 DA COISA JULGADA

Como já antes exposto, a coisa julgada é uma qualidade oriunda da sentença, tornando-a imutável e indiscutível após o trânsito em julgado do mérito da decisão judicial pronunciada, contra a qual não cabem mais recursos, surgindo assim a *res judicata*.

O instituto da coisa julgada tem como sua maior finalidade a manutenção da segurança jurídica dentro do Estado de Direito, bem como visa elidir as incertezas existentes dentro da sociedade, buscando estabilizar as relações sociais.

Partindo deste pressuposto, veremos as duas distinções em que se desdobra a coisa julgada, denominadas coisa julgada material e formal.

2.1 Coisa Julgada Material

De maneira prática, podemos dizer que a coisa julgada material consiste na coisa julgada por excelência, ou seja, aquela que sempre referimos ao dizer; “houve coisa julgada”, que só produz efeitos ao se tratar de uma sentença de mérito.

Falando de outra maneira: toda vez que nos deparamos com uma sentença definitiva, após seu trânsito em julgado, como efeito surge à coisa julgada material, que de consequência torna aquela referida decisão imutável e indiscutível, conforme ensina o doutrinador DIDIER JÚNIOR (2010, p. 409): “A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável”.

Ocorrida à coisa julgada material, seus efeitos irão ultrapassar os limites do processo do qual surgiu, ou seja, não haverá possibilidade de rediscussão daquela matéria em nenhum outro processo, podendo dizer que se trata de fenômeno endo/extraprocessual (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 409). Segundo palavras do mestre RANGEL DINAMARCO (2003, p. 301): “O status da coisa julgada material transcende a vida do processo e atinge a das pessoas”.

A partir disso, podemos compreender que os efeitos daquela decisão serão refletidos para fora do processo, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário, não sendo possível nova reapreciação daquele caso pelo mesmo juízo e nem por qualquer órgão judicial.

Portanto, estando presente em mais de uma demanda as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (já existentes em outra demanda já decidida por decisão de mérito transitada em julgado), será impossível ocorrer novo julgamento daquele caso.

Diante disso podemos dizer que só existirá a coisa julgada material quando a norma jurídica individual prolatada em um caso concreto tiver condições de transmitir todos seus efeitos para fora do processo.

Cabendo destacar que a coisa julgada material advém da ocorrência da coisa julgada formal, o que não ocorre com a coisa julgada formal, a qual pode surgir sem necessariamente existir a coisa julgada material. Dizendo de outro modo, a coisa julgada formal é um dos pressupostos necessários para que a coisa julgada material possa ser verificada. Ausente a coisa julgada formal, não há que se falar em coisa julgada material, tratando-se, evidentemente, de via de mão única (ou seja, o contrário não é verdadeiro).

Daí, podemos concluir que nem todas as decisões judiciais têm condições para conter a coisa julgada material.

Nesse sentido é o entendimento de BATISTA DA SILVA (2002, p. 481):

“O artigo 467 do CPC define a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”. Com tal definição, de certo modo ambígua, pretendeu o legislador indicar que a imutabilidade que protege a sentença, tornando-a indiscutível nos processos futuros, somente poderá ter lugar depois de formar-se sobre ela a coisa julgada formal; ou seja, a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada forma. Por outras palavras, para que haja imutabilidade da sentença no futuro, primeiro é necessário conseguir-se sua indiscutibilidade na própria relação jurídica de onde ela provém. Não há coisa julgada material sem a prévia formação da coisa julgada formal, de modo que somente as sentenças contra as quais não caibam mais recursos poderão produzir coisa julgada material”.

Por sua vez, a coisa julgada material só pode ser configurada em decisões de mérito fundamentadas em cognição exauriente da qual não caiba mais recursos. Eis outro pressuposto inexorável para a ocorrência da coisa julgada material.

A esse respeito conceitua TALAMINI (2005, p.30) a coisa julgada material:

“... como uma qualidade de que se reveste a sentença [leia-se: decisão] de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial”.

No mesmo sentido, ressalta o doutrinador AFONSO DA SILVA (2007, p. 135), ao tratar da coisa julgada, a Constituição Federal deu enfoque ao aspecto material do instituto:

“A garantia, aqui, refere-se à coisa julgada material, não à coisa julgada formal. Ficou, pois, superada a definição do art. 6º, § 3º, da LICC. Prevalece, hoje, o conceito do Código de Processo Civil: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” (art. 467) Dizemos que o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, em oposição à opinião de Pontes de Miranda, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal. Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio”.

Diante do exposto, é cabível concluir que não haverá coisa julgada material quando a sentença for meramente terminativa, ou seja, as decisões que vierem a extinguir o processo sem resolução de mérito fazem surgir somente a coisa julgada formal, sendo a coisa julgada material particularidade exclusiva das decisões de mérito.

Dessa forma, pode-se concluir que a coisa julgada material pressupõe a formal. Nesse sentido, é comum a doutrina dizer que a coisa julgada material e a coisa julgada formal são degraus de um mesmo fenômeno. Ocorrendo inicialmente a decisão judicial, tornando imutável para processo (coisa julgada formal) e, só após ultrapassado este degrau, chega-se ao segundo (a coisa julgada material),

transcendendo a imutabilidade do processo para o mundo exterior, ou seja, os efeitos passam de *inter partes* para *erga omnes*.

Nas palavras de ADONIAS BASTOS e KLIPPEL (2011, p. 509 “o trânsito em julgado leva a estabilização da discussão de terminada lide (pedido), sendo antecedente lógico dessa estabilização, que é a coisa julgada”.

Ao tratarmos do tema da relativização ou flexibilização da coisa julgada, o foco volta-se com maior ênfase para as decisões acobertadas pela coisa julgada material, conforme veremos adiante.

2.2 Coisa julgada formal

Doutrinariamente falando a coisa formal é definida por AMARAL SANTOS (1995, p.44) como uma forma de preclusão máxima, que ocorre quando não há mais cabimento de recursos frente uma decisão.

Não se confundindo a coisa julgada formal com o trânsito em julgado da sentença, haja vista que a primeira refere-se à imutabilidade da sentença dentro do processo, já o segundo trata-se da impossibilidade da interposição de recursos, seja pelo não cabimento, preclusão lógica, temporal ou consumativa.

A fim de evitar que sejam tratados como sinônimos os conceitos de trânsito em julgado e coisa julgada formal, MACHADO GUIMARÃES (1969, p. 14) definiu:

“A coisa julgada, em ambas as suas modalidades – formal e substancial – pertence ao campo das situações processuais consequentes à preclusão dos recursos (*rectius*: consequentes ao trânsito em julgado da decisão). Há portanto, uma relação lógica de antecedente – a – consequente (não de causa – e – efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada. O trânsito em julgado, por sua vez, é conceito que por sua maior compreensão distingui-se do conceito de preclusão. Decorre o trânsito em julgado não somente da preclusão (no sentido de perda) da faculdade de recorrer, como também de ato voluntário da parte (a aquiescência à decisão, a decisão do recurso interposto) ou ainda da natureza mesma da decisão (se irrecorrível)”.

Considerando a coisa julgada formal como uma espécie de preclusão, devemos observar que se trata de uma preclusão de suma importância no

ordenamento jurídico, pois é revestida pela imutabilidade que acobertará a sentença não mais passível de recursos. Nesse sentido, a jurista PELLEGRINI GRINOVER (2007) orienta:

“A preclusão, como perda de faculdades processuais (aqui, pela utilização das vias recursais – preclusão consumativa – ou pela falta de sua utilização – preclusão temporal), constitui antecedente da formação da coisa julgada formal, mas esta é mais do que preclusão: é a imutabilidade da sentença dentro do processo”.

Portanto podemos concluir que a imutabilidade surge da coisa julgada formal que acoberta o processo no qual foi proferida uma decisão. Partindo deste princípio, há doutrinadores que relacionam a coisa julgada formal com a preclusão, haja vista que ambos os efeitos seja da coisa julgada formal ou da preclusão só atingem aos processos nos quais se relacionam.

Nesta linha de pensamento é o entendimento do jurista Sérgio Bermudes, citado na lição de SÉRGIO GILBERTO PORTO (2006, p.63):

“Essa imutabilidade da decisão judicial, no processo em que foi proferida, decorrente da falta de iniciativa recursal da parte, de sua iniciativa tardia, da utilização de alguns recursos suscetíveis de impugnar a decisão e da renúncia de outros, ou ainda, da exaustão dos recursos disponíveis denomina-se coisa julgada formal, ou mais acertadamente, preclusão”.

Todavia, como se pode verificar, o tema é controvertido na doutrina, não obstante existir coisa julgada formal tanto nas decisões definitivas quanto nas decisões terminativas. É possível afirmar, desta forma, que em todas as decisões ocorre o fenômeno da coisa julgada formal.

Conforme ensina MARCATO (2008, p. 1524-1525), podemos dizer que a coisa julgada formal estabelece um acontecimento único em um determinado processo, que diz respeito única e exclusivamente às partes e ao juiz que dele participa, ou seja, cria uma forma de preclusão, que não se confunde com a coisa julgada material.

Sobre o momento de formação, parece evidente que a coisa julgada formal se forma no momento em que a decisão não pode ser mais impugnada judicialmente dentro do processo (novos fora a rescisória e a *querella*). É, em verdade, um acúmulo de preclusões ao longo do fenômeno processual.

2.3 Os efeitos negativos e positivos da coisa julgada material

Dada sua relevância, a coisa julgada produz diversos efeitos que são classificados/divididos pela doutrina em efeitos positivos e efeitos negativos.

Denomina-se por efeito ou função positiva da coisa julgada a vinculação de uma determinada decisão acobertada pela coisa julgada aos demais órgãos do poder judiciário em qualquer processo futuro.

Ou seja, o efeito positivo da coisa julgada, faz com que a lide já decidida anteriormente com decisão qualificada pelo trânsito em julgado não seja julgada de maneira diferente, caso esteja novamente *sub judice*.

Já o efeito negativo da coisa julgada consubstancia-se no impedimento que uma questão principal decidida em caráter definitivo e transitada em julgado seja novamente julgada como questão principal de outro processo. Tal efeito esta fundamentado no princípio do *no bis in idem*.

Nesse sentido ensina GRECO FILHO (1994, p. 240) “a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos que se projetam fora do processo e que impede que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide”.

Importante realçar a eficácia preclusiva da coisa julgada, segundo a qual todas as matérias sobre aquela lide serão reputadas como deduzidas, enfrentadas e rejeitadas, mesmo aquelas não arguidas. É o que dispõe o artigo 474 do Código de Processo Civil: “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”.

Não por acaso determina o Código de Processo Civil, artigos 267, V, e § 3º e 301, VI, e § 4º cabe ao magistrado, de ofício indeferir a inicial ou “nova” ação que reproduza questão idêntica à decidida anteriormente por uma sentença de mérito com trânsito em julgado.

Portanto, o denominado efeito negativo traduz no impedimento de outro julgamento sobre questão já decidida de forma imutável por órgão investido de jurisdição.

Conforme leciona a professora PELLEGRINI GRINOVER (2009, p. 167):

“Em suma, a coisa julgada traz consigo, inclusive como forma de assegurar o resultado prático e concreto do processo, o impedimento à rediscussão do que foi discutido (ou poderia ter sido) na fase cognitiva”.

Considerando o exposto, conclui-se, que a coisa julgada tem duplo efeito ou função: a primeiro define a situação jurídica das partes, ou seja, define o direito de cada uma delas, enquanto que o segundo impede que outra demanda referente àquela mesma situação se restabeleça.

2.4 Dos limites da coisa julgada

Depois de conceituado a coisa julgada e seus efeitos/funções, necessário se faz estudar seus limites que também são divididos em: a) limites objetivos da coisa julgada; e b) limites subjetivos da coisa julgada.

Os chamados limites objetivos dizem respeito à “matéria” que fundamentou o objeto da coisa julgada enquanto que os limites subjetivos cuidam de “quem” estaria sendo atingido pela coisa julgada (direcionamento subjetivo; oponibilidade). Conjugados de forma única, os limites definem a área que a coisa julgada irá atuar dentro de cada caso concreto, conforme será analisado a seguir.

2.5 Dos limites objetivos

Conforme acima exposto, por limites objetivos da coisa julgada pode-se entender em regra geral a “matéria” que efetivamente esta acobertada pela coisa julgada.

Antes de tudo é imprescindível ressaltar que, nos termos da lei processual brasileira, apenas a parte dispositiva da sentença é coberta pela coisa julgada, conforme dispõem o artigo 469 do Código de Processo Civil:

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 da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Definido o que é suscetível de atingimento pela coisa julgada, voltemos a falar sobre seus limites objetivos.

Com precisão, os autores KLIPPEL e ADONIAS BASTOS já se manifestaram, (2011, p. 493):

O que significa dizer que a coisa julgada material (autoridade da coisa julgada) se limita objetivamente (possui limites objetivos)? Significa apontar que nem todas as questões que são julgadas na sentença se tornarão imutáveis e indiscutíveis”.

Importante destacar que não se pode confundir o efeito da coisa julgada material com seus próprios limites objetivos, haja vista que o efeito material como já mencionado, refere-se à impossibilidade de rediscussão em uma demanda futura, de matéria já decidida em demanda anterior, ao passo que os limites objetivos da coisa julgada tratam especificadamente das questões decididas na sentença que adquirem imutabilidade, conforme orienta CARNEIRO MACHADO (2005, p. 61).

Nas palavras de FREITAS CÂMARA (2008, p. 468), o que se busca no estudo dos limites objetivos da coisa julgada é verificar o alcance da imutabilidade e impossibilidade de discussão da sentença que transitou em julgado, haja vista seu aspecto objetivo, buscando unicamente saber o que de fato transitou em julgado.

Contudo, sobre tema ainda não existe um entendimento pacífico na doutrina, CARNELUTTI (1960, p. 136-137) por exemplo, defendia que a coisa julgada traduzia-se na decisão judicial de mérito obtida por meio do processo de conhecimento, acreditando que os fundamentos das questões que envolvem uma demanda não são apenas as expressamente resolvidas, mas também aquelas cuja solução seja uma premissa necessária para solucionar aquelas primeiras demandas, concluindo então, que estas são resolvidas implicitamente (tradução nossa).

Nesse mesmo sentido LIEBMAN (1976, p. 164) expôs:

“[...] é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar o alcance do dispositivo”.

Assim, considerando os respeitáveis entendimentos acima expostos, devemos lembrar que a nossa lei processual não acoberta com a coisa julgada os motivos que impulsionaram o julgador a decidir daquele jeito, embora não se diminua a importância dos termos que levaram àquela e não a outra forma de motivação, e conseqüente raciocínio lógico para que se chegasse ao dispositivo, este sim, abrangido pela coisa julgada.

Dito de outro modo, a autoridade da coisa julgada não se forma sobre a *ratio decidendi*, mas sim sobre o dispositivo.

A esse respeito bem explanou BAPTISTA DA SILVA (1979, p. 53):

Se é correto dizer-se que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada (art. 469), não é menos certo afirmar-se que o dispositivo se há de entender e “dimensionar” em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para “determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

Isso explica o tratamento desigual de situações que, de fato, são oriundas de uma mesma relação jurídica. Exemplo: caso uma demanda seja ajuizada envolvendo a discussão de um contrato entre A e B, em que o pedido seja para compelir B a pagar multa por atraso na entrega da prestação que lhe incumbia, pode o juiz concluir, na fundamentação, que o contrato não é válido, julgando improcedente o pedido veiculado por A. No entanto, caso B ajuíze uma demanda envolvendo o mesmo contrato, pedindo a condenação no pagamento restante do preço. O juiz desse novo caso pode julgar procedente o pedido, entendendo que o contrato é, sim, válido.

O exemplo acima, contraditório se analisado sob o prisma dos fatos (ora, um único contrato foi tido como válido e inválido por dois juízes diferentes), se justifica porque a validade do contrato não foi objeto de pedido (nenhuma das partes veiculou pedido declaratório para que o juiz declarasse o contrato como válido e exigível).

Solução cabível para o impasse seria a veiculação de ação declaratória incidental, ocasião em que a questão da validade do contrato, antes apenas um ponto pelo qual o raciocínio do juiz deveria ultrapassar para decidir (ficaria na fundamentação, portanto), agora deve ser objeto de decisão, abrangida, portanto, pela coisa julgada.

2.6 Dos limites subjetivos

Por limites subjetivos da coisa julgada, entende-se como aqueles relacionados às pessoas, ou seja, as partes litigantes que são abrangidas pela coisa julgada. Estes limites que determinam quais pessoas serão abrangidas pela coisa julgada estão bem definidos quando o artigo 458, I do Código de Processo Civil diz:

São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

Ou seja, somente autor e réu, em regra, serão as pessoas atingidas pelos efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada.

É o que fica disciplinado no artigo 472 do Código de Processo Civil: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Ressalte-se, no entanto, que qualquer sentença judicial é oponível contra todos. Ou seja, uma decisão, por essência, deve ser obedecida por todas as pessoas que dela são abrangidas, bem como esclarecer que as demais pessoas

que dela não fizeram parte devem respeitá-la. É o que se chama de oponibilidade *erga omnes*.

Os terceiros não atingidos pela coisa julgada devem submeter-se à sua eficácia.

3 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Tentando conceituar o tema, pode-se dizer que relativização da coisa julgada ocorre quando tal qualidade da sentença é afastada em nome de valores atemporais, como justiça, moral, razoabilidade e proporcionalidade.

Não se trata, evidentemente, das hipóteses legais já previstas pelo CPC (rescisória e *querella*), mas sim de meio inominado, supralegal, com forte inspiração constitucional.

Preciosa a citação de DIDIER JUNIOR (2010, p. 441): “Há, na doutrina, quem entenda que a decisão judicial não pode se cristalizar quando injusta ou inconstitucional. Nesses casos, não produziria coisa julgada material, podendo a decisão ser revista, revisada, a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos”.

“Relativização da coisa julgada”, “desconsideração da coisa julgada” e “coisa julgada inconstitucional” aparecem entre os autores para se referir ao tema (KLIPPEL, Rodrigo; ADONIAS BASTOS, Antônio, 2011, p. 514).

Por certo que, a depender de qual autor for consultado, o entendimento sobre o tema irá se modificar diametralmente, como é natural em temas polêmicos (instigam posicionamentos calorosos e xiitas), de forma que a pacificação é longe de ser observada.

Nessa linha, o entendimento que nos parece mais viável frente ao tema é que a relativização da coisa julgada sempre deve estar em equilíbrio com o princípio da dignidade da pessoa humana em cada caso concreto, a fim de se encontrar a justiça mais substancial para todos. Esse posicionamento será mais bem explicado ao longo desse capítulo.

3.1 Das hipóteses de relativização da coisa julgada

Importante, para melhor compreensão, abordar hipóteses trazidas pela doutrina em que a relativização da coisa julgada é aceita.

Primeiramente trataremos da ação de investigação de paternidade. Inicialmente em tais ações a sentença era proferida com base em meros indícios e presunções.

Neste aspecto, o avanço tecnológico firmou-se como grande aliado do homem e já é possível a verificação de laços biológicos por intermédio do famoso exame de DNA¹, que garante elevado grau de acerto (99,999%).

Embora não seja a única forma de provar a filiação biológica, em razão de sua elevada precisão é fundamental que o DNA seja feito nestas ações em que se pretende o reconhecimento da filiação, tornando-se a principal prova e inovando nos meios de decisão deste tipo de demanda.

Após a referida descoberta, e por está intrinsecamente ligado ao tema, intensificaram-se as discussões sobre a relativização da coisa julgada em relação às ações de investigação de paternidade ajuizadas e transitadas em julgado, quando ninguém imaginava a possibilidade de um exame tão exato.

Os argumentos iniciaram no sentido de que acima da coisa julgada estaria o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a necessidade das leis e do judiciário ir se desenvolvendo na medida em que o mundo, a ciência e tecnologia se desenvolve.

Partindo de todas essas premissas (legais, científicas e sociológicas), a realização do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade (ações de estado da pessoa) teve sua presença praticamente exigida pelo judiciário, existindo inclusive presunção contrária quando o réu não se apresenta para realizar a coleta de material sanguíneo. Inevitável, portanto, a busca aprimorada pela verdade real.

Dentro dessa nova visão tem-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial 1.223.610-RS:

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO EM AÇÃO ANTERIOR JULGADO IMPROCEDENTE.FALTA DE PROVAS. SENTENÇA. REFORMADA POR MAIORIA. RECONHECIMENTO COISA JULGADA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. RENOVAÇÃO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. EXAME DE DNA.

¹ DNA - Acido desoxirribonucleico, um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e alguns vírus, e que transmitem as características hereditárias de cada ser vivo. (WIKIPEDIA, 2013).

1. Não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, reforma sentença de mérito, reconhecendo a existência de coisa julgada, o que ensejou a extinção do processo sem exame do mérito. Precedentes.
2. Não implica ofensa à coisa julgada material o ajuizamento de nova ação para investigar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, nas hipóteses em que a ação anterior teve o pedido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, sem que tenha sido excluída a possibilidade de existência de vínculo genético. Precedentes deste Tribunal e do STF (RE 363.889/DF).
3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. REsp 1.223.610-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 6/12/2012.

A esse respeito orientou José Augusto Delgado (2002) que o Estado não pode tomar a defesa das sentenças judiciais, mesmo as já transitadas em julgado, que colidam com os princípios da moralidade e da legalidade, tendo em vista elas somente “(...) afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade”.

Mais adiante abordaremos a respeito da possibilidade de relativização da coisa julgada nas sentenças inconstitucionais. Estas lamentavelmente ocorrem de diversas formas, de maneira que as mais graves estão ligadas à ofensa direta da Constituição, o vício mais grave que pode conter em um ato jurídico.

Nesse diapasão, a coisa julgada só deve considerada intangível quando esta de acordo com os moldes de nossa Constituição Federal, tanto no aspecto formal, quanto substancial, do contrário, estaríamos diante da coisa julgada inconstitucional, conforme orienta TALAMINI (2005, p. 404):

A coisa julgada é apenas a qualidade de imutabilidade que recai sobre o comando contido na sentença. Não se confunde com o próprio conteúdo da sentença, com seus fundamentos ou sequer com seu decisum. Portanto, quando se alude a “coisa julgada inconstitucional”, tem-se em vista uma “inconstitucionalidade” que reside na própria sentença: está pressuposta ou situada no decisum, ou dele é um reflexo- e a coisa julgada só faz perpetuar esse comando. A rigor, trata-se de “sentença inconstitucional” revestida de coisa julgada.

Entretanto, conforme estabelece nosso sistema jurisdicional, após ser ultrapassado o tempo previsto para propositura da ação rescisória a fim de rediscutir qualquer demanda que contenha a coisa julgada inconstitucional, não mais haveria

possibilidade jurídica de reabrir a discussão sobre a questão inconstitucional, já acobertada pelo manto da coisa julgada.

Como exemplo de sentenças conflitantes com a Constituição Federal pode-se citar: sentenças prolatadas sem a devida inclusão (citação) do réu ao processo, sentenças que reconhecem fatos falsos, que ofendem a soberania nacional, que violam o princípio maior constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como aquelas que obrigam alguém a fazer ou deixar de fazer algo contrário à lei, dentro infinitas hipóteses de ofensa aos valores supremos da Carta Magna.

Após verificação desta afronta direta à Constituição Federal, doutrinadores começaram a sustentar a possibilidade de rediscussão de decisão transitada em julgado, ainda que com o prazo para propositura de ação rescisória ultrapassado por meio da teoria da relativização da coisa julgada.

Entretanto, o posicionamento doutrinário desta corrente não é unânime, haja vista ter renomados juristas como Nelson Nery Júnior, que defendem o caráter absoluto do princípio da intangibilidade da coisa julgada.

Segundo opinião do doutrinador Humberto Theodoro Júnior, a possibilidade de relativizar a coisa julgada estaria considerando como inexistente uma decisão judicial. Entende que nestas decisões estão presentes os requisitos que caracterizem um provimento jurisdicional, ainda que discordando do texto constitucional, acreditando que não se deve tachar uma decisão judicial de inexistente.

Ocorre que não se trata de considerar inexistente uma decisão judicial, uma vez que tal decisão foi proferida por um juiz competente, no exercício de sua jurisdição, trata-se apenas de considerar tais decisões juridicamente inconstitucionais, haja vista conter vício que vai de encontro aos preceitos norteadores do texto Maior.

Ademais, quando o conteúdo material de uma decisão diverge do preceito constitucional não se pode considerar como atendidas às condições de validade desta, assim podemos concluir que a sentença eivada de vício inconstitucional é considerada nula, podendo ser desconstituída a qualquer tempo.

Nenhuma sentença proferida pelos Órgãos do Judiciário deve violar a Constituição Federal, visto que a tese da imutabilidade da coisa julgada não pode estar

acima da norma maior que é a Constituição. Ou seja, não se pode sacrificar valores como justiça, ética, moral, no altar da segurança jurídica.

Finalizando, temos também como uma das hipóteses da relativização da coisa julgada as ações de desapropriação com valores excessivos. Estas ações dizem respeito aos valores exorbitantes, por meio de fraudes, a imóveis sujeitos a desapropriação pelo Poder Público, visando prejuízo de outrem.

Observa-se que tratando destas ações o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a relativização da coisa julgada, haja vista que nestes casos já existem sentenças transitadas em julgado, com fixação de indenizações exorbitantes baseadas em laudos periciais considerados fraudulentos.

Em julgamento prolatado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli, relator do caso, manteve decisão oriunda do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde o juiz deferiu nova realização de perícia na área desapropriada, num processo em fase de execução de sentença, admitindo assim a relativização da coisa julgada, conforme entendimento da Suprema Corte em determinado caso, vejamos a ementa do julgamento:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual Civil. Coisa julgada. Limites objetivos. Ofensa reflexa. Relativização da coisa julgada. Possibilidade. Precedentes. 1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que não se presta o recurso extraordinário à verificação dos limites objetivos da coisa julgada, haja vista tratar-se de discussão de índole infraconstitucional. 2. Este Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de admitir, em determinadas hipóteses excepcionais, a relativização da coisa julgada. 3. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário Nº 508283, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministro: Dias Toffoli. Julgado em 24/04/2012, publicado em 21/05/2012).

Nesta mesma linha de entendimento, também temos o seguinte julgado proveniente do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. SÚMULA 284/STF. EXCEPCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. FRAUDE PROCESSUAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO. MODIFICAÇÃO. INCURSÃO NA SEARA FÁTICA. APLICAÇÃO DA

SÚMULA 07/STJ. 1. Os agravantes apontaram a negativa de vigência aos arts. 467, 468, 471, 473 e 474, todos do Código de Processo Civil. Contudo, nas razões do recurso especial, deixaram de demonstrar, de forma direta, inequívoca e particularizada a violação de cada um dos dispositivos da lei federal adjetiva. Incidência da Súmula 284/STF em razão da deficiência na fundamentação. 2. A tese defendida no recurso especial - de que a relativização da coisa julgada somente pode ser aplicada às hipóteses em que se verifica a ocorrência de manifesta fraude processual - não foi examinada pelo Tribunal de origem. Dessa forma, também fica inviabilizado o exame do apelo nobre nesse ponto em razão da ausência do pré questionamento, o que justifica a incidência da Súmula 211/STJ. 3. Ademais, o acórdão recorrido encontra respaldo na jurisprudência deste egrégio Tribunal Superior que, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da 'justa indenização' ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa ('Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional'). Precedentes. 4. A Corte de origem admitiu a existência de fortes evidências-indícios de sobreposição de áreas particulares, acúmulo de execuções cujo objeto é a mesma área e justaposição de terras devolutas - de que o valor da indenização arbitrada na sentença transitada em julgado seja desproporcional e fora da realidade econômica para deferir a realização de nova perícia. Para rever essas conclusões, faz-se necessária a incursão nos elementos probatórios da lide, o que se enquadra no óbice da Súmula 07/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento Nº 1380693/SP, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Castro Meira. Julgado em 27/03/2012, publicado em 23/04/2012).

Analisando os julgados acima, podemos observar que o fundamento utilizado pelos Ministros cuida do preceito constitucional a respeito da "justa indenização", conforme aduz o artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXIV- a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Este preceito determina a proteção daquele que foi expropriado. Todavia os respeitáveis julgados mostram que paralelamente com o direito de proteção do expropriado existe também o interesse do Estado que deve ser respeitado, a fim de evitar indenizações que não reflitam em valor justo da terra desapropriada.

Portanto, conclui-se com base nas hipóteses de relativização da coisa julgada trazidas a exemplo que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, é

possível alterar a coisa julgada, tomando por base a razoabilidade do processo, e o menor prejuízo a qualquer das partes envolvidas.

3.2 Aspectos doutrinários e jurisprudenciais sobre a relativização da coisa julgada

Conforme já analisado, a doutrina e a jurisprudência, vêm, admitindo a possibilidade da relativização da coisa julgada material. Vale dizer, na possibilidade de reapreciação de decisões judiciais já transitadas em julgado.

Entretanto, como ocorre em qualquer tema jurídico de grande importância na sociedade, existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a favor e contra a relativização da coisa julgada, conforme novamente exposto a seguir.

3.3 Posição doutrinária

Sobre o posicionamento doutrinário a respeito do tema é possível constatar diferentes entendimentos, alguns favoráveis e outros contrários à relativização da coisa julgada.

Os debates, como já abordado, giram em torno da proteção à garantia constitucional da segurança jurídica, mesmo diante de decisões gritantemente injustas sobre o seu aspecto material.

A favor da relativização da coisa julgada temos a Ilustre doutrinadora TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER (2003) que em uma de suas respeitáveis obras expõe seu entendimento no sentido de acreditar que em determinados casos o princípio da proteção constitucional da coisa julgada, garantidor da segurança jurídica, deve ser relativizado. Defende que tal relativização deve ocorrer em favor de outros princípios mais relevantes para determinados casos, para assim ser efetivada a justa decisão.

Seguindo esta linha de entendimento, a Ilustre doutrinadora e professora acredita na desmistificação da coisa julgada material, e conclui ser possível a desconsideração de uma decisão já transitada em julgado quando esta foi fundamentada em lei ou ato normativo que posteriormente possam ser considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste mesma linha de raciocínio, segue o ilustre doutrinador DINAMARCO (2001, p. 9), que também defende a possibilidade da relativização da coisa julgada, na busca da proteção de outros princípios, como o da legalidade, moralidade e justiça, adverte ainda que:

“... 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 esta como obtenção 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. (grifos do autor)”.

Contra a relativização da coisa julgada temos o respeitável doutrinador e um dos maiores expoentes sobre o tema, NELSON NERY JUNIOR (2004), que entende ser incompatível a possibilidade de rediscussão de uma decisão judicial já transitada em julgado com o conceito de Estado Democrático de Direito.

Embora defensor da impossibilidade de relativização da coisa julgada, o ilustre doutrinador reconhece que existem casos considerados como “exceções” no ordenamento jurídico, ou seja, aqueles casos que foram fundamentados em leis ou atos normativos constitucionais, que posteriormente teve suas leis ou atos normativos alterados, tornando-os inconstitucionais. Entretanto, defende o doutrinador que tais exceções não devem refletir na criação de uma nova regra que traga insegurança jurídica para o Estado Democrático de Direito.

Conclui que a relativização da coisa julgada tem maior potencial para gerar impactos políticos e grande insegurança do que aprendermos a conviver com algumas decisões injustas ou inconstitucionais.

BARBOSA MOREIRA (2007) entende ser incompatível com o ordenamento jurídico a possibilidade da relativização da coisa julgada de forma “banalizada”, assevera que a possibilidade da relativização da coisa julgada já é prevista na legislação processual por meio da ação rescisória e assim deve-se interpretar dita possibilidade de forma mais restritiva possível.

O respeitável doutrinador, contudo, concorda com a possibilidade da relativização da coisa julgada nas velhas ações de investigação de paternidade, proferidas ao tempo que não existia a possibilidade de realização do exame de DNA, bem como nas ações fundadas em lei já declarada inconstitucional à época da prolação da decisão.

Diante dos posicionamentos doutrinários de nomes de destaque no direito pátrio, pode-se concluir que a dificuldade em se encontrar uma solução pacífica ao problema. A situação flagrada é diretamente proporcional à importância social e política dos reflexos na sociedade de qualquer decisão, em sentido contra ou a favor da relativização da coisa julgada.

3.4 Posição jurisprudencial

Sobre a posição jurisprudencial a respeito do tema nota-se que boa parte deles são embasados nos posicionamentos dos estudiosos e acadêmicos do direito.

Entretanto, ainda que indiretamente a jurisprudência externalize estudos e posições doutrinárias, a análise da sua interpretação sobre o tema é de extrema importância, principalmente diante do atual quadro jurídico do país onde as decisões judiciais tem tomado cada dia maior força, e algumas, até mesmo se tornado vinculantes.

Nesse sentido o posicionamento do ilustre Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO do Superior Tribunal de Justiça na defesa de sua tese, onde através de seu voto no Recurso Especial nº. 240.712/SP, publicado em 15.2.2000 e ainda atual, dito Ministro expôs sua posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada:

Filio-me a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado.

O caso em votação tratava-se de uma desapropriação indireta onde a Fazenda Pública do Estado de São Paulo fora vencida. E depois de realizado acordo de parcelamento do valor que deveria indenizar, mesmo após terem sido pagas algumas parcelas, o ente público resolveu ajuizar ação com pedido declaratório de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito.

A Fazenda Pública usou como fundamento o fato de que a área tida por apossada já lhe pertencia, justificando assim que não havia o que indenizar. Todavia, mesmo após o trânsito em julgado do pronunciamento judicial e do acordo anteriormente celebrado, o Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO votou favoravelmente ao restabelecimento em sede de recurso especial, da tutela antecipada que o MM. Juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e que o Tribunal paulista reformara. A tese do Ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida.

Em outro memorável voto, o Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO expôs a necessidade da relativização da coisa julgada nos casos que afronte à moralidade e garantia de preço justo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. ERRO DA SENTENÇA QUANDO DA DETERMINAÇÃO DO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

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

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

3. O bis in idem perpetrado pela aplicação retroativa da correção monetária aumentou em seis vezes o valor devido, o que não se compadece com o conceito da justa indenização preconizada no texto constitucional, impondo-se inelutável a sua retificação sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado pois se é certo que os expropriados devem receber o pagamento justo, é certo, também, que este deve se pautar segundo os padrões da normalidade e da moralidade. Não se deve esquecer que a correção monetária visa a atualização da moeda e apenas isso. Não se pretende por meio dela a penalização do devedor.

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

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

6. Recurso especial desprovido

STJ, RESP 554402, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. em 21/09/2004.

Seguindo esse mesmo entendimento, o voto de relatoria do Ministro SÁLVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA, onde o Superior Tribunal de Justiça admitiu uma segunda ação de investigação de paternidade, mesmo com a decisão de improcedência já transitada em julgado, conforme acórdão colacionado abaixo:

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

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

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

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades

que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade".

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

STJ. Resp n. 226.436, 4ª T, j. 28.6.2001, rel. Sálvio Figueiredo Teixeira.

A respeito da ação de investigação de paternidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do no Recurso Extraordinário 363889/DF julgado em 02 de junho de 2011 também permitiu tramitação de uma nova ação, tendo em vista a evolução da ciência e dos meios de prova para aferição da paternidade, como o exame de DNA, fundamentando que o direito à personalidade prevalece sobre a coisa julgada.

Sobre as ações expropriatórias, o Superior Tribunal de Justiça já permitiu a relativização da coisa julgada por meio de simples petição protocolizada nos autos do processo de execução:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.

2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.

3. "A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada." (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. 'O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização', São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25) (...)

5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

7. Recurso especial desprovido

STJ, Resp 622.405/SP, 1ª T, rel. Min. Denise Arruda. J. 14.08.2007.

Todavia, em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a relativização da coisa julgada por meio de ação declaratória de nulidade:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS QUESTÕES RELATIVAS À TITULARIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. QUERELA NULLITATIS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. ADEQUAÇÃO.

[...]4. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, em que a Fazenda do Estado de São Paulo, invocando o instituto da querela nullitatis, requer seja declarada a nulidade de decisão proferida em ação de indenização por desapropriação indireta, já transitada em julgado, escorando a sua pretensão no argumento de que a área indenizada já lhe pertencia, de modo que a sentença não poderia criar direitos reais inexistentes para os autores daquela ação.

5. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. A nulidade da sentença, em tais hipóteses, deve ser buscada por intermédio da actio nullitatis.

[...]8. Não resta dúvida, portanto, que o ajuizamento da presente ação declaratória de nulidade de ato jurídico é um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada.

STJ, Resp 710.599, 1ª T, Rel. Min. Denise Arruda, j. 21.06.2007.

Diante dos posicionamentos jurisprudenciais analisados observa-se que alguns juristas e tribunais estão aderindo ao movimento da relativização da coisa julgada em algumas situações específicas, sendo notório que cada vez mais, a possibilidade de flexibilização do tema vem sendo melhor discutida.]

4 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A denominada coisa julgada inconstitucional consiste na possibilidade da desconsideração de uma decisão já transitada em julgado, em razão de ter contrariado algum dispositivo constitucional, o que impossibilitaria a formação da coisa julgada material.

Nessa senda, a constitucionalização do direito é um fenômeno recente, sendo considerado a maior e a principal fonte de interpretação jurídica. Daí conclui-se o motivo que faz com que todo e qualquer ato que esteja em desacordo com os princípios constitucionais sejam banidos do âmbito jurídico, não sendo diferente com relação à formação da coisa julgada.

Ao se fala em coisa julgada inconstitucional deve-se ponderar que a inconstitucionalidade é referente à sentença, ou seja, a coisa julgada tem a função de vincular esta ordem, falando finalmente em uma sentença inconstitucional com autoridade de coisa julgada, conforme orienta OTERO (1993).

Dessarte, podemos definir como sentença inconstitucional aquela na qual seus fundamentos colidem com preceitos da Constituição.

Para os estudiosos do Direito e defensores da coisa julgada inconstitucional, quando se esta diante de uma sentença nestas condições, esta pode ser desconstituída sem até mesmo a necessidade da propositura de uma ação rescisória conforme estabelece os artigos 485/495 do Código de Processo Civil, que se volta somente para os casos de desconstituição da coisa julgada ilegal.

Defendem que, tal como a Constituição não admite a inconstitucionalidade das leis, não é possível admitir a inconstitucionalidade das sentenças, mesmo aquelas acobertadas pelo transitado em julgado. Ademais não se pode atribuir ao juiz um poder igual ou maior ao estabelecido nas leis constitucionais.

Afirma-se que sendo a coisa julgada regulada por lei infraconstitucional, não é possível colocá-la como óbice, por não existir definição constitucional para a *res judicata*.

Contudo, a sentença é considerada inconstitucional não apenas quando está fundamentada em uma norma inconstitucional, mas também quando deixa de aplicar

uma norma declarada constitucional, ou se fundamenta em dispositivo constitucional considerado não auto-aplicável, ou deixa de fundamentar-se em dispositivo auto-aplicável. Desta forma, a inconstitucionalidade da coisa julgada ocorre em qualquer caso de ofensa à Constituição.

Paralelamente com os defensores da coisa julgada inconstitucional, temos renomados doutrinadores que fazem suas críticas como BARBOSA MOREIRA (2008, p. 226):

(...) se 'inconstitucional' significa 'incompatível com a Constituição' (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à coisa julgada a qualificação de 'inconstitucional'. Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (lato sensu): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir.

Em contrapartida, os doutrinadores THEODORO JÚNIOR e FARIA (2008, p. 191) expõem:

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.

Isto posto, analisaremos as hipóteses de ocorrência da referida coisa julgada inconstitucional.

A primeira hipótese seria uma sentença prolatada e fundamentada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, temos a hipótese de uma sentença que afasta a incidência de uma determinada lei por considerá-la inconstitucional, todavia, em sequencia o Supremo Tribunal Federal declara a constitucionalidade da referida lei.

Ainda temos alguns defensores da tese, que defende a hipótese de considerar a coisa julgada inconstitucional nas sentenças fundamentadas em interpretações incompatíveis com a Constituição, ou seja, nos casos em que antes de proferidas as sentenças, houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal declarando que a interpretação compatível com a Constituição Federal é diferente daquela que fundamentou tais sentenças.

Outra hipótese são as sentenças fundamentadas em interpretações à lei de maneira diferente com o texto constitucional, e finalmente as hipóteses, quando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da compatibilidade de determinada lei vier após a sentença já transitada em julgado, a esse respeito temos as ações de investigação de paternidade já analisadas em outro tópico.

Por fim, conclui-se que a coisa julgada somente será considerada intangível se seu fundamento não contrariar a Constituição, e somente assim será revestida de eficácia, existindo sem qualquer nulidade. Esse requisito de não contrariar a Constituição tem fundamento na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, pois do contrario estaríamos falando em perpetuação de injustiças.

5 PROCEDIMENTOS PARA A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

Aceita a possibilidade de relativização da coisa julgada, passaremos a analisar os procedimentos processuais necessários para desconstituição da sentença transitada em julgado.

De início, vale destacar, que a doutrina apresenta diversos instrumentos de desconstituição da coisa julgada, tais como: ação rescisória, os embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença – artigo. 475-L, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, exceção de pré-executividade, ação declaratória de nulidade – querela nullitatis, mandado de segurança e arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme veremos a seguir.

5.1 Ação rescisória

A ação rescisória é o instrumento processual hábil para desconstituição da coisa julgada no prazo decadencial de 2 (dois) anos, desde que esteja presente umas das hipóteses taxadas no artigo 485 do Código de Processo Civil:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV – ofender a coisa julgada;
- V – violar literal disposição de lei;
- VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Todavia, a maior parte da doutrina aceita a propositura da ação rescisória para desconstituição da coisa julgada com fundamento no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil, que dispõem: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V- violar literal disposição de lei;”.

No entanto, os doutrinadores Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Farias defendem que o prazo decadencial de 2 (dois) anos não se aplica para ação rescisória com este fundamento, haja vista defenderem que a coisa julgada inconstitucional deve ser submetida ao procedimento de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo decadencial.

Em sentido contrário, Nelson Nery Jr. não aceita a possibilidade de propositura da ação rescisória fora do seu prazo decadencial, ainda que a sentença esteja afrontando a Constituição.

A esse respeito orienta SILVA JUNIOR (2009):

Interessante seria pelo menos que o *dies a quo* para o termo da contagem do prazo decadencial da ação rescisória, nestes casos de rescindibilidade de sentença baseada em lei inconstitucional, fosse diferido para o momento posterior do trânsito em julgado da decisão declaratória de inconstitucionalidade da Corte Suprema. Mesmo porque, nesta hipótese, dentro do lapso normal do prazo decadencial não havia qualquer manifestação do STF com efeito *erga omnes*, com eficácia *ex tunc*, a provocar a intenção rescisória, o que, em tese, ante a impossibilidade material, o prazo poderia ficar postergado, mas isso dependeria de alteração legislativa.

Convém destacar o posicionamento sobre o tema do Supremo Tribunal Federal que se manifestou por meio da súmula 343 assim dispondo: “não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Entretanto esse posicionamento vem passando por grande relativização pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange a interpretação relativa às normas constitucionais.

Atualmente o respeitável Tribunal vem se posicionando no sentido de que nenhum órgão julgador pode deixar de conferir aplicabilidade às normas constitucionais, no exercício da atividade jurisdicional.

Ainda neste sentido, orienta que somente deverá permanecer o disposto na Constituição Federal, caso a interpretação adotada pelos Tribunais não seja a melhor, desde que respeitados os princípios da Carta Magna, quando adotada a interpretação razoável que não for a mais precisa.

5.2 Embargos à execução

Outra hipótese para desconstituição da coisa julgada esta prevista no artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, são os chamados embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Segundo dispõe o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

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

Sobre a possibilidade de oposição de embargos à execução a fim de desconstituir a coisa julgada, defende o ministro Gilmar Mendes ser plenamente possível, haja vista afirmar não ser necessário esperar que a questão seja arguida em ação rescisória, desde que haja previsão no ordenamento jurídico, conforme prevê o artigo 741, inciso II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido também comenta o doutrinador ASSIS (2008, p. 371-372):

Além de fenômeno heterogêneo, em razão do direito posto em causa, já se assinalou que a coisa julgada se encontrava em crise no âmbito das relações individuais homogêneas. Admissível e conveniente que seja a relativização da eficácia de coisa julgada neste tipo de litígios, em que se sobreleva o princípio da isonomia – de fato, não se compreende, e dificilmente se tolerará, que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, porque, apesar de inconstitucional a lei que concedeu, a ação daquele transitou em julgado, por qualquer motivo afeto à álea natural dos tramites judiciários –, o defeito do art. 741, parágrafo único, assim como o art. 475-L, §1º, reponta na excessiva generalidade. Parecia contrapudente sua incidência nas relações privadas, tout court, nas quais nenhuma necessidade há de uniformidade. A

destruição retroativa da coisa julgada promoverá, ao contrário, a insegurança jurídica. Todavia, a repetição da norma no art. 475-L, §1º, inclinou-se pela solução contrária.

5.3 Impugnação ao cumprimento de sentença

Essa hipótese de desconstituição da coisa julgada esta prevista no artigo 475-L, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, entretanto, observa-se que este dispositivo é idêntico ao analisado anteriormente, ou seja, aquele previsto no artigo 741 deste mesmo Código.

Com efeito, cabe destacar que tendo em vista as alterações trazidas pela Lei 11.232/2005, foi vetada a fase de embargos do executado, que de consequência fez restar tal procedimento somente para a Fazenda Pública.

A referida alteração veio com o objetivo de promover a celeridade processual e efetividade das decisões judiciais, fazendo com que no próprio processo de conhecimento, seja iniciada a fase de cumprimento da sentença transitada em julgado.

Todavia a ferramenta de impugnação ao cumprimento de sentença prevista no referido artigo 475-L, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, tem por objetivo impugnar toda e qualquer sentença fundamentada em título inexigível.

Por sua vez, considera-se como título inexigível, todo aquele fundamentado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

5.4 Exceção de pré-executividade

Ao lado da impugnação ao cumprimento de sentença, também temos como uma das ferramentas para desconstituição da coisa julgada a exceção de pré-

executividade. Esta possui natureza jurídica de incidente processual, haja vista não ter previsão legal dentro do processo de execução.

Assim, partindo do pressuposto que considera a exceção de pré-executividade como um incidente processual, tal procedimento deve ser protocolizado por meio de simples petição nos autos do processo de execução sem maiores formalidades, apontando então a ilegitimidade da parte, ausência do interesse de agir, impossibilidade jurídica do pedido, bem como a ausência de requisitos básicos para existência legal do título executivo em questão.

Conclui-se, que a exceção de pré-executividade tem também como um de seus objetivos, incentivar o magistrado a manifestar-se de ofício o exercício de sua função no sentido coibir o andamento de execução fundamentada em título viciado.

5.5 Ação declaratória de nulidade - *Querela Nullitatis*

Trata-se de um dos instrumentos processuais de maior relevância quando se fala em teoria das invalidez e, por consequência, o instrumento com maior potencial para desconstituição da coisa julgada, visando combater vícios não transrescisórios.

No tocante a terminologia *querela nullitatis*, expressão latina que significa nulidade ao litígio, esta surgiu no período compreendido entre os anos 568 d.C. e 1500 d.C, com objetivo de impugnar sentenças independentemente de recursos, considerada como a origem das ações autônomas de impugnação, haja vista que naquela época o único recurso cabível era apenas o *appellatio*, que não tinha o efeito de anular uma decisão, visava tão somente apurar a existência de injustiças nas decisões.

Em razão da influência do direito germânico, posteriormente consagrou-se o entendimento de que até mesmo os vícios considerados “normais” em razão da atividade precisavam ser suscitados por meios específicos, sob pena de preclusão, daí então a expressão *querela nullitatis*, vem sendo utilizada até os dias atuais, com

o objetivo de alcançar situações que seriam de inexistência jurídica e não de nulidade.

A ação declaratória de nulidade possui como uma de suas características a não limitação a prazo decadencial ou preclusivo, bem como não gera efeito suspensivo.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência dos nossos tribunais:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE CAMAÇARI E CONSTRUTORA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO: SÚMULA 284/STF – ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS – REVISÃO – ART. 54 DA LEI 9.784/1999 – JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL – DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO TERMO DE TRANSAÇÃO – VÍCIO INSANÁVEL – AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – IMPRESCRITIBILIDADE – FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO INATACADOS – SÚMULA 283/STF. 1. Não há como esta Corte analisar violação do art. 535 do CPC quando o recorrente não aponta com clareza e precisão as teses sobre as quais o Tribunal de origem teria sido omissivo. Incidência da Súmula 284/STF. 2. A Corte Especial firmou entendimento de que aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, para a Administração revogar seus atos, nos casos em que lei local não dispuser de forma contrária. 3. Inviável o reconhecimento da prescrição no caso em apreço, em razão da decretação de nulidade do termo de transação firmado entre o Município de Camaçari e empresa particular, por vício insanável, relativo à ausência de aprovação da Câmara Municipal na formação do referido título. 4. A nulidade absoluta insanável é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (querela nullitatis insanabilis), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). 5. O recorrente não infirma os motivos ensejadores da nulidade do "Termo de Acordo", os quais são suficientes para manutenção da conclusão adotada no acórdão recorrido. Incidência da Súmula 283/STF. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

STJ REsp: 1199884 BA 2010/0085440-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - SENTENÇA IMPREGNADA DE VÍCIO TRANSRESCISÓRIO - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - QUERELA NULLITATIS - ARTS. 475-L, I E 741, I, DO CPC - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ADEQUABILIDADE - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE DO PARQUET. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem, para resolver a lide, analisa suficientemente a questão por fundamentação que lhe parece adequada e refuta os argumentos contrários ao seu entendimento. 2. A sentença proferida em processo que tramitou sem a citação de litisconsorte passivo necessário está impregnada de vício insanável (transrescisório) que pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória. Querela nullitatis que encontra previsão nos arts. 475-L,

I e 741, I, do CPC. 3. Por ação autônoma de impugnação (querela nullitatis insanabilis) deve-se entender qualquer ação declaratória hábil a levar a Juízo a discussão em torno da validade da sentença. 4. O Ministério Público detém legitimidade para atuar na defesa do patrimônio público. 5. A ação civil pública constitui instrumento adequado a desconstituir sentença lesiva ao erário e que tenha sido proferida nos autos de processo que tramitou sem a citação do réu. Precedente. 6. Recurso especial provido. STJ REsp 445664 AC 2002/0079463-3 Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA.

Assim sendo, conclui-se que a *querela nullitatis* ou ação declaratória nulidade ou, ainda, ação declaratória de inexistência de relação jurídica é uma das ferramentas processual que sempre poderá ser utilizada para desconstituir a coisa julgada que se reveste de vício insanável.

5.6 Mandado de segurança

Também considerado como uma ferramenta importante para desconstituição da coisa julgada, temos o mandado de segurança.

Destina-se, dita garantia constitucional, a proteger direitos líquido e certo, no que diz respeito ao abuso ilegal de poder contra pessoas físicas ou jurídicas não alcançados pela via do habeas corpus ou habeas data, conforme expõem o artigo 1º da Lei nº12.016/2009:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Sobre o tema, o doutrinador DINIZ ARAÚJO (2007, p. 130-131) defende a possibilidade de interposição de mandado de segurança em face de sentença transitada em julgado fundamentada em inconstitucionalidade, todavia entende que deve ser respeitado o prazo de 120 dias da declaração de inconstitucionalidade, constitucionalidade ou desconformidade da lei ou ato normativo que viole a Constituição Federal proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Orienta ainda:

O mandado de segurança é remédio constitucional adequado a extirpar a ilegalidade ou abuso de poder que afronta o direito individual ou coletivo. A coisa julgada inconstitucional traz em seu corpo uma ilegalidade que atinge normas constitucionais: a inconstitucionalidade.

Porém, apesar do mandado de segurança ser considerado com uma das ferramentas para desconstituição da coisa julgada, não pode efetivamente ser utilizado para este fim, haja vista súmula 268 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: “*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado*”.

Todavia sobre o tema SILVA JUNIOR (2009, p. 143), disserta:

Não há dúvida que no leque de opções de rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado impingidas de violadoras à Lei Maior, proposta pela doutrina moderna, o mandamus seria uma das opções mais sedutoras a colmatar a — lacuna legislativa — para os casos desta natureza, por apresentar vantagens incomensuráveis ao beneficiado...A única desvantagem com a impetração do writ, a rigor, é o prazo decadencial de 120 dias da ciência do ato impugnado ..., bem menor que o da ação rescisória.

Vale destacar que os adeptos da utilização do mandado de segurança, no caso de ocorrência da coisa julgada, partem do pressuposto de que aquele que está diante da coisa julgada inconstitucional tem o direito líquido e certo de contra ela buscar justiça.

Por sua vez, a jurisprudência tem mantido o entendimento em conformidade com a súmula 268 do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. DESCABIMENTO. SÚMULA N. 268/STF. 1. O mandado de segurança contra decisão judicial deve ser impetrado, via de regra, antes do trânsito em julgado da decisão impugnada, sob pena de utilização da ação mandamental como ação rescisória, a teor do que dispõe a Súmula n. 268/STF: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado". 2. No caso concreto, a despeito de a parte, na ação de execução, insurgir-se contra o ato de designação da praça para alienação do bem imóvel, as razões do mandado de segurança refletem o desígnio de reforma da decisão proferida no processo de conhecimento do qual se originou o título executivo, fato que recomenda seja aplicada a Súmula n. 268/STF. 3. Agravo regimental desprovido.

STJ - AgRg no RMS: 33595 SP 2011/0010181-2, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 13/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO FEITO. ART. 34 DA LEI 6.830/80. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. OCORRÊNCIA. ENUNCIADO SUMULAR 268/STF. APLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do enunciado sumular 268/STF, "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial com trânsito em julgado". 2. Recurso ordinário não provido.

STJ - RMS: 37534 SP 2012/0060303-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/12/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2013.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXISTÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL. COISA JULGADA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 267 E 268/STF. INOCORRÊNCIA DE TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA. 1.- A jurisprudência desta Corte aponta no sentido de que o Mandado de Segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, sendo descabido o seu manejo contra ato judicial recorrível ou transitado em julgado. Aplicação das Súmulas 267 e 268/STF. 2.- Agravo Regimental improvido.

STJ - AgRg no RMS: 34142 SP 2011/0066156-4, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2012.

5.7 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99, também conhecida como "Lei de arguição", sendo prevista anteriormente no artigo 102, parágrafo 1º da Constituição Federal:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Segundo orienta o artigo 1º da Lei n. 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por *objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.*

Considerada, como instrumento hábil a proteger as normas contidas na Constituição Federal, quando a controvérsia constitucional estiver fundamentada e versar sobre relevante ato normativo ou lei Federal, Estadual ou Municipal.

Desta maneira, toda vez que qualquer pessoa se depara diante de uma sentença que afronte qualquer princípio constitucional pode-se então fazer uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, buscando a declaração de inconstitucionalidade e inexigibilidade do título judicial.

Nesse sentido, expõe o doutrinador SILVA JUNIOR (2009) que: *“a doutrina vem construindo meios de ataque à coisa julgada inconstitucional e, neste passo, leva a crer que a conclusão de que o referido instrumento em discussão com a contribuição científica coetânea e jurisprudencial é admissível”*.

Para aqueles que defendem a utilização do instrumento da arguição de descumprimento de preceito fundamental como meio processual apto a desfazer a sentença judicial acobertada pelo manto da coisa julgada inconstitucional, fundamentam que a sentença é ato resultante do Poder Público, o que viabiliza sua utilização em casos de lesão a preceito de natureza fundamental.

CONCLUSÃO

Consoante todo o exposto no presente trabalho, é possível evidenciar que o próprio ordenamento jurídico prevê algumas hipóteses onde é possível a relativização da coisa julgada, e conseqüentemente a ampliação do seu alcance.

Não se trata de aniquilar o valor segurança jurídica, mas de reconhecer que o legislador não tinha como prever todas as situações e que o direito deve acompanhar os avanços sociais e, para isso, é necessário aceitar, em nome da justiça, a relativização da coisa julgada independente das taxativas hipóteses previstas no Código de Processo Civil. Lógico que dita flexibilização deve ser olhada com cuidado, sempre de forma excepcional para evitar a banalização do instituto.

Como dito, não se trata de abrir a todo e qualquer caso a hipótese de flexibilização da *res judicata*, até porque há de se reconhecer que a atividade exercida pelo Poder Judiciário também não iria atingir a sua finalidade se as decisões judiciais ficassem indefinidamente à mercê de discussões e impugnações.

Nesse sentido, segundo observou o Ministro Gilmar Mendes que a sociedade brasileira é dependente do judiciário, ou seja, há em nossa sociedade uma cultura judicialista, que faz qualquer simples questão tornar-se um processo judicial. Explica ainda, o Ilustre Ministro, que isso ocorre porque a sociedade brasileira esta a cada dia mais se conscientizando de seus direitos e os buscando de forma que isso levou o aumento do número de processos em andamento no judiciário a partir de 1970. Conclui finalmente que a conscientização dos direitos não é ruim, mas a cultura de judicialização excessiva acarreta um prejuízo geral ao sistema. Como exemplo cita as ações de FGTS, das 600.000 ações propostas, somente 10% tinham direito.

Se por um lado não podemos simplesmente abrir mão do valor da chamada “justiça”, não esquecendo que se usarmos a desconsideração da coisa julgada de forma banalizada por meios atípicos ocasionaremos uma instabilidade social. Por outro, se relativizarmos a coisa julgada de maneira a harmonizar o princípio da segurança jurídica com os demais princípios constitucionais, alcançaremos a melhor e verdadeira segurança dentro do ordenamento jurídico.

Finalmente conclui-se, após tudo o que foi exposto no presente trabalho, que não se pode aceitar a mera e simples desconsideração da coisa julgada de maneira demasiada, pois tal procedimento fatalmente contribuiria para a insegurança e o enfraquecimento do Poder Judiciário. Contudo, não admitir eventuais e excepcionais hipóteses de relativização da coisa julgada seria negar valor a todos os outros valores também albergados no ordenamento pátrio, dentre eles, a justiça real e substancial e, inexoravelmente, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª edição, Malheiros, 2007..

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18 edição. São Paulo, Editora Saraiva, 1995, v.3.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24 edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2010, v.3.

ARNALDO VITAGLIANO, José. *Coisa Julgada e Ação Anulatória*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Limites Objetivos da Coisa Julgada no Direito Brasileiro Atual*. In: ALVIM, Thereza (dir.). *Revista de Processo*, vol. 14/15. São Paulo: RT, 1979.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada*. *Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano X, nº 28, p. 103, julho 1983.

_____. *Considerações sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material*. Coleção Temas de Processo Civil. “Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico.” 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

_____. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 416, p. 9, jun. 1979.

_____. *Temas de direito processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 6. ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a ação popular*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acessado em. 12/03/2014.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá*

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acessado em 12/03/2014.

CAHALI, Yussef Said. *Mini Códigos Civil. Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVI*. Editora Revista dos Tribunais. Edição 13ª, 2011.

CARNEIRO MACHADO, Daniel. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. I. Buenos Aires: EJEA, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Sobre la coza juzgada*. In: _____. Ensayos de derecho processual civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1949. (Sulla cosa giudicata, no original italiano), complementado nas Instituições de direito processual civil. Trad. Guimarães Menegale, notas E.T. Liedman, introdução A. Buzaid. São Paulo, 1969.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DELLORE, Luiz Guilherme. *Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: JUSPODVIM, 2008 (2010), v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A coisa julgada nas ações de alimentos*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 10, abr./jun. 1991.

FERNANDES GÓES, Gisele Santos. *A 'Relativização' da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de um Ponto de Vista Contrário)*, Coleção Temas de Processo Civil. "Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico" 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

FREITAS CÂMARA, Alexandre de. *Lições de direito processual civil – V.I*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GILBERTO PORTO, Sérgio. *Coisa julgada civil*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2º volume, 7ª Ed. Saraiva. 1994.

GUIMARÃES. Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*. Estudos de direito processual. Rio de Janeiro; São Paulo: Jurídica; Universitária, 1969.

HELLWIG, Konrad. *Wezen und subjektive begrenzung der rechtskraft neudruck der ausgabe*. Leipzig, 1901.

JUNIOR, Aldo Ferreira da Silva. *Novas linhas da coisa julgada civil*. Da relativização da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade. Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2009.

JUSBRASIL. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10622542/artigo-1605-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>. Acessado em 12/03/2014.

_____. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11460648/artigo-363-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acessado em 12/03/2014.

KLIPEL, Rodrigo; ADONIAS BASTOS, Antonio. *Manual de processo civil*. 1ª ed. Vitória: Editora Lumen Juris, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Editora Forense. Edição 2006. Primeira Edição 1935.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Editora Forense. Edição 2006.

MARCATO. Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *in* Coisa Julgada Penal, 26 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>, do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Acessado em 12/03/2014.

_____. *O Processo: Estudos e Pareceres*. 2. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

RANGEL DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora: Forense, 2008.

SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SILVA JUNIOR, Aldo Ferreira da. *Novas linhas da coisa julgada civil. Da relativização da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade*. Campo Grande/MS: Editorial Futura, 2009.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado*. Coleção Temas de Processo Civil. "Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico." 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*. V.I. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

_____; FARIA, Juliana. C. de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 32-52, set. /out. 2002.

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

WIKIPEDIA. Disponível em:
http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81cido_desoxirribonucleico. Acessado em
12/03/2014.

ANEXO ÚNICO
RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.610 - RS (2010/0218560-7)

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.610 - RS (2010/0218560-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE : T L DA S

ADVOGADOS : SALOA MARIA NEME DA SILVA E OUTRO(S)

CÍNTIA GRAZIELLA SEBAN E OUTRO(S)

MARIANA CARVALHO MOTTIN E OUTRO(S)

ANDERSON GONÇALVES DE FREITAS E OUTRO(S)

JOSÉ NAJA NEME DA SILVA E OUTRO(S)

KARINA COSTALUNGA E OUTRO(S)

ANDRESA S NEME DA SILVA FRITZEN E OUTRO(S)

RECORRIDO : R DE Q C - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR : E C C - INVENTARIANTE

ADVOGADO : ANA CRISTINA ALMESTO RECOVA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO EM AÇÃO ANTERIOR JULGADO IMPROCEDENTE. FALTA DE PROVAS. SENTENÇA REFORMADA POR MAIORIA. RECONHECIMENTO COISA JULGADA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. RENOVAÇÃO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. EXAME DE DNA.

1. Não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, reforma sentença de mérito, reconhecendo a existência de coisa julgada, o que ensejou a extinção do processo sem exame do mérito. Precedentes. 2. Não implica ofensa à coisa julgada material o ajuizamento de nova ação para investigar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, nas hipóteses em que a ação anterior teve o pedido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, sem que tenha

sido excluída a possibilidade de existência de vínculo genético. Precedentes deste Tribunal e do STF (RE 363.889/DF). 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi. Brasília/DF, 06 de dezembro de 2012(Data do Julgamento). MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. Relatora.

Documento: 25663415 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 07/03/2013

Página 1 de 1

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Trata-se de recurso especial interposto por T. L. da S., com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, reformando a sentença, considerou que a improcedência do pedido deduzido em ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada, com base em provas testemunhais e no comportamento da mãe da ora recorrente, configura coisa julgada material. Alega a recorrente que o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em divergência com a orientação deste Tribunal no sentido de que, nas ações de investigação de paternidade em que o pedido anterior tiver sido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, deve ser afastada a incidência de coisa julgada, privilegiando-se o reconhecimento da filiação, em razão de se tratar de direito de personalidade fundamentado no princípio da dignidade de pessoa humana. Acrescenta que não se verificou a prescrição quanto ao pedido sucessivo de petição de herança porque o ajuizamento da primitiva ação de investigação de paternidade interrompeu o prazo prescricional. Requer, por fim, seja fixada indenização a título de danos morais, que entende devida em razão da "tenacidade com que os recorridos buscaram denegrir a imagem" de sua genitora. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 989-994).

O recorrido apresentou contrarrazões, pedindo o não conhecimento do recurso especial em razão do não exaurimento da instância ordinária, uma vez que a sentença de mérito foi reformada por maioria pelo acórdão recorrido, não tendo sido opostos necessários embargos infringentes (Súmulas 207 e 255 do STJ). Se superada a preliminar, sustenta a incidência da Súmula 7, a ocorrência de prescrição quanto à petição de herança e a impossibilidade de discutir matéria coberta pela coisa julgada (fls. 943-959).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Anoto, inicialmente, que o acórdão recorrido proveu o recurso adesivo dos ora recorridos e deu provimento ao agravo retido por eles interposto, para acolher a preliminar de coisa julgada rejeitada pelo Juízo de 1ª Instância, circunstância que ensejou a reforma, por maioria, de sentença de mérito que julgara procedente o pedido de reconhecimento de paternidade cumulada com petição de herança. Embora relevante a alegação de que seriam cabíveis embargos infringentes com a finalidade de ver prevalecer o voto vencido (Súmulas 207 e 255/STJ, o certo é que, especificamente nos casos de acolhimento de preliminar de coisa julgada, como na hipótese presente, o entendimento de ambas as turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal consolidou-se no sentido de afastar o cabimento dos embargos infringentes, por se tratar de reconhecimento de pressuposto processual negativo, hipótese de extinção do processo sem exame do mérito, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL -
PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS INFRINGENTES -
ARTIGO 530 DO CPC - ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A
EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA - EXTINÇÃO DO
PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o artigo 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/2001, não autoriza a interposição de embargos infringentes na hipótese em que o acórdão recorrido não aprecia o mérito da causa, ainda que a sentença o tenha analisado. Precedentes.

2. Não obstante a exceção prevista no *caput* do artigo 286 do CPC (impossibilidade de ajuizamento de nova ação judicial), é certo que o reconhecimento da existência de pressuposto processual negativo implica a extinção do processo sem resolução de mérito (inciso V do artigo 267 do CPC), o que afasta as hipóteses autorizadoras da interposição de embargos infringentes. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RESP 1.134.491/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 15.5.2012)

AGRAVO REGIMENTAL - ART. 530 DO CPC – EMBARGOS INFRINGENTES - ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR, CASSAÇÃO DA SENTENÇA E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I. Na nova redação do art. 530 do CPC (dada pela Lei 10.352/2001), não cabem embargos infringentes contra Acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de coisa julgada, cassa a sentença e extingue o processo, sem exame do mérito. (...) Agravo improvido. (AgRg no RESP 890.246/MA, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 11.9.2008)

Acrescento que essa mesma orientação também se encontra sedimentada no âmbito da 1ª Seção deste Tribunal, como se observa da leitura seguinte ementa, que destaco a título de exemplo:

PROCESSUAL	CIVIL.	EMBARGOS	INFRINGENTES.
MATÉRIA	DE	NATUREZA	PROCESSUAL.
INADMISSIBILIDADE.		RECURSO	ESPECIAL
INTEMPESTIVO.			

1. Após as alterações promovidas no art. 530 do CPC pela Lei nº 10.352/01, não é admissível a oposição de embargos infringentes contra acórdão que, por maioria de votos, acolhe a preliminar de coisa julgada, cassa a sentença e extingue a demanda sem resolução do mérito. Precedentes. 2. A oposição de embargos infringentes inadmissíveis não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso especial, o qual se revela intempestivo. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.307.516/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 21.8.2012)

Anoto que não se cuida de hipótese análoga à julgada pela Corte Especial no REsp.1.113.175, em que se entendeu cabíveis embargos infringentes quando o objeto da divergência no julgamento da apelação contra sentença de mérito referiu-se apenas à condenação em honorários. Isso porque, no presente caso, o acórdão recorrido decidiu pela extinção do processo sem exame do mérito. Reputo, pois, exaurida a jurisdição ordinária e conhecido do recurso especial.

Passo a examinar o mérito.

É certo que a jurisprudência da 2ª Seção registra precedentes no sentido de que, em respeito à coisa julgada e em observância ao princípio da segurança jurídica, não se permite o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade apenas em razão da descoberta e disseminação de modernos métodos científicos capazes de determinar a ascendência genética com elevada precisão, nas hipóteses em que o pedido anterior foi julgado improcedente com base nas provas técnicas então disponíveis (RESP 706.987/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 10.10.2008; AgRg no REsp 363.558/DF, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJ 22/02/2010; AgRg no REsp 895.545/MG, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ 07/06/2010). Admite, todavia, a jurisprudência deste Tribunal a propositura de nova ação de investigação de paternidade, nas hipóteses em que o pedido foi julgado improcedente por falta de prova, mas não foi excluída expressamente a possibilidade de que o investigado seja o pai do investigante.

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 comum. (RESP

226.436/PR pela 4ª Turma, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 4.2.2002).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM PEDIDO DE ALIMENTOS. COISA JULGADA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE MANDATO E INEXISTÊNCIA DE ATOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E JULGAMENTO CONTRA A PROVA DOS AUTOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. - A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito. - A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça.(...) Recurso especial não conhecido. (RESP 826.698/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ6.5.2008).

PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269-I, CPC. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO. I - A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento de mérito. II - Como doutrina Humberto Teodoro

Júnior, "o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes". Assim, "se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência". III - Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp n. 226.436-PR, DJ 04/02/2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado - investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada. (RESP 330.172/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 22.4.2002)

Esta linha de entendimento tem hoje o amparo na jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do seguinte precedente:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando

anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 16.12.2011)

No caso presente, o pedido deduzido na ação primitiva foi julgado improcedente, não com amparo em perícia elaborada segundo as técnicas conhecidas na época, com resultado excludente da possibilidade de o primeiro recorrido ser o pai da autora da ação, mas com base apenas em provas testemunhais e no comportamento da genitora do ora recorrente, elementos que, ressaltado, revelaram acentuadas divergências.

Com efeito, a sentença da primeira ação julgou improcedente o pedido por considerar não comprovado o concubinato ao tempo da concepção (fls. 224-225).

O acórdão da apelação, em que pese confirmatório da sentença, foi proferido por maioria, vencido o revisor, Desembargador Manoel Celeste dos Santos, de cujo voto

extraio os seguintes trechos, nos quais o magistrado expõe as razões de seu convencimento em relação à paternidade (fls. 289-294):

"Revisei o processo, detive-me na leitura da prova testemunhal, desde que documental inexistente, e ressalto, de início, que prova ideal para essas espécies de processos seria aquela que gravitasse, que circundasse, que se circunscrevesse exatamente à convergência entre o lapso da concepção e o das relações sexuais entre a mãe da investigante e o réu. Esta seria a prova ideal. Consabido, porém, na diuturnidade dos processos, que dificilmente ocorre prova nesse sentido. Temos, então, de nos valer de provas indiciárias. Raro é o processo desta natureza que traz uma prova em que ocorra uma convergência de relações sexuais com o período da concepção. Temos de concluir, de decidir via de indícios e presunções, mormente na espécie, no caso concreto, quando a ação é interposta por uma pessoa de 43 anos de idade, já mãe de filhos e com seu pai falecido, e numa circunstância talvez pouco assemelhada a romances de autores do período colonial, quando o filho rico, vivendo na Capital, estudando e trabalhando, visitando ou trabalhando, visita periodicamente a fazenda de seu abastado pai.(...) Assim, os testemunhos de Marisa, de Zilá e de Abel levam-me à convicção plena de que Terezinha efetivamente era filha de Raul. A defesa da sucessão foi chamada "defesa direta", ou melhor, não tão direta porque alegou também o "plurium concubentium". Nessa situação, as duas partes deveriam provar. A autora provou que era filha através dessas três testemunhas, sem contar as duas outras que recebiam dinheiro. Pergunta-se: a sucessão provou o "plurium concubentium"? Não provou, porque Rui, irmão do investigando, testemunha suspeita, pelo menos no plano moral; Eli Fiovavanti, nada soubera de importante; Romário era compadre também de Raul, portanto, também com certo relativismo de suspeição moral, e também não diz grande coisa; José Ramos, operário, que chegou na fazenda em 1956 e ali ficou até 1964, também não diz coisas coerentes. Apenas por comentários ouviram dizer, mas nenhum especifica de onde vieram esses comentários, que Angelina Lima Silveira ora era "mulher da família" - com isso querendo dizer que talvez fosse mulher de todos os filhos de Leopoldo - ora que era mulher pública. Mas são comentários não especificados, o que também remanesce em plano de dúvida. Mas meu argumento final vem desta decorrência: a defesa da sucessão é defesa direta, como disse. Não precisaria provar nada, mas, se quisesse provar, também não

estava impedida de fazê-lo, e de forma terminante, taxativa. Porque o investigando trabalhou na Secretaria do Trabalho e Ação Social, na CORSAN, no "Diário de Notícias" e "Folha da Tarde", isso num período que deve ter atingido 18, 19 ou 20 anos. E que fez a sucessão? Trouxe para os autos excertos de jornais, dois do anos de 1939, um cortado exatamente no mês (14-39, o mês iniciava, aqui, cortado, apareceu um zero, penso eu que seria outubro, o único mês que tem zero no final), outubro de 1939, um mês antes de nascer a autora. Outro excerto de jornal, também de 1939, é repetido logo adiante, onde está o retrato do pai, e aqui se vê, em cima, julho de 1939, adiantado estado de gravidez já da autora. Os demais jornais apresentados, em número de três, são de maio de 1940, quando a autora já tinha nascido. Pergunto eu: se o autor trabalhava em tantos lugares diferentes: Secretaria do Trabalho e Ação Social - CORSAN, "Diário de Notícias" e "Folha da Tarde", por que a sucessão não trouxe um documento oficial de qualquer desses empregos no sentido de que, nos meses de janeiro, fevereiro e março, o autor estivesse em Porto Alegre trabalhando? Poderia provar. A testemunha Benito Giusti, jornalista, diz que ele trabalhou em diversos locais, como na Secretaria do Trabalho e Ação Social e na CORSAN. Deixo tudo de lado e pergunto: se trouxeram um jornal de 1939, inclusive de julho de 1939, por que não trouxeram um de fevereiro de 1939, mês geralmente de férias, que foi a época da concepção, provando que ele estava em serviço nesse tempo? Esta é a pergunta final que eu deixo. Em conclusão final, retorno à prova. Como disse, qual a prova ideal e qual a prova conclusiva? Efetivamente, se não houver nenhuma prova absoluta sobre a convergência de relações sexuais entre um pai e mãe do filho, se aquele fizer um testamento reconhecendo o filho, isto basta, nada mais precisa. Daí, então, concluo que a prova dos autos por impossibilitada aquela prova ideal, também leva à mesma conclusão. É uma prova contundente, coesa, harmônica, forte, em contraposição com a prova da sucessão, no sentido de que, dois são suspeitos, dois nada sabem, um é compadre dele e o outro também pouco ou quase nada sabe. Dessas considerações, lamentando divergir, o meu voto é no sentido de julgar procedente a ação, declarando a paternidade da autora na pessoa de Raul de Quadros Castilhos para os efeitos da lei.

Considero pertinente destacar, ademais, as seguintes considerações extraídas das intervenções do Ministério Público, em 1ª e 2ª instâncias (fls. 180 e 266-270, respectivamente):

O exame da prova leva à convicção de que a autora realmente é filha de Raul de Quadros Castilhos.

É de fundamental importância para firmar tal juízo o depoimento de Marisa Marina de Oliveira Goelzer à fls. 44. A testemunha refere que Raul, seu amigo, disse-lhe que tinha uma filha que regulava de idade com a depoente e a quem ajudava financeiramente. Disse-lhe mais: não registrava a filha para evitar problemas familiares, mas que pretendia deixar-lhe algum pecúlio. De ressaltar, também, o depoimento de Zilah Maria de Lourdes de Carlitonin (fls. 44 V), que robora as declarações de Marisa Marina. Há, também, testemunhas de que Raul ajudava financeiramente a autora. Sendo assim, Excelência, tenho como comprovada a paternidade e opino pela PROCEDÊNCIA da ação. (...) Efetivamente, embora não haja prova de namoro, de concubinato ou, enfim, de qualquer forma de envolvimento sexual entre o investigado e Angelina Silveira de Lima, mãe da investigante, durante a época da concepção desta, há outro tipo de prova nos autos, também testemunhal, até mais convincente de que aquele, que é o rotineiro, gerando a presunção avassaladora da paternidade discutida nos autos. (...) Diante de uma tal cadeia indiciária, assim forte e concatenada, parece não haver dúvida quanto à paternidade de Raul em relação a Terezinha. Que homem iria dar dinheiro todos os meses, religiosamente, a uma menina de colégio, pela qual ficava enternecido, se não fosse sua filha? De resto, é por demais sintomática a reação dela, sofrendo crise nervosas, quando, ao ter ido à procura de Raul, lhe foi dito por Heitor, que aquele tinha ido a Rio Pardo, por ter falecido sua mãe, tendo Terezinha dito que a pessoa falecida era a sua avó. Harmoniza-se, também, com o conjunto probatório, a versão de Marisa, de que Raul lhe dissera, certa feita, ter uma filha, mais ou menos da idade dela, a quem ajudava mensalmente, pois Marisa nasceu em 04.02.41 e Teresinha em 04.11.39, sendo portanto de 1 ano e três meses a diferença de idade entre ambas estando comprovados também os auxílios em dinheiro de Raul à filha, por meio de interpostas pessoas, seus amigos Benito e Heitor, conforme já foi referido. Compreensível também o motivo alegado por Raul, quando instado a respeito, na conversa com Marisa e Anita, para não providenciar o registro da autora: o longo tempo já decorrido e a ignorância da família a respeito do assunto, embora fosse de sua intenção deixar à filha um pecúlio. Toda essa prova não é infirmada. A sucessão constestante apenas pretendeu pôr em dúvida a

honestidade de Angelina, mãe da investigante, apregoando "plurium concubentium" não confirmada pela prova colhida, onde apenas uma testemunha referiu plúrimo conúbio daquela com irmãos do investigando bem como com um cunhado, inclusive "dando nome aos bois" sem, entretanto, especificar épocas, nem assegurar que fossem, os relacionamentos, concomitantes. De tudo quanto vem de ser exposto, um aspecto, a meu ver, sobreleva aos demais e foi muito bem destacado nas soberbas razões de apelação do Culto patrono da apelante.

É quanto à posse do estado de filha. Como assinalou com precisão e brilho o Procurador da recorrente, na opinião da Doutrina, com ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA(...) à frente, dos elementos integrantes da posse do estado de filho, o nomem, tractatus e a fama ou reputatio, os dois últimos são os mais importantes e, "in casu", creio que tractatus é o elemento verdadeiramente proeminente, porque demonstra a afeição devotada por Raul à filha (conforme referiu Heitor em seu depoimento), afora a ajuda material para seu sustento, que o investigado sempre alcançou à sua filha, equivalendo tal conduta do apelado, ao reconhecimento implícito da questionada paternidade.

Ante o exposto, e em que pese a forma pouco usual como a prova foi produzida no caso concreto, isto é, por tal ela, ou indiretamente, sem a comprovação propriamente dita do conúbio, de relações íntimas, de namoro, rapto, etc., ou outro qualquer tipo de relacionamento e intimidade sexual entre a mãe e o pretendido pai, porém com repercussões, ilações e conseqüências até mais fortes e convincentes, ao desiderato da autora, OPINO pela procedência da ação, que haverá de defluir do provimento à presente apelação, que sugiro a esta Egrégia Câmara.

Não tenho dúvida alguma, portanto, de que a improcedência do pedido na ação anterior não decorreu da exclusão da paternidade por prova pericial, mas da insuficiência da prova testemunhal para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, sendo certo que, a despeito das divergências quanto à valoração atribuída à conduta da mãe da autora da ação, foi tida por incontroversa a existência de relações sexuais entre ela o suposto pai, motivo pelo qual a paternidade não foi cabalmente descartada naquele feito. Diante disso, na linha da jurisprudência hoje consolidada, não se pode impedir o ajuizamento de nova ação destinada a garantir o direito fundamental da autora de investigar a sua ascendência genética, mediante a utilização do exame de DNA, que fornece elementos de convicção quase absolutos

do vínculo de parentesco. No caso em exame, o laudo foi realizado e indicou índice de paternidade de 99,93% (fl. 623). Em relação à prescrição do pedido sucessivo de petição de herança e indenização a título de danos morais, o recurso não pode ser conhecido porque os referidos temas não foram examinados pelo Tribunal de origem, que se limitou a declarar a ocorrência de coisa julgada material. Em face do exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, a ele dou provimento, para, afastando a coisa julgada material, anular o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de origem examine o recurso de apelação interposto pela ora recorrente, como entender de direito.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: Eminentes Colegas, pedindo permissão à Turma, concordo com a eminente Relatora acerca dos efeitos deletérios advindos da relativização da coisa julgada. De fato, a sua admissão ocasiona insegurança jurídica mais nociva do que aquela verdade formal apurada, sob o crivo do contraditório, no processo. Contudo, para os casos de investigação de paternidade, há precedente mencionado pela ilustre Relatora, do egrégio STF, julgado em 2011, RE 363.889, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, com característica de repercussão geral - a impor vinculação horizontal aos ilustres Ministros daquele Tribunal e vertical aos demais magistrados.

Com efeito, embora, *data maxima venia*, discorde do entendimento que prevaleceu naquele aresto, é imperioso adequar a jurisprudência desta Casa, interpretando em quais situações o Pretório Excelso disciplinou a matéria.

Tive a oportunidade de ler todo o respeitável voto condutor do acórdão proferido no RE 363.889 - ao qual me submeto - e, penso, foram estabelecidos dois requisitos objetivos que devem estar presentes para ensejar a relativização da coisa julgada, quais sejam: a) não ter sido possível a apuração da efetiva existência de vínculo genético a unir as partes ("quando não foi possível determinar-se a efetiva existência"); b) não ter sido realizado o exame de DNA ("em decorrência da não realização do DNA"). Nesse passo, tenho refletido sobre a matéria, tendo trazido a julgamento colegiado o Recurso Especial 1.188.280-SC, versando sobre matéria que, conforme meu entendimento, não está abarcada pelo julgado do STF.

Nesse caso, aquele que foi declarado pai em ação de investigação de paternidade - decisão sob o manto da coisa julgada material -, pretendia rediscutir a paternidade em ação negatória de paternidade. Peço vênua para, por oportuno, mencionar trechos do meu voto proferido no declinado Recurso Especial 1.188.280-SC:

Preliminarmente, não é despiciendo consignar que, como um dos escopos da jurisdição é a pacificação social, sendo vedado ao magistrado o *non liquet*, o comum é que as sentenças sejam prolatadas com base na verossimilhança, na probabilidade de que a versão formulada pela parte seja a verdadeira, convencimento este que o julgador recolhe da prova dos autos, alicerçando-o com sua fundamentação, que torna transparente quanto pensou e ponderou para concluir.

É este convencimento de que se coloca à base da quase totalidade das decisões dos magistrados, que comumente se vêm desafiados por perplexidades que lhe são impostas pelas regras do ônus da prova, não podendo, todavia, no mais das vezes contar com a certeza acerca dos fatos, isto é, com prova estreme de dúvida. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 270 a 331**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, ps. 23-30)

É bem por isso que cabe às partes, sob pena de assumir o risco de suportar as consequências da sucumbência, atuar, não só com lealdade processual, mas também com diligência, exercitando a ampla defesa e o contraditório, requerendo e não causando embaraços, no que tange à produção de provas que, efetivamente, influam no convencimento do juiz acerca dos fatos alegados, que dão esteio às suas teses. 4. Ademais, para logo, cumpre observar que não se desconhece que há precedente deste Colegiado- proferido antes mesmo dos precedentes do STF, reconhecendo a possibilidade de repositura de ação de investigação de paternidade, se, na primeira ação, diante da precariedade da prova e inexistência de produção de prova pericial consistente no exame de DNA, houve julgamento de improcedência:[...]

A leitura das razões invocadas permite concluir que fica nítido, dentre outros fundamentos, que o egrégio STF admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA – que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível-, assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável, sendo consignado no voto-condutor que, no que

tange ao investigador, trata-se de "corolário lógico de **seu direito de personalidade**, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre **sua origem genética**, emanação natural do estado da pessoa".

Todavia, a hipótese dos autos discrepa daquelas examinadas nos precedentes do egr. STF, pois, no caso, pretende-se relativizar a coisa julgada para afastar, em ação negatória, a paternidade declarada em decisão sob o manto da coisa julgada material. Nesse passo, propugna a abalizada doutrina, com propriedade, que, por decorrência de fatores de interesse público, notadamente a segurança das relações jurídicas, a racionalidade, estabilidade e prestígio da função jurisdicional, mesmo em face de eventuais decisões contaminadas por erro, em regra, há mais nocividade jurídico-social ocasionada pela insegurança geral oriunda da relativização da coisa julgada, visto que o Estado Democrático de Direito, necessariamente, deve conferir proteção aos princípios da "segurança jurídica" e "proteção da confiança" :

[...] "Coisa julgada material como *elemento de existência* do estado democrático de direito. [...] O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso e, depois de transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*). O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada: "No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral".

[...]

A doutrina já discutiu à exaustão a questão da validade e eficácia da sentença de mérito transitada em julgado em face de seu conteúdo intrínseco, se justo ou injusto, se constitucional ou legal, se inconstitucional ou ilegal. Os constitucionalistas, processualistas e civilistas debateram a matéria e, depois de o questionamento evoluir durante mais de século, a *conclusão* a que se chegou - e hoje se encontra praticamente extrahida na doutrina mundial, isto é, não mais suscetível de discussão - é a de que a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da

constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos em recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação (v.g., ação rescisória: CPC 485; embargos do devedor: CPC 741 e 745).

[...]

O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz." (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 60-67)

[...]

Igualmente, a Súmula 301/STJ orienta que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade - presunção aplicada, conforme consta da fundamentação da sentença que declarou a paternidade.

Dessarte, o acolhimento do pleito exordial resultará também em inequívoco desprestígio a esse entendimento consolidado no âmbito do STJ, a par de virtualmente propiciar que essas demandas, independentemente do resultado do julgamento, se repitam procrastinando a definição da relação jurídica, em prejuízo da pacificação social e, sobretudo, do direito de personalidade do pretense filho, visto que remanescerá a incerteza quanto ao seu estado de filiação, que poderá a qualquer tempo vir a ser questionado.

Nesse voto, mencionei precedente da Terceira Turma do STJ superveniente ao julgamento do RE 363.889, no qual aquele Órgão julgador não admitiu a relativização da coisa julgada para afastar a paternidade definida, após a recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, em decisão prolatada em ação de investigação de paternidade. Refiro-me ao AgRg no Ag 1.425.847-SC, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19 de junho de 2012.

Com efeito, serão inúmeros os casos que não estarão abrangidos pela decisão do STF, razão pela qual nem sempre caberá a relativização da coisa julgada.

Desse modo, concordo com a eminente Relatora, com as ressalvas feitas, porquanto a interpretação é a chave para a aplicação do entendimento perfilhado no precedente do Supremo Tribunal Federal, que então estabeleceu requisitos cumulativos mencionados.

Acompanho o voto da ilustre Ministra Relatora, com as ressalvas assinaladas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, estou de acordo com o voto da Sra. Ministra Relatora.