

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

FERNANDA CLÁUDIA ROZZA WITHERS

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

**CURITIBA
2008**

FERNANDA CLÁUDIA ROZZA WITHERS

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

**Orientador: Prof. Rodrigo Otávio Rodrigues
Gomes do Amaral**

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA CLÁUDIA ROZZA WITHERS

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2008.

*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.
(Scassia)*

*Levou-se muito longe a noção de res iudicata, chegando-se
ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade,
fazer de albo nigrum e mudar falsum in verum.
(Pontes de Miranda)*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 COISA JULGADA	3
2.1 NOÇÕES GERAIS.....	3
2.1.1 Conceito	3
2.1.2 Natureza Jurídica	4
2.1.3 Coisa Julgada Material e Formal	6
2.1.4 Efeitos Positivo e Negativo.....	8
2.2 INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA.....	8
2.2.1 Limites Objetivo e Subjetivo	9
2.2.2 Modos de Produção	12
2.2.3 Figuras Assemelhadas.....	13
2.2.4 Não Formação da Coisa Julgada.....	15
3 TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	22
3.1 RELATIVIZAÇÃO TÍPICA E ATÍPICA.....	22
3.2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS	26
3.2.1 Sentença que Afronta os Princípios Constitucionais	26
3.2.2 Ausência Garantia Constitucional à Coisa Julgada	31
3.2.3 Razoabilidade Interpretativa das Injustiças	33
3.2.4 Noção Ampliativa de Sentença Inexistente	34
3.3 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS	35
3.3.1 Constitucionalidade da Coisa Julgada	35

3.3.2 Ampliação do Conceito de Coisa Julgada	36
3.3.3 Incerteza da Justiça da Decisão	38
3.3.4 Ausência de Legislação Autorizadora	39
4 APLICAÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	41
4.1 SOLUÇÕES DAS TEORIAS FAVORÁVEIS À RELATIVIZAÇÃO	42
4.1.1 Ponderação dos Valores Constitucionais.....	42
4.1.2 Inexistência da Sentença.....	44
4.2 SOLUÇÕES DAS TEORIAS CONTRÁRIAS À RELATIVIZAÇÃO	45
4.2.1 Causa de Pedir Diversa	45
4.2.2 Coisa Julgada <i>Secundum Eventum Probationis</i>	46
4.2.3 Prazo Diferenciado para a Ação Rescisória.....	47
4.2.4 Ampliação do Conceito de Documento Novo	49
4.3 PROJETO DE LEI.....	50
5 CONSIDERAÇÕES.....	53
REFERÊNCIAS.....	57

RESUMO

O presente trabalho monográfico apurou os fundamentos que permitem a relativização da coisa julgada nos processos judiciais cujas decisões sejam injustas ou em desconformidade com a Constituição Federal. A noção de coisa julgada está ligada à imutabilidade das decisões judiciais e tal indiscutibilidade traz a pacificação social, evitando a revisão judicial infinita das questões controversas, o que criaria a desestabilização social: o caos nas relações humanas. Esse instituto está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI e no Código de Processo Civil, que proíbe a rediscussão de matérias já debatidas em um processo. Por meio da investigação das teorias criadas pela doutrina, descobriu-se quais são as soluções por elas estabelecidas e quais delas foram adotadas pela jurisprudência. Inicialmente, procurou-se conceituar a coisa julgada, estabelecendo sua natureza jurídica e seus efeitos, além de determinar quando incide e quando não incide a coisa julgada material e o que por ela está abrangido, diferenciando-a, ainda, de figuras assemelhadas a ela. Em seguida foram analisadas diversas teorias sobre a relativização, destacando-se alguns entendimentos favoráveis e contrários. Foram observadas algumas aplicações das teorias da relativização em julgados do Superior Tribunal de Justiça, analisando-se sempre o mesmo exemplo: a ação investigação de paternidade julgada improcedente e que, posteriormente ao trânsito em julgado, é contrariada por um laudo de DNA (exame de pareamento cromossômico). Por fim, foram colacionadas as críticas feitas a cada teoria, que compuseram as considerações finais da pesquisa.

Palavras-chave: coisa julgada, relativização, imutabilidade, rediscussão.

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desta pesquisa se constitui na análise dos fundamentos que permitem a relativização da coisa julgada nos processos judiciais cujas decisões sejam injustas ou em desconformidade com a Constituição Federal. Alguns doutrinadores têm debatido este tema com a preocupação de se manter intactos os princípios da segurança jurídica e estabilização das relações sociais e da decisão justa e constitucional concomitantemente.

Os conflitos sociais são julgados pelos órgãos jurisdicionais do Estado, por meio de um processo no qual se debate exaustivamente as questões controvertidas, e que, ao final, há uma resposta jurisdicional que não é mais passível de impugnação. A essas decisões que não se pode mais discutir, diz-se que ocorreu o trânsito em julgado.

A noção de coisa julgada está ligada à imutabilidade das decisões judiciais. Tal indiscutibilidade traz a pacificação social, evitando a revisão judicial infinita das questões controversas, o que criaria a desestabilização social: o caos nas relações humanas.

Esse instituto está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI e no Código de Processo Civil, que proíbe a rediscussão de matérias já debatidas em um processo.

No entanto, esse princípio da segurança jurídica entra em confronto com a possibilidade de decisões nulas, injustas ou inconstitucionais, prolatadas contra o ordenamento jurídico, perpetuarem-se por meio dos efeitos da coisa julgada.

Alguns casos práticos chamaram a atenção para a imutabilidade de decisões judiciais injustas. Pode-se dar como exemplo as ações de investigação de paternidade anteriores à possibilidade da realização do exame de DNA; ações de desapropriação nas quais houve uma perícia incorreta ou ilegal, realizada para supervalorizar a terra a ser desapropriada; ou ainda ações em que ocorreram nulidades insanáveis.

Dessa forma, a questão é debatida: a coisa julgada deve prevalecer, mesmo diante de ofensa à Constituição Federal ou seria possível a sua supressão ou mitigação atendendo ao princípio da justiça das decisões?

As teorias existentes vão desde a defesa da autoridade absoluta da coisa julgada, passado por quem entenda que somente se pode relativizar a imutabilidade de decisões nos casos previstos em lei, até o entendimento de que a desconstituição da coisa julgada pode ser aplicada independentemente de lei, dependendo do caso concreto em discussão.

Portanto, o intuito do presente trabalho é investigar as teorias criadas pela doutrina e descobrir quais são as soluções por elas estabelecidas.

Para tanto, no primeiro capítulo da pesquisa procurou-se conceituar a coisa julgada, estabelecendo sua natureza jurídica e seus efeitos, além de determinar quando incide e quando não incide a coisa julgada material e o que por ela está abrangido, diferenciando-a, ainda, de figuras assemelhadas.

No segundo capítulo foram analisadas diversas teorias sobre a relativização, destacando-se alguns entendimentos favoráveis e contrários.

No terceiro capítulo, foram observadas algumas aplicações das teorias da relativização em julgados do Superior Tribunal de Justiça, analisando-se sempre o mesmo exemplo: a ação investigação de paternidade julgada improcedente e que, posteriormente ao trânsito em julgado, é contrariada por um laudo de DNA (exame de pareamento cromossômico)

Por fim, foram relacionadas as críticas feitas a cada teoria, que compuseram as considerações finais da pesquisa.

2 COISA JULGADA

2.1 NOÇÕES GERAIS

2.1.1 Conceito

A controvérsia jurídica apreciada pelo Poder Judiciário, após analisada, receberá uma solução em que se acolherá ou não o pedido submetido ao exame. Tal solução é impugnável por meios garantidos pela lei, visando à reforma da decisão (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 477).

Como salientam os professores Fredie Didier Júnior; Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira (2007, p. 477), as decisões não podem ser eternamente discutidas, necessitando-se, a partir de certo momento, que o debate seja encerrado, em prol da segurança jurídica. Se assim não fosse, perpetuar-se-ia a incerteza e a insegurança daquela situação jurídica analisada pelo judiciário.

De uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos atuais, admite-se a revisão das decisões judiciais. Mas não sem impor limites. Esgotados ou não utilizados adequadamente os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e o julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge então, a coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 477).

A coisa julgada, portanto, é o instituto jurídico que dá força ao direito fundamental à segurança jurídica, consagrado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal¹. Essa garantia prescreve que a decisão final dada a uma demanda, desde que preenchidos os requisitos processuais, não poderá ser alterada ou rediscutida nem pelas partes, nem por terceiros (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 477).

¹ CF, art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria bem explicam esse fenômeno (2005, p. 82):

Com efeito, a função da jurisdição implica, em última análise, buscar uma solução definitiva e indiscutível para o litígio que provocou o direito de ação e a instauração do processo.

Por isso, quando já não caiba mais recurso contra ela, segundo as leis processuais, a sentença se torna imutável e indiscutível (CPC, art. 467) e sua força será a de lei, ‘nos limites da lide e das questões decididas’ (CPC, art. 468).

Diz-se, então, que a sentença faz coisa julgada ou passou em julgado. E, contra o seu conteúdo lógico-jurídico não poderão reagir nem os Tribunais, proibidos que estarão de decidir novamente a mesma lide (CPC, art. 471), nem os legisladores, impedidos que estão de legislar, retroativamente, em prejuízo da *res iudicata* (CF, art. 5º, XXXVI).

É tarefa do legislador ordinário atribuir a coisa julgada às decisões, podendo atribuir critérios para a sua eficácia ou não atribuí-la a certas ações, desde que não a elimine totalmente do sistema jurídico, nem permita a sua revisão por lei posterior (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 477).

O conceito de coisa julgada está intimamente ligado à noção de imutabilidade ou definitividade. Ela é um reflexo da norma abstrata aplicada ao caso concreto. Isso quer dizer que, se a norma abstrata é imutável, a norma concreta, formada pela decisão judicial definitiva, também deve o ser. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 613).

2.1.2 Natureza Jurídica

O Código de Processo Civil, ao conceituar a coisa julgada em seu artigo 467², dispõe que ela é um efeito da sentença, restringindo-a ao elemento declaratório da decisão: apenas à declaração de existência ou inexistência de um direito (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 482). É a corrente que defende que a coisa

² CPC, art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

julgada decorre naturalmente da sentença, sendo um efeito dela (CÂMARA, 2005, p. 471).

Para a segunda corrente, encabeçada por Liebman (1945, p. 15-16), a coisa julgada não deve ser entendida como um efeito, mas uma qualidade de imutabilidade, que pode agregar-se à sentença e aos seus efeitos.

A eficácia da sentença é a possibilidade de que ela produza efeitos. Toda sentença deve conter em si as eficácias capazes de corresponder à pretensão de direito material do autor (declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais). Como mera potencialidade que é, não existindo concretamente, a eficácia da sentença não pode ser gravada pela indiscutibilidade da coisa julgada (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 616).

Concretamente, essas eficácias tornam-se os efeitos da sentença (declaratório, constitutivo, condenatório, executivo e mandamental). Esses efeitos podem ser abarcados pela intangibilidade da coisa julgada.

Esse entendimento é bastante criticado. Isso porque alguns efeitos da sentença dependem de esforços externos para se realizarem, motivo pelo qual podem não vir a se concretizar. É por esse motivo que alguns efeitos não podem ser atingidos pela coisa julgada³ (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 616-617). São os efeitos passíveis de disposição e modificação (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 485)⁴.

É sabido que as sentenças possuem vários efeitos, possuindo, todas elas, alguma carga de efeito declaratório. Dessa forma, a coisa julgada incide sobre esse efeito, sendo uma qualidade que torna indiscutível o efeito declaratório da sentença (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 617).

A terceira corrente entende a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão que consiste em sua imutabilidade, composta pela norma jurídica

³ Exemplos dados pelos autores: “a ação de execução pode não ser jamais intentada, quando o efeito executivo da sentença condenatória não será atuado, assim como pode acontecer que um mandado de manutenção de posse não possa ser cumprido, impedindo a realização material do efeito mandamental” ou ainda “no caso em que ocorre o pagamento e o efeito executivo da sentença condenatória desaparece” (MARINONI; ARENHART, 617).

⁴ Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira analisam mais a fundo o efeito executivo da ação de execução: “a) pode não se implementar – se o devedor paga, por exemplo, ou se o credor abre mão de executar a decisão; b) esgotar-se – realizada a execução forçada, não restarão vestígios de tal efeito; c) ou, até mesmo, sofrer alterações – o que ocorre com a modificação das medidas de execução impostas, na norma do art. 461, CPC” (2007, p. 485).

concreta. Isso quer dizer que, com a ocorrência da coisa julgada, o que anteriormente era possível se examinar, agora não o é mais. Há a mudança da situação jurídica de permitido para proibido (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 485).

Eduardo Talamini (2005, p. 44) conceitua a coisa julgada como uma eficácia constitutiva (diferente dos efeitos da sentença), ou seja, “com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido a sentença”.

O entendimento esposado para a pesquisa da relativização da coisa julgada é a de que sua natureza jurídica consiste numa situação jurídica imutável, formada pelo conteúdo da decisão.

2.1.3 Coisa Julgada Material e Formal

Coisa julgada material remete-se à definitividade da sentença judicial externamente à relação processual em que a decisão foi prolatada, ou seja, relativamente a outros processos (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 611).

A coisa julgada material somente opera sobre uma sentença quando presentes os seguintes requisitos: a) que a decisão seja jurisdicional; b) que a decisão trate sobre o objeto litigioso; c) que o mérito da questão seja examinado em cognição exauriente; d) que haja a ocorrência de coisa julgada formal (preclusão máxima) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 480).

A coisa julgada material somente se forma se a sentença for capaz de declarar a existência ou inexistência de um direito. Se não se verificar essa capacidade, a decisão não terá força para se tornar imutável (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 614).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2005, p. 614) discorrem que a imutabilidade característica da coisa julgada material apenas será existente se houver a cognição exauriente sobre os fatos. É por isso que as ações cautelares (pela cognição

sumária) e os procedimentos de jurisdição voluntária ou os processos de execução (devido à cognição rarefeita) não formam a coisa julgada material, somente a formal⁵.

Fredie Didier Júnior; Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira (2007, p. 482) ainda salientam que qualquer decisão judicial está apta a formar a coisa julgada material, desde que preencha os pressupostos acima indicados. Decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática de membro de Tribunal ou acórdão podem ser acobertadas pela coisa julgada. Isso quer dizer que não importa o “nome” da decisão judicial, basta preencher aqueles pressupostos.

A coisa julgada formal, por sua vez, é a indiscutibilidade interna à relação processual, e revela a impossibilidade de reexame da matéria já decidida naquela relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 611).

Essa idéia se vincula à noção de preclusão, que é a extinção de uma faculdade processual. No caso da sentença de mérito, é a intangibilidade da decisão por impossibilidade de rediscuti-la por meio de recurso. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 612).

Portanto, a coisa julgada formal é apenas mais uma espécie de preclusão⁶, não devendo ser confundida com a verdadeira coisa julgada (a material) (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 612) que é aquela que importa para o presente estudo, por projetar sua imutabilidade para fora do processo.

⁵ Salvo em casos de declaração de prescrição ou decadência do direito, quando então haveria um juízo de certeza, pois se trata de matéria de direito, sem a necessidade de análise de provas (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 614). Entendendo em sentido contrário, “partindo-se da premissa de que o processo de execução e o processo cautelar têm os seus próprios méritos e admitem cognição exauriente”: DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 481.

⁶ Em sentido contrário, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão entende que a coisa julgada formal difere da preclusão, por esta ser a indiscutibilidade interna e aquela ser a indiscutibilidade externa das decisões de conteúdo processual, não se confundindo com a coisa julgada material, que também é a indiscutibilidade externa da decisão, mas somente das decisões de mérito (MOURÃO, 2006 apud DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 479-480).

2.1.4 Efeitos Positivo e Negativo

O efeito negativo da coisa julgada é aquele que proíbe a rediscussão de matéria já definitivamente decidida (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 493).

O efeito positivo, por sua vez, é aquele que impede que a questão decidida definitivamente e já transitada em julgado possa ser, incidentalmente, decidida de modo diverso daquele em que o foi como questão principal (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 493).

Exemplo elucidativo é da investigação de paternidade. O magistrado responsável pelo processamento e julgamento de uma ação de alimentos posterior fica vinculado ao quanto foi decidido em ação prévia de investigação de paternidade, não podendo inovar quanto à questão da paternidade já decidida *principaliter tantum* (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 494).

Ou seja, o Poder Judiciário fica limitado ao que foi decidido em outro processo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 493).

2.2 INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA

Necessário se faz delimitar o âmbito de incidência da autoridade da coisa julgada, determinando quando uma decisão efetivamente é acobertada pela coisa julgada material. Nas palavras de Eduardo Talamini, a análise da incidência é essencial:

Por um lado, afastar a inútil e deslocada discussão sobre ‘relativização’ da coisa julgada em casos em que essa autoridade nem sequer está presente, em vista da inexistência jurídica do ato sobre o qual ela pretensamente recairia; por outro, evitar que se ‘fuja’ do problema da ‘relativização’ mediante a afirmação de que é ‘inexistente’ um pronunciamento que, a rigor, existente, faz coisa julgada e só pode ser derrubado caso se admita algum modo de desconstituição dessa autoridade (TALAMINI, 2005, p. 280).

Logo, faz-se importante delimitar a incidência da coisa julgada sobre as decisões para separar as controvérsias que verdadeiramente envolvem a coisa julgada dos falsos problemas, aqueles em que a autoridade da coisa julgada não existe e as injustiças ou as legitimidades podem ser afastadas por meio dos instrumentos previstos atualmente no ordenamento jurídico, sendo desnecessária a mitigação da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 25).

2.2.1 Limites Objetivo e Subjetivo

No que se refere ao limite objetivo, somente é acobertado pela coisa julgada, tornando-se imutável, o comando que se encontra no dispositivo da sentença que julga o pedido principal. A fundamentação e a análise de provas, bem como as questões decididas incidentalmente, não fazem coisa julgada⁷ (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 486).

A parte dispositiva da sentença é alcançada pela coisa julgada porque é a resposta jurisdicional esperada pelas partes (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 625). Mas é importante ressaltar que, às vezes, os comandos da sentença não estão concentrados ao final, na parte dispositiva. Como alerta Vicente Greco Filho (2003, p. 252-253) o juiz pode, na própria parte denominada fundamentação, decidir alguma questão principal e não resumi-la no dispositivo. Assim, o aspecto substancial da coisa julgada deve prevalecer sobre o aspecto formal, devendo ser considerada alcançada pela imutabilidade o dispositivo da sentença e qualquer outro ponto sobre o qual o juiz tenha eventualmente se pronunciado, desde que seja uma questão principal.

⁷ CPC, art. 469. 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.

A questão incidental somente fará coisa julgada se discutida como questão principal, seja em pedido formulado na peça inicial, seja em ação declaratória incidental⁸ (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 487).

Quanto aos limites subjetivos, a coisa julgada pode atuar *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes* (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 488).

Quando somente as partes do processo se vinculam à autoridade da decisão transitada em julgado ocorre a coisa julgada *inter partes*. Essa é a regra esculpida no Código de Processo Civil⁹. No entanto, há casos em que a coisa julgada atinge terceiros¹⁰ (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 488).

A coisa julgada nas ações de estado é *inter partes*. Embora a parte final do artigo 472 do Código de Processo Civil dê a falsa impressão de que a coisa julgada seja *ultra partes*, verifica-se que todos os interessados devem ser citados, formando um litisconsórcio para que a sentença seja válida e eficaz contra todos eles. Se todos os interessados forem parte no processo, se vincularão à coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 493).

Os terceiros perante o processo podem ser terceiros interessados, que tenham um interesse jurídico na causa, com uma relação jurídica interdependente daquela deduzida em juízo, e os terceiros indiferentes, sem nenhuma relação jurídica. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 622).

A coisa julgada *ultra partes* é aquela que vincula as partes do processo e determinados terceiros (segundo Marinoni e Arenhart, são os terceiros juridicamente interessados). São exemplos as hipóteses de: a) substituição processual, em que o substituído não figura como parte, mas seus direitos serão atingidos pela coisa julgada; b) legitimação extraordinária superveniente, em que o terceiro adquirente ou cessionário do direito é atingido pela coisa julgada (artigo 42, § 3º, do Código de

⁸ CPC, art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

⁹ CPC, art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

¹⁰ Não obstante essa afirmação, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart declaram que os terceiros podem sofrer os efeitos da sentença, mas jamais são atingidos pela autoridade da coisa julgada (2005, p. 624).

Processo Civil¹¹⁾¹²; c) legitimação concorrente, em casos de litisconsorte unitário facultativo¹³; d) decisão favorável a um dos credores solidários, que se estende aos demais (artigo 274 do Código Civil¹⁴); e) ações coletivas em que sejam discutidos direitos coletivos em sentido estrito (artigo 103, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor¹⁵), a coisa julgada alcança todos os membros da categoria, ligados à parte contrária por uma relação jurídica base, sejam partes ou não (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 488-490).

Pelo interesse jurídico apresentado na causa, os terceiros interessados têm legitimidade para ingressar no processo como assistentes simples ou manifestar oposição aos efeitos da sentença por meio de recurso de terceiro prejudicado ou embargos de terceiro (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 623).

A coisa julgada *erga omnes* é aquela cujos efeitos da decisão definitiva atingem todos os jurisdicionados. Esse tipo de coisa julgada é aquela que ocorre em: a) ação de usucapião de imóveis; b) ações coletivas que discutam direitos difusos ou individuais homogêneos (artigo 103, incisos I e III, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶); c)

¹¹ CPC, art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 3º. A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

¹² Caso o terceiro ingresse no processo no lugar do cedente ou intervier como assistente (CPC, art. 42, § 2º), transforma-se em parte e a coisa julgada lhe é estendida normalmente (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 489).

¹³ Essa hipótese é polêmica na doutrina brasileira. A favor: Barbosa Moreira, José Rogério Tucci. Contra: Eduardo Talamini; Ada Pellegrini Grinover; Athos Gusmão Carneiro; Ovídio Baptista (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 490).

¹⁴ CC, art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.

¹⁵ CPC, art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...]

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

¹⁶ CDC, art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

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

[...]

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 [interesses ou direitos individuais homogêneos].

ações de controle concentrado de constitucionalidade (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 490).

“Todos os jurisdicionados” são terceiros indiferentes, que não podem ser parte no litígio e sofrem os efeitos da sentença, denominados “naturais” (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 623).

2.2.2 Modos de Produção

Existem três diferentes modos de produção da coisa julgada: a formação *pro et contra*, *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 491).

A primeira a ser analisada é a regra da formação da coisa julgada insculpida no Código de Processo Civil: a coisa julgada *pro et contra*. É aquela que independe do resultado da demanda, seja de improcedência ou de procedência, a decisão definitiva estará apta a fazer coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 491).

A coisa julgada *secundum eventum litis* é diversa. A formação da coisa julgada está condicionada ao julgamento de procedência do pedido. Caso a ação seja julgada improcedente, a decisão não estará apta a formar a coisa julgada material e a ação poderá ser reproposta nos mesmos termos daquela anterior. É a hipótese da ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos (CDC, art. 103, III¹⁷) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 491).

Subsiste, em terceiro lugar, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que só se formará no caso de julgamento de procedência ou improcedência com exaurimento dos meios de prova. Isso quer dizer que, se a demanda for julgada

¹⁷ CDC, art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 [interesses ou direitos individuais homogêneos].

improcedente por insuficiência de provas, não haverá a coisa julgada e a ação poderá ser ajuizada novamente (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 491).

A coisa julgada *secundum eventum probationis* ocorre nos casos de: a) ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (CDC, art. 103, I e II¹⁸); b) ação popular (artigo 18 da Lei nº 4.717/1965¹⁹); c) mandado de segurança, individual ou coletivo (artigo 16 da Lei nº 1.533/1951²⁰) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 491); d) ação civil pública (artigo 16 da Lei 7.347/85²¹).

2.2.3 Figuras Assemelhadas

Existem figuras assemelhadas à coisa julgada, mas com ela não devem ser confundidas. São a justiça da decisão, a eficácia preclusiva da coisa julgada e o princípio do dedutível e do deduzido.

O assistente simples, que intervier no processo fazendo alegações e produzindo provas, será atingido pela justiça da decisão (CPC, art. 55)²², isso quer dizer que a

¹⁸ CDC, art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

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

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

¹⁹ Lei 4.717/65, art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

²⁰ Lei 1.533/51, art. 16. O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

²¹ Lei 7.347/85, art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

²² CPC, art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

fundamentação da sentença torna-se imutável para o assistente simples nessas circunstâncias citadas (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 522).

Embora se trate de uma hipótese de proibição de se rediscutir a questão já julgada, a justiça da decisão não se confunde com a coisa julgada, que atinge somente a parte decisória da sentença.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2005, p. 522-523) entendem que a eficácia preclusiva da coisa julgada trata da questão prejudicial ou incidental analisada e que não faz coisa julgada material. Embora possa ser rediscutida em outra ação, como questão principal ou não, o julgamento diverso não tem o condão de alterar o que já foi decidido incidental ou prejudicialmente²³. A fundamentação da sentença anterior não transita em julgado, mas é acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

O princípio do dedutível e do deduzido²⁴ consiste na vedação da discussão e apreciação de argumentos que poderiam ser formulados para a procedência ou improcedência da ação depois do trânsito em julgado da sentença. Todas as provas e argumentos que as partes poderiam produzir são considerados argüidos e repelidos pela decisão definitiva²⁵ (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 494-495).

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2005, p. 629), o princípio alcança somente as questões relativas à mesma causa de pedir já julgada. Desse modo, os demais argumentos ainda são dedutíveis em ação posterior.

Assim, importante não se equivocar na aplicação das figuras apresentadas que, embora apresentem a característica da imutabilidade, com a coisa julgada não se confundem.

²³ Como exemplo: ação de cobrança de juros referente a um contrato, em que a existência e validade do contrato foram confirmadas incidentalmente e a ação foi julgada procedente. Neste caso, mesmo que, posteriormente, em outra ação, haja um pronunciamento contrário, considerando, por exemplo, aquele contrato nulo, a parte condenada a pagar os juros na ação anterior de nada aproveita essa sentença. A questão da validade e existência do contrato por certo não transitou em julgado, mas foram acobertados pela eficácia preclusiva da coisa julgada (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 523).

²⁴ Alguns autores nomeiam o princípio do dedutível e do deduzido como eficácia da coisa julgada: DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 494-495 e MARINONI; ARENHART, 2005, p. 629.

²⁵ CPC, art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

2.2.4 Não Formação da Coisa Julgada

Ainda, tentando-se evitar a discussão desnecessária, faz-se importante a diferenciação das diversas sentenças, para se saber quais estão aptas à formação da coisa julgada.

O plano da existência deve ser o primeiro a ser analisado. Um ato, para existir, deve revestir-se de elementos mínimos para se enquadrar a uma descrição normativa, demonstrando fazer parte do sistema (TALAMINI, 2005, p. 281).

A sentença inexistente não pode sequer ser considerada exercício da jurisdição. Essa sentença não transita em julgado e não é apta à formação da coisa julgada (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 639).

Eduardo Talamini (2005, p. 309-361) enumera algumas situações em que a sentença seria inexistente: sentença sem dispositivo, comando despido de qualquer significado ou ilegível; sentença *citra* ou *extra petita* em relação ao objeto do processo não analisado; sentença *extra* ou *ultra petita* por falta de vínculo das partes; sentença ilógica (de impossível compreensão); sentença em processo com ausência de pressuposto de existência (ausência de órgão investido de jurisdição; sentença proferida por tribunal ou juízo de exceção; ausência de partes no processo, ausência de citação), entre outros casos.

Teresa Arruda Alvim Wambier possui um rol mais flexível de sentenças inexistentes: a) as que provierem de processos que não se constituíram e que são, por conseqüência, inexistentes; b) as derivadas de ações em que se verifica a ausência de uma ou mais condições da ação; c) aquelas que padecem de defeitos intrínsecos gravíssimos, que lhe retiram a identidade jurídica (2007, p. 506).

Cumprе ressaltar que a sentença inexistente não acarreta, automaticamente, a inexistência do processo como um todo. Assim, temos várias possibilidades de inexistência, classificadas segundo a sua extensão: a) a inexistência total de um processo (como o presidido por quem não é juiz); b) inexistência de apenas um ato, como a sentença, por exemplo; e c) a inexistência de parte da sentença, nos casos de

juízo *ultra petita*, *citra petita* ou *extra petita*, em que somente essas parcelas serão consideradas inexistentes (TALAMINI, 2005, p. 363).

Para esses casos, admite-se o ajuizamento de ação declaratória da inexistência (*querela nullitatis*) e de embargos à execução (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 639).

A inexistência de uma sentença precisa ser declarada por ação própria: a *querela nullitatis*, ou ação declaratória de inexistência²⁶, é o meio processual adequado para retirar do mundo jurídico as sentenças inexistentes (FREITAS; ROCHA, p. 6).

Desse modo, para as sentenças tidas por inexistentes, não se pode utilizar a ação rescisória, tampouco a anulatória, pelo simples motivo de que não há o que se rescindir ou se anular em um ato juridicamente inexistente (FREITAS; ROCHA, p. 6). Não havendo coisa julgada, não há também lugar para o ajuizamento da ação rescisória (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 639). Em verdade, a doutrina e jurisprudência não são unânimes quanto a essa solução, mas se tem admitido que a ação rescisória nesses casos não será inadequada, mas deverá ser conhecida como *actio nullitatis* e ser remetida para o juízo competente para a sua apreciação, que é, em regra, o juízo de primeiro grau (TALAMINI, 2005, p. 366-367).

As principais diferenças entre ação de inexistência e a ação rescisória são o rol de hipóteses mais reduzido, a não-submissão a nenhum prazo, sendo imprescritível, e a sua propositura perante o próprio juízo que proferiu a decisão, e não diante do órgão hierarquicamente superior (DIDIER; CUNHA; 2007, p. 368).

Conforme Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 370), a *querela nullitatis* pode assumir um aspecto diferente dos embargos à execução. Como exemplo, seria uma ação autônoma de inexistência da decisão judicial em defesa atípica do executado, admitindo-se a aplicação da *querela nullitatis* também para declarar inexistentes as sentenças sem a eficácia executiva.

²⁶ Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 264) entende em sentido diverso: a *querela nullitatis* é uma ação declaratória de ineficácia da sentença proferida em processo em que não houve citação válida do réu ou ausente a citação de algum litisconsorte necessário. Explica que, antes de transitar em julgado, sentença proferida diante daquelas circunstâncias é inválida porque eivada de nulidade absoluta, além de ineficaz. Com o trânsito em julgado, ocorre a sanatória geral das invalidades. A nulidade absoluta desaparece, todavia a sentença continua juridicamente ineficaz (CÂMARA, 2005, p. 263-264).

A *querela nullitatis* também está prevista em caso de impugnação à execução de sentença (artigo 475-L, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo o pedido de nulidade da sentença uma defesa) ou em embargos à execução conta a Fazenda Pública (artigo 741, inciso I, do Código de Processo Civil) (DIDIER; CUNHA; 2007, p. 369).

A pretensão de inexistência da sentença também pode ser deduzida em exceção de pré-executividade (defesa por simples petição nos autos), sendo chamada por Pontes de Miranda de *exceptio nullitatis* (DIDIER; CUNHA; 2007, p. 370).

Adriana Moreira Silveira Freitas e Ana Maria Suares Rocha apontam em sua monografia que há divergências a respeito das hipóteses de cabimento da *querela nullitatis*. Para exemplificar, citam que Tereza Arruda Alvim Wambier adota uma posição ampliativa das hipóteses, que outros autores adotam uma posição restritiva, como Aldroaldo Fabrício Furtado, que considera apenas a hipótese de citação nula ou inexistente, aliada à revelia do réu, ou ainda aqueles, como Liebman, que defendem a desnecessidade da *querela nullitatis* para a extirpação da sentença inexistente, bastando a mera alegação nos autos, por simples petição (FREITAS; ROCHA, p. 9).

Então, a sentença inexistente não se torna imutável. Por outro lado, as sentenças existentes, de mérito, são capazes de se revestir da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 293).

A sentença inconstitucional, por exemplo, não seria inexistente, mas inválida, porque resultante de um processo regular, apesar de viciada em si mesma (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 94-95).

Eduardo Talamini enumera algumas situações em que a sentença seria existente: sentença sem fundamentação; com parcelas ilegíveis desde que não atinjam o dispositivo; sentença juridicamente impossível (com efeitos não previstos no ordenamento); sentença fisicamente impossível; violação das regras constitucionais de repartição de competência jurisdicional; decisão com composição ou quórum irregular, ou designação do juiz irregular (desde que não implique órgão de exceção); falha quanto à imparcialidade ou à formação de vontade do juiz, entre outras hipóteses (2005, p. 309-361).

A sentença nula é eficaz até o momento em que haja um pronunciamento judicial que declare a sua invalidade (DINAMARCO, 2005, p. 683). A sentença ineficaz, por sua vez, é a sentença existente e regular que, por algum outro motivo, é incapaz de produzir os seus efeitos programados (DINAMARCO, 2005, p. 684-685).

Essas sentenças, por serem inválidas ou ineficazes, devem ser impugnadas pelos meios rescisórios processuais previstos, como os recursos e, após o seu trânsito em julgado, pela ação rescisória. E aqui está a importância da diferenciação entre sentença inexistente ou inválida, ineficaz ou injusta (TALAMINI, 2005, p. 361).

Esgotados os meios previstos para a impugnação da sentença, ela terá seus defeitos convalidados, como se válida fosse. Há a sanatória geral das nulidades causada pelo seu trânsito em julgado e será alcançada pela coisa julgada (DINAMARCO, 2005, p. 685). Mesmo a mais grave das nulidades é acobertada pela coisa julgada, tornando-se imutável após o prazo para o ajuizamento da ação rescisória (TALAMINI, 2005, p. 295). Segundo a argumentação de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, “Tutela-se e empresta-se eficácia à coisa julgada ilegal, diante da necessidade de pacificação dos conflitos e segurança dos jurisdicionados, exatamente porque respeitam a Constituição.” (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 91).

Da mesma forma, a sentença injusta (que é existente e válida), torna-se imutável após decair o prazo da ação rescisória, tornando-se indiscutível (TALAMINI, 2005, p. 297).

Ressalte-se que nem todos os defeitos da sentença inválida ou injusta estão previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil²⁷. Portanto, nem todos os casos

²⁷ CPC, 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 pôde 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;

ensejarão a ação rescisória, mas somente as hipóteses expressamente previstas ou situações que possam ser reconhecidas de plano, sem necessidade de produção de provas²⁸ (TALAMINI, 2005, p. 298). São, portanto, rescindíveis as decisões de mérito acobertadas pela coisa julgada, desde que configure um dos casos arrolados no artigo 485 do Código de Processo Civil e que a citação (CPC, art. 219²⁹), ou o despacho que a ordena (CC, art. 202, I³⁰) esteja dentro do prazo decadencial de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir (WAMBIER, 2007, p. 370).

A partir daí, somente com a relativização da coisa julgada a sentença injusta ou inválida poderá ser revista (TALAMINI, 2005, p. 295).

Por conseguinte, o tema da relativização é alheio às sentenças inexistentes, por não haver a formação da coisa julgada. O problema é atinente às sentenças existentes, mas nulas ou injustas (TALAMINI, 2005, p. 374).

Também não faz coisa julgada material a fundamentação da sentença, pois a autoridade da coisa julgada somente recai sobre a parte decisória da sentença. Os motivos em que o juiz se baseou para proferir a decisão podem ser rediscutidos em processos posteriores, mesmo que haja decisões conflitantes relativamente a eles. Entretanto, foi a escolha do legislador brasileiro (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521).

As sentenças terminativas, que extinguem o processo sem resolução do mérito, não fazem coisa julgada, podendo a ação ser reproposta. Como não há decisão sobre a relação jurídica submetida ao Poder Judiciário, não há o que se tornar imutável (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521).

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

²⁸ Esse é o entendimento do autor em relação ao inciso V do artigo 485 do CPC (violar literal disposição de lei). Em sentido diverso, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina sustentam a aplicabilidade daquele inciso quando o Judiciário tenha ferido algum princípio jurídico, fazendo-o incidir inadequadamente ou deixando de aplicá-lo quando necessário (2003, p. 173-175).

²⁹ CPC, art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

³⁰ CC, art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; [...].

As sentenças proferidas em ações de jurisdição voluntária não são acobertadas pela coisa julgada material, podendo ser modificadas diante de uma nova situação fática (artigo 1.111 do Código de Processo Civil³¹). Isso não significa que a alteração possa ser pleiteada a qualquer tempo, mas somente quando da ocorrência de alguma modificação da situação em que se baseou a decisão que justifique o pedido³² (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521).

Igualmente, como já debatido no item 2.1.3, não fazem coisa julgada material as decisões preferidas em processos cautelares por não haver discussão exauriente sobre uma relação jurídica, servindo apenas para tornar possível a eficácia do provimento do pedido no processo principal. Lembrando-se, sempre, da exceção de decisões sobre a prescrição ou decadência da obrigação principal³³ (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521).

Desse modo, a decisão do pedido cautelar pode ser reproposto, desde que fundamentada em modificação da situação concreta³⁴ (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521).

Isso também é o que ocorre com as relações continuativas, como a relação alimentícia. Nesses casos não há a formação de coisa julgada material, mas a alteração da decisão está limitada à comprovação da modificação fática (artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil³⁵) (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521). No caso da verba alimentar, deve haver modificação na possibilidade do alimentante em

³¹ CPC, art. 1.111. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

³² No caso de interdição, somente se pode requerer a modificação da ação se os fundamentos que levaram àquela conclusão de procedência já não existam mais (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 521).

³³ CPC, art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

³⁴ Alguns autores entendem essa situação configurar o limite temporal da coisa julgada, que não se estende a momentos posteriores em que ocorrem fatos novos e constituem uma causa de pedir diferente daquela anteriormente julgada (TESHEINER, 2002, p. 162).

³⁵ CPC, art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

prestar os alimentos ou na necessidade do alimentado em recebê-los (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 522).

3 TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O ponto fulcral do presente estudo é a teoria da relativização atípica da coisa julgada. Segundo Barbosa Moreira, a coisa julgada já tem suas formas típicas descritas em lei para a sua mitigação. (MOREIRA, 2006, p. 199). Portanto, é a conclusão desse autor de que a coisa julgada já é legalmente relativa.

No entanto, a presente pesquisa quer analisar a necessidade da relativização atípica da coisa julgada, o que somente será possível a partir da observação das hipóteses de relativização já previstas no ordenamento jurídico.

3.1 RELATIVIZAÇÃO TÍPICA E ATÍPICA

O direito positivo brasileiro informa as maneiras de se revisar uma decisão transitada em julgado. São elas: a) a possibilidade de interposição de ação rescisória da sentença (artigo 485, do Código de Processo Civil³⁶); b) a *querela nullitatis* ou *exceptio nullitatis* (artigo 475-L, inciso I³⁷, e artigo 741, inciso I³⁸, do Código de

³⁶ CPC, 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 pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

³⁷ CPC, art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

Processo Civil); c) a impugnação baseada em erro material; e d) a impugnação da sentença inconstitucional prevista no § 1º do artigo 475-L³⁹ e do § único do artigo 741⁴⁰, do Código de Processo Civil (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 504). São, portanto, as possibilidades de relativização típica da coisa julgada.

A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação de sentença de mérito transitada em julgado, fundamentada em vícios expressamente previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil. Essa ação tem o objetivo de desconstituir a coisa julgada material (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 504). Com eficácia preponderantemente anulatória (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 633).

Seu emprego depende da ocorrência de uma das hipóteses *numerus clausus* do dispositivo legal, observado o prazo decadencial de dois anos da data do trânsito em julgado da sentença que se pretende desconstituir (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 504). O artigo 485 do Código de Processo Civil dispõe sobre a revisão de decisão transitada em julgado por invalidades (por exemplo, incisos II e IV) ou por injustiças (por exemplo, incisos VI e IX) (DIDIER; CUNHA, 2007, p. 293).

Excepcionalmente os Tribunais Superiores têm aceitado a ação rescisória sem a observância do prazo decadencial (STJ, REsp 226.436-PR), caso que será analisado mais adiante.

Embora alguns autores⁴¹ afirmem que a *querela nullitatis* é ação desconstitutiva, é, na realidade, ação declaratória de inexistência, instrumento adequado para extirpar do mundo jurídico sentenças inexistentes, ante a ausência de algum dos pressupostos de existência do processo, como por exemplo, a petição inicial, a jurisdição, a citação e a capacidade postulatória.

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; [...].

³⁸ CPC, art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; [...].

³⁹ CPC, art. 475-L, § 1º. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo [inexigibilidade do título], 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.

⁴⁰ CPC, art. 741, parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo [inexigibilidade do título], 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.

⁴¹ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 504.

Com efeito, é bastante comum entre os doutrinadores o uso de ambos os termos como se fossem equivalentes ou iguais. Conseqüentemente, o instrumento processual em estudo é denominado por muitos de ação declaratória de nulidade.

Essa dificuldade de distinção é causada, em parte, pela origem da expressão *querela nullitatis*, que induz ao equivocado entendimento de remédio utilizado para eliminar nulidade das sentenças. Ocorre que a diferença entre nulidade e inexistência é recente e, em virtude dessa distinção, a *querela nullitatis* é o remédio adequado para atacar sentenças inexistentes (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 213). A ação declaratória de inexistência não pode ser confundida, portanto, com a ação anulatória de ato jurídico – essa, sim, desconstitutiva – prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil⁴².

Dessa forma, não se considera correta a citação da *querela nullitatis* como possibilidade de relativização típica, pois, em caso de sentença inexistente, como visto anteriormente (item 2.2.4), não há sequer a formação de coisa julgada material.

Por reflexo, os artigos 475-L, inciso I, e artigo 741, inciso I, do Código de Processo Civil são outras possibilidades de declaração de inexistência, também não se enquadrando nas possibilidades já existentes de desconsideração da coisa julgada.

O erro material é aquele equívoco manifesto quando a sentença é exteriorizada (erro de cálculo ou erro de digitação), nunca em seu conteúdo (TALAMINI, 2005, p. 526-527). A possibilidade de modificação da sentença por ocorrência de erro material nada mais é do que a aplicação do princípio da razoabilidade (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 304) e da proporcionalidade, para adequar o julgamento à verdadeira “expressão da vontade” do julgador (TALAMINI, 2005, p. 526).

O erro material pode superar a preclusão e, inclusive, a coisa julgada material, autorizando-se a correção da decisão judicial contaminada por erros patentes (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 304).

A revisão de sentença inconstitucional foi possível pela redação dada ao art. 475-L do Código de Processo Civil, que permite ao executado opor impugnação ao cumprimento de sentença para suscitar questão pertinente à formação do título

⁴² CPC, art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

executivo, desde que este tenha fundamento em lei ou interpretação de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Isso permite que o magistrado acolha a impugnação para rescindir a sentença, desconstituindo a coisa julgada material (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 465).

Para isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ter sido proferida pelo Pleno, anteriormente à formação do título executivo judicial, ou posteriormente, desde que reconhecida sua eficácia retroativa⁴³. Os autores ainda salientam que a norma não deverá incidir na coisa julgada estabelecida anteriormente à lei⁴⁴. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 465-466).

Teresa Arruda Alvim Wambier alerta que, em verdade, a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução não são rescindentes, por não haver o que rescindir. O título fundado em “lei que não é lei” ofende a Constituição Federal, podendo ser observada a impossibilidade jurídica do pedido. Para esta autora, as sentenças derivadas de processos em que há ausência das condições da ação são inexistentes e, portanto, não transitam em julgado⁴⁵ (WAMBIER, 2007, p. 406).

Fora das hipóteses de relativização típica, resta a possibilidade de alteração da decisão pela relativização atípica da coisa julgada.

Para Fredie Didier Júnior; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, o primeiro a debater a relativização atípica da coisa julgada foi José Augusto Delgado, ministro do Superior Tribunal de Justiça, defendendo a revisão da decisão acobertada pela imutabilidade nos casos de ofensa aos princípios constitucionais ou afronta à realidade dos fatos (2007, p. 504).

Nesse caso, a coisa julgada material não produziria o efeito da imutabilidade, podendo ser revista a qualquer tempo, por meios atípicos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 504).

⁴³ É o caso de aplicação, por analogia, do prazo decadencial de dois anos previstos para a ação rescisória. Desse modo, a decisão do STF, mesmo havendo eficácia retroativa, não atingiria sentenças transitadas em julgado a mais de dois anos, pela garantia da coisa julgada (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 466).

⁴⁴ Observa-se que a Lei 11.232/2005 não inovou neste dispositivo, devendo ser contada a data de criação da norma, 11 de abril de 2000, data da edição da Medida Provisória 1997-37/2000, que deu nova redação ao parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 466).

⁴⁵ Esse tema será tratado com maior profundidade no item 4.1.2.

Segundo José Augusto Delgado (2004, p. 97), o juiz não deve possuir um poder absoluto em relação às suas decisões, se elas contrariarem as regras da Constituição, e às vezes, regras científicas.

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem valorar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é.

Nessa toada, a autoridade da coisa julgada deve ser analisada com base nos princípios gerais do direito, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade. Isso quer dizer que a coisa julgada, embora seja uma garantia constitucional, não deve ser absoluta. É contra todo o ordenamento jurídico eternizar injustiças prevalecendo-se a idéia de se evitar incertezas (DINAMARCO, 2003, p. 39).

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart alertam que as teorias que visam à aplicação da flexibilização da coisa julgada são demasiadamente subjetivas, sendo certo que o instituto da coisa julgada não deve ser destruído para dar lugar a entendimentos simplistas e pouco sólidos, que podem acarretar mais problemas do que aqueles que se pretende resolver (MARINONI, 2005, p. 665).

Como se pode perceber, a comunidade jurídica muito tem debatido o tema aqui proposto, tentando estabelecer critérios para a adequação de decisões ao ordenamento jurídico brasileiro. Segue a análise de alguns posicionamentos doutrinários sobre o tema.

3.2 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS

3.2.1 Sentença que Afronta os Princípios Constitucionais

José Augusto Delgado propôs sua tese sobre a relativização da coisa julgada fundamentando-a na argumentação de que não se deve atribuir a autoridade da coisa

julgada a sentenças injustas, que tenham ofendido os princípios constitucionais, ou que sejam contrárias à realidade dos fatos (DELGADO, 2005, p. 97).

O motivo último do direito é a justiça, devendo o direito ser cumprido por meio de aplicação constitucional, com a necessária observância aos princípios da legalidade e moralidade. (DELGADO, 2005, p. 78). Assenta o entendimento de que a coisa julgada não é absoluta, que não pode sobrepor-se aos princípios constitucionais. A sentença judicial, mesmo acobertada pela coisa julgada, não pode eternizar injustiças, podendo a imperatividade da coisa julgada ser revista quando se estiver diante de “vícios graves” e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas (DELGADO, 2005, p. 112-113). A coisa julgada deve ser sopesada, submetendo sua análise à aplicação dos demais princípios constitucionais. O Poder Judiciário deveria adotar o princípio da moralidade como supremo, podendo rever seus atos por esse argumento. (DELGADO, 2005, p. 79-81).

Toda a segurança jurídica que a coisa julgada tenta garantir, por meio da estabilidade das situações jurídicas, somente pode ocorrer se amparada pelos pilares democráticos (moralidade, legalidade e justiça). A falta de qualquer deles impede o trânsito em julgado da decisão (DELGADO, 2005, p. 96).

O autor lista uma série de hipóteses, exemplificando a possibilidade da desconsideração da coisa julgada (DELGADO, 2005, p. 78). Nos trinta e quatro casos apresentados, alguns são extremamente específicos (ex: “a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício”) e outros intensamente amplos (ex: que atente contra os bons costumes e os valores morais da sociedade”) (TALAMINI, 2005, p. 391).

Afigura-se que José Delgado traz sua preocupação com casos gravíssimos, mas não apresenta critérios ou parâmetros para identificar as situações passíveis de relativização da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 391). Pela ampla relação de casos apresentados, pode aparentar que toda e qualquer injustiça ou inconstitucionalidade existente na sentença teria como conseqüência a possibilidade de desconsideração da coisa julgada. Para Eduardo Talamini (2005, p. 391), a menção a casos muito particularizados demonstra que a aplicação da relativização não é ilimitada, mas indicada apenas para casos gravíssimos.

No mesmo sentido se apresenta a teoria das impossibilidades. A coisa julgada não se forma pela “impossibilidade dos efeitos da sentença”, que são casos excepcionais em que a sentença seria apenas um ato jurídico, sem força para concretizar seus efeitos (TALAMINI, p. 393-394).

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 57-62) defende que somente estão aptas a produzir a coisa julgada aquelas decisões dotadas da “imperatividade do possível” (DINAMARCO, 2005, p. 307). Não fazem coisa julgada as decisões que produzam resultados materialmente impossíveis, aqueles que um ser humano nunca conseguirá produzir⁴⁶. Seriam sentenças juridicamente inexistentes por não ser jamais possível produzir o efeito que enunciam (DINAMARCO, 2005, p. 307).

Outrossim – e é aqui que essa tese prega da ponderação de valores – as impossibilidades jurídico-constitucionais também não formam a coisa julgada, porque o valor da segurança jurídica se choca com valor ou princípio humano, ético, social ou político amparado constitucionalmente (DINAMARCO, 2005, p. 307). A sentença inconstitucional não deve ser considerada como ato jurídico inexistente, pois, mesmo faltando-lhe eficácia dos efeitos materiais, produz efeitos processuais. Nesse caso, há apenas a coisa julgada formal, mas não a material, afastada por inconstitucionalidade (DINAMARCO, 2003, p. 58-59).

A ponderação de valores é a solução para a identificação dos casos graves e excepcionais aptos a negar efeitos à sentença e a afastar a coisa julgada. Mesmo assim, Dinamarco salienta que não há uma fórmula prévia e absoluta para o tema. Conclui que ainda faltam mecanismos para a identificação dos casos, devendo ser aprofundado os critérios do “equilibrado juízo comparativo” dos valores a serem confrontados (TALAMINI, 2005, p. 394).

Como solução, o ilustre doutrinador defende o uso de ação declaratória, embargos à execução, objeção na ação executiva ou ação incidental em processo de conhecimento. Indica, ainda, a necessidade de um alargamento das hipóteses da ação rescisória, para que todo caso gravíssimo se adéque a algum inciso da norma do art. 485 do CPC (TALAMINI, 2005, p. 394-395).

⁴⁶ Como tirar coelhos de uma cartola sem que jamais os tenham colocado lá (DINAMARCO, 2005, p. 307).

O balanceamento de valores e princípios constitucionais pode dar azo a diversas interpretações, ocorrendo a flexibilização inadequada da coisa julgada.

Isso ocorreu em um julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ALEGADA SUPERVALORIZAÇÃO DOS IMÓVEIS EM OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA AUTÔNOMA BUSCANDO A NULIDADE DA PERÍCIA E DOS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQÜENTES OU, AO MENOS E SUCESSIVAMENTE, DO CÁLCULO DO CONTADOR JUDICIAL ELABORADO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO PORQUE DESOBEDECIDOS OS COMANDOS DO TÍTULO JUDICIAL EXECUTIVO. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. ENTENDIDA FALTA DE INTERESSE DE AGIR PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL ABSOLUTA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APELAÇÃO. CABIMENTO DA DEMANDA PROPOSTA. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA PARA QUE O FEITO TENHA REGULAR PROSSEGUIMENTO. (1) A ação declaratória autônoma pode se constituir no instrumento processual adequado para, em caráter excepcional, corrigir a coisa julgada material inconstitucional oriunda de decisão judicial alicerçada em base fática defeituosa, que a torna nula ou inexistente, por isso não se sujeitando à limitação temporal de índole prescricional ou decadencial. (2) Ainda que a decisão que gerou a coisa julgada material inconstitucional tenha sido proferida pelo Tribunal, a competência para conhecer, processar e julgar a ação declaratória autônoma que visa corrigi-la é do juízo de primeiro grau de jurisdição, visto que se trata do exercício de uma nova demanda - similar à querela nullitatis do direito processual medieval - que gerará um novo processo de conhecimento com causa de pedir e pedido diversos, de modo que não se irá reapreciar questão já decidida pelo órgão judiciário de hierarquia superior, mas a alegada ofensa à Constituição Federal com o reconhecimento, se for o caso, de que a relação jurídica processual e, por conseguinte, a decisão judicial que se seguiu são nulas ou inexistentes. (TJPR - Acórdão em apelação cível n. 341.931-2. 4ª Câmara Cível. Relator: Adalberto Jorge Xisto Pereira. Data do Julgamento 08/05/2007. DJ 18/05/2007).

Nesse caso, o fundamento analisado foi o da indenização excessiva para a desapropriação, que ofenderia a indenização prévia e justa prevista constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal⁴⁷).

⁴⁷ 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: [...]

Para os julgadores, o valor da justa indenização prevaleceu sobre a garantia da coisa julgada. Com isso, foi cassada a sentença que extinguiu a ação declaratória de nulidade de ato jurídico por ocorrência de coisa julgada anterior, determinando-se o regular procedimento da ação para afastamento da coisa julgada material, possibilitando a revisão do valor anteriormente estipulado.

Mas, como pode ser observado no voto vencido do Desembargador Abraham Lincoln Calixto, não se poderia desconsiderar a coisa julgada nesse caso. A coisa julgada já havia sido flexibilizada para a realização de novo cálculo do valor da indenização. A possibilidade do Estado de impugnar o valor da indenização foi oportunizada na ação ordinária, com o contraditório à perícia, aos cálculos, podendo as partes indicarem assistentes técnicos para ajudar na correção do valor. Terminado o processo, a coisa julgada material foi desconsiderada para a realização de novos cálculos, sendo possibilitado, novamente, todo o contraditório para a impugnação dos valores. Em liquidação de sentença, as partes puderam se manifestar, apresentando suas impugnações. Dessa decisão, houve apelação cível para aquele Tribunal, no qual houve novamente a discussão sobre vícios e valores.

Exceto a possibilidade de discussão dos valores em embargos à execução e ação rescisória, foram quatro oportunidades para a impugnação e discussão do valor da indenização. Mas o Tribunal do Paraná optou por lhes oferecer a quinta oportunidade, por meio de ação declaratória de nulidade.

Como bem delinearam Marinoni e Arenhart (2005, p. 687):

Aqui é necessário cuidado, pois o oportunismo daqueles que já tiveram seus direitos rejeitados pode servir de estímulo a pretensões que desejem reavivar a discussão de fatos já analisados, ou mesmo provas já produzidas e valoradas. E isso, lamentavelmente, não tem sido incomum [...].

A partir disso, observa-se a carência de parâmetros objetivos a fim de evitar situações como a analisada, de flexibilização da coisa julgada pelo oportunismo das partes. Além disso, a observância da estrita necessidade da relativização deve ser

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; [...].

verificada, pois havendo outros meios capazes de trazer à baila a questão discutida (embargos do devedor, ação rescisória, *querela nullitatis*), a coisa julgada material não pode ser revista.

3.2.2 Ausência de Garantia Constitucional à Coisa Julgada

Entendem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria que a noção de imutabilidade está intimamente ligada à coisa julgada, mas a idéia de definitividade significa que a decisão judicial não poderá ser alterada por meio recursal, porém sendo possível por outros meios (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 86). Afirmam, portanto, que a noção da coisa julgada estar ligada à imutabilidade é um erro, pois a Constituição Federal não deu tratamento de garantia constitucional ao instituto da coisa julgada (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 83).

Um exemplo disso é a ação rescisória, que poderá desconstituir a coisa julgada nas hipóteses consideradas pelo legislador como vícios graves, que justificam subtrair a segurança jurídica em vantagem da garantia de justiça (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 87).

A coisa julgada não é um princípio constitucional, uma vez que a regra da Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVI, aponta apenas um limite ao legislador ordinário (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 88). Por esse motivo não se pode reconhecer um caráter absoluto à coisa julgada que afronte os preceitos constitucionais, uma vez que ela não vincula o Poder Judiciário, que pode modificar a decisão transitada em julgado mesmo após o prazo para sua impugnação excepcional (ação rescisória). Ao final das contas, a coisa julgada é garantida apenas infraconstitucionalmente (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 70; 89-92).

Os atos legislativos ou administrativos, quando em desconformidade com a Constituição Federal, são considerados nulos. Assim o ato judicial inconstitucional também é nulo, não podendo a coisa julgada ser considerada um instituto absoluto (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 84). A coisa julgada inconstitucional deriva

de uma decisão judicial nula, como qualquer outro ato da administração pública que se origine num ato nulo (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 98).

A solução proposta é a de que a coisa julgada que padece de invalidade, nula pela afronta ao ordenamento constitucional, não se sujeita a prazo, seja prescricional, seja decadencial. E, ainda, independe de ação rescisória para a eliminação do vício, que pode ser declarada *ex officio* pelo juiz (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 101). Observando-se os princípios da instrumentalidade e da economia, tem-se admitido a rescisória, mesmo que inadequada por não haver a formação da coisa julgada (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 102).

Não é necessária a observância do prazo decadencial de dois anos, uma medida extraordinária diante do vício gravíssimo da inconstitucionalidade, bastando a observância dos princípios da instrumentalidade e da economia (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 102).

Dessa forma, há a preponderância do Princípio da Constitucionalidade ou da Ordem Constitucional, que é absoluto em nosso sistema, superior a todos os outros princípios (BERALDO, 2005, p. 129-132). Assim, a coisa julgada deverá ser resguardada somente nos casos em que guardar consonância com a Constituição Federal (NASCIMENTO, 2005, p. 6). Nesse vértice, não há conflito entre os princípios da segurança jurídica e a justiça das decisões (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 92).

No entanto, Eduardo Talamini defende a idéia de que a coisa julgada possui relevância constitucional. Afirma que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tem somente o significado de assegurar a irretroatividade das leis para que não atinjam a coisa julgada, defendendo o posicionamento de que aos direitos e às garantias fundamentais se aplicam a interpretação extensiva (TALAMINI, 2005, p. 50).

Dessa forma, a Constituição Federal garante a imutabilidade da sentença, não se sustentando a argumentação de ausência de relevância constitucional à coisa julgada face à interpretação extensiva que se deve dar aos direitos e garantias constitucionais.

3.2.3 Razoabilidade Interpretativa das Injustiças

A coisa julgada deve ser relativizada quando o juiz estiver pensando como um homem comum e se depara com “absurdos agressivos à inteligência e aos sentimentos” (DINAMARCO, 2003, p. 68).

O “homem de rua” é aquele desprovido de conhecimentos jurídicos, mas que é incapaz de se convencer das injustiças (DINAMARCO, 2003, p. 68). O juiz afirma os valores da sociedade, assumindo riscos (desde que razoáveis) em busca da justiça, uma vez que o exercício jurisdicional é passível de erros.

a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio de certezas, probabilidades e riscos”, não podendo o juiz se esconder sob o instituto da coisa julgada para “assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades. (DINAMARCO, 2003, p. 69).

A noção de senso comum que se discute neste tópico é inconsistente. Marinoni e Arenhart citam o filósofo alemão Gustav Radbruch, que critica a falta de concepção de justiça dizendo:

Disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. Pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos. (2007, p. 665).

Como há muito tempo já se discute, nunca se terá uma força superior ao entendimento dos homens. O juiz não pode se pautar no senso comum para, na análise do caso concreto, definir o injusto. O magistrado está adstrito às amarras processuais, não podendo simplesmente colocar-se no lugar do homem comum para desconstituir a coisa julgada material.

3.2.4 Noção Ampliativa de Sentença Inexistente

A coisa julgada somente se forma com o devido processo legal, portanto, a sentença em desconformidade com a Constituição Federal deve ser considerada inexistente como a melhor forma de se evitar a eternização de situações indesejáveis (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 231-232).

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina (2003, p. 13-14), a eternização de situações indesejáveis pode ser dirimida em duas situações. A primeira diz respeito ao grau de cognição insuficiente para a formação da coisa julgada material (processos executivos, cautelares, monitórios, por exemplo) e a segunda tem relação com a interpretação ampliativa que se deve dar às hipóteses previstas para a ação rescisória.

Para esses autores também são inexistentes a sentença de mérito proferida mediante ausência das condições da ação, ou a ofensiva à coisa julgada, ou a sentença fundamentada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (TALAMINI, 2005, p. 378).

No final das contas, todas as hipóteses se enquadrariam na falta de condição da ação: a) a coisa julgada ensejaria a ausência de interesse de agir; b) a sentença que aplicasse norma inconstitucional justifica a impossibilidade jurídica (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 38-39).

A carência de ação teria apenas aparência de jurisdição e na ausência de uma condição da ação, a ação é inexistente (bem como o processo e a sentença) (WAMBIER, 2007, p. 356). Para a sua desconstituição é caso de uso da *querela nullitatis*, todavia a rescisória também seria cabível considerando-se a teoria da aparência, porque a sentença aparenta ser sentença e ter transitado em julgado (princípio da fungibilidade) (WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 509).

Eduardo Talamini critica esta posição, afirmando que a teoria é extremamente ampliativa das hipóteses de não-ocorrência da coisa julgada, pois qualifica como

inexistentes as sentenças proferidas em hipóteses em que há a carência de ação e confere uma grande amplitude às hipóteses de ausência de condição da ação (TALAMINI, 2005, p. 382).

Conclui-se, por conseguinte, que as condições da ação referem-se em certos casos ao mérito da questão (TALAMINI, 2005, p. 383-384). É mais prudente analisar que a carência de ação não acarreta a inexistência da sentença de mérito, sem se flexibilizar o conceito de sentença inexistente. Isso, não por amor ao instituto, mas por respeito à teoria processual.

3.3 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À RELATIVIZAÇÃO

3.3.1 Constitucionalidade da Coisa Julgada

Os autores contrários à relativização da coisa julgada enfatizam que a Constituição Federal conferiu *status* constitucional à coisa julgada, tutelando-a expressamente entre os direitos e garantias fundamentais (TALAMINI, 2005, p. 50).

Eduardo Talamini é a favor da relativização da coisa julgada, contudo defende a sua constitucionalidade baseando-a na interpretação extensiva que se deve dar aos direitos e às garantias fundamentais: extrai-se do comando constitucional que nem o legislador, nem o aplicador da lei não podem ofender a coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 50-51). Isso quer dizer que nem a lei, nem o Poder Judiciário fora das hipóteses legais, não podem alterar a coisa julgada (NERY JUNIOR, 2004, p. 39).

Talamini (2005, p. 51-52) faz a seguinte observação:

Por um lado, a coisa julgada constitui uma garantia individual: na perspectiva do jurisdicionado, ela se presta a conferir estabilidade à tutela jurisdicional obtida. Por outro, a coisa julgada tem também o caráter de garantia institucional, objetiva: prestigia a eficiência e a racionalidade da atuação estatal, que desaconselham, em regra, a repetição de atividade sobre

um mesmo objeto. Assim, discorda-se de recente doutrina que pretende negar caráter constitucional ao instituto na ordem jurídica brasileira.

Pode-se entender, portanto, que a coisa julgada é uma garantia do jurisdicionado que procura uma solução definitiva para o seu litígio, submetendo-o ao Judiciário, e uma garantia que prestigia a solução dada, evitando a repetição da atividade sobre a mesma questão (TALAMINI, 2005, p. 52).

Por todo o exposto, não se pode admitir que o comando constitucional refere-se a uma mera limitação ao legislador infraconstitucional (TALAMINI, 2005, p. 51), devendo-se reconhecer o caráter de garantida constitucional ao instituto da coisa julgada.

3.3.2 Ampliação do Conceito de Coisa Julgada

Araken de Assis acredita que a indiscutibilidade do provimento jurisdicional homenageia a segurança jurídica, sendo desconsiderada somente pela ação rescisória, que é o remédio específico para o caso. A autoridade da coisa julgada é necessária para que se confira a estabilidade à relação jurídica discutida (ASSIS, 2005, p. 238).

Alerta, ainda, para a contaminação pelo “vírus do relativismo”, ou seja, a possibilidade de generalização da mitigação da coisa julgada:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. (ASSIS, 2005, p. 239).

Alerta para o risco de se perder a noção de segurança jurídica – e a idéia de hierarquia judiciária – porque será o órgão judiciário de primeiro grau o responsável por decidir se a determinação transitada em julgado de seu Tribunal ou de Tribunal Superior é ou não válida (ASSIS, 2005, p. 239).

Nelson Nery Junior defende que somente com autorização legal e prévia é que se poderia desconstituir a coisa julgada. E até o presente momento, o ordenamento apresenta quatro hipóteses: a) ação rescisória; b) embargos do devedor na execução; c) revisão criminal; d) coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 18 da Lei da Ação Popular; art. 16 da Lei da Ação Civil Pública; art. 103 do Código de Defesa do Consumidor) (NERY JUNIOR, 2004, p. 53).

A relativização da coisa julgada não é admitida no sistema jurídico brasileiro como hoje se apresenta, exceto nos casos autorizados expressamente em lei. Para outros casos identificados pela doutrina e merecedores de tratamento diferenciado pertinente à coisa julgada, somente se admite a hipótese de exceção inserida em lei, caso contrário, não se pode abrandar os rigores da coisa julgada (NERY JUNIOR, 2004, p. 59).

Qualquer sentença, por exemplo, amparada em norma ou interpretação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não possui a eficácia da coisa julgada. (ASSIS, 2005, p. 251). Isso quer dizer que sentenças ineficazes por esse “defeito” prescindem de ação rescisória, podendo ser impugnadas a qualquer tempo, mediante simples ação declaratória.

Araken de Assis e Nelson Nery Junior recusam-se a admitir a desconsideração da coisa julgada, mas entendem que algumas situações não esbarram na autoridade da coisa julgada material – como o caso das sentenças inconstitucionais que perdem eficácia antes de sua execução – alterando o conceito e as categorias relacionadas com o tema da relativização (TALAMINI, 2005, p. 401).

As sentenças são válidas e eficazes, por certo acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada material, sendo possível a sua alteração apenas mediante os procedimentos rescisórios previstos na legislação (TALAMINI, 2005, p. 402).

Desse modo, a teoria contrária à relativização da coisa julgada pouco se distancia da teoria de Wambier e Medina, pois ambos restringem o âmbito de incidência da coisa julgada. A diferença é que a teoria que se diz contrária não aceita que a distorção do conceito de coisa julgada é uma forma de “relativização” da coisa julgada. (TALAMINI, 2005, p. 401).

A partir daí, ocorre uma enorme ampliação dos casos em que não se forma a coisa julgada material devido à subversão ou adaptação do instituto da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 401), sendo essa “solução” muito mais perigosa, por ser “silenciosa”, ‘invisível’, sub-reptícia” (TALAMINI, 2005, p. 402).

Acredita-se que a solução adequada para o problema da relativização deve começar a ser pensada considerando-se os conceitos e critérios estabelecidos pelo sistema jurídico, sem deturpações, evidenciando-se, principalmente, a concepção constitucional dos institutos (TALAMINI, 2005, p. 402).

3.3.3 Incerteza da Justiça da Decisão

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart são contrários às teorias de relativização da coisa julgada, afirmando que as alegadas injustiças não podem ser base para a construção de uma nova concepção de coisa julgada material (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 665).

A relativização atípica da coisa julgada é perigosa, principalmente porque nenhum dos autores que a defendem soube explicar o que seria o injusto ou a grave injustiça. A doutrina que admite a relativização da coisa julgada apresentou casos absurdos e raros, que não são capazes de se criar uma teoria de desconsideração abstrata, capaz de ser aplicada sem a análise do casuísmo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 506).

Fredie Didier Júnior; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 505) acreditam que a admissão da revisão da coisa julgada fundamentada no injusto significaria criar uma “cláusula aberta de revisão de sentenças”, dando margem a variadas interpretações e à generalização da relativização da coisa julgada.

Nelson Nery Junior (2004, p. 48) também tem esse entendimento:

De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar os seus espectros – vide mandado de segurança para

dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou regra, como demonstra o passado recente da história do processo civil brasileiro.

Além disso, não se pode garantir que o segundo julgamento, visando a desconstituição da sentença injusta, também seja justo. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 665). Não pode haver a destruição das bases dos institutos processuais quando não se pode propor algo melhor ou mais sólido (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 665).

Não se pode, portanto, permitir a idéia de relativização por critérios de justiça, por não se poder prever que a segunda sentença seja mais justa que a primeira. Por ausência de critérios objetivos, não se pode admitir a revisão atípica nessa hipótese, que pode ser utilizada erroneamente como um meio para diminuir direitos dos cidadãos ou para justificar o cometimento de arbitrariedades (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 509).

3.3.4 Ausência de Legislação Autorizadora

Nelson Nery Júnior sustenta que a escolha do legislador foi dar à coisa julgada o poder de transformar o comando da parte dispositiva da sentença não mais sujeita a recurso em imutável e indiscutível, abraçando o princípio da segurança jurídica. Isso quer dizer que entre o “justo absoluto” (utópico) e o “justo possível”, escolheu-se o último, uma vez que é o realizável (NERY JUNIOR, 2004, p. 39).

As teorias da relativização impõem duas principais alegações: a) a sentença injusta não faz coisa julgada; b) a coisa julgada inconstitucional não pode prevalecer (NERY JUNIOR, 2004, p. 43).

Essas assertivas são rebatidas pela argumentação de que o sistema jurídico convive com a sentença injusta. Explica-se: não há previsão de qual juiz proferirá a “justiça da sentença”, uma vez que a anterior foi impugnada por recurso ou ação rescisória. Por sua vez, a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a

lei pode ser convalidada uma vez que é a norma abstrata, devendo ceder à sentença que resulta de uma situação concreta (lei entre as partes) (NERY JUNIOR, 2004, p. 45).

A coisa julgada é a finalidade última do processo, sendo a sua negativa uma negativa do próprio Estado democrático de direito (NERY JUNIOR, 2004, p. 39), porque ela é um elemento seu (NERY JUNIOR, 2004, p. 59). A relativização é apenas um eufemismo para “esconder-se a instalação da ditadura”, fazendo desaparecer a democracia (NERY JUNIOR, 2004, p. 47).

O autor afirma que também no nazismo a injustiça da sentença era uma das causas de sua rescindibilidade. Mas, mesmo no auge do totalitarismo alemão, os nazistas não ousaram relativizar a coisa julgada (NERY JUNIOR, 2004, p. 48).

Defende que a lei já determinou os casos em que a coisa julgada pode ser desconstituída, evitando-se eternizar situações indesejadas, injustas, ilegais ou desacordo com a realidade fática (por ação rescisória ou embargos à execução/impugnação ao cumprimento de sentença). Sequer na sentença baseada na inconstitucionalidade poderia permitir-se a revisão: a qualquer momento, a lei em que se fundou a decisão pode ser reputada inconstitucional, demonstrando plena ofensa à segurança jurídica (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 506).

No mais, os autores concordam que algumas alterações legislativas seriam necessárias: a) revisão das hipóteses da ação rescisória; b) sistematização da *querela nullitatis*, incluindo-se a impugnação de sentenças com gravíssimos defeitos formais (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 509).

Para se evitar a proliferação de litígios renovando as questões já discutidas, o legislador deve intervir para estabelecer quais situações em que a coisa julgada não ocorre numa extensão natural e desejável, também evitando que arbítrios e casuísmos judiciais sejam eternizados (ASSIS, 2005, p. 239-240).

4. APLICAÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Com base nas teorias analisadas, importante observar as soluções para casos concretos propostas pela doutrina e pela jurisprudência. Para isso, utilizou-se o mesmo exemplo fático: a ação de investigação de paternidade com sentença transitada em julgado que é contrariada posteriormente por um laudo de pareamento genético (exame de DNA⁴⁸).

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu assim:

Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse Abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao Processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição Completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, ate mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

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

3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Acórdão em recurso especial n. 107248 / GO. Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgamento 07/05/1998. DJ, 29/06/1998, p. 160).

A princípio, ações idênticas (mesma partes, causa de pedir e pedido) em que uma delas já transitou em julgado, estando protegida pela coisa julgada material, a outra será extinta sem resolução do mérito até mesmo sem requerimento das partes (art. 267, inciso V e § 3º, do Código de Processo Civil⁴⁹).

⁴⁸ ADN, português, ácido desoxirribonucleico ou mais, por convenção; DNA, do inglês, *deoxyribose nucleic acid*. In **Wikipédia**: a enciclopédia livre. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/DNA>>, acessado em 01/10/2008.

⁴⁹ CPC, art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada; [...].

4.1 SOLUÇÕES DAS TEORIAS FAVORÁVEIS À RELATIVIZAÇÃO

4.1.1 Ponderação dos Valores Constitucionais

Em casos de ação de investigação de paternidade julgada improcedente, mas que posteriormente o exame genético prova o contrário, os fatos podem ser revistos em qualquer época, porque não transitam em julgado. Desse modo, a nova análise dos fatos pode produzir novas situações jurídicas em situações excepcionais (DELGADO, 2005, p. 98).

O Superior Tribunal de Justiça já julgou uma situação semelhante aplicando a solução acima citada:

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

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

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 - Acórdão em recurso especial n. 226436 / PR. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 28/06/2001. DJ 04.02.2002 p. 370).

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça determinou a mitigação da coisa julgada com base na injustiça da decisão anterior, fundando-se na substituição da verdade ficta pela verdade real apresentada pelo laudo de DNA, que transmite ao julgador uma “certeza”⁵⁰ da correta solução da lide.

No entanto, como visto na fundamentação desta pesquisa, a solução pode ser criticada por se relativizar a coisa julgada com base na “injustiça”, o que pode ser temerário para a estabilidade das relações sociais. Também parece tratar-se de uma solução meramente intuitiva, devendo ser evitados os “fundamentos óbvios”, sem a devida análise dos princípios constitucionais e valores jurídicos envolvidos (TALAMINI, 2005, p. 587).

Eduardo Talamini (2005, p. 592-593) abordou em seu estudo as possíveis aplicações dos princípios constitucionais para a relativização da coisa julgada. Ele chegou a algumas conclusões sobre a ação de investigação de paternidade (exemplo utilizado na presente pesquisa). A ação de filiação aborda três “direitos”: a) direito ao conhecimento de suas verdadeiras origens – direito personalíssimo com íntima relação com a dignidade humana; b) direito a alimentos que, dentro dos limites necessários, têm grande importância axiológica; c) direitos sucessórios que têm caráter meramente patrimonial e que não se revestem de grande carga axiológica.

A partir da hipótese de improcedência das ações de investigação de paternidade, a aplicação de princípios (principalmente os da proporcionalidade, da necessidade e da adequação) pode acarretar a ocorrência de uma quebra parcial da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 605-606).

⁵⁰ Alerta-se para essa quase-certeza trazida pelo exame de DNA: atualmente esse exame é o que se tem de mais avançado, mas não se pode deixar de lado a possibilidade de descoberta futura de outro exame, que contrarie o resultado dos exames de DNA como é conhecido hoje.

Trata-se de aplicar os subprincípios da adequação e da necessidade: se o fundamento da quebra da coisa julgada, no caso concreto, for a preservação da dignidade humana daquele que teve a sua filiação indevidamente negada, o sacrifício da segurança jurídica não poderá ir além do necessário para preservar a dignidade humana (TALAMINI, 2005, p. 606).

O autor apresenta a seguinte solução: será revisada a decisão para que seja reconhecida a paternidade (direito personalíssimo ligado à dignidade humana) e para fins de direito alimentar (que, embora seja prestação patrimonial, está em consonância com a dignidade da pessoa humana). Mas haverá a manutenção da coisa julgada para os fins estritamente patrimoniais (como, por exemplo, os direitos sucessórios) (TALAMINI, 2005, p. 606). Defende que não a solução não está alheia à lógica, pois são situações que podem ocorrer a partir da não informação de “eficácia positiva” da coisa julgada em um segundo processo ou do transcurso do prazo decadencial de dois anos sem o ajuizamento da ação rescisória. Exemplo apresentado: reconhece-se a filiação como questão prejudicial em ação de petição de herança e denega-se em ação de alimentos proposta em face dos herdeiros do suposto pai. (TALAMINI, 2005, p. 606).

No entanto, não se deve justificar a teoria por meio de situação que o próprio ordenamento jurídico tenta evitar ou excluir. O sentimento de injustiça perdura.

Ademais, o entendimento mais correto é aquele em que a relação de filiação está intimamente ligada à garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e os demais “direitos” (ao nome, ao parentesco, aos alimentos, à herança etc) são decorrências inevitáveis do reconhecimento da paternidade.

4.1.2 Inexistência de Sentença

No exemplo da sentença que reconhece a paternidade em ação proposta por alguém que não é filho do réu, há ilegitimidade ativa e a decisão é juridicamente impossível e, por consequência, inexistente. O próprio pedido seria juridicamente impossível (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 203).

No entanto, se a sentença fosse de improcedência, não haveria falta de condição da ação. A sentença seria existente e faria coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 381). Contudo, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina dizem que pode ser também entendida como inexistente, tal qual aquela que reconhece a ilegitimidade do autor, não transitando em julgado. O fundamento é que a legitimidade e mérito, nas ações de filiação, se confundem, não sendo possível uma separação nítida entre o mérito e a condição da ação (2005, p. 203).

4.2 SOLUÇÕES DAS TEORIAS CONTRÁRIAS À RELATIVIZAÇÃO

4.2.1 Causa de Pedir Diversa

Nelson Nery Junior propõe outra solução: a repositura da ação de investigação de paternidade julgada improcedente não ofende a coisa julgada anterior por se tratar de causa de pedir diferenciada, desde que a nova ação apresentasse novos elementos probatórios (NERY JUNIOR, 2004, p. 54). O autor afirma que não é a melhor solução, mas a reputa mais adequada e segura do que a mera desconsideração da coisa julgada (2005, p. 54-55).

Tal entendimento é exemplificado pelo seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. CAUSA DE PEDIR DA PRIMEIRA DISTINTA DA CAUSA PETENDI DA SEGUNDA.

Pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação de paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubinada com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra *causa petendi*, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai. São dois fundamentos diferentes, duas causas de

pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.
Recurso conhecido e provido. (STJ - Acórdão em recurso especial n. 112101 / RS. Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Data do Julgamento 29/06/2000. DJ 18.09.2000, p. 131).

Pelo ordenamento jurídico atual, no ajuizamento de uma ação nos mesmos moldes que a anterior, o que o juiz poderá analisar é se a defesa, agora argüida, foi ou não alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada da decisão do processo anterior, não podendo diminuir a eficácia que consta expressamente na sentença (NERY JUNIOR, 204, p. 55).

O caso apresentado valia-se do artigo 363 do Código Civil de 1916, que dispunha três dispositivos diferenciados para a ação de reconhecimento de filhos. No entanto, tal artigo não foi reproduzido no Código Civil atual, demonstrando a vontade do legislador em apontar apenas uma causa de pedir para a investigação de paternidade – o vínculo biológico – apontando, ainda, a importância do exame de pareamento cromossômico.

4.2.2 Coisa Julgada *Secundum Eventum Probationis*

Nelson Nery Junior sugere, ainda, que a investigação de paternidade julgada antes do advento do exame de DNA deva ser incluída no rol das hipóteses de coisa julgada *secundum eventum probationis*. Dessa forma, permitir-se-ia a repositura da ação de investigação de paternidade por ter a anterior sido julgada improcedente por insuficiência de provas (NERY JUNIOR, 2004, p. 55).

Outros autores defendem essa mesma idéia. Cristiano Chaves de Farias entende que a ação de investigação de paternidade, por falta de regramento específico, só pode fazer coisa julgada *secundum eventum probationis* (FARIAS, 2006, p. 67-68, apud DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 492). Maria Berenice Dias defende a extinção da ação relativa à filiação, por falta do pressuposto processual necessário ao eficaz desenvolvimento do feito, quando forem insuficientes as provas, causando uma

decisão terminativa, que não faz coisa julgada material (DIAS, 1999, p. 18-21, apud DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 492).

O Superior Tribunal de Justiça julgou um caso nesse sentido, admitindo uma segunda ação de investigação de paternidade, porque a primeira foi julgada improcedente baseando-se na “verdade presumida”, não excluindo inteiramente a paternidade.

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

I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.

II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Acórdão em recurso especial n. 427117/MS. Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. Relator: Ministro Castro Filho. Data do Julgamento 04/11/2003. DJ 16.02.2004, p. 241).

Nesse caso, não se produziu a coisa julgada material por ausência de provas.

Embora o precedente já tenha sido criado, aparenta ser um pouco temerário condicionar a coisa julgada à produção de provas porquanto não exista, ainda, previsão legal nesse sentido.

4.2.3 Prazo Diferenciado para a Ação Rescisória

Para Marinoni e Arenhart, o exame de DNA que contraria a sentença proferida na ação de investigação de paternidade transitada em julgado, é um meio técnico novo, podendo até ser equiparado a documento novo, sendo possível ensejar a ação

rescisória com base no artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil, tal como apresentada nos moldes atuais (2005, p. 658).

Mas a hipótese esbarra no prazo decadencial de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença que se quer rescindir. Para isso, diversas são as propostas dos doutrinadores para uma nova legislação.

No caso de já se ter transcorrido o prazo de dois anos do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade quando do surgimento do exame de DNA, argumentam os autores ser possível, ainda, a propositura da ação rescisória, pois o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória não poderia ser contado do trânsito em julgado daquela ação (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 658).

Isso porque o exame de DNA era uma técnica que ainda não podia ser utilizada na época da ação. Logo, o início do prazo decadencial deveria dar-se da ciência da parte vencida sobre a existência do novo exame⁵¹. Certos de que a comprovação da data da ciência é difícil, clamam os autores por uma imediata intervenção legislativa para inclusão do laudo de DNA no artigo que regula a ação rescisória, modificando o seu prazo para essa hipótese (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 659).

Uma solução mais adequada é proposta por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina: a ação rescisória seria possível, no caso de rescisão de sentença em ação de investigação de paternidade, no prazo de dois anos a contar da realização do exame pericial novo (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 207).

Essa conclusão é extraída da análise do princípio do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, fundamentando que a norma que institui o exercício de um direito, não pode estabelecer requisitos de impossível realização pela parte (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 207). Portanto, o prazo de dois anos da ação rescisória, no caso de ações de investigação de paternidade, não começaria a contar da data do trânsito em julgado da primeira ação, por ser impossível a realização do exame que sequer existia.

⁵¹ Atentar para o fato de que o conhecimento da existência do exame genético não abarca a possibilidade de sua realização ou o acesso ao exame pela parte.

Sendo assim, a solução é a possibilidade de ser ajuizada a ação rescisória no prazo de até dois anos a contar da realização do exame pericial novo (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 207), ressalvada a negativa de realização do exame pela parte, analisado no item seguinte.

4.2.4 Ampliação do Conceito de Documento Novo

O laudo de DNA pode ser compatibilizado com a expressão “documento novo” esculpida no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, sendo possível a ação rescisória ajuizada com base nesse exame. Isso porque o que deve basear a ação rescisória é o fato “declarado, atestado ou reproduzido” no documento, que seja capaz de assegurar a rescisão da decisão. Assim, o conceito de exame pericial novo se enquadra nessa hipótese de rescisão (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 202).

Em alguns julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a flexibilização do conceito de documento novo foi a solução adotada:

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

- O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se "documento novo" para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico. (STJ - Acórdão em recurso especial n. 300084 / GO. Órgão Julgador S2 – Segunda Seção. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 28/04/2004. DJ 06.09.2004 p. 161).

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE.

O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória da paternidade é documento para o fim de ensejar a ação rescisória. Recurso conhecido e provido. (STJ - Acórdão em recurso especial n. 189306 / MG. Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Data do Julgamento 25/06/2002. DJ 14.10.2002 p. 231).

No entanto, a ação rescisória nesses casos está condicionada à inexistência ou impossibilidade de realização do exame de DNA. Caso o suposto pai tenha se negado a realizar o exame genético, não poderá, em ação rescisória, fazer uso do exame. Isso porque podia utilizá-lo na ação já transitada em julgado (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 202).

Foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a controvérsia:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Trânsito em julgado. Ação de anulação do registro civil. O investigado que se recusa a submeter-se ao exame do DNA, tendo recursos para tanto, não pode depois do trânsito em julgado dessa ação e vencido o prazo para a ação rescisória, promover ação de anulação do registro, sob a alegação de que agora está disposto a fazer o exame. (...). (STJ - Acórdão em recurso especial n. 196966 / DF. Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento 07/12/1999. DJ 28.02.2000 p. 88).

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 301⁵² que regulamenta a presunção na ação de investigatória de paternidade, com base nos artigos 231 e 232 do Código Civil⁵³. A ação pode ser julgada, portanto, com base em uma presunção, que transitará em julgado, sendo acobertada pela coisa julgada.

Desse modo, a ação rescisória baseada em laudo de DNA não pode ser reproposta quando, ao tempo da ação transitada em julgado, era possível a realização do exame e não foi feito por negativa do litigante, pois contra ele considerou-se a presunção de paternidade em seu desfavor.

4.6 PROJETO DE LEI

Tentando regulamentar a matéria, houve um projeto de Lei nº 116/2001 de autoria do Senador Valmir Amaral, que propunha nova redação ao art. 8º da Lei nº

⁵² STJ, Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

⁵³ CC, art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

CC, art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

8.560/1992: “Parágrafo único. A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada.”

O projeto de lei visava regulamentar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, condicionando-a a prova produzida nos autos, criando uma nova hipótese de coisa julgada *secundum evetum probationis*. O projeto de lei foi arquivado, em virtude do fim da legislatura de 2003/2006 (artigo 332, Regimento Interno do Senado Federal⁵⁴) e a não reeleição do senador.

Esse projeto cria um problema em relação à recusa do suposto pai em fazer o exame de compatibilidade genética. O juízo, ao utilizar-se da presunção contra o réu para solucionar o litígio, julgando a investigação de paternidade procedente, tal decisão jamais seria acobertada pela coisa julgada⁵⁵.

Talamini (2005, p. 651/652) ainda critica o projeto de lei afirmando que uma solução deve abarcar, preferencialmente, todas as ações de estado⁵⁶. Aliás, o projeto por tentar corrigir apenas o aspecto probatório e uma sentença pode ser injusta por outro vícios ou defeitos (TALAMINI, 2005, p. 652). Isto é, não resolve o problema da necessidade de relativização da coisa julgada.

Outro problema: a lei somente será aplicada aos casos posteriores a ela, não abrangendo as ações anteriores. Atualmente, não se tem, mais, grandes problemas relativamente à ação de investigação de paternidade por estar generalizada a utilização do laudo de DNA como prova de filiação. As situações que exigem uma solução são

⁵⁴ RISF, art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas;

II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos;

III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato;

IV – as com parecer favorável das comissões;

V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49);

VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52);

VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC no 35/2001).

⁵⁵ Nesse sentido, a explicação de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina é a mais adequada: os autores salientam que, caso o suposto pai tenha se negado a realizar o exame genético, não poderá, em ação rescisória, fazer uso do exame. Isso porque podia utilizá-lo na ação já transitada em julgado (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 202).

⁵⁶ São ações de estado aquelas relativas à cidadania (condição de brasileiro ou estrangeiro), à filiação, à capacidade (maior, menor, interdito) e ao estado civil (casado, solteiro, divorciado, viúvo), e ainda as ações de anulação de casamento, de separação, de investigação de paternidade, de interdição e as de alimentos, por terem como pressuposto uma questão de estado (TESHEINER, 2002, P. 122).

aquelas advindas de ações já acobertadas pela coisa julgada material, julgadas anteriormente à existência ou notoriedade do exame de pareamento genético. Para esses casos, a lei não se aplica automaticamente, necessitando de análise e pronunciamento do Poder Judiciário sobre a relativização da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 653).

Por outro lado, a coisa julgada material produzida somente por exame de DNA protege a dignidade da pessoa humana no momento em que garante ao suposto filho saber com um alto grau de probabilidade sobre seus vínculos biológicos e, diante da negativa de filiação, permite-lhe a continuidade da busca de sua ascendência biológica⁵⁷, seja para precaução contra possíveis doenças hereditárias, seja para mero conhecimento.

⁵⁷ Cumpre ressaltar que esse direito é limitado no caso de reprodução assistida heteróloga, em que haja a autorização do marido ou companheiro. Mesmo sendo utilizados gametas de terceiros na fecundação, aquele que deu autorização é presumido pai. Essa presunção é absoluta, não podendo ser elidida com a produção de provas (artigo 1.547, inciso V, do Código Civil).

7 CONSIDERAÇÕES

A presente pesquisa apresentou o assunto da coisa julgada e sua relativização, começando por estabelecer algumas noções gerais sobre a coisa julgada.

A coisa julgada é a impossibilidade de rediscussão ou de alteração do caso já julgado. É uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XXXLV, da Constituição Federal. E, embora haja discussão na doutrina, prefere-se o entendimento de que a sua natureza jurídica se aproxima de uma situação jurídica de imutabilidade do conteúdo da sentença.

Estabelecidas as diferenças da coisa julgada material e formal, observou-se que a imutabilidade apenas atinge a primeira, de forma que será impedida a rediscussão do mérito de questão já decidida, tanto como questão principal (efeito negativo), quanto incidentalmente (efeito positivo).

A análise da incidência da coisa julgada material se fez importante para evitar as falsas discussões quanto à sua revisão. Em princípio, somente estão abrangidos pela imutabilidade da decisão o dispositivo da sentença e as partes do processo. Todavia, pôde-se observar algumas exceções em relação às matérias decididas na fundamentação e não repetidas no dispositivo, que se tornam indiscutíveis, e pessoas que são atingidas pela autoridade da coisa julgada material mesmo sem fazer parte do processo, nos casos de determinados terceiros, interessados na causa ou não.

No estudo do modo de produção da coisa julgada, observou-se que algumas ações, quando julgadas, não fazem coisa julgada material, podendo ser julgadas novamente.

São alheias às discussões sobre a relativização da coisa julgada as figuras assemelhadas a esta, por terem como característica a imutabilidade, mas que, com ela não se confundem: são a justiça da decisão, a eficácia preclusiva da coisa julgada e o princípio do dedutível e do deduzido.

Por fim, não formam a coisa julgada material as sentenças inexistentes, as terminativas, as proferidas em ação de jurisdição voluntária, as decisões de processos cautelares e as decorrentes das relações continuativas.

Abordando especificamente as teorias da relativização da coisa julgada, necessário foi alertar a existência de relativizações típicas na legislação, como a ação rescisória, impugnação baseada em erro material e impugnação da sentença inconstitucional prevista no § 1º do artigo 475-L e do § único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil.

No que pertine à possibilidade de relativização atípica, a doutrina é bastante divergente. Há vários posicionamentos que, neste trabalho, foram divididos em dois blocos principais: as teorias favoráveis e as contrárias à relativização, quando as sentenças acobertadas pela coisa julgada material fossem injustas ou inconstitucionais.

Nos posicionamentos favoráveis foram encontradas as seguintes teses:

Há quem defenda a ponderação de princípios constitucionais, principalmente o da proporcionalidade. No entanto, não há claramente nenhum critério ou parâmetro que identifique as situações passíveis de revisão por meio da relativização da coisa julgada. O parâmetro para a flexibilização não pode ser toda e qualquer injustiça, por ser atentatório ao instituto da coisa julgada e à garantia aos jurisdicionados da paz social. Ao que parece, a possibilidade de revisão da decisão já transitada em julgado deve ser analisada em cada caso concreto.

A não-formação da coisa julgada diante da impossibilidade dos efeitos da sentença, sejam materiais (impossibilidade de realização), sejam jurídicos (choque com algum valor humano, ético, social ou político garantido constitucionalmente) é uma tese que se aproxima daquela da ponderação de valores. E a mesma crítica serve aqui: não há mecanismos para a identificação de qual situação é passível de flexibilização da coisa julgada material.

A teoria baseada na ausência de caráter constitucional à coisa julgada traz uma solução interessante. A falta de natureza constitucional não traz conflito de princípios constitucionais, prevalecendo sempre os últimos em detrimento da coisa julgada.

Todavia, pela interpretação ampliativa aplicada aos direitos e garantias constitucionais, verifica-se que a coisa julgada é garantia de estabilização das relações sociais, não devendo ser aceito o argumento de ausência de natureza constitucional à autoridade da coisa julgada.

Na razoabilidade interpretativa das injustiças, o juiz deve analisar o caso julgado e a possibilidade de sua revisão com olhos de um homem comum. Entretanto, o magistrado está adstrito aos limites da norma, não podendo valer-se somente do senso comum para a identificação das injustiças capazes de ser revisadas.

Por sua vez, a noção ampliativa de sentença inexistente apresenta um rol mais extenso de situações que não são atingidas pela coisa julgada, contudo, a apresentação de muitos casos não abrangidos pela imutabilidade pode representar uma insegurança jurídica. Além disso, algumas condições da ação estão intimamente ligadas ao mérito da questão, não sendo prudente que sua ausência dê causa à inexistência do processo.

Os argumentos contrários à relativização são:

A constitucionalidade da coisa julgada, como analisado acima, é matéria abordada pelos doutrinadores que não aceitam a relativização da coisa julgada. Assim, como a imutabilidade das decisões é uma garantia constitucional, a revisão de uma sentença acobertada pela coisa julgada material somente é possível diante dos mecanismos já definidos em lei (meios processuais de relativização típica da coisa julgada). Todavia, os autores que defendem essas teses aceitam a flexibilização do conceito de coisa julgada, restringindo seu âmbito de incidência, assim como a teoria da ampliação das hipóteses de sentença inexistente (note-se que esta última encontra-se no rol das teorias favoráveis à descon sideração).

Essa solução apresentada é muito mais perigosa, abrindo mais espaço para a flexibilização da coisa julgada por meio da subversão ou adaptação do conceito da coisa julgada.

Além do mais, existe a incerteza da justiça da decisão posterior, ou seja, não há meios de se garantir que a sentença que julga novamente uma questão seja mais justa que a primeira. Essa conclusão alerta para a necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para identificação das situações passíveis de relativização da coisa julgada, que sejam diferentes da simples ocorrência de injustiça (conceito subjetivo).

A ausência de uma legislação autorizadora também impede que a relativização seja realizada fora dos casos previstos em lei.

No último capítulo, analisou-se o comportamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça frente a uma mesma situação fática: a investigação de paternidade

julgada improcedente que fez coisa julgada material, contrariada por posterior exame de pareamento genético (laudo de DNA).

Dessa análise pôde-se observar que há decisões favoráveis e contrárias à relativização da coisa julgada. E, mesmo sem uma legislação específica sobre o assunto da flexibilização da coisa julgada material, o Superior Tribunal de Justiça a aplicou em diversos casos. A melhor solução para o caso analisado (investigação de paternidade) é a formação da coisa julgada material *secundum eventum probationis*, isto é, sendo o caso julgado por insuficiência de provas, permite-se o ajuizamento de ação idêntica, desde que seja apresentada uma prova nova capaz de formar o convencimento do julgador, admitindo-se a presunção de paternidade ante a recusa da parte em realizar o exame de DNA.

A ausência de parâmetros para a aplicação da relativização da coisa julgada material traz diversos entendimentos e, conseqüentemente, diversas situações semelhantes julgadas de modo completamente diferente. A revisão de julgados pela simples ocorrência de injustiça causa situações teratológicas, atentatórias à estabilidade das relações sociais.

No entanto, a estabilidade das relações sociais não pode ser confundida com estagnação. Em alguns casos a imutabilidade atribuída à coisa julgada material traz tanto ou mais insegurança jurídica aos jurisdicionados, sendo o caso de ser revista. Faz-se imperioso a modificação legislativa para a ampliação das hipóteses de ação rescisória e, se pertinente, a ampliação ou supressão do prazo decadencial para a sua propositura.

Por fim, a ponderação de valores é necessária para a identificação dos casos graves, passíveis de afastamento da coisa julgada material, mas não é suficiente. É certo que não há uma fórmula absoluta que determine a revisão do julgado, mas faz-se necessário, com o aprofundamento do estudo da matéria, a propositura de mecanismos para a identificação dos casos e critérios para a relativização da coisa julgada material.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 232-264.

BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 155-231.

BRASIL. Constituição (1988). PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. 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. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. PINTO, Antonio Luiz de Toledo;

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Resolução nº 93, de 1970. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/regsf/>>, acessado em 03/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse Abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao Processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição Completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, ate mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado esta coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão em recurso especial n. 107248 / GO. Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgamento 07/05/1998. DJ, 29/06/1998, p. 160.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Investigação de paternidade. Trânsito em julgado. Ação de anulação do registro civil. O investigado que se recusa a submeter-se ao exame do DNA, tendo recursos para tanto, não pode depois do trânsito em julgado dessa ação e vencido o prazo para a ação rescisória, promover ação de anulação do registro, sob a alegação de que agora está disposto a fazer o exame. MINISTÉRIO PÚBLICO. Intimação. Recurso. Prazo. O prazo para o Ministério Público recorrer começa da data do ciente aposto pelo seu representante, e não do ingresso dos autos na repartição encarregada da movimentação do processo, na Procuradoria. Recurso tempestivo, conhecido e provido. Acórdão em recurso especial n. 196966 / DF. Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento 07/12/1999. DJ 28.02.2000, p. 88.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e processual civil. Segunda ação de investigação da paternidade. Causa de pedir da primeira distinta da causa petendi da segunda. Pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da

paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubinada com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra causa petendi, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada. Recurso conhecido e provido. Acórdão em recurso especial n. 112101 / RS. Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Data do Julgamento 29/06/2000. DJ 18.09.2000, p. 131.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Rescisória. Investigação da paternidade. O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória da paternidade é documento para o fim de ensejar a ação rescisória. Recurso conhecido e provido. Acórdão em recurso especial n. 189306 / MG. Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Data do Julgamento 25/06/2002. DJ 14.10.2002, p. 231.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Investigação de paternidade. Propositura de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente pelo não comparecimento da representante legal do investigando à audiência de instrução. Confissão. Coisa julgada. Afastamento. Direito indisponível. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão em recurso especial n. 427117 / MS. Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. Relator: Ministro Castro Filho. Data do Julgamento 04/11/2003. DJ 16.02.2004, p. 241.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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. Acórdão em recurso especial n. 226436 / PR. Órgão Julgador T4 – Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 28/06/2001. DJ 04.02.2002, p. 370

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação rescisória - investigação de paternidade - exame de dna após o trânsito em julgado - possibilidade - flexibilização do conceito de documento novo nesses casos. Solução pró verdadeiro "status pater". - O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se "documento novo" para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico. Acórdão em recurso especial n. 300084 / GO. Órgão Julgador S2 – Segunda Seção. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 28/04/2004. DJ 06.09.2004, p. 161.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. DJ 22.11.2004, p. 425.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. I, 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 127-154.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 77-121.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 01, p. 18-21 apud DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 492.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____; CUNHA, José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3, Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. **Instituições de direito processual civil**. vol. 3, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33-76.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. Relativização da coisa julgada material – enfoque crítico. Fredie DIDIER JÚNIOR; (org.). 2ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 199 apud DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 492.

FREITAS, Adriana Moreira Silveira; ROCHA, Ana Maria Suares. *A querela nullitatis* no sistema processual civil brasileiro. In **Ordem dos Advogados – Mato Grosso do Sul**. Disponível em <www.oab-ms.org.br/artigo/querela_nullitatis.pdf>, acessado em 03/10/2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 2. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Relativização da coisa julgada material – enfoque crítico**. Fredie DIDIER JÚNIOR; (org.). 2ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 199 apud DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 504.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, **Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 107-108 apud DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 479-480.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 1-31.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relativização da coisa julgada material. Desapropriação indireta. Alegada supervalorização dos imóveis em ofensa ao princípio constitucional da justa indenização. Ação declaratória autônoma buscando a nulidade da perícia e dos atos processuais subseqüentes ou, ao menos e sucessivamente, do cálculo do contador judicial elaborado nos embargos à execução porque desobedecidos os comandos do título judicial executivo. Petição inicial indeferida. Entendida falta de interesse de agir pela inadequação da via eleita e incompetência funcional absoluta do juízo de primeiro grau de jurisdição. Processo extinto sem resolução de mérito. Apelação. Cabimento da demanda proposta. Recurso provido. Sentença cassada para que o feito tenha regular prosseguimento. (1) A ação declaratória autônoma pode se constituir no instrumento processual adequado para, em caráter excepcional, corrigir a coisa julgada material inconstitucional oriunda de decisão judicial alicerçada em base fática defeituosa, que a torna nula ou inexistente,

por isso não se sujeitando à limitação temporal de índole prescricional ou decadencial. (2) Ainda que a decisão que gerou a coisa julgada material inconstitucional tenha sido proferida pelo Tribunal, a competência para conhecer, processar e julgar a ação declaratória autônoma que visa corrigi-la é do juízo de primeiro grau de jurisdição, visto que se trata do exercício de uma nova demanda - similar à querela nullitatis do direito processual medieval - que gerará um novo processo de conhecimento com causa de pedir e pedido diversos, de modo que não se irá reapreciar questão já decidida pelo órgão judiciário de hierarquia superior, mas a alegada ofensa à Constituição Federal com o reconhecimento, se for o caso, de que a relação jurídica processual e, por conseguinte, a decisão judicial que se seguiu são nulas ou inexistentes. Acórdão vencedor em apelação cível n. 341.931-2. 4ª Câmara Cível. Relator: Adalberto Jorge Xisto Pereira. Declaração de voto vencido: Desembargador Abraham Lincoln Calixto. Data do Julgamento 08/05/2007. DJ 18/05/2007.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

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

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 72-126.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. vol. 1, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/DNA>>, acessado em 01/10/2008.