

ISBN 978-85-020-5981-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Moreira, José Carlos Barbosa
Temas de direito processual : (nona série) / José Carlos
Barbosa Moreira. — São Paulo : Saraiva, 2007.

1. Processo civil - Brasil 2. Processo civil - Parceres -
Brasil I. Título.

06-7727

CDU-347.9(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)



Av. Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3286 (fax) — SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688
(outras localidades) — E-mail: saraiyajur@editorasaraiva.com.br — Acesso: www.saraiyajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDONIA/RODRIGUES

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1394
Fax: (85) 3238-1391 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG OD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112

Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310

Belo Horizonte

PARÁ/MAPÁ
Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba
PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/LAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510

Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284

Rio de Janeiro

RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. Ceará, 1360 — São Gerardo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563
Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3813-3000 — São Paulo

*Aos colegas e amigos que se empenham, no
Brasil e fora dele, em fazer progredir a nossa
ciência e aprimorar o funcionamento da Justiça.*

É claro, no entanto, que nenhum outro credor, além do demandante, figurará no título executivo, que é a sentença condenatória: nesta não se abudirá a quem não haja sido parte no processo. Torna-se necessário com-patibilizar com os dizeres dos arts. 566 e 567 do Código de Processo Civil, que enumeram os legitimados ativos à execução, o reconhecimento da legitimação conferida aos outros credores solidários. E o único modo de fazê-lo é admitir que o art. 274 do Código Civil criou mais uma hipótese de legitimação ativa à execução, a acrescentar-se às contempladas no es-tatuto processual. O credor estranho ao feito poderá promover a execução invocando a sentença favorável a seu consorte.

Não fica o devedor impedido, naturalmente, de impugnar a execução, arguindo, pela via própria, exceção pessoal que tenha, oponível ao exe-quente. Até se concebe que o executado negue a própria qualidade, que este invoca, de credor solidário, e lhe rejeite, conseqüentemente, a legiti-mação para executar.

4.3. Relevância do fundamento da sentença

Visto que a sentença favorável ao credor demandante pode surtir efeitos e fazer coisa julgada, ou não, para os outros co-credores, segundo o fundamento adotado, é essencial que o juiz deixe o ponto perfeitamente explícito, na motivação. Toda omissão ou falta de clareza no particular terá corolários altamente indesejáveis. É preciso que o teor da decisão indique, em termos cristalinos, se o réu arguiu exceção, qual foi, que juízo se formou a respeito dela e com que base se chegou a semelhante conclusão.

O descumprimento desses preceitos dará ensejo, obviamente, a em-bargos de declaração (Código de Processo Civil, art. 535, ns. I e II).
Setembro de 2005.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA MATERIAL*

1. Observações terminológicas. 2. Enquadramento dogmático da proposta: uma alternativa inafastável e os corolários da opção. 3. A coisa julgada material como situação dotada de eficácia preclusiva. 4. Significação do fenômeno do ponto de vista da política jurídica. 5. A garantia constitucional da coisa julgada. 6. A alegada existência de casos mercedores de tratamento diferenciado. Um critério inaceitável de identificação. 7. O critério baseado na “impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença”. 8. A “coisa julgada inconstitucional”. 9. Um caso realmente dotado de caracté-risticas especiais. 10. A questão dos meios processuais utilizáveis para a “relativização”. 11. Prováveis conseqüências práticas da “relativização”. 12. E o processo penal? 13. Considerações “de lege ferenda”.

1. OBSERVAÇÕES TERMINOLÓGICAS

Vem ganhando espaço entre nós, nos últimos tempos, debate doutri-nário, com alguns reflexos na jurisprudência, em torno da proposta a que se tem chamado de “relativização” da coisa julgada material. E um dos tópicos mais salientes dessa discussão é o da denominada “coisa julgada inconstitucional”. Utilizamos as aspas não apenas para indicar que ambas as expressões foram cunhadas por outros autores; elas indicam também, logo de saída, reservas de ordem terminológica que nos ocorrem.

Começemos pela palavra “relativização”. Não nos impressiona mui-to a circunstância de estar ela ausente da maioria dos dicionários, como ausente também está o verbo “relativizar”: uma das formas da natural evolução da língua é a criação de vocábulos novos, e esses se afiguram forjados de maneira compatível com a índole do idioma português. Nossa estranheza tem outro motivo. É que, quando se afirma que algo deve ser

* Publicado in *Rev. For.*, v. 377, *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, nº 22, *Gêneseis — Rev. de Dir. Proc. Civ.*, nº 34, *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civ.*, nº 33, *Rev. de Dir. do TJRJ*, v. 62.

“relativizado”, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda “relativizar” o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada. O que se pode querer — e é o que no fundo se quer, com dicção imperfeita — é a *ampliação* do terreno “relativizado”, o *alargamento* dos limites da “relativização”.

Soa também inexacta a locução “coisa julgada inconstitucional”. Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela *imutabilidade* — pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aquela e estes². Pois bem: se “inconstitucional” significa “incompatível com a Constituição” (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à *coisa julgada* a qualificação de “inconstitucional”.

1. Empregada, por exemplo, no título de volume coletivo organizado por CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, Rio de Janeiro (1ª ed., 2002; 4ª ed., 2004) e em mais de um dos trabalhos aí reunidos.

2. A referência a ambos os elementos (conteúdo e efeitos) reflete com maior fidelidade o pensamento de LIEBMAN do que a alusão restritiva, que às vezes se faz nesse contexto, aos *efeitos*; vide a passagem do mestre italiano contida em sua última obra, *Manuale di diritto processuale civile*, v. II, 4ª ed., Milão, 1981, p. 420: “L’essenza della *cosa giudicata* è proprio nell’*immutabilità della sentenza*, del suo contenuto e dei suoi effetti”, mas cf., já na clássica monografia, *Efficacia ed autorità della sentenza*, onde o problema fora tratado *ex professo*, a rubrica do § 3: “L’autorità della *cosa giudicata* come una *qualità* della sentenza e dei suoi effetti”, p. 25 da reimpressão da 1ª ed., Milão, 1962 (todos os destaques são nossos). CÂNDIDO DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, no volume citado em a nota anterior, 1ª ed., p. 36, resume fielmente a concepção de LIEBMAN, ao aludir à “*imutabilidade da sentença e de seus efeitos*” — (grifado no original), e noutro lugar (p. 55) transcreve o lanço do *Manuale* onde é explícita a menção à imutabilidade da *coisa julgada*; no resio do trabalho, porém, concentra-se exclusivamente na idéia da imutabilidade dos *efeitos* para fundamentar sua proposta de “relativização” (vide, especialmente, p. 37, 38, 58, 59, 60, 61, 62). Na medida em que *restringe* o alcance da coisa julgada material, limitando-a aos efeitos da sentença (com abstração, pelo menos aparente, do respectivo conteúdo), esse modo de falar afasta-se parcialmente do pensamento liebmaniano — o que por si só, é óbvio, não o compromete: também para nós, a teoria de LIEBMAN é aceitável *só em parte* (naquela em que se exclui do rol dos efeitos da sentença a *autoritas rei iudicatae*).

Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado³, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir.

Só se poderia justificar a dicção criticada se identificássemos a coisa julgada com a própria decisão, à maneira do que fazia o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (“Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”). Hoje, todavia, o conceito legal é outro e repele a sinonímia (art. 467 do Código de Processo Civil).

2. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA PROPOSTA: UMA ALTERNATIVA INAFASTÁVEL E OS COROLÁRIOS DA OPÇÃO

Falando de maneira geral, a proposta de “relativização” refere-se a casos de injustiça vista como intolerável, por excessiva gravidade, bem como aos da (impropriamente) dita “coisa julgada inconstitucional”. Adiante voltaremos ao assunto, para passar em revista os exemplos que se costumam invocar em prol da tese. Antes, porém, é oportuno indicar um ponto nem sempre bem esclarecido nos trabalhos que se vêm publicando a respeito, mas de grande importância no tocante às consequências.

Abrem-se dois caminhos a quem queira sustentar que, nas hipóteses de que se cuida, não há cogitar de obstáculo resultante da coisa julgada à reapreciação da matéria em juízo. Consiste um deles em *negar a própria existência da coisa julgada material*: esta, aí, não chegaria a formar-se, a despeito da preclusão total das vias utilizáveis para novo exame no mesmo processo⁴. Outro caminho consiste em reconhecer a existência da coisa

3. Ocioso, talvez, lembrar que existe um recurso especificamente ordenado à impugnação de decisões (ainda não transistadas em julgado) com fundamento na suposta contrariedade à Constituição: o extraordinário *ex art.* 105, nº III, letra a, da Carta da República. Cf., *infra*, nº 7.

4. Parece ser essa a posição de CÂNDIDO DINAMARCO, a julgar pelo seguinte passo: “*sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta*

judgada material, mas entender que é possível *negar imutabilidade à sentença* em razão do vício grave que a inquinou; em outras palavras, entender que *a coisa julgada é suscetível de ser desconsiderada*? Fora dessas duas, não vislumbramos maneira de configurar dogmaticamente o fenômeno. Para que se possa pôr de lado o empecilho, decorrente da *res iudicata*, à rediscussão e reapreciação da matéria em processo subsequente⁶, ou se parte da premissa de que na espécie *não há coisa julgada*, ou se afirma que *a coisa julgada, embora exista, comporta desconsideração*. Se não nos enganamos, *tertium non datur*.

É imprescindível, ao nosso ver, que se expliquem a tal propósito os fatores da “relativização”, a fim de que se possa avaliar a coerência interna do pensamento de cada qual. Com efeito, em perspectiva de *lege lata* — que é, frise-se, adotada neste passo —, para respeitar os ditames da lógica, será forçoso, segundo o caminho por que se opte, admitir determinados corolários e passá-los pela pedra de toque do direito positivo.

Assim: quem sustente a inexistência da coisa julgada, terá coerentemente de rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença. O art.

pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunitizados por essa autoridade” (trab. cit. em a nota 2, *supra*, p. 61), certo como é que o autor põe na base de sua construção a tese de que certas sentenças, por incompatíveis com princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, não são aptas à produção de efeitos (cf. p. 58 e s.) — e é precisamente por isso que não merecem o selo da imutabilidade. Todavia, no mesmo trabalho, p. 72, declara CANDIDO DINAMARCO, ao nosso ver contraditoriamente, que aceita “a ideia da *coisa julgada inconstitucional*” (grifado no original).

5. Assim devem pensar os que se valem da expressão “coisa julgada inconstitucional”, onde naturalmente se *pressupõe a existência* da coisa julgada. Com efeito, *somente o que existe* pode ser qualificado de inconstitucional: ao que não existe, um único adjetivo se mostra aplicável: inexistente.

6. A definição do art. 467 do Código de Processo Civil alude sucessivamente à imutabilidade e à indiscutibilidade da sentença transitada em julgado. A rigor, bastaria aludir à imutabilidade, da qual, como já acentuamos noutros trabalhos (vide BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*, in *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, 2ª ed., S. Paulo, 1988, p. 88, nota 17; *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, in *Temas (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984, p. 107), a indiscutibilidade constitui mera consequência: preexclui-se nova discussão porque não se poderia mudar o que fora decidido, e em tais condições discutir seria perder tempo e desperdiçar energias. Nosso pensamento nada tem aqui de novo: no início do século passado já assinalava HELLMIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Aalen, 1968 (reimpressão da edição de 1912), v. I, p. 777: “*Die Bindung des Gerichts ist das primäre; die Unbestreitbarkeit durch die Parteien ist die Folge* (O primário é a vinculação do órgão judicial; a indiscutibilidade pelas partes é a consequência)”.

485, *caput*, do estatuto processual limita esse cabimento, em termos inquiridos, aos casos de “sentença de mérito, transitada em julgado”⁷; e, no entendimento praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência⁸, a expressão significa aí “sentença revestida da *autoridade de coisa julgada material*”. Destarte, paradoxalmente, a superlativa gravidade do vício (inclusive a ofensa à Constituição) não satisfará — ao contrário de vícios menos graves — o requisito básico da admissibilidade da rescisória: se, mediante via estará fechada a quem queira impugnar a sentença, após a preclusão das vias recursais.

De outra parte, quem prefira trilhar o outro caminho, aceitando que a coisa julgada existe, mas pode ser posta de lado, precisará acertar as contas com disposições igualmente categóricas do Código de Processo Civil, a saber as dos arts. 471 e 474. Estabelece o primeiro: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide⁹, salvo: I — se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação do 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”. Reza o segundo: “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”.

Dos dois incisos que, no art. 471, abrem exceções, nenhum aqui se aplica. Quanto ao inciso I, não se está cogitando (*rectius*: não se está *necessariamente cogitando*) de relações jurídicas continuativas; e, a tratar-se de alguma relação desse gênero, nem por isso o problema se porá em

7. Falando da sentença rescindível, frisa com toda a propriedade ADROALDO FURTADO FABRICO, *Réu revel, querela nullitatis e ação rescisória*, in *Ensaio de Direito Processual*, Rio de Janeiro, 2003, p. 244, que “ela transitou em julgado (*sem o que não seria passível de rescisão*)” (grifamos).

8. O “praticamente” vai por conta da opinião (isolada) de PONTES DE MIRANDA, que continuou a sustentar, sob o vigente código, a concepção da rescisória como ação dirigida contra a *res iudicata* no sentido puramente formal (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI, 3ª ed., com atualização legislativa de Sergio Bernades, Rio de Janeiro, 1998, p. 165; *Tratado da ação rescisória*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 144).

9. Alude o texto à “mesma lide”, não ao “mesmo processo”: não restringe a este o veto à nova decisão. Corretissimamente, MONIZ DE ARAÇÃO, *Sentença e coisa julgada*, Rio de Janeiro, 1992, p. 266: “A primeira oração (‘nenhum juiz decidirá’) mostra que seus efeitos ultrapassam os limites de um determinado processo e abrangem outro qualquer. Sob esse aspecto a regra afirma os princípios inerentes à coisa julgada material a que inquestionavelmente se refere”.

termos diferentes, visto que a proposta de “relativização” não distingue entre as hipóteses indicadas no texto legal e outras quaisquer. Ademais, não se apontam “casos prescritos em lei” (inciso II) em que se autorize, com a largueza preconizada, a revisão de decisões¹⁰. Assim — sempre *de lege lata* —, o art. 471 e seus incisos exigem daquela proposta credenciais que ela não parece capaz de exhibir.

Vamos ao art. 474. Nêle se consagra a eficácia preclusiva da coisa julgada material¹¹, utilizando-se a técnica (um tanto grosseira) da ficção jurídica. Diz o texto que se “reputarão” deduzidas e repelidas as alegações e defesas *ex utraque parte*, ainda quando fossem capazes, se deduzidas, de levar o processo a desfecho diverso. Noutras palavras, “fingir-se-á” que as deduziu o legitimado a tanto, mas o juiz não as acolheu. A rigor, nem essa formulação é exata: a eficácia preclusiva abrange também as questões (como as de direito) de que o próprio órgão judicial poderia haver conhecido *ex officio*, porém lhe escaparam à atenção.

Cumprе ressaltar a distinção entre a problemática da eficácia preclusiva e a dos limites objetivos da coisa julgada, regidos estes fundamentalmente, com dicção negativa, pelo 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”). São duas disciplinas inconfundíveis e, por assim dizer, complementares. De um lado, mesmo as questões efetivamente *resolvidas*, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam fora do âmbito da *res iudicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior *sobre lide diversa*. De outro lado, até as questões *não resolvidas* subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior *sobre a mesma lide* (ou, adite-se, sobre lide subordinada).

10. Sem dúvida, na ação rescisória, procedente que seja o pedido de rescisão, pode caber (e cabe na maioria dos casos) o reexame da matéria julgada (art. 494), mas isso acontece precisamente porque se desfaz, no *iudicium rescindens*, o óbice da *res iudicata*; acrescenta-se que, segundo entendimento pacífico, é *taxativo* o rol dos possíveis fundamentos da rescisória, constante do art. 485 (vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 154, com outras indicações bibliográficas, do Brasil e de países que têm institutos análogos, em a nota 126).

11. Sobre o assunto, permitimo-nos remeter o leitor ao nosso escrito *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*, in *Temas (Primeira Série)*, cit., p. 97 e s., onde o versamos com algum desenvolvimento.

nada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se torna imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada¹².

Do exposto infere-se com facilidade que não é preciso “relativizar” o que quer que seja para negar a existência do obstáculo da *res iudicata* à cognição da matéria litigiosa em processo subsequente relativo a *outra lide*¹³. A coisa julgada (com sua eficácia preclusiva) unicamente prevalece dentro das fronteiras que o ordenamento positivo lhe traça. Reconhecer e respeitar essas fronteiras de modo algum equivale a “relativizá-la”.

3. A COISA JULGADA MATERIAL COMO SITUAÇÃO DOTADA DE EFICÁCIA PRECLUSIVA

Convém explorar um pouco mais a fundo — embora, obviamente, sem a pretensão de esgotá-lo — o tema da coisa julgada material como

12. Merecem transcrição, pela clareza e precisão com que explicam o princípio segundo o qual “a coisa julgada cobre o deduzido e o deduzível”, as palavras (aplicáveis ao direito brasileiro) de PRATO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ª ed., Nápoles, 2002, p. 63: “Questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non infuisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: *inadviato* (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il *dedotto* e *deducibile* *ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotte) o che si sarebbe potuto proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio”.*

13. Foi o que fez ADA PELLEGRINI GRINOVER, no parecer publicado em o nº 10 do *Informativo Injuriar*, p. 5/6. É possível que a ilustre parecerista, em algum outro trabalho, que não conhecemos, haja aderido à tese da “relativização”. Esse parecer, contudo, não é invocável a favor dela. Basta ler a ementa para verificar que a questão se cifra em saber se a sentença de improcedência em ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação obstava ao julgamento de outra ação, declaratória da inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico. A conclusão da autora foi a de que “o objeto do processo da ação anulatória da escritura de reconhecimento não é igual ao objeto do processo da ação declaratória de inexistência da relação de paternidade”, e portanto “a improcedência da ação anulatória não impede a propositura e eventual procedência de ação declaratória de inexistência de relação de paternidade”. Pode-se concordar ou discordar dessa conclusão; o que não se pode é enxergar nela adesão à proposta “relativizadora”.

situação dotada de eficácia preclusiva¹⁴. Há situações jurídicas que, ao se formarem, pressupõem *desconformidade* com a situação anterior, e delas se diz que têm eficácia *constitutiva*. Outras há que, ao contrário, pressupõem *conformidade*, ao menos no essencial, com a situação anterior; a respectiva eficácia é meramente *declaratória*. Mas ainda há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem a eficácia *preclusiva*. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou para trás: nada importa que se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará *da nova situação*. Opera-se, por assim dizer, uma *cisão* entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita.

A prescrição é exemplo típico, no plano material, dessa espécie de situações. Certamente, para fazê-la valer, é necessário, em regra, que o interessado a alegue (Código Civil, art. 194); se, contudo, ele o faz, e o juiz acolhe a arguição, despe-se de toda e qualquer relevância a questão de saber qual era, na verdade, a situação anterior. Pode ser que o crédito existisse, pode ser que não; pode ser que a pretensão fosse fundada, pode ser que não. Acolhendo a arguição de prescrição, o juiz dará por encerrada sua atividade cognitiva: nada mais tem que investigar, e errará gravemente se acrescentar, na sentença, o que quer que seja a respeito da relação jurídica litigiosa. Outro exemplo é a usucapião: uma vez consumada, não interessa perquirir se o usucapiente já era proprietário, a título diverso, ou se só agora adquiriu a propriedade. O passado tornou-se irrelevante.

Pois bem: é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar — salvo expressa exceção legal — para indagação alguma acerca da situação anterior¹⁵. Não por que a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar

14. A exposição que se segue baseia-se na contribuição de FALZEA, verbete *Acceramento* — *teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, nº 1, 1958, p. 208 e s., aproveitada por MACHADO GUMARÃES, *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, p. 30/1.

15. Sob o regime de 1939 (do qual não se afasta, na substância, o vigente), escrevia MACHADO GUMARÃES, *trab. cit.* em a nota 14, *supra*, p. 25: "Esta regra, da eficácia preclusiva, é de aplicação rigorosa, só derogada em casos excepcionais expressamente previstos na lei, como é, por exemplo, o previsto no inciso I do citado art. 1.010" (hoje, art. 741) do estatuto processual.

o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam textos antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente *irrelevante* — sempre com a ressalva acima — a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.

Naturalmente se concebe que, em algum caso, a coisa julgada se desvie daquilo que existia, segundo o direito material. Os juízes não gozam da prerrogativa da infalibilidade: podem apreciar mal a prova, resolver erroneamente as *quaestiones iuris*; ou talvez o interessado não estivesse em condições de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, porque, digamos, fora destruído o documento decisivo. A sentença terá sido, portanto, injusta. De sua possível injustiça, todavia, só há cogitar se ainda é utilizável algum meio de tentar modificá-la. Formada a *res iudicata*, corre-se sobre a questão uma cortina opaca, que apenas disposição legal — a título excepcional, repita-se — pode consentir que se afaste.

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Com tal objetivo, ela ensina às partes amplas oportunidades de apresentar ao órgão julgador argumentos e provas; pode autorizá-lo (e, em nosso ordenamento, *expressis verbis* o autoriza: art. 130) a buscar por iniciativa própria elementos necessários à formação de seu convencimento; abre aos interessados a possibilidade de impugnar, uma ou mais vezes, as decisões que lhes parecerem incorretas; chega, em certas hipóteses (como, entre nós, as do art. 475 e dispositivos análogos), a fazer obrigatória a revisão, em grau superior, da matéria julgada. Há, porém, um momento em que à preocupação de fazer justiça se sobre põe a de não deixar que o litígio se eternize. Desse momento em diante, impede a lei que se prossiga na investigação; e, se foi julgado o mérito (= foi composta a lide), proíbe que, em qualquer processo futuro, se ressuscite o assunto. Algumas legislações, como a nossa, nem mesmo aí põem um ponto final: permitem ainda a impugnação da decisão, mas têm o cuidado de limitá-la a determinados casos, havidos por muito graves e taxativamente previstos, e, em geral, tratam de fixar um prazo fatal para a utilização da via impugnativa — consoante se dá, no direito brasileiro, com a ação rescisória (art. 495).

Fora de semelhantes lindes, simplesmente não tem propósito tentar repor em questão a justiça do julgamento. Ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com a coisa julgada material chegou-se a um *point*

of no return. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirrada retrospectiva, será eficazmente utilizável como arfete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial.

4. SIGNIFICAÇÃO DO FENÔMENO DO PONTO DE VISTA DA POLÍTICA JURÍDICA

É comum justificar-se o fenômeno da coisa julgada material, do ponto de vista da política jurídica, pela necessidade de *segurança* na vida social. Cumpre que as pessoas saibam em que pé estão no mundo do direito, para poderem pautar sua própria conduta por esse conhecimento. Surgindo uma crise, entrando em conflito interesses, instalando-se um litígio, e não sendo possível regularizar a situação no plano privado, o aparelho judiciário fica à disposição dos interessados para formular a norma jurídica concreta a ser observada (e, se preciso for, atuá-la praticamente)¹⁶. A atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã — e não atinja o fim a que visa — se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações. A tanto obsta o mecanismo da *res iudicata*.

Essas são noções elementares; mas a expressão “segurança” parece algo páida para traduzir a significação inteira do fenômeno¹⁷. Ele só se deixa apreender em toda a sua importância quando olhado por mais de um

16. Remelemos aqui à definição de jurisdição proposta por LEBMAN, *Manuale*, cit., v. I, p. 6: “l'attività degli organi dello Stato diretta a formulare e ad attuare praticamente la regola giuridica concreta che, a norma del diritto vigente, disciplina una determinata situazione giuridica”.

17. Com isso não pretendemos minimizar a importância desse elemento nem sua significação para a valoração das propostas “relativizadoras” — ponto que põe em relevo LUZ GUNHEME MARINONI, *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*, in *Genesis — Rev. de Dir. Proc. Civ.*, nº 31, p. 432 e s.

ângulo. Para as partes (e, eventualmente, para terceiros acaso sujeitos à coisa julgada, v. g. os sucessores das partes, o substituído nos casos de substituição processual), o aspecto que mais ressalta é na verdade o consistente na certeza de que, para todos os efeitos práticos, sua situação, *sub specie iuris*, é aquela definida na sentença, e não outra qualquer. A parte vencida pode e costuma lamentar semelhante resultado; no entanto, feita abstração dos acidentes psicológicos e emotivos que o desfecho do pleito possa haver desencadeado, não será pouco razoável pensar que *até esse litigante* algum proveito colheu: ele agora sabe em que termos e em que medida o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário — *não menos*, mas *tampouco mais* do que estatuiu a sentença.

Quanto ao vencedor, não há como deixar de reconhecer-lhe o direito à observância do julgado¹⁸. Ele recorreu ao Estado, proibido que estava de fazer justiça por suas próprias mãos; recebeu a prestação jurisdicional; essa conquista seria ilusória se subsistisse a possibilidade, fora dos casos legais, de escapar-lhe das mãos a vitória na próxima curva do caminho. Acrescente-se que a garantia é irrenunciável: nenhuma validade teria a declaração do litigante vitorioso de que, apesar da coisa julgada que o beneficia, ele “consente” em que a lide seja objeto de novo julgamento¹⁹.

O interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa, contudo, o círculo das pessoas diretamente envolvidas²⁰. A estabilidade das decisões

18. Como ensinava José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. III, 9ª ed., S. Paulo, 1987, p. 239, existe em nosso ordenamento “o direito público subjetivo de ser exigido o respeito à coisa julgada”.

19. Cf. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 41ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 486: “A coisa julgada é instituto processual de ordem pública, de sorte que a parte não pode abrir mão dela”. No mesmo sentido, em sede monográfica, José MARIA TESHNER, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, S. Paulo, 2002, p. 72. De resto, não há notícia de autor algum que, no Brasil, sustente o contrário.

20. “Die materielle Rechtskraft ist nicht nur im Interesse der einzelnen Partei angeordnet, sondern liegt ebenso sehr im allgemeinen Interesse einer geordneten Rechtspflege und des Rechtsfriedens (A coisa julgada material não se ordena somente ao interesse da parte singularmente considerada, senão igualmente ao interesse geral numa atividade judicial ordenada e na paz social)”. JAUFENIG, *Zivilprozessrecht*, 24ª ed., Munique, 1993, p. 224. Em meados do século passado já aludia NIKSCH, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1952, p. 401, ao interesse geral na criação e conservação da paz social, à economia racional na asseguração da tutela judicial a cargo do Estado e à autoridade estatal inerente à decisão do juiz.

é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento terá algo mais que o fugidito perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julgarem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranquilidade social.

Last but not least, ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armenem de solidez. Corre-lhe o dever de prestar jurisdição; se já o cumprir, *solutus est*: seria peso intolrável a necessidade de repetir a prestação quantas vezes lho vier a solicitar o inconformismo de algum insatisfeito com o teor da decisão. De resto, já ninguém hoje concebe o direito de ação como direito a uma sentença *favorável*; nem, por conseguinte, se há de conceber o dever de prestar jurisdição como o dever de dar ganho de causa a quem a requeira. Exercitado o direito de ação (ou o correlato direito de defesa), entregue a prestação jurisdicional, não se descobre com que *fundamento* será possível exigir a renovação da atividade estatal. Em relação àquela lide, *já não subsiste direito de ação*²¹, *nem dever de prestar jurisdição*: toda reiteração não prevista em lei carecerá de base jurídica, será juridicamente ilegítima. Não é por acaso que o Código de Processo Civil ordena ao juiz que conheça de ofício da preliminar de coisa julgada (art. 301, nº VI e § 4º), recusando-se a examinar o mérito²² quando a encontre fundada (art. 267, nº V); e inclui a ofensa à *res iudicata* entre as poucas (e taxativamente enumeradas) hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485, nº IV). Nessa perspectiva, bem se compreende que o respeito à coisa julgada seja considerado elemento característico do Estado de direito²³.

21. "O mais significativo efeito processual da coisa julgada material é a extinção do direito de ação" (CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 4ª ed., S. Paulo, 2004, p. 103; grifos do autor).

22. Vale sublinhar que o juiz não fica unicamente impedido de julgar em sentido diverso. A vedação é mais radical: a lei o proíbe de julgar de novo (cf., com toda a correção aqui também, MONIZ DE ARAGÃO, *Sent. e coisa julg.*, cit., p. 215; "A 'ofensa' (...) consiste em simplesmente pronunciar-se. Desde que o faça, com isso ofende a coisa julgada, sendo irrelevante que o novo julgamento coincida ou não com o anterior" (grifado no original). Daí caber em ambos os casos a ação rescisória ex art. 485, nº IV. vide BARBOSA MOREIRA, *Coment. ao C.P.C.*, v. V, cit., p. 128.

23. A coisa julgada material está constitucionalmente ancorada no "Rechtsstaatsprinzip", frisa a doutrina alemã: ROSENBERG—SCHWAB—GOTTHALD, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., Munique, 2004, p. 1.055. Cf., entre nós, NELSON NERY JUNIOR, *Coisa julgada e o Estado democrático de direito*, in *Rev. For.*, v. 375, p. 142/3.

À vista de tudo isso, deixa de produzir impressão mais funda a proclamação de que é absurdo "eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas"²⁴. Tal formulação, aliás, não espelha com fidelidade a clara opção do ordenamento: o que ele faz, para evitar a eternização de incertezas, é preexcluir, de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volte a cogitar do dilema "justo ou injusto" no concernente ao teor da sentença. Se assim, num caso ou noutro, se leva à eternização de alguma injustiça, esse é preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores.

5. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

Até aqui, focalizamos o assunto no plano da legislação ordinária em vigor. A essa luz, não hesitamos em negar a possibilidade de toda e qualquer "relativização" da coisa julgada material além dos limites em que já a prevê o ordenamento positivo. É mister, porém, analisar o problema em nível constitucional.

A exemplo de suas antecessoras, estabelece a Carta de 1988 que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, nº XXXVI). Leitura superficial desse texto verá nele simples regra de direito intertemporal: aí se consagra limitação tradicional à retroeficácia da lei²⁵. Todavia, por sob o singelo enunciado, palpita realidade bem mais rica.

Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no Capítulo I (*Dos direitos e garantias individuais e coletivos*) do Título I (*Dos direitos e garantias fundamentais*). Importa identificar os destinatários e o objeto da garantia do art. 5º, nº XXXVI, *fine*. Destinatários da garantia são naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada, e os terceiros eventualmente sujeitos a ela. Mas não só esses: a garantia não é apenas *individual*, senão também *coletiva*. Protege-se igualmente *a coletividade*. Segundo já se registrou (*supra*, nº 4), esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária (*rectius*: do aparelho estatal *in genere*). Tal regularidade englo-

24. CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.* em a nota 2, *supra*, p. 68 (grifado no original).

25. Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JUNIOR—JULIANA CORDERO DE FARIA, *A coisa julgada constitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, no volume coletivo cit. em a nota 1, *supra*, 4ª ed., p. 83/4.

ba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.

A garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, nº LIV). Como é pacífico, deve ser interpretada com largueza a disposição que a ele se refere: não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista na lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí, será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são passivas a salvo de ingerências arbitrárias — e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados.

6. A ALEGADA EXISTÊNCIA DE CASOS MERECEDORES DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. UM CRITÉRIO INACEITÁVEL DE IDENTIFICAÇÃO

Nos itens anteriores descrevemos um sistema, com fulcro em dados do nosso direito positivo, constitucional e infraconstitucional. Neste ponto, contudo, devemos mudar de ângulo visual, para considerar a posição daqueles que, sem contestar que a coisa julgada material represente — ao menos em princípio — obstáculo à reapreciação da matéria decidida por sentença trãnsita em julgado, afirmam a existência de casos especiais, merecedores de tratamento diferenciado, e em relação aos quais se impõe a “relativização” (ou, mais exatamente, a *ampliação* dela)²⁶.

Conforme se assinalou oportunamente (*supra*, nº 2), dois são os caminhos trilhados para chegar à tese: ou se nega, nesses casos, a própria existência da *res iudicata*, ou se sustenta que, apesar de existir, ela comporta reconsideração. Impende examinar em separado cada um desses modos de pensar, com os argumentos empregados para servir-lhes de apoio.

Logo de começo, porém, cabe um reparo de ordem genérica. Mesmo a doutrina favorável, em maior ou menor medida, à proposta “relativiza-

26. Assim, CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.* em a nota 2, *supra*, p. 72/3, que ressalta a *excepcionalidade* das hipóteses para as quais se sugere a “infringência” da coisa julgada.

dora” não pode deixar de advertir-se da insuficiência, para justificá-la, da mera invocação de eventual “injustiça” contida na sentença passada em julgado²⁷. Condiicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença reduzida em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto: mal comparando, algo como uma sinfonia não apenas *inacabada*, como a de Schubert, mas *inacabável* — e bem menos bela²⁸.

Nem adianta muito restringir o alcance do substantivo “injustiça” apondo-lhe o adjetivo “grave”²⁹ ou outro equivalente (“flagrante”, “abusiva”, “absurda” e por aí além). Distinguir o que é o que não é “grave” tem sido fonte constante de incômodas dificuldades práticas, ao longo do tempo. Haja vista, no direito das obrigações, a teoria da culpa: são bem conhecidas as oscilações e contrariedades que, por séculos a fio, perturbaram doutrina e jurisprudência empenhadas em diferenciar os casos de “culpa grave” (*lata*) e os de “culpa leve” (e até “levíssima”). O empenho de traçar linhas fronteiriças na graduação da culpa produziu um emaranhado de critérios, de feição não raro bizantina. O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em boa hora pôs de lado as preocupações do direito anterior a tal respeito³⁰, o ordenamento civil brasileiro também “afastou estas fili-

27. Esse aspecto do problema é bem explorado por Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Coisa julgada relativa?*, in *Rev. Jurídica*, nº 31/6, p. 11 e s., cujas ponderações pedimos licença para subscrever. Dizia Machado Guimarães, *trab. cit.* em a nota 14, *supra*, p. 29, sob o regime anterior, mas em lição ainda válida hoje: “O direito positivo atribui igual disciplina, idêntica validade e imutabilidade à sentença revestida de autoridade de coisa julgada, seja ela justa ou injusta”. E chegava ao ponto de afirmar que “a sentença injusta revestida da *auctoritas rei iudicatae* é a pedra-de-toque para atreir a natureza da coisa julgada”.

28. Dá mostra de bom senso ALEXANDRE FREITAS CAMARA, *Relativização da coisa julgada material*, no volume coletivo cit. em a nota 1, *supra*, 4ª ed., p. 195, ao escrever: “não se pode simplesmente admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido”. E adita: “a se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria”.

29. No trabalho de CÂNDIDO DINAMARCO cit. em a nota 2, *supra*, p. 67/8, aparece a locução “injustiças graves”. Mas o autor, a bem da verdade, não se satisfaz com esse infeliz suporte: é mais requintada sua construção, que adiante examinaremos (*infra*, nº 6).

30. *Vide*, por exemplo, ESSER—SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1977, v. 2, p. 44/5.

granas”³¹. Continuamos às voltas com o problema da caracterização do “dano grave” e da “lesão grave” (arts. 172, § 1º, 558, *caput*, 798). Seria lamentável que tivéssemos de desperdiçar mais tempo e energias no trato de questão análoga, a fim de discernir as hipóteses de “injústa grave” e de “injústa leve”, aquelas suscetíveis, estas não (por quê?), de fundamentar a revisão do julgado — com o risco de nos enlearmos num casuismo exacerbado... e exacerbante.

7. O CRITÉRIO BASEADO NA “IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DOS EFEITOS SUBSTANCIAIS DA SENTENÇA”

Uma das mais articuladas propostas de “relativização” procura indicar os casos merecedores de tratamento especial recorrendo à noção da coisa julgada como “imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença”³². A essência da argumentação consiste na assertiva de que, “incidindo a *actoritas rei iudicatae* sobre os efeitos substanciais da sentença, (...) onde esses efeitos inexistem, inexistirá também a coisa julgada material”. Após rápida alusão às sentenças meramente terminativas, passa o autor a figurar outras que, sendo embora de mérito, não podem surtir aqueles efeitos, porque contrariam normas ou princípios de nível superior. E vem a exemplificação: sentença “que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro”; sentença “que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua carne, em consequência de uma dívida não honrada?”; sentença “que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual”.

Reconheça-se desde logo que os exemplos são, por assim dizer (sem ironia), pitorescos. Outra questão é saber se existe alguma probabilidade de que hipóteses tão esdrúxulas se concretizem no mundo real. A da condenação a dar peso de carne foi extraída — e o autor explicita-o em nota — da obra de Shakespeare “O mercador de Veneza”. Não se pode adivinhar

31. A expressão é de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 15ª ed., Rio de Janeiro, 1997, v. II, p. 233. O direito português deixou igualmente de atender às distinções de sabor escolástico que os autores costumavam estabelecer entre *culpa lata (grave ou grosseira)*, *culpa leve* e *culpa levisísima*” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, v. I, 10ª ed., Coimbra, 2000, p. 577; gritos do autor).

32. A locução entre aspas é de CÂNDIDO DINAMARCO, trab. cit. em a nota 2, *supra*, p. 58, onde se inicia a exposição da tese do autor.

o que pensaria o bardo de Stratford-on-Avon desse aproveitamento, séculos depois, de uma situação ficícia mesmo ao tempo em que lhe ocorreu fazer dela o eixo de sua peça. Com a devida vênia, e sem quebra do respeito à grande autoridade intelectual do jurista, os restantes exemplos parecem igualmente haver sido escolhidos a dedo, como outrora os livros destinados *ad usum Delphini christiani*.

Não é esse, porém, o reparo maior que a tese suscita. Sua falha básica reside em fazer depender a conclusão (inexistência da coisa julgada material) de uma premissa teórica que nada tem de pacífica, a saber a de que a *actoritas rei iudicatae* é algo que se vincula unicamente aos efeitos da sentença³³. Pouco importa saber se a concepção exposta aí reflete ou não de modo exato a doutrina de que o autor, noutra obra, se confessa adepto³⁴. Seja como for, a tese que no momento interessa é a da identificação entre *coisa julgada* e imutabilidade *dos efeitos* da sentença: é dessa que se vale a construção, logo essa é que fica sujeita ao crivo da crítica.

Parece-nos desnecessário (e fastidioso) reproduzir neste passo os argumentos com que nos animamos a contestar a idéia de uma vinculação entre a imutabilidade característica da *res iudicata* e os efeitos da sentença³⁵. O principal, no entanto, é que semelhante idéia não foi acolhida pelo

33. *Vide*, sobretudo, p. 59, último parágrafo, onde se diz que a coisa julgada “não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença”, e portanto, sendo juridicamente impossíveis os efeitos, dessa inexistência “decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretendia impô-los”.

34. Ou seja, à de LIEBMAN, invocada *expressis verbis* em CÂNDIDO DINAMARCO, *Inst.*, v. III, cit., p. 304. *Vide* o que se observou em a nota 2, *supra*.

35. Pedimos licença para remeter o leitor aos escritos em que versamos o tema *ex professo*: um deles, já citado em a nota 6, *supra*, *Efic. da sent. e autor. da coisa julg.*, espec. p. 108 e s.; outro, anterior, intitulado *Ainda e sempre a coisa julgada*, in *Direito Processual Civil (Ensaio e pareceres)*, Rio de Janeiro, 1971, p. 133 e s., espec. 138/9. Na mais recente literatura pátria, vários são os autores que negam a correlação entre a coisa julgada e os efeitos da sentença: v. g., SÉRGIO GILBERTO PORTA, *Coisa julgada civil*, Rio de Janeiro, 1996, p. 54 (onde se atribuem à *sentença transitiva em julgado* as características da imutabilidade e indiscutibilidade); ARAKEN DE ASSIS, *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., S. Paulo, 2000, p. 124 e s.; JOSÉ MARIA TESHEINER, *Efic. da sent. e coisa julg. no proc. civ.*, cit., p. 72 e s.; JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, *A coisa julgada*, Rio de Janeiro, 2004, p. 11 e s.; NELSON NEY JUNIOR, art. cit., p. 145, nota 6. Bem recentemente, eis o que diz VÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA no artigo em que critica a tese da “relativização”: *Coisa julg. relat.?*, cit., p. 14: “A sugestão de LIEBMAN, propondo que a coisa julgada torne inmutável tanto o ‘conteúdo’ quanto os ‘efeitos’ da sentença, constitui nova fonte de enganos”. Tampouco LUIZ FUX, *Curso de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 821 e s., estabelece qualquer vinculação entre coisa julgada material e efeitos da sentença.

ordenamento processual brasileiro: nos termos do art. 467, o que se torna "imutável e indiscutível", com a coisa julgada, é a *própria sentença*, não os respectivos efeitos³⁶. A construção ora sob exame falta, pois, fundamentos legais, além de apoio doutrinário maciço³⁷.

8. A "COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL"

Já se notou (*supra*, nº 1) que a expressão "coisa julgada inconstitucional" é tecnicamente defeituosa: na sentença, e não em sua imutabilidade, é que se pode conceber a existência de contrariedade à Constituição. A sentença que ofenda a Constituição comporta impugnação por meio de recursos previstos no ordenamento positivo; um deles se ordena precipuamente a essa impugnação: o recurso extraordinário *ex art.* 102, nº III, letra *a*, da Carta da República. Se porventura transitar em julgado com a mácula, caberá ação rescisória para desconstituí-la: é pacífico que o texto do art. 485, nº V, do Código de Processo Civil (*verbis* "literal disposição de lei") abrange a Constituição³⁸. A admissibilidade da ação rescisória³⁹ milita contra a tese de que tal sentença é *nula* (no sentido próprio)⁴⁰: não há

36. Cf. MONIZ DE ARAGÃO, *Sent. e coisa julg.*, p. 239. Tratamos, com algum desenvolvimento, da questão (à qual damos resposta negativa) de saber se o diploma de 1973 acolheu a teoria de LIEBMAN em artigo intitulado *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*, destinado ao volume de estudos em homenagem a GIUSEPPE TARZIA e publicado in *Rev. de Proc.*, nº 117, págs. 42 e s.

37. Seja-nos lícito registrar, de passagem, que nem sequer na moderna literatura italiana tem prevalecido a tese da correlação entre coisa julgada e efeitos da sentença. Em COMOLIO—FERRI—TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bolonha, 1995, p. 742, ela se vê expressamente refutada. Salvo engano, também a rejeita MONTALEONE, *Diritto Processuale Civile*, v. II, Pádua, 1995, p. 202, onde se identifica a *actorias rei iudicatae* numa "qualità della sentenza" — não dos respectivos efeitos. PRORO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 61/3, e MONTESANO—ARIETA, *Diritto Processuale Civile*, v. II, 2ª ed., Turim, 1997, p. 383 e s., tratam da coisa julgada material sem relacioná-la de modo algum com os efeitos da sentença. O mesmo acontece em monografias como as de MENCHINI, *Il giudicato civile*, Turim, 1988, e CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milão, 1991. Certo que uma questão científica não se resolve mediante votação — como tampouco se resolve, aliás, mediante consulta ao "homem da rua", cuja suposta opinião é invocada por CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.* em a nota 2, *supra*, p. 68.

38. *Vide*, por todos, PONTES DE MIRANDA, *Coment. ao C.P.C.*, t. VI, cit., p. 227.

39. Reconhecida por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR—JULIANA CORDEIRO DE FARIA, *trab. cit.* em a nota 25, *supra*, p. 96.

40. Interessante notar que, na lição de CÂNDIDO DINAMARCO, um dos líderes da campanha em prol da "relativização", "não há sentenças nulas de pleno direito" (*Instit.*, v. III, cit., p. 684, grifado no original).

necessidade de ação para desconstituir o que já é nulo⁴¹; e, não havendo necessidade, não há interesse na propositura⁴².

Seja como for, esses — e não outros quaisquer — são os meios de controle da constitucionalidade das decisões judiciais previstos no ordenamento. Difere, no particular, a sistemática do controle da constitucionalidade das leis, para o qual a própria Constituição traça regras expressas (arts. 52, nº X, 97, 102, nº I, letra *a*, 103), tanto no que concerne ao controle difuso ou incidental quanto no que respeita ao controle concentrado ou abstrato. A diferença pode ser explicada pelo fato da *cisã* que a coisa julgada produz (*supra*, nº 3) entre a *norma abstrata* em que se baseou o juiz e a *norma concreta* resultante da aplicação daquela⁴³. A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *actorias rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado⁴⁴.

41. "O que é nulo, como se sabe, nenhum efeito produz e não reclama desconstituição judicial" (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso*, v. I, cit., p. 612).

42. Perfeitamente corretos os ensinamentos de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso*, v. I, cit., p. 55/6: "O interesse de agir (...) surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial"; "Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*" (grifos do autor).

43. Ainda aqui nos socorremos da lição de PRORO PISANI, *Lezioni*, p. 62: "*A seguito del formarsi del giudicato sostanziale la fattispecie da cui deriva il diritto fatto valere in giudizio rinviene la fonte della propria rilevanza giuridica unicamente nell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato e non più nella norma generale ed astratta*".

44. GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de constitucionalidade*, S. Paulo, 1990, p. 280; CLEMERSON MERLIN CLEVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., S. Paulo, 2000, p. 252/3. Em obra mais recente, embora proclame a existência de "forte tendência à relativização", LUIS ROBERTO BARROSO reconhece: "sempre se considerou que o respeito às situações protegidas pela autoridade da *res iudicata* figurava como limite à retroatividade do julgado [que pronuncia a inconstitucionalidade], a menos que haja a possibilidade legítima de desconstituí-la por via de ação rescisória"; e mais: "o entendimento que prevalece na doutrina é o de que, transcorrido o prazo decenal de dois anos para a propositura de ação rescisória, já não será mais possível desfazer a decisão, ainda quando se constate posteriormente sua inconstitucionalidade, salvo em se tratando de matéria penal" (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, S. Paulo, 2004, p. 167, 169). ALFREDO BUZARD, *Da ação direta de declaração*

No tocante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de declaração de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de inconstitucionalidade, tamanho foi o empenho do legislador na preservação da respectiva estabilidade, que se chegou ao extremo de pre-excluir o cabimento de ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10-11-1999, art. 26, *fine*). Certamente, poderá alguém discordar da decisão, pensar que ela é errônea e fere a Lei Maior. Mas a discordância não terá relevância prática. Seria estranho paradoxo admitir a descon sideração de uma coisa julgada que *nem sequer pela rescisória* é possível atacar. Vem a pêlo recordar a fórmula norte-americana segundo a qual a Constituição nada mais é que “*the Supreme Court’s last guess*”.

Ao que tudo faz crer, cabe aditar, os meios de controle previstos no ordenamento positivo são suficientes para atingir o fim visado. Os exemplos (confessadamente excepcionais) que se costumam invocar para fundamentar a proposta de “relativização” ou têm sabor meramente acadêmicos⁴⁵, ou não permitem juízo seguro, pela sumariiedade dos dados que se

de inconstitucionalidade no direito brasileiro, S. Paulo, 1958, p. 138, e TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, S. Paulo, 2001, p. 56, 149, só aludem à ação rescisória como meio de ataque à sentença proferida em desacordo com a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da lei que o juiz aplicou; o segundo desses autores é categórico em afirmar que, “transcorrido o prazo decadencial para seu [isto é, da rescisória] ajuizamento, a situação jurídica, mesmo inconstitucional, restará consolidada e insuscetível de ajustamento”. Cf., na jurisprudência do STF, os acórdãos de 31-5-1977, R.E. nº 86.056, e de 17-6-1983, Recl. nº 194. A Constituição portuguesa, conquanto atribua à declaração de inconstitucionalidade efeitos “desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional”, ressalva expressamente “os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido” (art. 282, ns. 1 e 3).

45. Como é, note-se com a devida vênia, o da decisão que deferisse a secessão de Estado-membro, figurada por CANDIDO DINAMARCO, *trab. cit.* em a nota 2, *supra*, p. 59; e são vários dos arrolados por JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, no mesmo volume, p. 101 e s. (v. g., o da sentença “que não reconheça como brasileiros natos os nascidos no Brasil”, ou “que proíba a União executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária”). Sempre com o máximo respeito aos ilustres autores, tomamos a liberdade de declarar que não nos impressiona minimamente esse tipo de argumentação *ad terrorem*. Impressiona-nos, por outro lado, a extensão da lista das hipóteses vistas pelo eminente Ministro do Superior Tribunal Federal — a quem prestamos a homenagem de nossa admiração e estima — como de sentenças “que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas”: depara-se nela até “a reconhecedora da existência de um fato que não está adequadamente à realidade” (p. 101, letra e), isto é, a que contenha simples erro de fato, indepen-

ministram; conhecimento mais profundo das espécies poderia talvez revelar a possibilidade de dar remédio adequado à situação sem infringir o ordenamento positivo.

9. UM CASO REALMENTE DOTADO DE CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS

Dentre a abundante (e não raro desconcertante) exemplificação invocada a favor da proposta “relativizadora”⁴⁶, há um caso que se distingue pela incontestável relevância. Para ele, por sinal, tem-se voltado com maior freqüência, ao que nos consta, o olhar dos tribunais. Referimo-nos à possibilidade de que, transitada em julgada a sentença em ação de investigação de paternidade, venha a realizar-se o exame designado pelas iniciais DNA, desconhecido ao tempo do processo, e daí resulte a comprovação, positiva ou negativa, da filiação biológica, em sentido inverso ao que se admitiu na sentença.

Impossível ignorar a importância social e jurídica do problema, ou minimizar o aspecto relacionado com os direitos da personalidade, do investigante e do investigado. A toda pessoa deve reconhecer-se o direito de ver declarada em termos verdadeiros a relação de filiação que a liga a outra, assim como a esta, reciprocamente, o direito de ver negada, em termos igualmente verdadeiros, a condição de pai daquela. A discrepância entre a motivação *in facto* da sentença e a realidade assume aí colorido mais chocante do que noutras hipóteses.

Não é, contudo, tal discrepância, por si só, que torna o caso tão especial. Afinal de contas, o que está em causa, como em todos os outros, é a eventual injustiça da solução dada ao litígio — e, por delicada que seja a

dentamente das circunstâncias que precisariam concorrer para torná-la rescindível *ex art.* 485, nº IX e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Dir-se-ia que somente *juizes infalíveis* são capazes de proferir sentenças merecedoras de revestir-se da *autoritas rei iudicatae*...

46. A rigor, alguns dos exemplos nada têm que ver com o problema da apregoada “relativização” da coisa julgada material. Assim, o da sentença proferida sem a regular citação do réu, que permaneceu revel (CANDIDO DINAMARCO, *trab. cit.* e a nota 2, *supra*, p. 70) — hipótese prevista e regulada no art. 741, nº I, do estatuto de 1973 (e, antes dele, no art. 1.010, nº I, do diploma de 1939). A questão não diz respeito ao *teor* da sentença, mas à sua *validade*, posta em xeque *por vício do processo*. Os embargos podem ser oferecidos tanto à execução definitiva quanto à provisória — o que evidencia a nenhuma influência da *res iudicata* no tratamento da matéria.

matéria, já se mostrou que a injustiça não é razão suficiente para submeter a regime excepcional a sentença trânsita em julgado. O assunto demanda consideração mais cuidadosa.

Seja dito, antes de prosseguirmos, que estamos aqui presumindo, à guisa de hipótese de trabalho, a plena confiabilidade dos resultados do teste de DNA. Semelhante premissa não é incontrovertida: têm-se suscitado dúvidas, no plano científico, sobre o grau de certeza que se pode esperar da prova, notadamente em vista de falhas técnicas suscetíveis de ocorrer no procedimento laboratorial⁴⁷. De resto, conforme reconhecem autores favoráveis à “relativização”, “a História demonstra quão instáveis são os enunciados científicos, e não são raras as descobertas de algo novo e de avanços nos mais variados setores da ciência, que fazem cair por terra resultados que chegaram a ser considerados como definitivos”⁴⁸. Façamos, entretanto, abstração de tudo isso, e enfrentemos a questão nos termos que hoje parecem mais verossímeis.

O que particularmente chama a atenção do estudioso, no caso, não é tanto, repita-se, a eventual desconformidade entre a situação real e a aceita como real pelo juiz. É, acima de tudo, a convicção de que tal desconformidade *seria evitável* se se pudesse contar com a prova científica, não disponível ao tempo do processo. Em regra, as divergências do gênero decorrem da omissão em produzir-se alguma prova (possível), ou da má apreciação da prova produzida: em suma, do comportamento insatisfatório da parte, do juiz ou de ambos. Aqui, não: por mais que se esforçassem o litigante e o órgão judicial, empenhados um e outro na cabal averiguação dos fatos, não teria havido a possibilidade de fazê-la completa e inequívoca, *por causa da inexistência* (ou — o que dá praticamente no mesmo — do desconhecimento, pela ciência) *do meio mais idôneo à apuração da verdade*.

O Código de Processo Civil contempla, como fundamento do pedido de rescisão, a obtenção, posterior à sentença, de documento novo, “cuja existência [o autor] ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si

47. Vide, por exemplo, ALFREDO GILBERTO BOEIRA, *O perfil de DNA como prova judicial — uma revisão crítica*, in *Rev. dos Trib.*, v. 714, p. 296, e ANETE RACHTENBERG, *O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade*, in *Ajuris*, nº 63, p. 324 e s.

48. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER—José MIGUEL GARCIA MEDINA, *O dogma da coisa julgada — hipóteses de relativização*, S. Paulo, 2003, p. 189.

só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, nº VII). Tem-se interpretado esse dispositivo como referente a documento *que já existia* quando da sentença rescindenda. Assim nos pronunciámos, ao comentar a norma, com o apoio de doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, no Brasil e em países cujos ordenamentos contêm disposições análogas⁴⁹. Tivemos o cuidado, todavia, de deixar expressa a ressalva “em princípio”; e em notas indicamos dois exemplos em que se abriu exceção à regra: um colhido em decisão do Superior Tribunal de Justiça (sentença penal absolutória superveniente ao primeiro processo), outro apontado na doutrina italiana e colhido na jurisprudência alemã (documento público formado posteriormente, comprobatório de fato alegado no primeiro feito, nomeadamente certidão de nascimento capaz de provar, *a posteriori*, adultério não reconhecido no processo de divórcio). Pois bem: o STJ vem admitindo a idoneidade do laudo de exame de DNA, obtido depois de findo o pleito de investigação de paternidade, para lastrear ação rescisória com invocação de “documento novo”⁵⁰.

Não é demais pôr em relevo que o Tribunal de modo algum declarou “nula” a sentença rescindenda, nem inventou novo meio de provocar o reexame da matéria. Limitou-se a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de “documento novo”. Sobre conciliar — e faz jus, por isso, a todos os louvores — uma alegada exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo.

10. A QUESTÃO DOS MEIOS PROCESSUAIS UTILIZÁVEIS PARA A “RELATIVIZAÇÃO”

O direito positivo brasileiro conhece remédios processuais idôneos para desconstituir sentenças trânsitas em julgado, nalgunas hipóteses em

49. BARBOSA MOREIRA, *Coment. ao C.P.C.*, v. V, cit., p. 136/7 (em as notas 89 e 90, as indicações bibliográficas e jurisprudenciais).

50. Nesse sentido, em data ainda muito recente, o acórdão de 28-4-2004, no R. Esp. nº 300.084, in *D.J.* de 6-9-2004, cuja ementa reza: “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, VIII). 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”. No texto da decisão, disponível no site do STJ na internet, indicam-se outros precedentes.

atenção à gravidade de *erros in iudicando*: assim, *v. g.*, na da ação rescisória *ex art.* 485, nº VI (sentença fundada em falsa prova). Os embargos à execução podem, excepcionalmente, levar à destruição de sentença trânsita em julgado: é o que sucede no caso do art. 741, nº I. Em relação a esse — que, importa sublinhar, não se relaciona com a injustiça, senão com a validade da sentença como ato processual⁵¹ —, tem-se admitido, e com razão, a viabilidade de uma *ação declaratória de nulidade e, paralelamente, a desnecessidade da rescisória*⁵². Tem-se falado, ao propósito, da sobrevivência, no ordenamento atual, da antiga *querela nullitatis*⁵³.

Nunca é demais repetir que tais remédios não se correlacionam por força com a injustiça da sentença. A proferida à revelia do réu, não citada ou nulamente citada, nem por isso será, em todo e qualquer caso, injusta. A solução dada ao litígio pelo juiz, seja qual for, não entra em linha de conta, tamanha a gravidade, aos olhos da lei, do vício processual que macula a decisão. De jeito algum se tem de cogitar, para arredá-la, de seu conteúdo⁵⁴.

Significa isso que os remédios em foco não se ordenam de maneira específica a uma “relativização” que pretende situar-se e justificar-se no

51. Cf. a nota 46, *supra*.

52. *Vide*, na jurisprudência do STF, além do acórdão mencionado por CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.*, em a nota 2, *supra*, p. 70, nota 49, os colígidos por ALFREDO BUZARD, *A ação declaratória no direito brasileiro*, 2ª ed., S. Paulo, 1986, p. 257, nota 7. Do STJ pode citar-se, a título exemplificativo, o acórdão de 21-3-2002, R. Esp. nº 331.850, publicado em 6-5-2002. Em sentido crítico no que tange à concepção da referida via como avatar da *querela nullitatis*, SERGIO BERMUDEZ, *Sindêrese e coisa julgada institucional*, no volume coletivo *cit.*, em a nota 1, *supra*, 4ª ed., p. 235.

53. Na moderna literatura pátria, *vide* por exemplo o artigo de ADROALDO FURTADO FABRICO *cit.*, em a nota 7, *supra*, e em sede monográfica ALEXANDER DOS SANTOS MACEDO, *Da querela nullitatis — sua subsistência no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1998, *ambos* com outras indicações bibliográficas.

54. Mereceria exame em separado o caso do parágrafo único acrescentado ao art. 741 pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-2001, *verbis*: “para o efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexistente o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconsistentes pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. São tantas e tão complexas, porém, as questões suscitadas por esse texto — a começar pelo entendimento que se deve dar ao enunciado legal —, que temos de renunciar aqui a enfrentar semelhante problemática. Digno de leitura e meditação, ao propósito, é o substancial artigo de EDUARDO TALAMINI, *Embargos à execução de título judicial evado de inconsistência* (CPC, art. 741, parágrafo único), *in Rev. de Proc.*, nº 106, p. 38 e s.

plano da desconformidade entre o *teor do julgamento*, de um lado, e a realidade substancial ou princípio jurídico superior, de outro. Para hipóteses tais é que se volta, em regra, a proposta “relativizadora”, se bem que às vezes se misturem indevidamente as duas ordens de considerações, sobretudo no momento de exemplificar⁵⁵.

Da ação de declaração de nulidade vem-se cogitando como instrumento apto à concretização da proposta “relativizadora”⁵⁶. Aqui, no entanto, a admitir-se a proposta, surgiria quando nada um problema de competência. Com relação ao caso do art. 741, nº I, assentou-se que a arguição não precisa dirigir-se “a um juízo de grau ou hierarquia superior à do prolator da sentença, mas a este mesmo”⁵⁷. Por exemplo: se o vício (falta ou nulidade da citação do réu que permaneceu revel) ocorreu no primeiro grau de jurisdição — como em regra sucederá, ressalvados apenas os feitos da competência originária de algum tribunal —, o órgão *a quo* será competente para conhecer da “*querela nullitatis*”, conquanto haja chegado o pleito anterior, sem que se tenha percebido o defeito, ao Supremo Tribunal Federal, e passado em julgado o acórdão deste. A conclusão não choca, porque o juiz de primeiro grau não será chamado a controlar a correção ou incorreção, a justiça ou injustiça, da decisão da Corte Suprema, senão apenas a pronunciar-se sobre vício capaz de comprometer *ex radice* a validade do processo — e, por via de consequência, da sentença (*lato sensu*).

Bem diferente é a hipótese da “relativização”: aí, o que se pretende é que o órgão judicial reexamine, na substância (não quanto aos corolários de mero *error in procedendo*), a matéria julgada; e não se perca de vista o fato de que, na grande maioria dos casos, a sentença de primeiro grau terá sido substituída por acórdão (art. 512). Ora, constituiria subversão inaceitável aceitar que juízo inferior revisse, no mérito, decisão proferida

55. CÂNDIDO DINAMARCO, *v. g.*, refere-se à hipótese do vício previsto no art. 741, nº I, do Código, e à da “desobediência às regras do litisconsórcio necessário-unitário”, no mesmo contexto em que figuram casos de natureza claramente diversa (*trab. cit.*, em a nota 2, *supra*, p. 70). É manifesto que aquelas hipóteses não se poderiam aplicar em termos iguais o critério da “impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença”, em torno do qual gira a construção do autor (*supra*, nº 6). Em direito, como em matemática, não se somam quantidades heterogêneas.

56. *V. g.*, CÂNDIDO DINAMARCO, *ibid.*, p. 71; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR—JULIANA CORDEIRO DE FARIA, *trab. cit.*, em a nota 25, *supra*, p. 97.

57. ADROALDO FURTADO FABRICO, *art. cit.*, em a nota 7, *supra*, p. 259.

por tribunal (eventualmente, pelo STF). Para respeitar a hierarquia, o pedido de reexame teria de dirigir-se ao *tribunal*, como se dá na ação rescisória: ao STJ ou ao STF, respectivamente, se o acórdão acimado de “injustiça grave” ou de “inconstitucionalidade” emanou de um ou de outro. Estaríamos, portanto, diante de causa *da competência originária* de um desses tribunais. A dificuldade consiste em que é *taxativo* o rol das hipóteses constitucionalmente previstas de tal competência: o elenco do art. 102, nº I, e o do art. 105, nº I, da Carta da República não comportam ampliação⁵⁸, nem mesmo por analogia; ora, nem um nem outro contempla o caso de que se cuida.

De maneira alguma há como aceitar, por outro lado, a possibilidade de arguir-se e apreciar-se *incidentalmente* a questão, em processo para cujo desfecho seja relevante a *auctoritas rei iudicatae* da sentença em foco. Diga-se desde logo que, para acolher semelhante possibilidade, seria necessário qualificar de *nula* (no sentido próprio) a sentença⁵⁹ — o que, por elementar imposição de coerência, preexcluiria o cabimento de ação rescisória para desconstituí-la⁶⁰. Não parece que os partidários da “relatividade” estejam dispostos a anuir a essa consequência, entretanto logicamente inevitável.

Ademais, subsistiria o problema hierárquico: será razoável autorizar juiz de primeiro grau a “desconsiderar”, por exemplo, a coisa julgada de que se haja revestido acórdão do Supremo Tribunal Federal? A idéia assume feição particularmente alarmante se se levar em conta que os acórdãos da Corte Suprema, em determinados casos, não comportam sequer ataque por ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10-11-1999, art. 26, *fine*; Lei

58. Cf. no tocante ao STF, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, v. VI, Rio de Janeiro, 1992: “É, pois, a Constituição, jamais a lei ordinária, o texto que fixa a competência da Corte Suprema, enumerando a regra jurídica constitucional, *de modo taxativo*, as hipóteses que ocorrem” (p. 3.076); “Enumera o inciso I do art. 102, *taxativamente*, as causas que, pelo *status* das partes ou pela natureza relevante das questões, devem ser conhecidas, processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, como primeira e única instância” (p. 3.078) (sem grifo no original, salvo na palavra *status*); quanto ao STJ: “A Constituição vigente explicita, *de modo exaustivo*, a competência do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao processamento e julgamento de causas” (p. 3.119; grifamos). O ponto não escapou à atenção de NELSON NERY JÚNIOR, art. cit., p. 144.

59. Em desconformidade com o ensinamento de CÂNDIDO DINAMARCO recordado em a nota 40, *supra*.

60. Cf. a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR lembrada em a nota 41, *supra*.

nº 9.882, de 3-12-1999, art. 12, *fine*). Estaríamos diante de formidável paradoxo se admitíssemos que julgados insuscetíveis de rescisão pudessem ser, pura e simplesmente, postos de lado, mediante pronunciamento emiti-*do incidentaliter tantum*, por entender o órgão processante, digamos, que o Supremo Tribunal Federal incorrera em erro ao declarar constitucional (ou inconstitucional) esta ou aquela norma, e ao fazê-lo violara a Carta da República.

11. PROVÁVEIS CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS DA “RELATIVIDADE”

Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencedora, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pôde ser afastado com relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo quanto à segunda?⁶¹

É claro que a indagação não se porá *uma única vez*: a questão poderá repetir-se, em princípio, *ad infinitum*, enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidades ou injustiças intoleráveis nas sucessivas sentenças. Em hora como a presente, em que universalmente se proclama a necessidade de abreviar os pleitos, inclusive mediante a redução das oportunidades de impugnar decisões, chega a ser irônico que se queira adotar um mecanismo cujo uso nenhuma contribuição promete trazer — bem ao contrário! — para que se consiga a suspirada abreviação.

Outro tanto é possível dizer da carga de trabalho do Poder Judiciário. Ela já é reconhecidamente opressiva com um só processo, em princípio, para a composição de cada lide — sujeitos à rápida extinção, *ex vi* do art. 267, nº V, *fine*, combinado com o § 3º, do Código de Processo Civil, os

61. Também no particular subscrevemos as judiciosas observações de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, art. cit. em a nota 27, *supra*, p. 13; bem como as de JOSÉ IOMACIO BORTOLHO DE MESQUITA, ob. cit. em a nota 35, *supra*, p. 115/6.

que vierem porventura a veicular matéria coberta pela *res indicata*. Aumentará de peso, obviamente, caso se permita aos litigantes insatisfeitos com o resultado pleitear nova prestação jurisdicional, que mais lhes agrada. E nem é preciso falar da exasperação das despesas e de outros inconvenientes práticos imagináveis com facilidade.

Pouco adianta ressaltar que nisso apenas se consentirá em hipóteses excepcionais, quando se tratar de “situações extraordinárias”, para “afastar absurdos, injustiças flagrantes” etc.⁶² Tício, vencido, dificilmente deixará de reputar-se vítima de uma decisão absurda e de uma flagrante injustiça. Mesmo de inconstitucionalidade não será raro que cogite, haja vista o grande número de recursos extraordinários em que, sem base, se formula a alegação. Sob o regime vigente, se Tício procurar advogado e lhe pedir que proponha a causa em juízo, a resposta que ouvirá, com maior probabilidade, é a de que não vale a pena instaurar novo feito para desafiar a coisa julgada: mero desperdício de tempo e dinheiro. Todavia, a partir do momento em que se acene com alguma possibilidade de êxito, não falará quem se anime à tentativa. Aberta que seja a porteira, por onde passa um boi poderá passar uma boiada.

12. E O PROCESSO PENAL?

A coisa julgada não é instituto exclusivo do processo civil: opera em todo e qualquer tipo de processo, inclusive no penal⁶³. E também no terreno penal concebe-se que a sentença transitada em julgado contenha decisão injusta (“gravemente” injusta, adite-se) ou incompatível com a Constituição. Segue-se que a doutrina “relativizadora” deve necessariamente passar pelo teste da aplicabilidade ao processo criminal, sob pena de estabelecer diferença de tratamento injustificável à luz da substancial identidade das situações. Se numa sentença penal se puder detectar injustiça “grave” ou violação de norma constitucional, por que razão qualquer desses vícios, intolerável no cível, seria tolerável no crime? A lógica mais elementar estaria a impor a uniformidade da solução.

62. Assim CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.* em a nota 2, *supra*, p. 72.

63. Com todo o acerto ensinam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA—ADA PELLEGRINI GRINOVER—CÂNDIDO DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 19ª ed., S. Paulo, 2003, p. 307, que “é realmente idêntica a natureza da coisa julgada, quer no processo civil, quer no penal, como ainda desnecessária a distinção da coisa julgada penal por ser a sentença condenatória ou absolutória”.

Por outro lado, a injustiça (“grave”, se se quiser adjetivá-la) ou a inconstitucionalidade pode existir, em princípio, tanto na sentença penal condenatória quando na absolutória. (Em paralelo, por sinal, com o processo civil: embora a exemplificação costumeira remeta em geral a sentenças de procedência, de jeito algum se legitimaria uma visão unitária do fenômeno⁶⁴.) Assim, *v. g.*, se o juiz penal declara prescrita a prescrição punitiva em processo aiente a crime de racismo, infringe às escâncaras a regra do art. 5º, nº XLII, da Carta da República, que qualifica de imprescritível o delito.

O direito positivo admite a revisão da sentença condenatória passada em julgado, nas hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, pacificamente consideradas como taxativas⁶⁵. Só a admite em favor do réu condenado: ao contrário de diversas legislações estrangeiras, não contempla a possibilidade de rever-se sentença absolutória (a chamada revisão *pro societate*). Na perspectiva da doutrina “relativizadora”, porém, dificilmente se sustentaria a limitação do expediente às sentenças condenatórias, como dificilmente se sustentaria a preclusão da possibilidade de “relativização” em hipóteses não previstas no art. 621. Por conseguinte, para serem coerentes, os fatores da “relativização” devem:

a) negar caráter taxativo à enumeração do art. 621, para admitir a revisão noutras hipóteses, ou indicar outro remédio processual que nelas possa servir de veículo à “relativização”;

b) afirmar a possibilidade de “relativizar” a coisa julgada das sentenças absolutórias, seja inculcando, *contra legem*, uma modalidade de revisão *pro societate*, seja excogitando outra via processual capaz de conduzir ao mesmo resultado.

Complicar-se-á o problema, à evidência, se se tratar de julgamento por júri. Mas não é preciso que nos embrenhemos em tão espinhoso ca-

64. Tomemos um dos exemplos de CÂNDIDO DINAMARCO, o da condenação da ré a prestar serviços de prostituta, contratados com o autor (*supra*, nº 6). Igualmente absurda seria, obviamente, a sentença que julgasse *improcedente* pedido feito pela mulher em ação declaratória negativa da obrigação de prestar tais serviços.

65. *V. g.*: EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Rio de Janeiro, 1976, v. VI, p. 367; HELIO TORRINAGHI, *Curso de processo penal*, v. II, 7ª ed., S. Paulo, 1990, p. 364; JULIO FABRINI MIRABETE, *Processo penal*, 4ª ed., S. Paulo, 1995, p. 668; FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA, *Curso de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, 1999, p. 945. A acrescentar-se alguma hipótese, será a do art. 626, *fine*, a saber, a de vício processual invalidante (*vide* TORRINHO FILHO, *Processo penal*, 4ª v., 12ª ed., S. Paulo, 1990, p. 460), também prevista *expressis verbis*.

minho: o que ficou dito basta para alimentar a necessária reflexão sobre tópicos relevantes, até agora desprezados, ao que nos consta, por parte dos estudiosos, e especialmente dos que pretendem “relativizar” a coisa julgada material.

13. CONSIDERAÇÕES “DE LEGE FERENDA”

Voltemos ao processo civil. Até aqui, cuidamos do assunto em perspectiva *de lege lata*. Estamos convencidos de que não se compadece com o ordenamento positivo o aumento da dose de “relativização” da coisa julgada material que ele próprio já consagra. Não somos infensos, porém, à proposta de que tal dose, *de lege ferenda*, seja elevada em alguns casos.

O mais importante, ao menos do ponto de vista prático, é o da descoberta científica suscetível de demonstrar a erronia da solução dada anteriormente ao litígio, em época na qual não era possível contar com determinada prova. Para a hipótese do exame de DNA, como registrado, a jurisprudência já vem atenuando, por via interpretativa, o rigor do texto do Código (art. 485, nº VII), para admitir a rescisória com fundamento no laudo pericial, incluído no conceito de “documento novo”⁶⁶. O socorro hermenêutico tem, contudo, alcance limitado: não serve para o caso de já haver decorrido o biênio decadencial (art. 495) quando da realização do exame. Atenta a relevância da matéria, julgamos conveniente modificar aí a disciplina, não para abolir o pressuposto temporal — pois, com a ressalva que se fará adiante, relutamos em deixar a coisa julgada, indefinidamente, à mercê de impugnações —, mas para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

Outro ponto merecedor de reparo é o da sentença violadora de disposição constitucional. São provavelmente raros os casos de sentença que transite em julgado com esse vício, até porque a questão da inconstitucionalidade normalmente terá feito chegar o processo, mediante recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente compete “a guarda da Constituição” (Carta da República, art. 102, *caput*). Não nos inclinamos a sugerir que se elimine a imunidade *da res iudicata* à posterior

declaração de inconstitucionalidade, mesmo no julgamento de ação direta⁶⁷. Pode acontecer, no entanto, que a sentença em questão haja aplicado lei já então declarada inconstitucional pela Corte Suprema. A hipótese enquadrar-se na cláusula do art. 485, nº V, do estatuto processual, visto que a sentença terá violado a Constituição. No entanto, a ação rescisória estará sujeita ao prazo decadencial; o interessado precisará propô-la dentro do biênio consecutivo ao trânsito em julgado. Em atenção à particular gravidade do vício, seria razoável abrandar essa exigência, permitindo, a título excepcional, o ajuizamento da rescisória *a qualquer tempo*.

No mais, pensamos que a disciplina atual já leva em suficiente conta os motivos capazes de justificar a “relativização” da coisa julgada material — vale dizer, já a relativiza *quantum satis*. Não há lugar, ao nosso ver, para invocar, com o fito de aumentar a dosagem, quaisquer princípios supostamente desprezados pelo legislador. Atende o regime vigente, em especial, às exigências da razoabilidade normativa. Merece, em linhas gerais, apoio e preservação.

Outubro de 2004.

66. *Vide supra*, nº 9.

67. *Cf., supra*, nº 8.