

Universidade Católica de Pernambuco

**A Relativização da Coisa Julgada nas Ações de Investigação de
Paternidade Junto ao STJ: Uma Análise Histórica, de Casos e o Conflito
“Segurança x Justiça”**

ROMERO VIEIRA GONÇALVES

RECIFE – ESTADO DE PERNAMBUCO

2011

ROMERO VIEIRA GONÇALVES

A Relativização da Coisa Julgada nas Ações de Investigação de Paternidade Junto ao STJ: Uma Análise Histórica, de Casos e o Conflito “Segurança x Justiça”

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito

Universidade Católica de Pernambuco

Orientador: Prof. Dr. Francisco Caetano

**RECIFE – ESTADO DE PERNAMBUCO
2011**

A Relativização da Coisa Julgada nas Ações de Investigação de Paternidade Junto ao STJ: Uma Análise História, de Casos e o Conflito Segurança x Justiça

ROMERO VIEIRA GONÇALVES

Dissertação de mestrado submetida à banca examinadora como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito

Data: 11/03/2011

Banca examinadora

Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira
Orientador
Universidade Católica de Pernambuco

Professor Dr. Sergio Torres Teixeira
Examinador interno
Universidade Católica de Pernambuco

Professora Dra. Fabíola Albuquerque
Examinadora externa
Universidade Federal de Pernambuco

RECIFE
2011

AGRADECIMENTOS

Chegado o momento de concluir mais uma etapa em minha formação profissional, imprescindível agradecer a todos aqueles que contribuíram para a conclusão deste sonho.

Primeiramente a Deus, a Jesus e a Virgem Maria, pois sem eles não haveria vida, nem conhecimento, nem sabedoria, nem oportunidades.

Aos Meus pais pelo apoio emocional, pelo incentivo educacional e pela oportunidade de me proporcionarem a realização do Curso de Mestrado.

Ao meu irmão e colega de profissão pelos conselhos e trocas intelectuais.

A minhas avós pelas orações constantes e pelos conselhos sábios de quem tem mais experiência e sabedoria.

Aos meus avôs que mesmo já tendo partido contribuíram pra minha formação pessoal.

A minha tia Fatoca, a Saulo e a Claudinha pela hospitalidade e acolhimento em Recife.

A Newton Neto e a Rodrigo pelo incentivo inicial em prestar seleção para o Mestrado, e ao último também pela amizade na temporada Recifense.

A Anapaula, Isadora, Júlia e Juliana pela amizade desde a graduação na Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.

Aos meus amigos, Diego, Lutch, Anielle e Rafaella pela amizade e apoio em todos os momentos.

Aos professores do Mestrado Virginia Colares, Sergio Torres, João Paulo, Alexandre Pimentel, Fábio Túlio, Elias Rocha e Jayme Benevuto, pelos ensinamentos nas disciplinas cursadas.

Ao Padre Caetano, meu orientador, pelo empenho e dedicação ao guiar a elaboração do presente trabalho.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao meu avô Luis Vieira, que mesmo não estando mais presente foi um grande referencial, pois mesmo não tendo a oportunidade de concluir seus estudos logrou êxito nas atividades de Banqueiro e Industrial e sempre transmitiu a seus filhos e netos a importância da educação.

RESUMO

O presente trabalho visa discutir sobre a relativização da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade. Trata de hipótese excepcional na qual se objetiva a desconstituição de uma sentença já transitada em julgado, com prazo para interposição da rescisória transcorrido, em virtude do advento de um novo meio de prova, o exame de DNA, o qual pode demonstrar que a sentença acobertada pelo manto da coisa julgada material pode estar equivocada. Os advogados, diante de tal situação, costumam ingressar com uma ação autônoma objetivando a reforma da decisão, porque não há outro remédio aplicável, pois o prazo da ação rescisória já foi esgotado. Em aludidas ações muitas vezes se requer a realização do exame de DNA, em outras já se junta à petição inicial o laudo do exame, pois o mesmo já foi realizado (e demonstra que a sentença, acobertada pelo manto da coisa julgada, está equivocada). Diante desta situação, extraordinária e atípica, surgiu uma grande inquietação na doutrina, como também nos Tribunais, pois qual será a melhor solução: relativizar a coisa julgada ou mantê-la? Ao responder esta indagação os juristas acabam sempre alegando o conflito existente entre segurança e justiça. Os relativistas apontam que a justiça deve prevalecer, já os não-relativistas apontam que deve prevalecer o princípio da segurança jurídica. O presente estudo traz alguns aspectos inovadores, como o estudo detalhado de todos os casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde é feito um detalhamento percentual dos casos que foram favoráveis e contrários à teoria da flexibilização da coisa julgada, o que possibilita o entendimento de como se desenvolveu a teoria da relativização da coisa julgada perante o STJ. Outra inovação é a tentativa de mostrar o conflito entre segurança e justiça sobre outro aspecto, algo já realizado por outros doutrinadores, em obras sobre outras matérias (a exemplo da filosofia jurídica), mas não realizado ainda em se tratando de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

Palavras-chave:

Coisa Julgada. Relativização. Exame de DNA.

ABSTRACT

This study seeks to discuss the relativization of res judicata in actions of investigation of paternity. It deals with the exceptional hypothesis in which the objective the deconstitution of a sentence wich become already finished, with a deadline for bringing the rescission has passed, due to the advent of a new evidence, the DNA exame, which can demonstrate that the sentence undercover the mantle of res judicata may be flawed. The lawyers, facing this situation, often joining with an autonomous action aimed at reform of the decision, because there is no other remedy applicable, for the duration of action for rescission have been exhausted. In these legal actions often requires the examination of DNA, now joins the other application the report of the examination, because it has already been done (and demonstrates that the sentence, covered up the mantle of res judicata, is wrong) .Given this situation, extraordinary and unusual, there was a great concern in doctrine, but also in the courts, because what is the best solution: to relativize the res judicata or keep it? In answering this question the lawyers always end up saying the conflict between security and justice. The relativistic point that justice must prevail, since the non-relativistic point that should place the principle of legal certainty. The study includes some innovative features, such as the detailed study of all cases decided by the Superior Court of Justice (STJ), which is made a detailed percentage of cases that were for and against the theory of relaxation of res judicata, which enables understanding of how they developed the theory of relativity of res judicata before the Supreme Court. Another innovation is the attempt to show the conflict between security and justice on another aspect, something already done by other scholars, in works on other subjects (such as the legal philosophy), but not done yet in the case of relativization of res judicata in actions of paternity.

□

Key words: Relativization. Res Judicata. DNA exame

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 – Sentença e Coisa Julgada – Aspectos Históricos	04
1.1 – Importância do Estudo Histórico.....	04
1.2 Considerações Propedêuticas.....	05
1.3 Direito Romano.....	06
1.3.1 As sentenças nulas e o Direito Romano.....	13
1.3.2 Instituto da “ <i>restitutio in integrum</i> ”.....	14
1.4 Queda do Império Romano do Ocidente e o Período dos “Séculos Mudos”	15
1.5 A Escola de Bolonha.....	17
1.6 Direito Canônico.....	19
1.7 O Direito Hispano-Lusitano.....	24
1.7.1 A dominação dos Visigodos e Aplicação do Seu Direito.....	25
1.7.2 A Dominação Árabe.....	28
1.7.3 O Direito Posterior ao Domínio Árabe.....	29
1.7.4 Formação da Monarquia Portuguesa.....	33
1.7.5 As Primeiras Leis Portuguesas.....	34
1.7.6 Ordenações Afonsinas.....	36
1.7.7 Ordenações Manuelinas.....	39
1.7.8 O Código Sebastião.....	41
1.7.9 As Ordenações Filipinas.....	42
1.7.10 A Reforma Pombalina.....	47
1.8 Direito Brasileiro.....	49
1.8.1 Código de Processo Criminal do Império.....	50
1.8.2 A Lei 261.....	51
1.8.3 A Lei 556 e os Decretos 737 e 738 de 1850.....	52
1.8.4 A Proclamação da República e o Direito Brasileiro.....	53
1.8.5 A Constituição de 1934 e o Código de 1939.....	54
1.9 Influência do Direito Antigo no Direito Brasileiro Atual.....	57

CAPÍTULO 2 – A Coisa Julgada nos Dias Atuais.....	60
2.1 Considerações Iniciais.....	60
2.2 Coisa Julgada na Legislação Pátria.....	60
2.3 Conceito de Coisa Julgada (Formal e Material).....	61
2.4 Coisa “Soberanamente Julgada” e Ação Rescisória.....	63
2.5 Fundamentos e Justificações para a Autoridade da Coisa Julgada.....	64
2.6 Funções Positiva e Negativa da Coisa Julgada.....	65
2.7 Coisa Julgada Total e Parcial.....	66
2.8 Momento para Arguição da Coisa Julgada.....	68
2.9 Limites Objetivos da Coisa Julgada.....	68
2.9.1 Os Motivos da Sentença.....	69
2.9.2 A Verdade dos Fatos.....	70
2.9.3 As Questões Prejudiciais.....	71
2.9.4 Princípio do Dedutível e do Deduzido e a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada.....	73
2.10 Limites Subjetivos da Coisa Julgada.....	74
2.10.1 Legitimação Extraordinária e a Coisa Julgada.....	76
2.10.2 A Justiça da Decisão e a Assistência Simples.....	77
2.11 Matérias e Sentenças que não Fazem Coisa Julgada Material.....	78
2.11.1 Razões de Decidir.....	78
2.11.2 Sentenças Processuais.....	78
2.11.3 Sentença nos Procedimentos de Jurisdição Voluntária.....	79
2.11.4 Sentença no Processo Cautelar.....	79
2.12 Sentenças que Versem Sobre Relações Continuativas.....	80
2.13 Formas de Revisão da Coisa Julgada Material.....	81
2.13.1 A Relativização (Flexibilização) da Coisa Julgada.....	82
CAPÍTULO 3 – Estudo de Casos Decididos no Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	84
3.1 Considerações Propedêuticas.....	84
3.2 Caso 1 (Resp nº 107.248) – Julgado em 7 de maio de 1998.....	84
3.3 Caso 2 (Resp nº 196.966) – Julgado em 7 de dezembro de 1999.....	86

3.4 Caso 3 (Resp. 226.436) – Um Divisor de Águas – Julgado em 28 de junho de 2001....	87
3.5 Caso 4 (Resp. 432.108) – Julgado em 19 de novembro de 2002.....	90
3.6 Caso 5 (Resp 460.302) – Julgado em 28 de outubro de 2003.....	91
3.7 Caso 6 (Resp. 287.530) – Julgado em 08 de junho de 2004.....	92
3.8 Caso 7 (Resp. 435102) – Julgado em 20 de setembro de 2005 – Retrocesso no Entendimento dos Ministros do STJ?.....	93
3.9 Caso 8 (Resp. 826.698) – Julgado em 06 de maio de 2008.....	95
3.10 Caso 9 (Resp. 884.730) – Julgado em 13 de maio de 2008.....	96
3.11 Caso 10 (Resp. 706.987) – Julgado em 14 de maio de 2008 – Discordância do Resp. 226.436? Retrocesso no posicionamento do STJ?.....	98
3.12 Caso 11 (Resp. 960.805) – Julgado no dia 17 de fevereiro de 2009.....	101
3.13 Caso 12 (Ag.Rg. no Resp. 646.140) – Julgado em 03 de setembro de 2009.....	102
3.14 Caso 13 (AgRg no Resp. Nº 363.558) – Julgado em 04 de fevereiro de 2010.....	104
3.15 Caso 14 (AgRg no Resp. Nº 895.545) – Julgado dia 18 de maio de 2010.....	105
3.16 Caso 15 (AgRg no Resp. Nº 899.981) – Julgado dia 24 de agosto de 2010.....	107
3.17 Análise Percentual dos Julgados.....	108
3.17.1 Gráfico 1.....	108
3.17.2 Gráfico 2.....	109
3.17.3 Gráfico 3.....	110
3.17.4 Gráficos 4 e 5.....	111
3.18 Síntese dos Dados.....	112

CAPÍTULO 4 – Argumentos Centrais na Relativização da Coisa Julgada: Segurança x

Justiça.....	115
4.1 Considerações Propedêuticas.....	115
4.2 Argumentos Contrários à Relativização da Coisa Julgada.....	115
4.2.1 Caos Social Pelo Regresso ao Infinito.....	115
4.2.2 A Coisa Julgada é o Instrumento de Realização do Valor Segurança.....	116
4.2.3 Alegação de que a Natureza Jurídica da Coisa Julgada é de Direito Fundamental.....	118
4.2.4 Alegação de que a Coisa Julgada Não Foi Relativizada Nem na Alemanha Nazista.....	121

4.2.5 Alegação de que o Exame de DNA Não Seria Infalível.....	122
4.3 Argumentos Favoráveis à Relativização da Coisa Julgada.....	124
4.3.1 Alegação de que as Sentenças Sobre Filiação não Transitam em Julgado.....	124
4.3.2 Argumento de que a Verdade Real deve Prevaler sobre a Verdade Fictícia.....	128
4.3.3 Alegação de que as Ações de Filiação Garantem (Promovem) a Dignidade da Pessoa Humana.....	129
4.4 O Conflito: Segurança X Justiça.....	132
4.4.1 Alcance da Segurança Jurídica.....	134
4.4.2 Noção de Justiça.....	139
4.4.2.1 A Justiça para Aristóteles.....	140
4.4.2.2 A Justiça para Kelsen.....	141
4.4.2.3 A Justiça para Flóscolo da Nóbrega.....	142
4.4.2.4 A Justiça no Caso Concreto e a Equidade.....	144
4.4.3 O Aparente Conflito entre Segurança e Justiça nas Ações de Filiação.....	147
4.5 Proposta de <input type="checkbox"/><input type="checkbox"/>	149
4.6 Conclusões do Capítulo.....	151
CONCLUSÕES.....	153
REFERÊNCIAS.....	158

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Trata-se de hipótese excepcional, adotada algumas vezes pelos nossos Tribunais, onde admite-se a modificação de uma sentença acobertada pela coisa julgada material – com prazo da rescisória já transcorrido – por intermédio de uma ação autônoma. Referida ação autônoma é baseada no pedido de realização do exame de DNA, o qual não foi realizado na primitiva ação por ser uma técnica não disponível à época da propositura desta ação originária. Muitas vezes o exame é realizado antes mesmo da propositura da segunda ação (que visa desconstituir a primitiva ação), e demonstra que a sentença acobertada pelo manto da coisa julgada está equivocada.

A situação é bastante inusitada, de uma lato existe uma sentença acobertada pelo manto da coisa julgada, do outro tem-se uma prova técnica que garante uma precisão de 99,99% (exame de DNA), o qual revela (ou revelará) a verdade real. Então, qual regra deve prevalecer: a regra da imutabilidade das decisões após o trânsito em julgado (verdade formal)? Ou a regra da verdade real?

A solução para o impasse é difícil e, por via de consequência, não poderia deixar de acarretar debates acalorados, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, daí a importância e relevância do tema.

Para aprofundamento do estudo sobre o tema optou-se, propedeuticamente, pela realização de um estudo histórico, visando propiciar um domínio das raízes do instituto da coisa julgada, com isso, é possível conhecer o surgimento e desenvolvimento do instituto da coisa julgada, desta maneira, é fácil vislumbrar que os motivos que levam boa parte dos juristas brasileiros a terem facilidade em aceitar a revisão da coisa julgada de forma atípica tem explicações e razões históricas, existindo, inclusive, grande similaridade entre os argumentos utilizados no antigo direito Romano e antigo

Direito Lusitano (época das Ordenações) com os argumentos utilizados hoje por parte da doutrina que defende a relativização da coisa julgada.

Aspecto inovador trazido pelo presente trabalho é o estudo de casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria de relativização da coisa julgada nas ações de filiação. Referido estudo, que inclui análise percentual, traz uma visão panorâmica do desenvolvimento e processamento da teoria da flexibilização (ou relativização) da coisa julgada perante o STJ, tendo sido diagnosticadas as mudanças de entendimento dos ministros, como também, os julgamentos de matérias idênticas que tiveram solução diversa, fato que aponta para a necessidade de uma maior eficiência e celeridade por parte do Poder Legislativo na edição de lei.

As referidas modificações de entendimento, por parte dos ministros do STJ, reforçam a atualidade do tema e relevância do presente estudo. Aliás, o tema nunca foi tratado como consolidado pela doutrina, e ainda pode estar sujeito a modificações, principalmente na superveniência de uma legislação inovadora.

No âmago do debate – sobre a relativização da coisa julgada nas ações de filiação – reside, também, o conflito entre segurança e justiça. Os relativistas alegam que o valor justiça deve prevalecer, já os não adeptos da teoria da relativização alegam que o valor segurança deve prevalecer. Referido conflito (segurança x justiça) também é invocado nas decisões do STJ, sejam elas favoráveis ou contrárias a relativização. Diante da relevância do assunto, não deixou-se de invocar o conflito na presente obra, contudo, a compatibilização do impasse é possível, só que diversa do que pensa alguns doutrinadores.

No que tange a metodologia adotou-se: a pesquisa aplicada em relação a sua natureza; qualitativa em relação à forma de abordagem; explicativa quanto aos objetivos; e no que se refere ao procedimentos técnicos, em virtude da ausência de legislação sobre o tema, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, histórica e jurisprudencial.

Diante do que foi sinteticamente exposto, é fácil constatar que o tema da relativização da coisa julgada nas ações de filiação é fascinante, apresentando

inúmeros desdobramentos, e por via de consequência, causando inquietação em todos os que tomam conhecimento do assunto.

Então, vem o presente trabalho a somar-se a tudo que já foi escrito em matéria de flexibilização da coisa julgada nas ações de filiação nos últimos anos, servindo de base para estudantes e operadores do direito que resolvam conhecer as peculiaridades do tema proposto.

1 – Sentença e Coisa Julgada – Aspectos Históricos

1.1 Importância do Estudo Histórico

Antes de qualquer consideração acerca do tema principal do presente trabalho, qual seja: a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade; faz-se imprescindível a realização de um estudo histórico da coisa julgada e da sentença, visto que apenas se estudando as raízes de um instituto é que se pode ter uma visão geral do assunto, capacitando-nos, de forma vital, com uma bagagem de conhecimentos sobre o tema, fato que é necessário para a tomada de qualquer posição em matéria de relativização da coisa julgada.

O filósofo chinês Confúcio¹ por volta do ano 500 a.C. a i a a “Estude o passado, se quiseres decifrar o futuro” A importância do estudo histórico também é afirmada por autores mais contemporâneos, deste modo, sobre a importância da realização do estudo histórico, trazemos à colação o ilustre Carlos Maximiliano, que afirma:

Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável. Deste faz parte o estudo da histórico especial do povo a que se pretende aplicar o mencionado ramo de conhecimentos, e também o da história geral, principalmente político da humanidade. O direito inscreve-se na regra enunciadas, que aliás, não comporta exceções: para o conhecer bem, cumpre familiarizar-se com os fastos da civilização, sobretudo daquela que assimilamos diretamente: a européia em gera: a lusitana em particular. Complete-se o cabedal de informações proveitosas com o estudo da História do Brasil.²

¹ “Nome latino do pensador chinês Kung-Fu-Tse também conhecido como K'ung Ch'iu, K'ung Chung-ni ou *Confucius*, nasceu em meados do século VI (551 a.C.), em Tsou, uma pequena cidade no estado de Lu, hoje Shantung”. Dados obtidos no site http://www.ippb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4453:ensinamentos-deconfucio&catid=31:periodicos&Itemid=57. Acesso em 21 de abril de 2010.

² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984. P. 137.

Em igual sentido, tratando da importância do estudo histórico, os doutrinadores Tucci e Azevedo preceituam:

O estudo histórico é peça fundamental na ciência do direito. Sem que as pessoas se dêem conta, verdade é que vivem elas, em grande parte, com o auxílio da história: gregos e romanos foram historiógrafos por excelência, assim demonstrando as obras de Heródoto e Tito Lívio. O Cristianismo é uma religião de historiadores: partindo da expulsão do paraíso até o Juízo Final, o destino da humanidade simboliza uma grande aventura que vai desde o pecado até a redenção das almas...

Mas não é só: ainda hoje, vive a Itália do legado de Roma, a França, do clímax napoleônico, Portugal, desde outro périplo que se traduz na saga dos descobrimentos.

A História convive com as pessoas, ainda que estas não se apercebam de sua presença, nos hábitos mais corriqueiros, no vestir-se, alimentar-se, nas saudações e cumprimentos.³

Atualmente, é um risco elevado para um trabalho de pós-graduação a inserção de capítulos tratando da evolução histórica do tema, visto que é grande a chance de cometimento de erros, como por exemplo, saltar-se anos de história em apenas meia página do trabalho, ou como assevera o professor Luciano Linares da Silva a “sacada”⁴ do tema.

Todavia, apesar do risco alertado no parágrafo antecessor, o presente trabalho não poderia refutar-se da importância de conter um estudo histórico, visto que, somente por intermédio deste estudo é que ter-se-á um real domínio sobre o tema, capaz de trazer ao leitor uma bagagem conceitual indispensável para a tomada de qualquer posicionamento.

1.2 Considerações propedêuticas

Não é preciso que se realize um grande estudo através da pesquisa histórica para que se chegue a conclusão de que a origem do direito e do próprio processo, nas suas mais distantes e rudimentares manifestações, remonta às primeiras organizações sociais: a família, o grupo, a tribo.

³ TUCCI, Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. P. 89.

⁴ Acerca do assunto, consultar o texto: OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Disponível em:<http://www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf>

A noção do processo como meio-forma para solução dos conflitos, ainda que de forma simplória, embrionária e sem organicidade, deve provavelmente projetar-se a marcos que escapam o registro da história e transcendem, quem sabe, até aos textos bíblicos.

Para não cair-se nos problemas relatados pelo professor Luciano Oliveira⁵, o presente estudo não irá remontar as primeiras soluções de conflitos tratadas no velho testamento, igualmente, não serão analisadas: as contribuições do Código de Hamurabi, na mesopotâmia; as Leis de Manu, na Índia, devido à enorme distância histórica e do primitivo tipo de organização social por aqueles povos praticadas.

Em relação à Grécia antiga, apesar desta civilização encontrar-se mais próxima política e socialmente da civilização romana, não irá o presente estudo tratar de suas instituições jurídicas, visto que os gregos focaram mais suas atividades no campo da política e filosofia, áreas em que as sociedades contemporâneas ocidentais até hoje vêm as influências trazidas pela civilização helênica, contudo, em matéria de ciências jurídicas poucas contribuições podemos perceber dos gregos.

1.3 Direito Romano

Não existem dúvidas da importância da contribuição trazida pelos romanos ao processo contemporâneo, deste modo, qualquer estudo que se pretenda realizar acerca de qualquer matéria processual (inclusive a coisa julgada), não deve dispensar o exame da ordenação romana, como fonte originária de quase todos os sistemas do mundo ocidental, notadamente os vinculados à família do Civil Law.

Desta maneira, deve-se incluir no presente estudo a questão da coisa julgada no direito romano, para tanto serão apreciados os períodos posteriores à Lei das XII Tábuas, podendo-se prescindir do exame da fase costumeira anterior a esse marco legislativo, que se projeta desde a fundação de Roma (ano 753 a. C), até 450 a.C., data provável da lei decenviral.⁶ Aí praticava-se

⁵ idem

⁶ MEIRA, Sílvio. **A Lei das XII Tábuas**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. P. 38.

um sistema inorgânico, regido pelos *leges* *scriptae* como *ius non scriptum*, que vigeu por cerca de 303 anos, durante toda a Realeza e os primeiros anos da República.⁷

A Partir daí, pode-se dividir em três grandes períodos o sistema romano, quais sejam: (a) Período das ações da lei (*legis actiones*); (b) Período do processo formular (*per formulas*) e (c) Período da *cognitio extra ordinem*.

Antes de ser feita qualquer outra ponderação, é importante destacar que o período das ações da lei e o período do processo formular integravam o *ordo iudiciorum privatorum*.⁸ Como ponto de semelhança entre os dois sistemas, que integravam o *ordo iudiciorum privatorum*, tinha-se a cisão do procedimento em duas fases (*in iure* e *apud iudicem*).

No período das ações da lei a atividade processual era exercida exclusivamente por cinco modelos de ações, que estavam prefixados na Lei das XII Tábuas, do ano 450 a.C. Eram esses os cinco modelos de ações: (a) *legis actio per sacramentum*; (b) *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; (c) *legis actio per conditionem*; (d) *legis actio per manus iniunctionem*; e (e) *legis actio per pignoris capionem*.⁹

Era uma época em que o processo era estritamente formalístico, uma vez que as ações da lei estavam rigorosamente acordadas com às palavras contidas na lei, sendo por isso imutáveis, obrigando as partes a observá-las fiel e literalmente¹⁰.

Conforme já salientado, nos parágrafos anteriores, no período das ações da lei – bem como no período do processo formular – a marcha processual se dividia em duas fases *in iure* e *apud iudicem*. A cisão entre os dois procedimentos era decorrência de uma to solene a *litis contestatio*. Tratava-se

⁷ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 110

⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 58.

⁹ MEIRA, Sílvio. **A Lei das XII Tábuas**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. P. 39.

¹⁰ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 111.

a *litis contestatio* de um ato solene puro e simples, não representando um contrato, nem uma novação¹¹.

A fase *in iure*, desenvolvia-se perante o pretor (primitivamente, perante o rei) onde se estabeleciam as controvérsias entre as partes. Posteriormente com a *litis contestatio* o processo passava para as mãos do *iudex* ou de juízes agrupados nos *collegia* (fase *apud iudicem*), onde se realizavam as coletas de provas e a prolação da sentença. □

Em se tratando de coisa julgada (estabilidade dos julgados) no período das ações das leis não se tem muitas notícias exatas e confiáveis, mas autores como Talamini acreditam que desde os primórdios já se conferia força preclusiva ao processo, devido as origens taliônicas do direito processual romano. Os dados mais precisos já datam de uma fase mais avançada do período das ações das leis (sec. III a.C., em diante), onde o desenvolvimento de um processo impedia outro posterior sobre o mesmo assunto (objeto).¹³

Duas expressões eram usadas nesta época e remontam ainda que embrionariamente as atuais noções de coisa julgada, eram elas: (a) *rem actam agere* (seria uma espécie de impedimento para o caminhar do processo por falta de interesse de agir. Os romanos usavam essa expressão quando o resultado que era objetivado pelo autor não pudesse ser alcançado, sendo inútil a demanda); (b) *res acta est* ou *actum est* (indicavam que algo estava encerrado definitivamente, não podendo mais as partes agirem, equiparando-se a atual função negativa da coisa julgada).¹⁴

Nesta fase o que se via era uma maior preocupação em impedir a atuação das partes, porque naquela época ainda vigorava a defesa baseada na vingança privada. Deste modo, buscava-se equilibrar a atuação das partes

¹¹ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 112.

¹² NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Pg 113 e TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 197

¹³ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.198

¹⁴ Idem. P. 199

impondo a estas limites, contudo, essa atitude acabou conferindo, ainda que sem intenção, uma certa autoridade ao julgado.¹⁵

Podemos, então, perceber que à época a grande preocupação era em garantir que a cada parte fosse dado o que era de direito, e como forma de garantir que uma parte não exagerasse em sua atuação (resquício da vingança privada), acabou-se impondo limites a sua atuação, através das regras preclusivas, algo bastante semelhante com a coisa julgada, mas com intenção diversa, visto que se buscava limitar a atuação das partes, este era o principal objetivo. O objetivo não era a autoridade de um julgado imutável.

Com a *lex Aebutia* (entre os anos 149 e 126 a.C) possibilitou-se a utilização de um novo procedimento – o processo formular – mas este só passou a ser obrigatório com a *lex Julia iudiciorum privatorum* (no ano 17 a.C).¹⁶

Assim como no período anterior, no processo formular o inter processual também se dividia em duas fases, que eram: *in iure* e *apud iudicem*. A cisão entres os dois procedimentos também decorria da *litis contestatio*. Todavia, no período das ações das leis a *litis contestatio* era um procedimento meramente formal e solene, não operando-se qualquer modificação na situação anterior jurídica das partes.

Então, no período das ações das leis a *litis contestatio* não tinha qualquer influência na sentença judicial. Tal situação só veio ser modificada no período *per formulas*, onde a situação anterior era modificada pela *litis contestatio* e a sentença judicial refletia não mais a situação passada mas o que se plasmara na fórmula. Neste sentido, Talamini alerta que:

No processo formular, a *litis contestatio* assumiu papel ainda mais relevante. Consistia na atuação das partes, perante o pretor, com a qual se fixavam os limites do objeto do processo e se estabelecia o compromisso de participar da fase *apud iudicem* e se submeter ao que viesse a ser decidido pelo *iudex*. Como indicado, esse ato também já existia no processo das *legis actiones*, sob a forma de declarações verbais perante testemunhas. Mas no novo sistema

¹⁵ Ibidem

¹⁶ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 116

processual, além de a forma escrita, a *litis contestatio* teve seu caráter de submissão à pronúncia do pretor ressaltado, tornando-se objeto de sistematização mais rigorosa quanto a seu valor e efeitos. Vinculavam-se à *litis contestatio* específicas consequências extintivas e criativas (ou inovadoras).¹⁷

Vê-se que a *litis contestatio* do período *per formulas* era realizada sem a presença de testemunhas (diversamente do que acontecia no período das ações das leis), onde a parte ré aceitava a fórmula redigida pelo pretor, a pedido da parte autora, na qual se espelhava a controvérsia sustentada pelas partes em face da versão por estas oferecida ao magistrado (*res iudicio deducta*), bem como a indicação do juiz (*dare iudicem*).¹⁸

Após a *litis contestatio* as partes teriam que se submeter ao que fosse decidido pelo *iudex* (na fase *apud iudicem*). O pronunciamento do *iudex* era realizado por intermédio da sentença, que colocava fim ao litígio, estabelecendo-se uma nova relação jurídica entre as partes: a coisa julgada (*res iudicata*). Importante salientar que a sistemática processual do período fórmulo não previa a existência de recursos.

A *res iudicata* era o modo (situação) como se encontrava o bem da vida objeto do litígio da coisa. Encontrava-se o objeto do litígio julgado, formando-se a coisa julgada. Neste período não se via a coisa julgada como um dos efeitos do julgamento, tampouco qualidade desses efeitos ou algo semelhante. A coisa julgada era o próprio e único efeito do julgamento.¹⁹

É imprescindível abordar uma curiosidade no que tange a *litis contestatio*, que acaba por colocando em terreno fronteiro com a coisa julgada, o fato de que na *litis contestatio* existia a *exceptio in iudicium deducta*

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.200.

¹⁸ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 117.

¹⁹ Apenas para se fazer um paralelo, atualmente, nosso Código de Processo Civil traz como principal efeito da sentença o fato de se “esgotar o ofício do juiz e acabar a função jurisdicional (Art. 463). Já a coisa julgada é tida pela doutrina majoritária como uma qualidade da sentença, não sendo efeito da sentença, mas qualidade dela representada pela impossibilidade de modificação do julgado e de seus efeitos.

vel de re iudicata (tratava-se de uma exceção com efeito preclusivo que permitia ao réu extinguir um segundo processo que se formasse com o mesmo objeto e as mesmas partes).

Apesar de semelhante aos efeitos da coisa julgada, devemos salientar que os efeitos desta são mais abrangentes e amplos, visto que os efeitos da coisa julgada poderiam se estender a outros sujeitos que não participaram do processo. Outra curiosidade é que após a *litis contestatio* poderia haver conciliação entre as partes, fato que era proibido após a coisa julgada, decorrente da prolação da sentença.²⁰

De igual modo, diferenciando-se dos efeitos da *litis contestatio*, a coisa julgada também tinha força em relação a objetos processuais diversos do já julgado, contanto que fossem dependentes (algo semelhante aos efeitos da função positiva da coisa julgada, nos dias de hoje)²¹.

No período da *extraordinaria cognitio*, por sua vez, ocorreu a mudança da era privada (as ações da lei e o período do processo formular integravam o *ordo iudiciorum privatorum*)²² para a esfera pública. Desapareceu a divisão do processo em duas fases *in iure* e *apud iudicem*, perdendo a *litis contestatio* a importância que na fase do processo privado tivera, continuando existindo apenas como um ato ou momento processual, contudo sem nenhuma eficácia especial²³. Alguns efeitos passaram para a fase inicial do processo e outros (a exemplo da novação da relação controvertida e aqueles atinentes a extinção do processo) foram atribuídos a coisa julgada.²⁴ □

A doutrina diverge no que tange ao aparecimento do processo da *extraordinária cognitio*. Existem os que advogam que este procedimento surgiu

²⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Passim.

²¹ Idem. Passim

²² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 58.

²³ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Passim e TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. passim

²⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 206.

e coexistiu com os dois anteriores que integravam a justiça privada, e que com o tempo foi ocorrendo a consolidação do sistema público (*eꞑtraordinária cognitio*)²⁵. Outro percentual da doutrina acredita que o processo público surgiu nas províncias, onde os que não eram cidadãos romanos não tinham acesso ao processo formular.

Divergências a parte, apenas no ano 342 d.C, com a constituição de Constâncio e Constante foi que houve a revogação do sistema privado, passando a existir apenas o sistema público (*eꞑtraordinaria cognitio*), com a administração da justiça sendo exclusividade do Estado. ²⁶

No sistema público, após percorrido toda a marcha processual, cujo acesso era restrito as partes e procuradores, devia o Magistrado prolatar a sentença definitiva do litígio, esta sim, era de acesso irrestrito, sendo lida perante o público.

A sentença do sistema da *eꞑtraordinaria cognitio* era diversa das prolatadas nos dois períodos anteriores (no *ordo iudiciorum privatorum*), uma vez que evocava a autoridade do Príncipe, na pessoa do seu delegado (que podia ser o juiz, o prefeito etc.,) representando o interesse público do Estado, interesse em acabar o conflito, solucionando-o. Por outro lado, as sentenças proferidas no *ordo iudiciorum privatorum* eram prolatadas por um juiz privado, que era escolhido pelas partes, para solução do litígio, não representando o interesse público do Estado²⁷.

Importante destacar que na época do sistema privado as sentenças não eram recorríveis, já a sentença do sistema da *eꞑtraordinaria cognitio* podia sofrer modificação por intermédio de recurso, qual seja: a *appellatio*, que se tratava de um remédio ordinário. Todavia, não se pode esquecer, que nesta fase não era feita a distinção do momento da prolação da sentença com o da formação da coisa julgada. Assim, proferida a sentença, já se formava a coisa julgada, e os efeitos já operavam desde logo, apenas se sobreviesse a

²⁵ A este respeito, consultar: CUENCA, Humberto. **Processo Civil Romano**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1957. P.124.

²⁶ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 126.

²⁷ *Ibidem*

apelação era que a coisa julgada era suspensa, neste caso, se provido o recurso ela era extinta, e se o recurso fosse desprovido a eficácia da coisa julgada era novamente posta.²⁸

1.3.1 As sentenças nulas e o Direito Romano

Viu-se nos três tópicos anteriores a divisão do direito romano em três períodos, onde fora apontada de forma sucinta as principais características de cada período. Foi salientado que apenas na fase do direito público é que as sentenças passaram a ser recorríveis. Todavia, tal fato não significa que as sentenças nos dois períodos anteriores eram definitivas, uma vez que as sentenças podiam ser consideradas nulas, caso faltasse-lhes algum pressuposto essencial.

Esta característica decorria da não separação, naquela época, entre direito material e direito processual. Deste modo, as sentenças dos três períodos romanos (*legis actiones*, *per formulas* e *cognitio extra ordinem*), ficavam submetidas a disciplina de controle e aferição dos efeitos do negócio jurídico material.

Então, caso faltasse alguns dos elementos constitutivos ou alguns dos pressupostos essenciais para o negócio jurídico ou para a sentença, ter-se-ia o caso de nulidade. Sendo nula a sentença não existia a expressão “sentença nula”.

A inexistência da sentença podia ser alegada a qualquer momento, e podia processar-se por vários instrumentos, dentre eles: (a) podia ser feita no momento de defesa da ação de execução fundada em sentença nula, por intermédio do mecanismo chamado de *infinitio in duplum* (por ele o executado assumia o risco de caso ter sua tese de nulidade fracassada teria que pagar em dobro a condenação já prolatada); (b) também podia ser reproposta outra ação com o mesmo objeto e no caso da sentença anterior ser executada

²⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 206

ato existente porém inválido). Convém salientar que a sentença não era anulada, visto que eles não conheciam uma providência que desconstituisse um ato existente, assim, a sentença continuava existindo, determinando o magistrado apenas a restituição das coisas ao estado anterior.

1.4 Queda do Império Romano do Ocidente e o Período dos “Séculos Mudos”

odo da “ t ao dinária co nitio” i u at a u da do I io Romano do Ocidente, no ano de 476 d.C³², quando a península itálica sofreu a invasão dos povos bárbaros de origem germânica, quais sejam: Ostrogodos no início do Século V; posteriormente os Longobardos no Século VI; e os Francos no Século VIII, estes últimos permaneceram no poder até meados do final do Século X. Referido período de dominação dos bárbaros ficou conhecido como “s u os udos” u a u assa a -se mais de seis séculos e poucos avanços técnicos foram acrescentados as instituições jurídicas, ocorrendo muitas vezes um verdadeiro retrocesso³³

O fato que não propiciou uma maior evolução das instituições jurídicas nos séculos mudos se deveu, entre outros fatores pelo fato de que o direito Romano continuou a ser utilizado na prática judiciária dos invasores bárbaros, por ser uma legislação superior do ponto de vista técnico, como também por ser bastante útil na supressão das lacunas existentes na legislação dos povos dominadores. Então, o que se tinha era a utilização concomitante do direito bárbaro com o direito romano, sendo forte também a influência do direito canônico nesta época³⁴.

³² No que tange a questão da vigência da legislação romana devemos salientar que mesmo com a invasão o direito romano continuou sendo utilizado, então apenas formalmente é que se diz que o período da “extraordinária cognitio” deixou de vigor.

³³ GIBBON, Edward. **Declínio e queda do Império Romano**. São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989. P. 28.

³⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 98.

st dia as o a os i i a o on a ai a u “o ito a bárbaro, mas a magistratura civil era romana, de modo que matinha-se em a a o ani a o o ana o as s as institui s udi i as”³⁵.

No ano de 568, com a invasão dos Longobardos é que foi sendo feita com mais veemência a supressão do direito romano pelo legislação dos colonizadores. Neste época começou a existir um maior domínio da autoridade real sob a justiça (podendo qualquer causa ser levada diretamente ao tribunal do rei, este também poderia avocar qualquer processo para sua jurisdição). Em matéria de sentença nenhum avanço foi percebido, sendo ela considerada um ato de império, podendo ser executada dois meses após a sua prolação.³⁶

No Século VIII os francos invadiram a península itálica e nela permaneceram até fins do Século X³⁷. Os francos detinham uma legislação mais progressista, em virtude da influência da Igreja e também do direito romano, mesmo assim, o rei tinha ilimitado poder judiciário superposto a legislação nacional, podendo o monarca alterar qualquer lei ou substituí-la com arrimo na equidade. Também no governo dos francos a jurisdição do rei era concorrente com a dos tribunais ordinários, podendo o rei avocar qualquer causa.³⁸

Em matéria de sentença, no domínio dos francos ela não continha precisamente uma parte dispositiva condenatória, e sim uma indicação da prestação ou obrigação que deveria ser cumprida por uma das partes³⁹. Com relação a coisa julgada, Eduardo Talamini assevera que já se ensaiava a distinção entre a sentença e a coisa julgada que só ocorreria depois de transcorrido o prazo para se apelar da sentença⁴⁰.

³⁵ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P.137.

³⁶ Idem, P. 141.

³⁷ ARRUDA, J. Jobson. **História Antiga e Medieval**. São Paulo: Ática, 1982. P. 254.

³⁸ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 141.

³⁹ Idem, P. 143.

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 215.

1.5A Escola de Bolonha

Como resultado no período anterior nos “séculos escuros” o direito Romano continuou a ser utilizado na prática judiciária dos invasores bárbaros, por ser uma legislação superior do ponto de vista técnico, como também por ser bastante útil na supressão das lacunas existentes na legislação dos povos dominadores. Então, o que se tinha era a utilização concomitante do direito bárbaro com o direito romano, sendo forte também a influência do direito canônico nesta época⁴¹.

Então, graças a influência do sistema canônico da Igreja, como também pela manutenção do processo romano que continuou sendo utilizado nos “séculos escuros” iniciantes, a influência das culturas bárbaras (p.ex, Roma, Veneza, Ravena) foi-se possibilitando com o fim da dominação dos francos (no final do século X) a criação das universidades italianas, em especial a Escola de Bolonha (criada no ano de 1088⁴²), dando asas ao renascimento do direito romano imperial⁴³.

Com a criação das universidades italianas buscava-se a unificação, e a compatibilização, das várias fontes do direito até então conhecidas (direito romano, direito canônico e o direito trazido pelos bárbaros no período dos séculos escuros).⁴⁴ A Bolonha acabou se tornando o centro cultural, de onde o Direito Romano “ressuscitado”⁴⁵, foi levado novamente para toda Europa e de lá para a América Latina⁴⁶.

⁴¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 98

⁴² Dado obtido no site: <http://www.minhaitalia.com.br/universidade.html>. Acesso em 30 de Abril de 2010.

⁴³ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 145.

⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 215.

⁴⁵ Lembrando-se que mesmo nos séculos escuros o Direito Romano nunca deixou de ser utilizado.

⁴⁶ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 145.

Como contribuição da Universidade da Bolonha para a matéria da sentença e da coisa julgada, podemos citar⁴⁷:

- (a) A distinção entre sentença e coisa julgada: Os primeiros comentadores, a exemplo de Cino de Pistoia e Bartolo aceitaram que só se fazia coisa julgada quando estivesse esgotada a possibilidade de impugnação da sentença;⁴⁸
- (b) A noção de coisa julgada como prova: Surgiu a doutrina que defendia que a coisa julgada impediria nova prova sobre a questão já sentenciada, noção esta que ainda se aplica em vários ordenamentos contemporâneos;
- (c) A idéia que algumas sentenças fazem direito, sendo ,portanto, aplicáveis a terceiros: Os glosadores passaram a entender que a sentença que faz direito teria eficácia *erga omnes*. Como exemplo geral, de sentença sempre aplicável a terceiros, os glosadores traziam as sentenças de status. Podemos notar influência deste conceito na segunda parte do art. 472 do nosso Código de Processo Civil;
- (d) Expansão das hipóteses em que a sentença não fazia coisa julgada: Os glosadores mantiveram as hipóteses advindas da época da *cognitio e tra ordinem* (por defeitos processuais e por ofensa ao direito expresso), e criaram duas novas hipóteses onde as sentenças não faziam coisa julgada, era o caso das sentenças *mercatorum* e a *e p̄ptorum*, as sentenças cujo teor se revelasse injusto ou cuja iniquidade se mostrasse evidente, as sentenças fundadas em presunções ou em provas não admitidas pelo direito, dentre outras;
- (e) Criação da “*querella nullitatis*”: com o aumento das possibilidades de revisão e modificação das sentenças foi surgindo um sentimento de instabilidade na seara jurídica italiana. Então criou-

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 215 e seguintes.

⁴⁸ Idéia que já vinha sendo trazida desde o domínio dos Francos, antes mesmo da criação da escola da Bolonha, conforme foi salientado no tópico 1.4 do presente trabalho.

se o instituto da *querella nullitatis* que definia um prazo para a modificação da sentença. Alguns doutrinadores entendem que a “*querella nullitatis*” não foi uma criação, já existindo desde o direito romano, outros acreditam que sua origem era germânica. Talamini, baseado na doutrina de Calamandrei entende tratar-se de uma criação da legislação italiana. O prazo para a querela era de trinta dias;

- (f) Modificação da “*sententia nulla*” deixando de ser inexistente para ser inválida: com o surgimento da “*querella nullitatis*” restou revogada a clássica visão da *sententia nulla* que podia ser revogada a qualquer tempo por ser inexistente (um nada jurídico, algo que nunca iria valer) passando a *sententia nulla* ser considerada inválida, visto que caso não seja o defeito alegado em determinado lapso temporal, o mesmo restaria superado.

1.6 Direito Canônico

É possível conceituar o direito canônico como sendo o conjunto de regras instituídas pela Igreja, em um determinado período, para a solução dos problemas oriundos em sua atuação. Neste sentido:

O Direito Canônico é o conjunto de normas jurídicas, de origem divina ou humana, reconhecidas ou promulgadas pela autoridade competente da Igreja Católica, que determinam a organização e atuação da própria Igreja e de seus fiéis, em relação aos fins que lhe são próprios.⁴⁹

O direito Canônico surgiu como forma autônoma para a solução de conflitos que envolviam cristãos. Então, não se resolvendo o desacerto deviam os cristãos recorrerem as palavras da Igreja. Mesmo que o impasse fosse de natureza civil, sendo as partes cristãs, não havia por que a solução ser dada por juízes pagãos, é este inclusive o posicionamento de São Paulo ao aconselhar que o cristão deve ser julgado por membros da comunidade cristã e não por tribunais pagãos, veja-se:

⁴⁹ CIFUENTES, Rafael Llano. **Curso de Direito Canônico**. São Paulo: Saraiva, 1971. P. 10.

Julgamento em tribunais pagãos – Quando alguém de vocês tem uma questão com outro, como ousam levar o caso para ser julgado pelos pagãos e não pelos membros da comunidade? (...) No entanto, quando vocês têm processos desta vida para serem julgados, vocês tomam como juízes pessoas que não têm autoridade na Igreja. Digo isso para vocês se envergonharem. Será que entre vocês não existe ninguém suficientemente sábio para servir de juiz entre irmãos?⁵⁰.

Evidentemente que o repúdio ao tribunal romano desencadeou conseqüências, como a perseguição dos cristãos por recusarem-se a venerar a divindade contida na pessoa do imperador, só vindo este quadro melhorar quando Constantino⁵¹ tornou-se vitorioso, ganhando a *episcopalis audientia* reconhecimento oficial⁵².

Então, a partir de Constantino a jurisdição eclesiástica torna-se competente até para as causas cíveis desde que uma das partes houvesse solicitado. Convém salientar o fato de que mesmo se a causa já tivesse sido iniciada perante juiz secular podia o interessado requerer a remessa do processo para o tribunal episcopal.⁵³

Com o tempo a influência do tribunal eclesiástico foi aumentando, chegando ao ponto onde os bispos se viram com uma infinidade de processos envolvendo cristãos e precisando de solução, diante de tal situação, os bispos acabaram ficando sobrecarregados para exercer suas funções pastorais. Franco Perini afirma que Santo Agostinho lamentava-se por não poder dedicar mais tempo aos misteres do apostolado, uma vez que era continuamente chamado a exercer a judicatura⁵⁴.

⁵⁰ Coríntios 6,1. Bíblia Sagrada Edição Pastoral, 2006, pg.1465.

⁵¹ “A fé cristã solidificou-se com a promulgação do Edito de Milão, em 313 d.C, quando o imperador Constantino I permitiu total liberdade de culto à nova crença em todo o Império Romano”. CIFUENTES, Rafael Llano. **Curso de Direito Canônico**. São Paulo: Saraiva, 1971. P. 12.

⁵² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, P. 114 e 115.

⁵³ Idem, P. 115.

⁵⁴ PIERINI, Franco. **A Idade Antiga: curso de história da igreja – I –**. Trad. João Mário de Almeida. São Paulo: Paulus, 1998. P. 164.

A doutrina costuma dividir o direito canônico em períodos, de acordo com Luiz Carlos de Azevedo são quatro os períodos do direito canônico, são eles: (a) formação; (b) estabilização; (c) consolidação e (d) renovação. Nas alíneas abaixo serão abordados cada um deles.

- (a) Período de formação: As fontes para formação propedêutica do direito canônico são os textos “seudo-apostólicos” os cânones emanados dos Concílios, as decretais dos papas e por último os pronunciamentos judiciais dos bispos e tribunais eclesiásticos. Posteriormente todas estas disposições levaram a elaboração de coleções canônicas, da qual a Dionisiana aparenta ser a primeira;
- (b) Período de Estabilização: Por volta do ano de 1140 com o “Decreto” de Graciano também conhecido como “*Concordia discordantium canonum*”⁵⁵, o Direito Canônico passa a fase de estabilização. Em referida obra o monge realiza a junção de textos de várias proveniências procurando podar as incongruências e discordâncias;
- (c) Período de Consolidação: Entre os séculos XIII e XIV a Igreja aumenta sua influência na Europa Ocidental⁵⁶, vindo nesta fase o Direito Canônico à atingir a sua consolidação. Em 1234 é publicada as Decretais de Gregório IX, dividida em cinco livros.⁵⁷ Os papas posteriores prosseguem no trabalho legislativo e acrescentam mais legislação as decretais.⁵⁸ Referidas normas constituíram no século XVI o corpo do Direito Canônico (*Corpus Iuris Canonici*)□

⁵⁵ “Graciano, também conhecido como **Franciscus Gracianus** ou **Johannes Gratianus**, foi um monge jurista camaldulense e professor de teologia bolonhês” - PIERINI, Franco. **A Idade Antiga: curso de história da igreja – I –**. Trad. João Mário de Almeida. São Paulo: Paulus, 1998. P. 168.

⁵⁶ Estava-se na época do feudalismo, com o povo sofrendo com guerras, epidemias e castigos dos senhores, restando buscar na fé um alento para tamanho sofrimento.

⁵⁷ Eram esses os cinco os livros: (*iudex, iudicium, clericus, connubia, crimen*). - AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, P. 116

⁵⁸ São elas: o sexto livro (de Bonifácio VIII, 1298); as Clementinas de Clemente V, no ano de 1314; as extravagantes de João XXII no ano de 1319, as extravagantes comuns, no ano de 1325. - AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, P. 118

(d) Período de Renovação: Toda legislação posterior ao *Corpus Iuris Canonici* veio a fazer parte do movimento de renovação do direito Canônico. Começou com as normas editadas no concílio de Trento⁵⁹, depois no século XIX, os trabalhos voltaram-se para à publicação de um Código de Direito Canônico, que só foi promulgado em 1917. Por fim, no Concílio Vaticano II, em 1959, foi decidido pela reforma da legislação, projeto concluído em 1983 com a publicação do novo Código de Direito Canônico, sob o pontificado de João Paulo II.

No que tange à coisa julgada, tem-se que no Direito Canônico ela era inicialmente vinculada a formatação romana, apenas com o passar dos anos é que foram sendo adicionados outros elementos ao instituto da coisa julgada canônica.

O presente estudo partirá do Decreto de Graciano – fase de estabilização – onde era acolhida a noção romana da coisa julgada. Deste modo, era prevista a *restitutio in integrum* contra a sentença válida porém iníqua.⁶⁰

Com relação a sentença de nulidade matrimonial, prolatada com base em prova testemunhal comprovadamente falsa, surgiu o questionamento se o cônjuge deveria ser reintegrado ao casamento anterior, injustamente anulado, apesar de já haver contraído novas núpcias. Graciano reconheceu a

⁵⁹ O Concílio de Trento foi convocado pelo Papa Paulo III, a fim de estreitar a união da Igreja e reprimir os abusos, isso em 1546, na cidade de Trento, no Tirol italiano. No Concílio tridentino os teólogos mais famosos da época elaboraram os decretos, que depois foram discutidos pelos bispos em sessões privadas. Interrompido várias vezes, o concílio durou 18 anos e seu trabalho somente terminou em 1562, quando suas decisões foram solenemente promulgadas em sessão pública. Todo o corpo das doutrinas católicas havia sido discutido à luz das críticas dos protestantes. O Concílio de Trento condenou a doutrina protestante da justificação pela fé, proibiu a intervenção dos príncipes nos negócios eclesiásticos e a acumulação de benefícios. Definiu o pecado original e declarou, como texto bíblico autêntico, a tradução de São Jerônimo, denominada "Vulgata". Manteve os sete sacramentos, o celibato clerical e a indissolubilidade do matrimônio, o culto dos santos e das relíquias, a doutrina do purgatório e as indulgências e recomendou a criação de escolas para a preparação dos que quisessem ingressar no clero, denominadas seminários. – Dados contidos em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/contra-reforma/concilio-de-trento.php>. Acesso em 30 de abril de 2010.

⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.221.

possibilidade de correção da sentença nesses casos. Apesar do caso relatado ser referente a uma causa matrimonial, devemos entender como sendo uma regra geral, aplicável a qualquer processo, visto que a regra da correção da sentença preconizada por Graciano apenas demonstra preocupação com a busca da verdade real e não com aspectos teológicos peculiares a esses tipos de ação⁶¹.

Deve-se ressaltar que nesta época a noção de coisa julgada ainda era identificada com a própria sentença, ou até, como efeito essencial a qualquer sentença. Por isso, Graciano não determinava como deveria ser processada a revogação da sentença. “... id ia d “ assa u ado” oi ia o do Direito Canônico, mas em época posterior a Graciano⁶².

A primeira aparição formal fazendo menção a passagem em julgado só ocorreu na decretal *Quator praesentium sua nobis*, de Alexandre III (1159-1181), onde previa-se que certas causas por razões espirituais não passavam em julgado. Era o caso da sentença dada contra o matrimônio que podia ser revogada a qualquer tempo no caso de ser constatado erro⁶³.

Sem dúvida a noção de coisa julgada foi uma grande contribuição trazida pelo Direito Canônico. A partir de então, passou-se a entender que existe um momento formal em que a sentença adquire a força de coisa julgada, momento que não necessariamente se identifica com o surgimento da coisa julgada.

Então, a partir da decretal *Quator praesentium sua nobis*, de Alexandre III a ciência jurídica passou a distinguir a coisa julgada da própria sentença, percebeu-se que nem toda sentença definitiva precisaria revestir-se da eficácia da coisa julgada. O conceito de passagem em julgado foi rapidamente incorporado pelos juristas do direito comum.

Outra influência do Direito Canônico foi vista em matéria da *querella nullitatis*, visto que no houve uma ampliação do rol, pelos canonistas, das hipóteses de nulidade da sentença, fato que influenciou o *ius civile* devido a comunicação entre os dois sistemas. Muitos pesquisadores apontam a criação

⁶¹ Idem, P.222.

⁶² Ibidem

⁶³ Idem, P. 223

do instrumento da *querella nullitatis* como sendo uma invenção do Direito Canônico. Buscava-se, com a instituição da *querella nullitatis*, o estabelecimento de um método específico para a impugnação da sentença nula, e previa-se um prazo para que a *querella nullitatis* pudesse ser exercida, a exceção das causas espirituais que não se sujeitavam a qualquer prazo.⁶⁴

Nos séculos seguintes (XIII a XVI) os estudos prosseguiram e foi-se complementando as sentenças que não passavam em julgado e como justificativa para a não passagem em julgado invocava-se a noção de *periculum animae*. A noção de *periculum animae* era bastante ampla, como exemplo, tinha-se que a condenação de um devedor ao pagamento de juros de mútuo não passava em julgado por favorecer o pecado⁶⁵.

Somente no Século XVII é que se assentou o entendimento de como se processar o pedido de reexame de uma sentença com fulcro no *periculum animae* (ficou estabelecido que deveria ser feito um novo processo e este deveria ser instaurado perante o juiz que proferiu a primeira sentença).⁶⁶

Com o Papa Benedito XIV, na *Constitutio in reformatione*, no ano de 1741, disciplinou-se de modo orgânico o processo matrimonial e organizou-se as diretrizes para os casos de sentenças que não passavam em julgado. Com o Código de 1917 o principio da não passagem em julgado ficou restrito às ações sobre estado das pessoas e para as sentenças matrimônias.

1.7O Direito Hispano-Lusitano

A ocupação romana da Península Ibérica durou aproximadamente seis séculos (218 a.C até aproximadamente 409 d.C). Esse lapso temporal é comumente dividido pela doutrina em dois períodos, que são: (a) fase de conquista (que originou a romanização política) e a fase da romanização jurídica (que se desenvolveu aos poucos e só se consolidou com a cristianização da península). A conquista integral da Península só se

⁶⁴ Idem, P. 224 e 225

⁶⁵ Idem, P. 225

⁶⁶ Ibidem.

consumou depois de quase dois séculos de lutas, quando os Lusitanos na Espanha Ulterior foram vencidos por Augusto em 19 d.C.⁶⁷

Propedeuticamente a romanização não alcançava o campo do direito, pois apenas as autoridades, cidadãos e soldados provenientes da Itália e alguns espanhóis é que haviam conseguido o *ius latii*. No ano de 74 d.C é que o imperador Vespasiano, concedeu a toda Espanha, a título de prêmio pela sua lealdade o *ius commercium*. Todavia, apenas no ano 212 d.C, é que foi concedido pelo imperador Caracala, a todos os habitantes do Império a cidadania romana, passando a península Ibéria a reger-se pelo Direito Romano, passando o processo formulário a generalizar-se por toda a Península e posteriormente ser substituído pela *cognitio extra ordinem*⁶⁸.

1.7.1 A dominação dos Visigodos e Aplicação do Seu Direito

No ano de 409 d.C a Península Hispânica foi invadida pelos bárbaros. O governo Romano achou por bem celebrar tratados com os Visigodos, que dentre os bárbaros eram os que tinham hábitos mais romanizados. Durou três séculos a dominação visigoda, no território da Espanha, até o momento da conquista da região pelos Mulçumanos⁶⁹.

Em se tratando do campo cultural, cumpre destacar que a influência visigoda não foi muito grande, uma vez que sua cultura era inferior em relação ao nível atingido pela população hispano-romana. Além disso, a população hispano-romana era em termos populacionais infinitamente superior, enquanto a população visigoda era de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) germanos a população hispano-romana era de 9.000.000 (nove milhões) pessoas.⁷⁰

No campo do Direito, sabe-se que antes da invasão dos visigodos vigiam na Espanha os códigos Gregoriano (291 d.C), Hermogeniano (295 d.C)

⁶⁷ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 194 e 195.

⁶⁸ Idem, P. 197.

⁶⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 99.

⁷⁰ Idem, p. 100.

e Teodosiano (483 d.C). Após a invasão a primeira legislação que se tem conhecimento é o Código do rei visigodo Eurico (466-484d.C), legislação que tentou fazer a união do Direito Romano Vulgar com os costumes visigodos.⁷¹

Posteriormente no ano de 506 d.C foi promulgado o Código de Alarico II⁷² que não trazia nenhuma lei visigoda, ao contrário, trazia uma compilação das leis contidas nos códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano. Todavia, referido Código não teve boa aceitação, visto que causava desconforto para as duas nacionalidades.⁷³

No governo de Leovigildo (568-586 d.C) foi feita uma revisão do Código de Eurico, chamada de *code reuisus*. Já no governo de Recaredo (589 d.C), graças a sua conversão ao catolicismo, buscou-se humanizar o Direito por intermédio de reformas inspiradas em fontes do Direito Romano⁷⁴.

Com o rei Chindasvindo, seguiu-se a tendência já trazida por Leovigildo e buscou-se uma humanização do Direito através de uma compilação aprofundada das leis anteriores. Mas é o filho de Chindasvindo – o rei Recesvindo – que consegue implementar a nova legislação, publicada em 654 d.C. Referida legislação ficou conhecida como o “*di o is i t i o*”, sendo posteriormente revisada por Ervígio e aprovada pelo XII Concílio de Toledo e publicada em 68. Posteriormente o código seria chamado na língua castelha de “*Fuero Juzgo*”.⁷⁵

O Código Visigótico de Recesvindo é considerado o corpo legislativo mais romanizado que se produziu em toda o período da dominação dos reinos bárbaros da Europa. Todavia, em matéria de organização judiciária a influência da cultura germânica era visível no Código através do sistema popular de administração da justiça. Neste sentido Luiz Calos de Azevedo afirma que:

⁷¹ Idem, p. 103

⁷² Também chamado de Breviário de Alarico ou Breviario Aniano, ou ainda, Lex Romana Visigothorum. - NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 201

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

(...) suprimidos ou despojados de seus poderes, os juizes do tempo da *cognitio extra ordinem* são substituídos pelos tribunais à guisa germânica, onde os homens livres e os homens bons da terra não são funcionários do Estado e a própria Magistratura perde o caráter de serviço público.⁷⁶

No que se refere a sentença do processo germânico tinha-se, em regra, que da sentença não cabia recurso, uma vez que era concebido todo o sistema probatório realizado perante a assembléia como emanção da vontade divina, desta maneira a sentença que fosse dele emanada seria dotada das qualidades de infalível e insuscetível de qualquer imperfeição.⁷⁷

Existia hipótese para a revisão de uma sentença no sistema do Código Visigótico, como exemplo Eduardo Talamini cita o caso do juiz julgar de forma injusta, devendo nesta situação o julgado ser desfeito. Interessante notar que caso o juiz errasse ao proferir seu veredito por um vício de parcialidade, ele deveria arcar com uma pena patrimonial e caso não tivesse bens para cumprir com o pagamento receberia cinquenta açoitos. Todavia, não sofreria nenhuma sanção o juiz que errasse por ignorância, porém, mesmo neste caso a sentença não teria valor.

Deve-se alertar que a sentença injusta não era nula de pleno direito ou inexistente, ela poderia ser invalidada a depender da apuração da responsabilidade do juiz⁷⁸.

Para a obtenção da condenação patrimonial imposta ao juiz – que julgou parcialmente – a parte deveria ingressar com uma querela contra o juiz. Talamini, citando Lobo da Costa, afirma que o direito visigótico inspirou-se nesse ponto, no direito romano, visto que a querela contra o juiz se aproxima bastante do instituto da *restitutio in integrum* (1.3.5, supra).

⁷⁶ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano**. São Paulo: FIEO, 1976. P. 52.

⁷⁷ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 205.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 230.

1.7.2 A Dominação Árabe

No ano de 711, árabes e berberes, originários da África, venceram Rodrigo (último rei dos Godos) e iniciaram a conquista da Península, onde permaneceram por quase oito séculos, até o ano de 1492. Boa parte dos espanhóis conseguiram manter suas tradições religiosas bem como o Direito (ficaram conhecidos como *mozárabes*), a outra parcela dos espanhóis adotaram o islamismo (conhecidos como *muladíes*). A Espanha muçulmana foi chamada de *al-Andalus*.

O Direito muçulmano era inspirado na religião islâmica com os dogmas trazidos pelo Corão⁷⁹. Assim, surgiu a ciência do Direito configurada no *fiqh*, como uma parte da Teologia e a ela atrelado, sem expectativa de mudança. Referido sistema jurídico foi adotado em *al-Andalus* desde a fase propedêutica da invasão árabe, e permaneceu sendo utilizado por todo período em que os muçulmanos dominaram a Espanha (período que durou oito séculos). Deve ser adotado pelos "muçulmanos" antes suas tradições religiosas bem como seu direito (que era o canônico-visigodo), como também o direito romano-visigodo⁸⁰

É perceptível que dois sistemas jurídicos existiram conjuntamente nas duas partes do território durante o "período" do Direito Ocidental (romano-canônico-visigodo). É por isso que a doutrina costuma afirmar que se vêem poucas influências do direito muçulmano sobre a formação do direito ibérico.

⁷⁹ Alcorão ou Corão (em árabe *al-Qur'ān*, transl. *al-qur'ān*, "a recitação") é o livro sagrado do islamismo. Os muçulmanos creem que o Alcorão é a palavra literal de Deus (Alá) revelada ao profeta Maomé (*Muhammad*) ao longo de um período de vinte e três anos. A palavra Alcorão deriva do verbo árabe que significa declamar ou recitar; *Alcorão* é portanto uma "recitação" ou algo que deve ser recitado. Os ensinamentos do Islão englobam muitas das mesmas personagens do judaísmo e do cristianismo. Personagens bíblicas bem conhecidas como Adão, Noé, Abraão, Moisés, Jesus, Maria (a mãe de Jesus) e João Batista são mencionados no Alcorão como profetas do Islão. No entanto, os muçulmanos frequentemente se referem a eles por nomes em língua árabe, o que pode criar a ilusão de que se trata de pessoas diferentes (exemplos: Alá para Deus, Iblis para Diabo, Ibrahim para Abraão, etc)". – Dados do Site: <http://www.alcorao.com.br/>, Acesso em 10 de maio de 2010.

⁸⁰ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 206.

1.7.3 O direito posterior ao domínio árabe

A retomada das regiões dominadas pelos árabes foi sendo realizada aos poucos, e na medida em que os territórios eram reconquistados dos árabes os monarcas que assumiam o comando outorgavam legislações para cada localidade (conhecidas como *cartas de plobación*, *fueros breves*, e em época posterior, *fueros*). Referidas leis formavam o ordenamento de cada região reconquistada e eram diversos em cada localidade⁸¹.

Os *Fueros* repetiam as regras romano-visigodas. Como exemplo, podemos citar o *Fuero* de Cuenca (1190) que determinava a consagração da sentença como firme a partir do momento em que contra ela não houvessem mais recursos (inspiração romana). Contudo, caso a sentença fosse contrária ao Direito do *Fuero* – por culpa do juiz ou dos alcaides – tinha a parte prejudicada direito de *querella* contra o julgador, que poderia ser compelido a pagar o dobro da demanda (influência visigótica).⁸²

A diversidade de ordenamentos era tremenda e quando Afonso X – o filho de D. Fernando III – assumiu o comando, em 1252, encontrou os reinos envolvidos em uma grande diversidade de leis, visto que cada cidade tinha seu sistema. O sistema visigótico predominava nos reinos de Léon, Toledo, Córdoba, Sevilha e Múrcia, os “*usages*” do reino de Castela e os “*usages*” do reino de Jaén⁸³.

O pai de Afonso X, Fernando III (1217-1252) havia tentado unificar a legislação dos reinos e promulgou o velho código visigótico que fora denominado de *Fuero Juzgo*. Afonso X segue o caminho do pai e entre os anos

⁸¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 231.

⁸² Idem, P. 231 e 232.

⁸³ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 209.

de 1252 e 1255 elabora um novo ordenamento baseado no velho Código isitio desta ita a isa o i ou on ida o o “ u o a”⁸⁴.

Existia no *Fuero Real* regra proibindo nova discussão de causa já decidida, determinando-se que a parte não poderia demandar pela mesma razão se já foi vencida em outro processo, mas poderia demandar no caso de uma nova razão. Vê-se que no *Fuero Real* já se detinha a noção de que a coisa julgada só se põe nos limites da causa de pedir trazida a juízo⁸⁵.

Também com relação a sentença, deve-se salientar que o *Fuero Real* trazia regra que a sentença incorreta não deveria ter validade. Nestes casos, o *Fuero Real* determinava que o juiz deveria sofrer uma pena patrimonial, salvo se tivesse errado por ignorância, mas mesmo neste caso a sentença não valeria. O instrumento processual para se proceder a invalidação da sentença injusta ainda era a querela contra o juiz.⁸⁶

Graças a insatisfação popular o *Fuero Real* recebeu mais duas redações alteradoras, ainda no reinado de Afonso X. A primeira redação ficou conhecida como *Speculo* ou *Libro del Fuero* (1260⁸⁷) e a segunda como o *Libro de las Leyes* (1263-1264), nesta última redação a obra se dividiu em sete partes ou partidas o que fez com que o código ficasse conhecido como *Leite Partidas*⁸⁸.

Em relação a coisa julgada, o *Speculo* trazia esboço de princípio que posteriormente seria explicitamente adotado nas *Leite Partidas* e nas Ordenações Lusitanas, qual seja: o princípio de que a sentença nula não teria nenhum valor, não passando em julgado⁸⁹.

⁸⁴ Idem, p. 210.

⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 232 e 233.

⁸⁶ Idem, P. 233.

⁸⁷ Conforme já salientado em tópicos anteriores desta obra, nesta época o direito justinianeu havia sido resgatado com os estudos das universidades italianas (1000). O Direito Canônico já havia sido razoavelmente sistematizado, primeiramente pelo *Decretum* de Graciano (1140) e depois pelas *Decretais* de Gregório IX (1234). Foi nessa conjuntura que se criaram o *Especulo* e as *Siete Partidas*.

⁸⁸ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P.211.

⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 235.

Nas *lites artidas* a sentença estava disciplinada no título XXII da Terceira Partida, que cuidava do processo. Em tal diploma legal foi consagrada a regra, já pincelada no *speculo*, de que a sentença nula não tinha valor nenhum, podendo ser desconsiderada a qualquer tempo (remontando-se a clássica aceção romana de nulidade como inexistência). Outra regra traçada era que a sentença substancialmente contrária as leis reais seria nula e nunca faria coisa julgada, aqui vemos uma evolução em relação ao Direito Romano, visto que os motivos que conduziam a nulidade de um julgado, no Direito Romano Clássico, diziam respeito a aspectos formais da sentença e não ao conteúdo do julgamento. Devendo-se alertar que foi só na *cognitio extra ordinem* que surgiu a regra de que o julgado contrário as leis não teria valor⁹⁰.

Nas *lites artidas* também era previsto um rol exemplificativo trazendo os casos onde a sentença é nula: (a) número incorreto de julgadores no órgão colegiado; (b) erro manifesto que levasse a uma condenação exacerbada. (Tít. XXVI, Lei IV)⁹¹.

No Título XXII da Lei XII era trazido um rol com vícios processuais e materiais, quais sejam: (a) sentença proferida por aquele que não era juiz ou que sendo estava proibido de julgar; (b) sentença dada em desfavor de menor de 25 anos ou contra louco sem a presença de curador; (c) sentença dada em desfavor de servo sem a presença do senhor; (d) sentença proferida por juiz incompetente ou sem jurisdição (juiz fora de sua jurisdição ou sendo a causa espiritual, pertinente ao Direito da Igreja); (e) Sentença dada de modo, forma, tempo ou lugar inadequados; (f) Sentença dada contra a natureza, contra o direito ou contra os bons costumes; e (g) sentença dada contra uma sentença anterior, desde que a outra parte não tenha sido primeiramente citada para o novo julgamento.⁹²

A última hipótese, tratada na última alínea do parágrafo anterior (“ ”), poderia conduzir a falsa impressão de que não havia autoridade de coisa

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 211.

⁹² TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 236.

julgada, mas a Lei XIII deixava clara a autoridade da coisa julgada e indicava que a hipótese em que a segunda sentença valeria em detrimento da primeira era em causas sobre o matrimônio, desde que se verificasse ser incorreto o primeiro julgado. Vê-se uma clara influência do Direito Canônico, uma vez que aqui as sentenças que versavam sobre o matrimônio não faziam coisa julgada.⁹³

Também na Lei XIII, com relação a estabilidade dos julgados, tinha-se regra determinando a possibilidade de no prazo de vinte anos lutar-se contra um julgado em duas situações, que eram: nas hipóteses de falsidade de provas (inspiração proveniente do Direito Romano⁹⁴); e na hipótese de corrupção do juiz (inspiração proveniente do Direito Visigótico, onde havia a *querella* contra o juiz)⁹⁵.

Talamini, trazendo à baila o posicionamento de Lobo da Costa, afirma que nas *□iete □artidas* acabou sendo feita a distinção entre sentenças anuláveis e sentenças nulas (inexistentes). Então, a sentença que pudesse ser revista a qualquer tempo era considerada nula ou inexistente, já as sentenças que se sujeitavam ao prazo de vinte anos eram consideradas anuláveis.

Questão interessante diz respeito a descoberta de novos documentos após a prolação da sentença. Nas *□iete □artidas* – à semelhança da regra traçada no Direito Romano pós-clássico – a regra era que os documentos descobertos após a sentença poderiam ser utilizados contra o julgado no prazo de três anos.⁹⁶

As *□iete □artidas* tiveram grande influência no Direito Português, principalmente na elaboração das Ordenações Afonsinas, conforme veremos nos itens abaixo.

⁹³ Idem, P. 237.

⁹⁴ Conforme já salientado, no Direito Romano Clássico a sentença baseada em prova falsa poderia ser atacada através da *restitutio in integrum*, já na época da *extraordinaria cognitio* passou a ser tida como evitada de nulidade, podendo ser combatida a qualquer tempo e por qualquer via.

⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 237 e 238.

⁹⁶ Idem, P. 238.

1.7.4 Formação da Monarquia Portuguesa

A formação de Portugal se iniciou quando o rei Afonso VI de Leão e Castela – descontente com as políticas bélicas do conde Raimundo de Borgonha – entrega o governo do Condado Portucalense ao primo de Raimundo de Borgonha chamado de D. Henrique de Borgonha, tornando-se este o conde de Portucale. D. Henrique de Borgonha casou-se em 1096 com a filha bastarda de Afonso VI de Leão e Castela, D. Teresa⁹⁷.

D. Henrique governou buscando conseguir uma completa autonomia para o seu condado. Com a morte de D. Henrique no ano de 1112, assume o poder a viúva deste, D. Teresa, visto que seu filho Afonso Henriques de Borgonha era menor. O pensamento de D. Teresa foi idêntico ao do seu marido, qual seja: fortalecer a vida portucalense e conseguir a independência para o condado. D. Teresa começou a intitular-se rainha, no ano de 1121, todavia, devido a conflitos diplomáticos, como também pela influência concedida a alguns nobres galegos (principalmente a Fernão Peres) na gerência dos negócios públicos, acabou obriganda a abdicar das suas pretensões⁹⁸

O filho de D. Teresa, Afonso Henriques, aos quatorze anos, no ano de 1125, com o apoio da nobreza portuguesa tornou-se calvaleiro independente e passou a lutar pelo poder contra sua mãe. Em 24 de Junho de 1128 foi travada a batalha de São Mamede (em Guimarães) e D. Teresa foi expulsa da terra que dirigira durante 15 anos. D. Afonso Henriques tomou conta do condado, declarando a independência do reino, passando a assinar todos os documentos oficiais não como conde, mas sim como rei⁹⁹.

O rei da Espanha (Afonso VII de Leão e Castela) não se conformou com a tentativa de independência por parte de seu primo (D. Afonso Henriques) acarretando o travamento de várias batalhas. Em 1139, depois de uma grande

⁹⁷ Dados disponíveis em: <http://www.solaresdeportugal.pt/PT/concelho.php?concelhoid=9>, acesso em 22 de setembro de 2010 às 11:50; e CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**. São Paulo: Verbo, 1981. P. 206 e seguintes.

⁹⁸ Ibidem

⁹⁹ Ibidem

vitória na batalha de Ourique contra um forte contingente mouro, D. Afonso Henriques afirma-se como rei de Portugal, e com o apoio dos nobres portugueses, é aclamado como rei soberano¹⁰⁰.

Nascia, então, em 1139, o Reino de Portugal e D. Afonso Henriques, torna-se rei Afonso I de Portugal. Porém, o estatuto de independência carecia de reconhecimento, o qual só foi feito por parte do Reino de Leão e Castela a 5 de Outubro de 1143, data em que o rei Afonso VII assinou o Tratado de Zamora, que assinalaria a separação entre os reinos.¹⁰¹

D. Afonso Henriques (Afonso I) fez importantes doações à Igreja e fundou diversos conventos. Dirigiu-se ao papa Inocêncio II e declarou Portugal tributário da Santa Sé, tendo reclamado para a nova monarquia a protecção pontifícia. Em 1179 o papa Alexandre III, através da Bula *¶ anifestis ¶ robatum ¶ st*, confirma e reconhece Portugal como país independente e soberano protegido pela Igreja Católica¹⁰².

1.7.5 As Primeiras Leis Portuguesas

Enquanto vinculado, na categoria de província, ao reino de Leão, o Condado Portucalense submeteu-se aos diplomas de origem visigótica que vigiam no reino Espanhol. Mesmo depois da separação as regras permaneceram substancialmente as mesmas (*¶ iber ¶ udiciorum* e os “o ais” locais, que correspondiam aos “*Fueros*” hispânicos). Interessante notar que mesmo após a independência de Portugal a influência da legislação hispânica continuou sendo exacerbada, tendo sido o *Fuero Real* e as *Siete Partidas* traduzidas para o português na primeira metade do século XIV, de onde os preceitos jurídicos ali contidos passaram a influenciar na elaboração das leis portuguesas¹⁰³.

¹⁰⁰ Idem, P.210

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² Ibidem

¹⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 240.

Portanto, tem-se que os o ais “ u os” o a as i i as is editadas no inicio da monarquia portuguesa, mas existem poucas notícias deles. Essas normas já eram editadas antes mesmo da independência como é o caso do foral de Coimbra no ano de 1111 (reinado de Henrique de Borgonha, pai de Afonso I). Após a independência temos o foral de Lisboa, de Coimbra e de Santarém concedido por D. Afonso Henrique (Afonso I) no ano de 1179.¹⁰⁴

Nesta fase inicial da monarquia portuguesa o processo seguia a tradição germânica, sendo público, oral e formalista, sendo as sentenças irrecorríveis. No reinado de D. Afonso II (1211-1223) foram editadas leis gerais que mantinham a irrecorribilidade da sentença, contudo, facultava-se às partes queixar-se ao rei, por agravos sofridos na sentença. Deve-se salientar, entretanto, que as súplicas ao rei não tinham natureza recursal e se chamavam d “*querimas*” ou “*querimônias*”.^{□□□}

No reinado de D. Afonso III (1245-1279) mais de duzentas leis processuais foram promulgadas, e nas leis de 1254 na Corte de Leiria, ou de 1261 na Corte de Coimbra, foi criado o recurso de apelação para todas as sentenças (na época já se fazia a distinção entre definitivas e interlocutórias). A criação do recurso de apelação demonstra a influência dos princípios do Direito Romano renascido nas universidades italianas e do Direito Canônico renovado pelas obras de Graciano e Gregório IX.¹⁰⁶

No reinado de D. Diniz (1279-1325) o processo passou a ser escrito e a sentença também passou a ser escrita, visando-se a sua recorribilidade. A lei de 19 de março de 1317 manteve apeláveis todas as sentenças definitivas e interlocutórias. Também em seu reinado editou-se lei classificando como firme a sentença da qual não se caiba mais recurso. Em matéria penal outra lei, no

¹⁰⁴ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 216.

¹⁰⁵ Idem, P. 217 e 218

¹⁰⁶ Idem, P. 220

ano de 1342, trazia a regra de que a absolvição em matéria penal faz coisa julgada em favor do acusado.¹⁰⁷

1.7.6 Ordenações Afonsinas

No início do Século XV, sob o reinado de D. João I (1385-1433), diante de insatisfação popular pela enorme quantidade de normas, bem como pela sua dispersão em vários diplomas, o rei encarregou João Mendes (corregedor da corte) para elaborar uma compilação das leis em vigor.¹⁰⁸

Com a morte de D. João I, seu filho, D. Duarte (1433-1438) deu continuação ao trabalho e encarregou Rui Fernandes para continuar o trabalho de João Mendes. Com a morte de D. Duarte, assumiu o poder D. Pedro (na condição de regente, visto que D. Afonso V¹⁰⁹ era menor), e o trabalho legislativo, outrora iniciado, ficou a cargo de Lobo Vasques, Luis Martins e Fernão Rodrigues.¹¹⁰

Não se conhece a real data em que referido corpo legislativo passou a vigorar em todo reino. Porém, a doutrina aponta o ano de 1446 (ano em que Afonso V assumiu o poder) como a provável data de sua promulgação. Em homenagem a Afonso V referido diploma foi chamado de “*Ordens do Afonso V*” na sequência de *Ordens do Afonso V* a distância anos atrás.

¹⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 241 e 242; e NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995 p. 220.

¹⁰⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 190.

¹⁰⁹ Afonso V de Portugal, (Sintra, 15 de Janeiro de 1432 - Sintra, 28 de Agosto de 1481), foi o décimo-segundo Rei de Portugal. Filho do rei Duarte I, sucedeu-o em 1438 com apenas seis anos. Por ordem paterna a regência foi atribuída a sua mãe, Leonor de Aragão mas passaria para o seu tio D. Pedro, Duque de Coimbra, que procurou concentrar o poder no rei em detrimento da aristocracia e concluiu uma revisão na legislação conhecida como Ordenações Afonsinas. Em 1448 D. Afonso V assumiu o governo, anulando os editais aprovados durante a regência. Com o apoio do tio homónimo Afonso I, Duque de Bragança declarou D. Pedro inimigo do reino, derrotando-o na batalha de Alfarrobeira. - Ibdem

¹¹⁰ Ibdem

sua revogação pelas Ordenações de D. Manuel (em 1514), chegando, portanto, as Afonsinas a serem aplicadas na Terra de Santa Cruz (Brasil).¹¹¹

As Ordenações Afonsinas eram divididas em cinco livros, onde tinha-se a reunião de leis até então promulgadas (muitas interpoladas por ocasião da compilação), normas inspiradas ou até mesmo extraídas das *leges scriptae*, costumes locais e regras trazidas do direito romano-canônico¹¹².

O Livro III era dedicado às normas processuais civis. No título 69, de referido livro, era expressa a regra (de origem romana) que proibida o juiz de modificar a sentença após o seu pronunciamento, só podendo o julgador, após a prolação da sentença, corrigir palavras escritas erroneamente e esclarecer a sentença¹¹³.

As sentenças se dividiam em definitivas e interlocutórias. As definitivas podiam se impugnadas pelo recurso de apelação no prazo de noventa dias. Nesta época era admitido o benefício comum no juízo de apelação, ou seja, poderia a parte que não interpôs o recurso sair beneficiada do julgamento (era possibilitada a *reformatio in pejus* contra o apelante).¹¹⁴

Contudo, se a sentença definitiva fosse emanada por corregedor da Corte, pelos Ouvidores e Sobrejuizes eram inapeláveis, visto que referidas autoridades eram consideradas de elevada hierarquia. Apesar de inapeláveis essas sentenças ainda podiam ser modificadas por intermédio do recurso de *su i a o* ou “*so i a o*”¹¹⁵.

No título 78, Livro III, tinha-se a regra que confirmava a autoridade da coisa julgada, determinado-se que uma segunda sentença contrária a primeira seria considerada nula (sentença nenhuma), podendo serem revogadas a

¹¹¹ Ibidem

¹¹² NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P.223.

¹¹³ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 243 e NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 225.

¹¹⁴ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 225

¹¹⁵ Ibidem

qualquer tempo. Além da ofensa a coisa julgada, também eram vícios acarretadores de sentença nenhuma: (a) falta de citação do réu; (b) corrupção do juiz; (c) falsa prova contra parte ausente; (d) sentença proferida com quorum de juizes inferior ao determinado; (e) incompetência do juiz; (f) sentença dada contra o Direito. Referidos casos podiam ser combatidos por meio da revista de justiça¹¹⁶, por uma ação de nulidade ou por intermédio da revista de graça especial¹¹⁷

No rol exposto acima, percebe-se influência de várias legislações, quais sejam: a questão da corrupção do juiz remota ao direito germânico; a questão da falsidade da prova remete ao direito romano e as *siete partidas*. No que tange a questão da sentença dada contra o direito, tem-se que ela remota ao direito romano, só que nas ordenações era feita a distinção entre o Direito expresso (codificado)¹¹⁸ e o Direito da parte (a depender do caso concreto), onde apenas aquele conduzia a nulidade da sentença.¹¹⁹

Merece ser destacado que nas Ordenações Afonsinas estava prevista a possibilidade da parte inconformada suplicar para que o rei alterasse o julgado. Tratava-se da “*ista d a a s ia*” u a u t a a ao rei modificar o julgado exclusivamente por seu mero capricho¹²⁰.

Também existia a figura da restituição *in integrum*, que era cabível quando um menor de vinte e cinco anos, representado por seu tutor ou curador, fosse derrotado numa demanda. Nestes casos, o menor alcançando a maioridade teria o prazo de quatro anos para se insurgir contra a sentença

¹¹⁶ Nesta época ainda não se utilizava o termo “revista de justiça” e sim “revista que não era de graça especial”, mas por ser mais didático desde já será utilizado o termo “revista de justiça”.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.243.

¹¹⁸ Para elaborar a distinção o código se valia de exemplos, extraídos de fontes romanas, afirmando que se o juiz julgasse que menor de quatorze anos podia fazer testamento (ou ser testemunha), contrariamente ao disposto em lei, o julgamento era contra o direito expresso e a sentença era nenhuma. Todavia, se o juiz desconhecia a condição de menoridade da parte e julgou erroneamente, julgou contra o direito da parte (não contra o direito expresso) e neste caso, se os recursos não fossem impetrados a sentença faria coisa julgada e não poderia ser modificada. Idem, P. 245

¹¹⁹ Idem, P. 246.

¹²⁰ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 225.

injusta por meio da restituição. Imprescindível salientar que se a sentença contra o menor fosse injusta e fosse dada sem a presença do tutor ou curador seria caso de “s n t n a n n u a” n o d t t u i o i s t o u s s a t i a a – assim como no direito romano – excepcional, só sendo cabível na inaplicabilidade de qualquer outro recurso¹²¹.

1.7.7 Ordenações Manuelinas

Após o reinado do rei Afonso V, assumiu o poder o rei D. Manuel (1495-1521) que determinou a elaboração de um novo código, que ficou conhecido como Ordenações Manuelinas. Com relação a publicação das Ordenações Manuelinas os historiadores defendem que a primeira versão foi publicada em 1514, comprovando tal situação existe uma ordem de pagamento passada pelo rei para o pagamento do Livreiro-Editor. Entretanto, nova versão foi publicada em 1521, ano em que teve plena vigência.¹²²

Luiz Carlos de Azevedo e Eduardo Talamini também concordam com esse posicionamento e afirmam que na realidade ocorreu no ano de 1521 uma substituição da versão publicada em 1514, ficando proibida a utilização de exemplares publicados em 1514, inclusive com a imposição de sanções.¹²³

A estrutura das Ordenações Manuelinas era similar a das Ordenações Afonsinas com a divisão da obra em livros e subdivisão em títulos e parágrafos, contudo o trabalho de compilação foi mais sintetizado, pois em todos os Livros das Ordenações Manuelinas – com exceção do Livro I – o número de Títulos eram inferiores comparados aos das Ordenações Afonsinas¹²⁴.

¹²¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.249.

¹²² NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 227.

¹²³ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 208 e TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 250.

¹²⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 209

O Livro III, do mesmo modo que nas Ordenações Afonsinas, era destinado ao processo civil. No título 50 parágrafo cinco tinha-se a regra que impedia o juiz de modificar o julgado após a prolação da sentença, podendo apenas esclarecer as obscuridades e omissões¹²⁵.

As sentenças eram classificadas em definitivas e interlocutórias. Contra as sentenças definitivas cabia o recurso de apelação, no prazo de dez dias a contar da data da prolação. Semelhantemente ao que já ocorria nas Afonsinas, era admitido o “*beneficium commune*” onde o litigante que não tivesse apelado poderia ser beneficiado pelo recuso, resultando em uma *reformatio in pejus* contra o apelante.¹²⁶

Da mesma maneira como já acontecia nas Ordenações Afonsinas, as sentenças proferidas pelos Sobrejuízes ou Ouvidores eram inapeláveis, em razão da alta hierarquia desses magistrados, contudo, estavam igualmente sujeitas ao uso de *suíção* ou “*soíção*”, só que nas Ordenações Manuelinas apareciam com o nome de agravo ordinário.¹²⁷

No que tange as sentenças nenhuma (inexistentes), o rol trazido nas Ordenações Manuelinas era basicamente o mesmo traçado nas Ordenações Afonsinas. Também era mantida a distinção entre a “*contação do dito processo*” e a “*contação do dito da ação*”. Interessante destacar que até este momento do Direito Português não era feita uma distinção entre os defeitos que dariam origem a “*sentença nula*” e a “*suíção*” desta de justiça¹²⁸. Então, poderia a parte prejudicada pela sentença valer-se da revista ou ingressar com uma ação ordinária de nulidade¹²⁹.

Observação que merece destaque é que neste grau de desenvolvimento do Direito Lusitano, ainda não se cogitava a distinção – já traçada nas *Ordenações*

¹²⁵ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995 P. 229 e 230.

¹²⁶ Idem, P. 230.

¹²⁷ Ibidem

¹²⁸ Nesta época ainda não se utilizava o termo “*revista de justiça*” e sim “*revista que não era de graça especial*”, mas por ser mais didático desde já será utilizado o termo “*revista de justiça*”.

¹²⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.252 e 253.

□ *artidas* – entre sentença revogável (próxima do atual conceito de anulabilidade) e sentença nula. Para os portugueses ou a sentença era válida e existente, ou nula e inexistente¹³⁰.

1.7.8 O Código Sebastião

Após a edição definitiva das Ordenações Manuelinas (1521) faleceu o rei D. Manuel e assumiu o reino D. João III (1521-1557). Já no início do seu reinado ficou evidente a necessidade de elaboração de uma nova compilação de leis, visto que ocorreu uma exacerbada atividade legislativa, ocasionando uma dispersão de normas que alteravam o Código Manuelino¹³¹.

Com a morte de D. João III, o reinado passou para o Cardeal D. Henrique, na condição de regente do Reino, visto que o neto de D. João III (D. Sebastião) ainda era menor. D. Henrique, incumbiu Duarte Nunes de Leão¹³² para organizar um sistema extravagante. Referido sistema vigorou conjuntamente com as Ordenações Manuelinas. Quando D. Sebastião assumiu o reinado (1568 – 1577) foi elaborado Alvará em 14 de fevereiro de 1569 atribuindo-se autoridade ao trabalho de Duarte Nunes de Leão, obra que ficou conhecida como “*o Livro das Leis Antigas do Reino de Portugal*”.¹³³

O Código Sebastião modificou o tramite processual buscando um procedimento mais rápido, com o objetivo de redução dos gastos do governo, uma vez que este encontrava-se endividado em virtude dos gastos realizados para a expansão marítima. O código não trouxe muitas inovações em matéria

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 233 e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 242.

¹³² Carlos Silveira Noronha relata seu nome como sendo “Duarte Nunes do Lião”.

¹³³ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 233 e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 242 e 243.

de sentença e coisa julgada, o que da ensejo a conclusão de que prevaleciam as normas compiladas nas Ordenações Manuelinas.¹³⁴

Dentre as alterações trazidas pela nova legislação podemos citar: a modificação no processo de execução (onde a sentença passou a ser executada em juízo diverso do que a prolatou, dando importante contribuição para a autonomia do processo executivo); a criação do agravo de ordenação não guardada (novo recurso criado para os caso de não observância pelo juiz de uma lei processual ou material aplicável ao caso).¹³⁵

1.7.9 As Ordenações Filipinas

Após a promulgação do Código Sebastião, vieram as leis de 18 de novembro de 1577 e a de 1582, que modificaram a sistemática processual. Este sistema perdurou até 11 de janeiro de 1603, quando foi promulgada as Ordenações Filipinas, no reinado de Felipe II de Portugal e III da Espanha¹³⁶.

A nova legislação (Ordenações Filipinas) já vinha sendo elaborada desde o reinado de Felipe I de Portugal e II da Espanha, quando foram designados para a elaboração do projeto uma comissão de juristas, eram eles: Jorge Cabedo; Afonso Vaz Tenreiro; e Duarte Nunes de Leão¹³⁷. Contudo, a obra concluída desde 1595, só veio a ser promulgada no reinado de Felipe II de Portugal e III da Espanha¹³⁸.

As ordenações Filipinas mantiveram o sistema jurídico já traçado nas Ordenações Manuelinas, ficando a parte processual disciplinada no Livro III. Manteve-se a proibição do juiz inovar no processo após a prolação da sentença

¹³⁴ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 235.

¹³⁵ Idem, P. 236.

¹³⁶ Idem, P. 236 e 237.

¹³⁷ Ibdem

¹³⁸ Ibdem.

de início a ser a na d s onsid ada “n n u a” a s nt n a o ida substituição da anterior.¹³⁹

As sentenças podiam ser definitivas ou interlocutórias. As definitivas tinham que ser proferidas na forma escrita, independente do tipo de procedimento¹⁴⁰. Nas ordenações Filipinas já havia regra determinando que a sentença deveria expressar-se dentro dos limites da demanda (princípio da *sententia debet esse conformis libello*), proibindo-se o juiz de proferir sentença *ultra petita*.¹⁴¹

As sentenças interlocutórias eram divididas em duas categorias, eram elas: (a) sentenças interlocutórias simples; e (b) sentença interlocutórias mistas, estas se subdividiam em: (b1) sentença interlocutória terminativa do processo; e (b2) sentenças interlocutórias de dano irreparável.¹⁴²

As sentenças interlocutórias simples não eram sujeitas ao recurso de apelação desde a vigência das Ordenações Afonsinas. A partir das Ordenações Manuelinas possibilitou-se o seu combate por intermédio do agravo de instrumento e/ou pelo agravo de petição. As sentenças interlocutórias mistas eram apeláveis¹⁴³

As sentenças definitivas podiam ser combatidas pelos recursos de apelação e agravo nos processos ordinário, sumário e especial. Todavia, no o di nto su a ssi o as s nt n as n o s su ita a a u so “nos lugares que passassem de duzentos vizinhos até a quantia de mil réis nos bens is”¹⁴⁴.

¹³⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 257.

¹⁴⁰ O procedimento podia ser: (a) Ordinário; (b) Sumário (para as causas que não ultrapassassem mil réis); (c) Sumaríssimo ou Verbal (utilizado nas ações sobre bens móveis, desde que o valor não ultrapassasse quatrocentos réis); (d) especial (empregado para causas fundadas em escritura pública e que deveriam ser “brevemente acabadas”). - NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 239.

¹⁴¹ Ibidem

¹⁴² Idem, P. 241.

¹⁴³ Ibidem

¹⁴⁴ Idem, P. 240.

Da mesma maneira que as duas Ordenações anteriores, as Filipinas admitiam o benefício comum no juízo, ou seja, o litigante que não tivesse apelado poderia ser beneficiado pelo recuso, resultando em uma *reformatio in pejus* contra o apelante.¹⁴⁵

As sentenças proferidas pelos juizes de alta hierarquia (Sobrejuizes e Ouvidores) continuavam sendo inapeláveis (a semelhança do que já ocorria nas Ordenações anteriores). Todavia, referidas sentenças podiam ser o atidas o uso d “a a o o din io” u nas anu inas a a ado d “so i a o” ou u so d su i a o.¹⁴⁶

Semelhantemente ao ocorrido nas Ordenações Manuelinas, an u a distin o nt s nt n a dada “ ont a o di ito sso” sent n a dada “ ont a o di ito da a t ” ond sta s n o oss oportunamente combatida pelos recursos existentes se tornaria firme.¹⁴⁷

Nas Filipinas também estavam previstos os recursos conhecidos como “ ista d usti a” “ ista d a a s ia”. Este dependia apenas da ontad do i “ ”. u o sua era cabível quando a sentença fosse proferida com base em prova falsa ou por ter sido o juiz subornado¹⁴⁸.

Imprescindível alertar que a revista de justiça não era submetida a prazo, visto u o atia “s nt n a n n u a”. a ista d a a s ia estava sujeita ao prazo de sessenta dias, podendo voltar-se contra pronunciamentos que eram válidos. Então, a doutrina diverge se a coisa julgada – nos casos de revista de graça especial – seria formada com a prolação da sentença ou com o decurso do prazo de sessenta dias. De qualquer modo, o mais importante é saber que se dentro de sessenta dias não

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Idem, P. 230 e 240

¹⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 258.

¹⁴⁸ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 240

fosse intentada a revista de graça especial a sentença se tornaria firme e não poderia ser modificada.¹⁴⁹

Contudo, a estabilidade do julgado não era absoluta, sendo importante deixar claro um pequeno retrocesso ocorrido nas Ordenações Filipinas, explique-se: existia a possibilidade do rei ignorar a coisa julgada pelo transcurso do prazo de sessenta dias para a interposição da revista de graça especial, voltando-se, então, a uma sistemática processual similar a que vigia nas Ordenações Afonsinas, onde o poder do monarca era absoluto, podendo o rei em qualquer situação passar por cima da coisa julgada.¹⁵⁰

A *restitutio in integrum* foi mantida, com algumas novidades, eram elas: (a) a possibilidade de utilização da medida por outras pessoas além do menor (p.ex. pródigos, mentecaptos, furiosos, etc.); e (b) a proibição de se conceder a restituição mais de uma vez.¹⁵¹

As disposições das “sentenças nunciativas” mantidas nas Ordenações Manuelinas, foram mantidas. Na doutrina da época se intensificou a discussão a respeito da existência ou não de prazo prescricional para se combater a sentença nenhuma (parte da doutrina entendia que o prazo era de trinta anos e a outra parte dizia que não havia prescrição de tempo)¹⁵².

A doutrina portuguesa da época estudou casos, além dos já previstos nas Ordenações Filipinas, onde não ocorreria a coisa julgada ou onde ela seria ao menos acentuada, quais sejam: (a) sentenças matrimoniais (influência do direito canônico); (b) sentença proferida sobre alimentos; (c) sentença proferida em juízo sumário (referida sentença só produzia coisa julgada para impedir outra sentença ainda do mesmo juízo dentro da “Absolutoria da Instância” o mesmo ato tinha o seu efeito de fato de jurisdição voluntária¹⁵³.

¹⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 266.

¹⁵⁰ *Ibidem*

¹⁵¹ *Idem*, P.262.

¹⁵² *Idem*, P. 258 e 259.

¹⁵³ *Idem*, P.260 e 261.

Cumprido o dever de relatar da existência dos embargos de nulidade e dos embargos infringentes. Os casos de nulidade são aqueles em que a sentença não foi pronunciada. São os incidentes sobre sua validade nos casos em que os embargos foram apresentados em assuntos que ofendessem ou desfizessem as sentenças definitivas, em três casos, que eram: (a) na hipótese do executado jurar que as matérias só haviam chegado a seu conhecimento após a prolação da sentença definitiva; (b) no caso da parte “so dado ou a ado stio” ou o sidi o a distant não teve oportunidade de se consultar com alguém letrado sobre a maneira de como se proceder em juízo; (c) na hipótese do réu ser revel até a prolação da sentença definitiva.¹⁵⁴

No que tange aos embargos de nulidade e aos embargos infringentes deve-se alertar que na hipótese de sentença nenhuma (embargos de nulidade) não havia a formação da coisa julgada, já nas hipóteses de embargos infringentes ocorria a formação da coisa julgada, prestando-se os embargos infringente a desconstituir a coisa julgada.¹⁵⁵

Do tudo que fora exposto sobre as Ordenações Filipinas, percebe-se que, neste período do Direito Lusitano, as sentenças definitivas e as sentenças interlocutórias com força de definitivas podiam ser combatidas pelo recurso de apelação. Para a impugnação das interlocutórias simples existiam os agravos de instrumento e de petição. As sentenças dos Sobrejuízes podiam ser impugnadas pelo agravo ordinário. As sentenças consideradas nenhuma (nulas) poderiam ser atacadas por revista de justiça, embargos à execução ou por uma ação ordinária de nulidade. Do outro lado, as sentenças válidas (porém passíveis de serem desconstituídas) podiam ser combatidas por intermédio dos embargos infringentes ou da *restitutio in integrum*, conforme o caso.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Idem, P. 261

¹⁵⁵ Ibidem

¹⁵⁶ Ibidem e NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil:** perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 245.

1.7.10 A Reforma Pombalina

As idéias trazidas pelo iluminismo na Europa chegaram a Portugal com a obra de Luiz Antonio Verney (1713-1788) intitulada "O Estado do Reino e do Estudo da História da Educação em Portugal no Século XVIII", onde se analisam os aspectos da educação no ensino da filosofia e das ciências naturais, bem como as ideias do iluminismo difundidas nas "universidades".¹⁵⁷

Sob a influência do iluminismo, no reinado de D. José, o primeiro-ministro (o Marquês de Pombal), promoveu uma série de reformas nas instituições políticas e sociais de Portugal. Dentre as modificações merece destaque a carta de lei de D. José, de 3 de novembro de 1768, que alterou o procedimento das revistas, com impacto na estabilidade dos julgados.¹⁵⁸

Ocorreu a extinção das "revisitas". No preâmbulo da lei retro-mencionada afirmava-se a intenção de recriar-se a possibilidade de revisão das sentenças, aplicando-se rigorosamente a característica de aplicação excepcional das revistas (já afirmado nas Ordenações).¹⁵⁹

Continuaram a existir duas espécies de revistas, que agora eram a revista de graça especial e a revista de graça especialíssima, eliminando-se a antiga revista de graça especial. Contudo não se pode deixar de mencionar que a nova revista de graça especial correspondia, com algumas modificações, a revista de justiça, e a revista de graça especialíssima correspondia a antiga revista de graça especial.¹⁶⁰

As hipóteses de cabimento para ajuizamento da revista de graça especial eram duas, quais sejam: (a) manifesta nulidade; e (b) injustiça notória. A revista de graça especial só era cabível contra sentenças definitivas da Casa de Suplicação e para causas com valor determinado. Da mesma maneira como ocorria com a antiga revista de graça especial, a nova revista de graça especial

¹⁵⁷ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 241.

¹⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.263.

¹⁵⁹ Idem, P. 264.

¹⁶⁰ Idem, P. 263.

estava sujeita a prazo de sessenta dias, e também existia a mesma proibição de uma nova propositura, no caso da primeira revista ter sido inadmitida ou rejeitada.¹⁶¹

A revista de graça especialíssima ficava reservada a duas hipóteses de cabimento, que eram: (a) quando já decorrido o prazo de sessenta para a interposição da revista de graça especial; e (b) quando a revisão fosse proibida, a exemplo do que ocorria com as causas criminais. A revista de graça especialíssima era postulada diretamente à pessoa do rei, diversamente da revista de graça especial que era postulada perante a Casa de Suplicação.¹⁶²

Em nenhuma das duas modalidades de revista era permitido uma nova instrução probatória, devendo o julgamento ser proferido com as provas já constantes nos autos. Neste tópico se observa uma alteração em relação a sistemática traçada nas Ordenações, é que nas Ordenações na revista de justiça era admitida nova instrução probatória¹⁶³.

Após a lei de 1768 veio a Lei de 18 de agosto de 1769 (que com o assa do t o i ou on ida o o “ ida oa a o” ta ndo a u as alterações na organização judiciária e também no processo. A Lei da Boa Razão manteve os tipos de procedimento existentes nas Ordenações Filipinas (Processo Ordinário, Sumário, Sumaríssimo ou verbal e o Especial).¹⁶⁴

Com relação a anulabilidade das sentenças, a formatação permaneceu igual a traçada nas Ordenações Filipinas, assim, era considerada nula a sentença dada contra o direito expresso e anulável a sentença proferida contra o direito da parte. De igual modo aconteceu com os recursos cabíveis das sentenças, que mantiveram-se os mesmos das Ordenações Filipinas¹⁶⁵

É imprescindível lembrar que nesta etapa do direito português, ainda, existiam várias opções para se combater a sentença nenhuma. Poder-se-ia utilizar a revista, os embargos de nulidade ou ainda uma ação ordinária de

¹⁶¹ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 244.

¹⁶² Ibidem

¹⁶³ Ibidem

¹⁶⁴ Idem, P. 242 e 243

¹⁶⁵ Idem, P. 244

nulidade, uma vez que as sentenças nenhuma nunca transitavam em julgado.¹⁶⁶ Também é importante salientar que em qualquer situação o rei poderia desconsiderar a autoridade da coisa julgada e modificar o que já havia sido decidido, mesmo que a sentença não fosse nenhuma.¹⁶⁷

No direito português o quadro traçado pelas reformas pombalinas só foi alterado com o Decreto 24 de 1832, período posterior a independência do Brasil, destarte, finaliza-se o estudo histórico de ordenamentos alienígenas e passa-se, nesta etapa, ao estudo do direito brasileiro após a independência.¹⁶⁸

1.8 Direito Brasileiro

Quando o Brasil foi “descoberto”¹⁶⁹ no ano de 1500¹⁷⁰ ainda estava vigente em Portugal as Ordenações Afonsinas (1446-1521). Durante o período em que o Brasil esteve na condição de colônia portuguesa aqui vigoravam as regras que eram utilizadas em Portugal.

Mesmo após a independência, no ano de 1822, o Brasil continuou aplicando a legislação portuguesa (à época as Ordenações Filipinas e as Ordenações do Rei D. João V). Em 3 de maio de 1823 foi instalada a Assembléia Constituinte para elaboração de nossa primeira Constituição. Em 20 de outubro de 1823 a Assembléia Constituinte promulgou lei cujo conteúdo determinava a vigência das Ordenações Filipinas e leis

¹⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 267.

¹⁶⁷ Idem, P. 266

¹⁶⁸ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 245.

¹⁶⁹ O termo “descoberto” encontra-se entre aspas pelo fato de que o território brasileiro já encontrar-se ocupado pelos povos indígenas quando da chegada dos portugueses.

¹⁷⁰ Existem historiadores que afirmam que dezembro de 1498, uma frota de oito navios, sob o comando de Duarte Pacheco Pereira, atingiu o litoral brasileiro e chegou a explorá-lo, à altura dos atuais Estados do Pará e do Maranhão. Essa primeira chegada dos portugueses ao continente sul-americano foi mantida em rigoroso segredo. Estadistas hábeis, os dois últimos reis de Portugal entre os séculos 15 e 16 - D. João II e D. Manuel I - procuravam impedir que os espanhóis tivessem conhecimento de seus projetos. – Para mais detalhes consultar: <http://www.fernandodannemann.recantodasletras.com.br/visualizar.php?id=309257>. Acesso em: 10 de Agosto de 2010.

reformadoras, posteriormente promulgadas em Portugal, a exemplo da Lei da Boa Razão.¹⁷¹

A primeira constituição brasileira foi promulgada em 25 de março de 1824, ressaltando a independência do poder judicial, que seria formado pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelos Tribunais das Relações nas províncias, pelos juízes para aplicarem a lei e pelos jurados para se pronunciarem sobre os fatos e pelos juízes de paz (eleitos) em substituição aos juízes de terra.¹⁷²

Mesmo com o advento da constituição, em se tratando de matéria processual civil, o Brasil ainda não tinha elaborado legislação específica para este assunto, destarte, manteve-se a utilização das regras processuais civis traçadas no Livro III das Ordenações Filipinas.¹⁷³

1.8.1 Código de Processo Criminal do Império

A primeira lei brasileira em matéria processual foi o Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832. Anexou-se a este código uma “ is osi o o is ia a a ad inist a o da usti a i i” ta ndo-se, portanto, reflexos não só para o processo criminal, mas também para o processo civil.¹⁷⁴

A classificação da sentença permaneceu a mesma traçada nas Ordenações Filipinas, entretanto, ocorreu modificação no sistema recursal. A sentença, a partir de agora, estava sujeita apenas aos recursos de apelação, de embargos e de revista. A revista era processada exclusivamente na segunda instância, já a apelação e os embargos eram recursos da instância originária.

¹⁷¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 253.

¹⁷² Idem, P. 254

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 252.

Os fundamentos da revista¹⁷⁵ continuaram a ser a manifesta nulidade ou a injustiça notória. Contudo a decisão consistiu a “ação” do soberano e passou a consistir em um direito da parte, desde que atendidos seus pressupostos de cabimento.¹⁷⁶

No que tange a estabilidade dos julgados, deve-se lembrar que no direito português existiam várias opções para se combater a sentença nenhuma. Poder-se-ia utilizar a revista, os embargos de nulidade ou ainda uma ação ordinária de nulidade, uma vez que as sentenças nenhuma nunca transitavam em julgado.¹⁷⁷

No Brasil, por sua vez, passou-se a questionar sobre essa possibilidade de utilização de vários métodos para se impugnar a sentença nenhuma, no caso de já ter sido intentada uma revista. Passaram a existir três correntes, que eram: (a) a que defendia que após ser intentada a revista não era passível a interposição de nenhuma outra forma recursal; (b) Outra corrente, encabeçada por Pimenta Bueno, defendeu uma posição intermediária, na qual seria possível ingressar-se com uma ação de nulidade, se após o julgamento da revista se descobrisse a falta do juiz, ou a existência de documentos relevantes; e (c) Outra corrente, que tinham como filiados Teixeira de Freitas e Paula Baptista, advogaram pela tese de que como não havia expressa proibição, poderia haver pluralidade de meios para se combater a sentença nenhuma.¹⁷⁸

1.8.2 A Lei 261

Posteriormente, em 3 de dezembro de 1841 foi promulgada a Lei 261 e seu regulamento de 15 de março de 1842, onde ficou determinado, em matéria de recurso, que: (a) a apelação caberia das sentenças definitivas ou com força

¹⁷⁵ Os fundamentos da revista também encontravam-se disciplinados no decreto de 20 de dezembro de 1830.

¹⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pg 267.

¹⁷⁷ Ibidem

¹⁷⁸ Idem, P. 268.

definitivas; (b) As revistas continuaram cabíveis das sentenças de última instância nos casos de nulidade manifesta ou de injustiça notória; (c) estava proibido o uso de embargos antes da sentença final; (d) das sentenças interlocutórias simples cabiam o agravo no auto do processo; (e) cabia agravo de petição das sentenças prolatadas em audiência; (f) e das demais sentenças interlocutórias cabia agravo de instrumento.¹⁷⁹

1.8.3 A Lei 556 e os Decretos 737 e 738 de 1850

No ano de 1850 foi promulgado o código comercial, que permanece em vigor até os dias de hoje, evidentemente com imensas alterações em seu corpo legislativo. No mesmo ano também foi promulgado o Decreto 737¹⁸⁰ com intuito de disciplinar o processo comercial, e o Decreto 738 para disciplinar o funcionamento dos Tribunais comerciais.¹⁸¹

Dentre as inovações trazidas pelo decreto 737 podemos citar a proibição do emprego de outros recursos para a impugnação da sentença nula, quando já houvesse sido utilizada a revista. Pondo-se fim, portanto, a discussão doutrinária exposta no tópico 1.8.1 supra.

Como causas de nulidade da sentença era trazido o seguinte rol pelo decreto 737: (a) incompetência, suspeição, peita ou suborno do juiz; (b) contrariedade expressa a lei comercial; (c) provas falsas; (d) nulidade no curso do processo que acarretasse nulidade da sentença. Deixou de se fazer referência a ofensa à coisa julgada, como acontecia no direito português.¹⁸²

Outra inovação foi a previsão no art. 681 da ação rescisória para combater a sentença nula, tratando-se de uma ação autônoma. As outras formas de se combater a sentença nula eram a apelação e os embargos à

¹⁷⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 255.

¹⁸⁰ O decreto 737 posteriormente ficou conhecido como regulamento 737.

¹⁸¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 255

¹⁸² TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 270.

execução. Então, percebe-se que a sentença nula podia ser combatida pelos recursos de revista, apelação, embargos à execução ou pela ação rescisória, mas se fosse intentada a revista, não se poderia ingressar com nenhuma das outras formas.

Com o advento da rescisória, se confirmou por vez a tendência que já vinha sendo amadurecida pelos doutrinadores de que a nulidade não se tratava de um nada jurídico (visão romana clássica) para se transformar em invalidade. Então, a sentença deveria ser desconstituída, e não apenas declarada nula.¹⁸³

As hipóteses de cabimento da revista continuaram sendo a nulidade manifesta e a injustiça notória, contudo só cabia o recurso de revista nos casos de nulidade do processo e da sentença, uma vez que, neste grau de desenvolvimento do direito pátrio, já se fazia a distinção entre nulidade da sentença e nulidade do processo.¹⁸⁴

1.8.4 A Proclamação da República e o Direito Brasileiro

Com a proclamação da República, em 15 de novembro 1889, era de se esperar que algumas mudanças fossem percebidas no campo do Direito. O primeiro ato do Governo Republicano nesta área foi a elaboração do Decreto 763 de 19 de setembro de 1890, determinado que as regras traçadas no Regulamento 737 seriam aplicáveis ao processo civil.¹⁸⁵

A Constituição de 1891 aboliu a revista, que foi substituída pelo recurso extraordinário. Note-se que os dois institutos são diversos, mas tem um ponto similar que consiste no fato da hipótese de cabimento do recurso extraordinário ser a violação do direito expreso. Todavia, o recurso extraordinário é um remédio interno ao processo em que a decisão foi proferida, devendo ser intentado anteriormente ao transito em julgado da sentença, diversamente do

¹⁸³ *Ibidem*

¹⁸⁴ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 257 e TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.270.

¹⁸⁵ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 259.

que acontecia com a revista, que era um instrumento a ser utilizado posteriormente ao trânsito em julgado¹⁸⁶.

Pela constituição de 1891 os Estados tinham competência para legislar sobre o processo civil. Alguns Estados criaram Códigos tratando da matéria processual, porém enquanto seus códigos não ficaram prontos utilizaram as regras dispostas no Regulamento 737. Outros Estados nunca editaram seus códigos e apenas utilizaram as regras já delineadas no Regulamento 737. A primeira legislação estadual a surgir foi a do Estado do Pará, com o Decreto 1.380 de 22 de junho de 1905. É de se registrar que não foram feitas grandes inovações nos códigos estaduais, mantendo-se o panorama já delineado no regulamento 737¹⁸⁷

1.8.5 A Constituição de 1934 e o Código de 1939

Graças a dualidade processual (Governo central e Estados legislando em matéria processual) ocorreu uma grande discrepância na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, vindo os principais juristas da época a defenderem a unificação do direito processual. Diante de tal situação, a Constituição de 1934 tornou exclusiva a competência da União para legislar em matéria processual a t. I “a” e determinou que até a publicação do novo Código de Processo Civil, estariam válidas as regras contidas nos códigos locais¹⁸⁸

É de ser ressaltado que a constituição de 1934 foi a primeira a consagrar de forma expressa a garantia da coisa julgada. Referida determinação estava contida no artigo 133 de referido diploma.¹⁸⁹

No artigo 11 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934 ficou determinado a nomeação, pelo governo, de comissão constituída por três

¹⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 268 e 271.

¹⁸⁷ LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1930. P. 87

¹⁸⁸ Ibidem

¹⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 274.

juristas (dois da Suprema Corte e um advogado) com objetivo de elaborar um projeto de Código de Processo Civil e Comercial. Outra comissão também foi prevista, para a elaboração do Código de Processo Penal.¹⁹⁰

A comissão designada para a elaboração do Código de Processo Civil e Comercial (Min. Arthur Ribeiro, Min. Carvalho Mourão e adv. Levy Carneiro) concluiu os trabalhos no mês de novembro do ano de 1935 e encaminhou o projeto para o congresso, contudo, com o golpe de 1937, o projeto não foi votado, visto que o congresso nacional foi fechado¹⁹¹.

Após o golpe uma nova constituição foi outorgada, ainda no ano de 1937. Referida Carta Constitucional manteve a unidade processual, deste modo, necessário foi a convocação de nova comissão para a elaboração do projeto do Código de Processo Civil e Comercial. Fizeram parte da comissão Edgard Costa, Álvaro Beford, Goulart de Oliveira, Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista. Contudo, devido a desentendimento entre os componentes da comissão o projeto demorou para ser finalizado e acabou sendo realizado individualmente por Pedro Batista Martins, que encaminhou seu projeto individual para revisão com o Min. Francisco Campos, que teve auxílio de Guilherme Estelita e Abgar Renalt. O texto foi aprovado e promulgado pelo Decreto-lei 1.608, e o Código de Processo Civil de 1939 acabou entrando em vigor em primeiro de maio de 1940.¹⁹²

O Código de Processo Civil de 1939 tinha 1.052 artigos, divididos em dez livros. Pela sistemática do Código as sentenças podiam ser: (a) sentenças definitivas (art. 280 e seguintes); (b) sentenças terminativas^{□□□} (art. 846); e (c)

¹⁹⁰ LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1930. P. 88

¹⁹¹ Ibidem

¹⁹² Ibidem

¹⁹³ A sentença terminativa era a que colocava fim ao processo sem julgamento do mérito. As sentenças terminativas não eram apeláveis, devendo serem combatidas por intermédio do agravo de petição (Art. 846)

sentenças interlocutórias¹⁹⁴ (art. 842 e 851). Ainda existiam a figura do despacho de expediente (arts. 20 e 113).

Das sentenças definitivas cabia o recurso de apelação, no prazo de 15 dias e em alguns casos era possível a interposição de agravo de instrumento (art. 842, XV). Já dos acórdãos cabiam os seguintes recursos: embargos declaratórios (art. 862); embargos infringentes (art. 833); revista (art. 853) e o recurso extraordinário (Lei. 3.396/58).

O transito em julgado ocorreria após o esgotamento de todos os recursos previstos (ordinários e extraordinários), ou no caso de conformismo da parte vencida. Após o transito em julgado a sentença podia ser executada em processo novo, devendo ser realizada a citação do executado.

Em matéria de coisa julgada merece comentário o artigo 287, que tratou dos limites objetivos, restringindo essa autoridade ao *decisum*. Também deve-se comentar o artigo 288 que excluiu do âmbito da coisa julgada as decisões interlocutórias em qualquer processo e as sentenças proferidas em jurisdição voluntária e em processos preventivos e preparatórios. Outro ponto que merece realce é a semelhança do artigo 289 do Código de 1939 com o artigo 471 do atual Código de Processo Civil.

A ação rescisória era tratada no artigo 798 e seguintes do CPC, analisando-se os dispositivos é fácil perceber uma grande aproximação do artigo 798 do Código de 1939 com o atual artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973. Em ambos os códigos se menciona a corrupção do juiz, a questão da incompetência (no caso do código atual se fala em incompetência absoluta e no código passado era feita a referência apenas a incompetência material), da falsidade da prova apurada em processo criminal e a violação literal da lei. Evidentemente que o atual código traz novas previsões, em virtude da natural evolução do Direito. Contudo, não serão feitos mais comentários sobre a rescisória, uma vez que a abordagem do presente trabalho será focada na revisão atípica da coisa julgada.

¹⁹⁴ As sentenças interlocutórias se dividiam em simples e mistas (ou com força de definitivas). As sentenças interlocutórias simples eram em regra combatidas por meio do agravo de instrumento e em alguns casos pelo agravo no auto do processo. No que tange as sentenças interlocutórias mistas o Código de 1939 não trouxe nenhuma determinação legal, sequer as mencionou. Para combater as sentenças definitivas que causavam danos as partes os advogados se valiam do mandado de segurança.

1.9 Influência do Direito Antigo no Direito Brasileiro Atual

Após o percurso desses longos anos da história do direito, percebe-se que foi imprescindível a realização do estudo histórico da coisa julgada e da sentença, visto que ao estudar-se as raízes dos dois institutos possibilitou-se uma visão geral do conteúdo estudado, tornando possível a aquisição de uma bagagem de conhecimentos sobre a sentença e a coisa julgada, estudou-se cada passo, cada inovação, e também os retrocessos que a história revelou nessa matéria.

Foi visto no direito romano privado que a *res iudicata* era o modo (situação) como se encontrava o bem da vida objeto do litígio (daí o termo “coisa”. Enquanto a coisa se encontra objeto do litígio julgado, formando-se a expressão “coisa julgada”. Entretanto, não se trata do mesmo modo dos efeitos do julgamento, tampouco qualidade desses efeitos ou algo semelhante. A coisa julgada era o próprio e único efeito do julgamento.¹⁹⁵

Vi-se, também, que na época do sistema privado as sentenças não eram recorríveis, já a sentença do sistema público (*extraordinaria cognitio*) podia sofrer modificação por intermédio de recurso, qual seja: a *appellatio*, que se tratava de um remédio ordinário. Todavia, não se pode esquecer que nesta fase não era feita a distinção entre o momento da prolação da sentença com o momento da formação da coisa julgada. Assim, proferida a sentença já se formava a coisa julgada e os efeitos já operavam desde logo, apenas se sobreviesse a apelação era que a coisa julgada era suspensa, neste caso, se provido o recurso ela era extinta, mas se o recurso fosse desprovido a eficácia da coisa julgada era novamente posta.¹⁹⁶

Contudo, é de se lembrar que no Direito Romano – tanto no sistema público quanto no privado – a inexistência da sentença podia ser alegada a

¹⁹⁵ Apenas para se fazer um paralelo, atualmente, nosso Código de Processo Civil traz como principal efeito da sentença o fato de se “esgotar o ofício do juiz e acabar a função jurisdicional (Art. 463). Já a coisa julgada é tida pela doutrina majoritária como uma qualidade da sentença, não sendo efeito da sentença, mas qualidade dela representada pela impossibilidade de modificação do julgado e de seus efeitos.

¹⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P.206

qualquer momento, podendo processar-se por vários instrumentos, dentre eles: (a) podia ser feita no momento de defesa da ação de execução fundada em sentença nula, por intermédio do mecanismo chamado de *infinitio in duplum* (por ele o executado assumia o risco de caso ter sua tese de nulidade fracassada teria que pagar em dobro a condenação já prolatada); (b) também podia ser reproposta outra ação com o mesmo objeto e no caso da sentença anterior ser executada poder-se-ia alegar a sua inexistência em decorrência da nova ação interposta.¹⁹⁷

u st o da o s s i i d a d t a t a d a n a a n a “ ” o s i t u r a d a a ç ã o) é bastante similar ao que ocorreu recentemente no Brasil, nos casos onde o STJ possibilitou a flexibilização da coisa julgada, visto que, conforme visto, as partes ingressavam com uma nova ação, solicitando a realização do exame de DNA. Resta, portanto, clara a similaridade entre o que ocorria no Direito Romano e o que aconteceu nas ações de filiação que tramitaram recentemente perante o STJ.

Então, no Direito Romano, poder-se-ia identificar na coisa julgada mais uma visão de ser ela um mecanismo de saneamento do processo do que um efeito da sentença. Este panorama só veio a ser alterado com os estudos da Universidade de Bolonha onde foi feita a distinção entre sentença e coisa julgada (noção que também foi sendo desenvolvida na mesma época pelo direito canônico). Os primeiros comentadores, a exemplo de Cino de Pistoia e Bartolo, aceitaram que só se faria coisa julgada quando estivesse esgotada a possibilidade de impugnação da sentença.

Outra modificação trazida pela Escola de Bolonha foi a noção de que a “*sententia nulla*” não era inexistente e sim inválida, visto que com o surgimento da “*querella nullitatis*” restou revogada a clássica visão da *sententia nulla* que podia ser revogada a qualquer tempo por ser inexistente (um nada jurídico, algo que nunca iria valer) passando a *sententia nulla* a ser considerada inválida, porque caso não fosse o defeito alegado em determinado lapso temporal o mesmo restaria superado.

No Direito Hispano-lusitano foi detectado um retrocesso neste aspecto, visto que a sentença nula não tinha valor nenhum, podendo ser

¹⁹⁷ Idem, P. 209.

desconsiderada a qualquer tempo (remontando-se a clássica acepção romana de nulidade como inexistência).

O Direito no Brasil foi altamente influenciado pelo Direito de Portugal, tendo as três ordenações sido aplicadas em nosso território, deste modo, o trato conferido a coisa julgada foi o mesmo dado por Portugal até a edição das primeiras leis processuais brasileiras. Talvez devido a essa grande influência do Direito Lusitano – decorrente do passado de colônia – tenha-se hoje, no Brasil, grande facilidade em aceitar-se formas atípicas de combate a coisa julgada, a exemplo do que vem ocorrendo modernamente com as ações de investigação de paternidade, objeto de estudo do presente trabalho.

A influência do antigo Direito Lusitano é facilmente percebida em sustentações feitas em defesa da relativização da coisa julgada por Ilustríssimos processualistas brasileiros contemporâneos, a exemplo do renomado Humberto Theodoro Júnior, que em defesa da relativização afirmou:

(...) o que é nulo, nenhum efeito pode produzir e, por isso mesmo, não exige rescisão nenhuma. Simples embargos à execução ou qualquer outro expediente processual, a qualquer tempo, se presta ao reconhecimento da invalidade *pleno iure*. Para casos da espécie, doutrina e jurisprudência reconhecem a subsistência da antiga *querela nulitatis insanabilis*. □□

Vê-se nos posicionamentos de parte da doutrina nacional uma clara influência do antigo direito Lusitano, como se fosse dada uma volta no passado para solucionar problemas atuais. Resta, portanto, clara a importância do estudo histórico delineado neste capítulo, como forma de buscar-se respostas para a tendência recente de nossa jurisprudência de relativizar a coisa julgada em determinados casos, a exemplo da investigação de paternidade.

¹⁹⁸ Apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia Medina. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 08.

2 – COISA JULGADA NOS DIAS ATUAIS

2.1 Considerações Iniciais

Foi visto no primeiro capítulo a evolução histórica da sentença e da coisa julgada, desde seus primórdios no direito romano até a sistemática traçada no Código de Processo Civil de 1939. Agora, neste capítulo, serão tecidos comentários sobre as noções gerais a respeito da coisa julgada, dentro da sistemática do atual Código de Processo Civil (1973).

2.2 Coisa Julgada na Legislação Pátria

A coisa julgada é vista por parte da doutrina como o “direito fundamental”¹⁹⁹, assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI). Para a Doutrina Constitucional a coisa julgada é uma garantia individual, ou seja, consiste em um mecanismo de limitação do poder na defesa dos direitos²⁰⁰.

A qualificação da coisa julgada como garantia individual só reforça sua importância e implica limitações para o legislador ordinário, que pode até legislar no sentido dela não ser absoluta, contudo não pode perder de vista os valores constitucionalmente protegidos, sob pena de esvaziamento do sentido traçado pela constituição.

Em nível infraconstitucional nossa Lei de Introdução ao Código Civil assim dispõe a respeito da coisa julgada: a “*decisão judicial de que já não caiba mais recurso*”. Por intermédio do instituto da coisa julgada o direito declarado na decisão judicial é incorporado ao patrimônio do seu titular, por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial, decorrente da necessidade de se alcançar a segurança jurídica.

¹⁹⁹ Sobre a natureza jurídica de direito fundamental da coisa julgada consultar o quarto capítulo, desta obra, item 4.2.3. Salientando-se, desde já, que boa parcela da doutrina entende ser processual a natureza jurídica da coisa julgada.

²⁰⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2009. P. 435.

A coisa julgada também é disciplinada nos artigos 467 a 474 do Código de Processo Civil (CPC). Importante destacar que para o Código de 1973 (diversamente do que ocorria com o Código de 1939) a coisa julgada é vista como uma qualidade da sentença, representada pela imutabilidade do julgado e de seus efeitos.

A noção de coisa julgada como qualidade da sentença (e não um de seus efeitos) foi defendida por Enrico Tullio Liebman. O principal efeito da sentença é acabar com o trabalho do juiz pelo esgotamento da função jurisdicional. A coisa julgada é algo a mais que se junta aos efeitos da sentença, para viabilizar sua estabilidade.

Neste sentido, vejamos o pensamento do renomado jurista:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente da sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato, também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato²⁰¹

2.3 Conceito de Coisa Julgada (Formal e Material)

A coisa julgada é um instituto ligado ao fim do processo e à imutabilidade do que foi decidido. O objetivo primordial do instituto é a segurança. Existem duas espécies de coisa julgada, são elas: (a) a coisa julgada formal; (b) a coisa julgada material.

A coisa julgada formal é entendida como a ocorrência da imutabilidade dos atos da sentença ou seja a autoridade do ato do processo". Quando o ato do processo a discussão na indiscutível (por não caber mais qualquer recurso) ocorre a formação da coisa julgada formal.

²⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas relativas ao Direito Brasileiro Vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. .P. 54.

A coisa julgada material ocorre também quando da decisão não couber mais recurso, restando ela imutável. Contudo, só se forma coisa julgada material quando a decisão for de mérito. Deste modo, atacada pela sentença o mérito da questão argüida na ação e não cabendo mais recurso da sentença, ou acórdão, restará formada a coisa julgada material.

A conseqüência desta pequena diferença entre a formação da coisa julgada formal e material é enorme. Explica-se: para a formação da coisa julgada material é preciso que não caiba mais recurso de uma sentença de mérito, desta forma, em regra, a questão não poderá mais ser discutida ou modificada, nem no processo em que foi proferida nem em qualquer outro processo, desta maneira, estabiliza-se a decisão, que torna-se imutável.

Na coisa julgada formal a sentença não avalia o mérito da questão (ou seja, é uma decisão que, por exemplo, extingue o processo por carência da ação, ou por falta de qualquer dos pressupostos processuais), desta forma, a questão só se torna indiscutível dentro do processo em que foi proferida, visto que o mesmo já acabou. Entretanto, regularizado o vício, que desencadeou a extinção da ação sem o julgamento do mérito, pode a parte interessada novamente ingressar com a ação para discutir o mérito que outrora não fora julgado.

Interessante notar que em alguns processos só se formará a coisa julgada formal. Assim, se no processo não foi abordado o mérito só se formará a coisa julgada formal. Contudo, em havendo análise do mérito pela sentença e não cabendo mais recurso, serão formadas as duas coisas julgadas, a formal e a material. Em suma, a coisa julgada formal ocorre sempre, mas a coisa julgada material só ocorrerá quando não couber mais recursos da sentença de mérito.

Outro aspecto a ser ressaltado é que a coisa julgada formal se assemelha bastante a preclusão, residindo a distinção no fato de que a coisa julgada formal tende a ser identificada com o encerramento da etapa cognitiva do processo, recaindo sobre sentenças ou acórdãos, nunca recaindo sobre decisões interlocutórias.²⁰²

²⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário, 2: Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 386 e 387

2.4 Coisa “Soberanamente Julgada” e Ação Rescisória

Conforme salientado no tópico anterior, com a formação da coisa julgada material a sentença não pode mais ser alterada. Entretanto, existe hipótese excepcional para a modificação da coisa julgada, trata-se da ação rescisória.

De modo geral, a ação rescisória visa a rescindir a sentença como ato jurídico viciado. Trata-se de ação na qual se pede a nulidade da sentença. Deve-se salientar que, excetuada a hipótese de sentença inexistente (p.ex aquela onde falta o dispositivo), a sentença rescindível produz os efeitos da coisa julgada, sendo exequível e válida, até ser rescindida.

A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (a) se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (b) proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; (c) resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes a fim de fraudar a lei; (d) ofender a coisa julgada; (e) violar literal disposição de lei; (f) se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; (f) 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; (h) houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; (i) fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa²⁰³.

De acordo com o artigo 495 do Código de Processo Civil, o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão. Após este prazo não é mais possível a alteração da sentença, mesmo que tenha ocorrido uma das hipóteses citadas no parágrafo anterior.

Diante da possibilidade de modificação pela Ação Rescisória, José Frederico Marques propõe a classificação da coisa julgada em dois graus, são eles: (a) coisa julgada e (b) coisa soberanamente julgada. A primeira ocorre quando não for mais possível a interposição de recursos contra a sentença de mérito, a segunda ocorreria quando fosse decorrido o prazo da rescisória (2

²⁰³ Art. 485 do Código de Processo Civil

anos após o trânsito em julgado), ou quando a ação rescisória for julgada improcedente.²⁰⁴

2.5 Fundamentos e Justificações para a Autoridade da Coisa Julgada

Dá-se a autoridade da coisa julgada sempre que as sentenças definitivas, sentenças que decidem o mérito da causa, adquirem a qualidade de coisa julgada. Tal fato ocorre até mesmo com relação às sentença injustas (entendidas como aquelas que mesmo proferindo uma decisão legal não atingem a expectativa de justiça da sociedade, apesar de ser bastante subjetivo o conceito de justiça).

Para se justificar a autoridade da coisa julgada existem dois fundamentos, um de ordem política e um de ordem jurídica.

O fundamento de ordem política se refere à estipulação de um determinado prazo e de uma determinada quantidade de recursos, que uma vez interpostos fazem com que uma eventual injustiça da decisão não possa ser mais argüida, sob pena de se eternizarem os conflitos. Sabe-se que o escopo precípua do processo é fazer justiça mediante a aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, tal objetivo nem sempre é atingido, por isso existem as figuras dos referidos recursos e dos prazos para sua interposição, que limitam o tempo para a obtenção da “justiça”. Assim, não se pode garantir a certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida.

Com relação ao fundamento jurídico, deve-se salientar que existem várias correntes teóricas sobre o tema. Desta maneira, serão citadas as mais importantes, adiantando, já no presente momento, que no presente trabalho acredita-se que a coisa julgada tem uma justificação política e não jurídica.

Assim, juridicamente temos: Teoria da Presunção da Verdade (a finalidade do processo é a busca pela verdade e esta nem sempre está expressa na sentença); Teoria da Ficção da Verdade (a autoridade da coisa julgada consiste na verdade artificial contida na sentença); Teoria da Força Legal da Sentença (a sentença, pelo seu trânsito em julgado, atribui ao direito

²⁰⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 81.

novo, por ele criado, força de lei); Teoria da Eficácia da Declaração (a autoridade da coisa julgada é fundamentada na eficácia da declaração da certeza contida na sentença); Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional (o fundamento da coisa julgada resulta da extinção da obrigação jurisdicional, o que importa, também, na extinção do direito de ação); Teoria da Vontade do Estado (a autoridade da coisa julgada fundamenta-se na vontade do Estado, que atribui a sentença a qualidade de ato estatal); Teoria de Carnelutti (a coisa julgada está contida na imperatividade do comando da sentença) e a Teoria de Liebman (a coisa julgada é uma qualidade da sentença consistente na imutabilidade da sentença como ato processual e na imutabilidade dos seus efeitos).²⁰⁵

Dentre as justificativas apontadas, parece mais correto que a visão política é mais adequada e acertada, visto que ela trata justamente da necessidade de evitar que os processos (e por via de consequência os litígios) durem para sempre, garantindo-se, com esta atitude, que as partes e a sociedade tenham a segurança de que o assunto está “o t o n a d o”.

Então, parece mais correto entender a coisa julgada como uma questão de política legislativa, focada em garantir a paz social, por intermédio dos institutos da estabilidade e previsibilidade, que garantirão a certeza e a calculabilidade por parte dos cidadãos.

2.6 Funções Positiva e Negativa da Coisa Julgada

A doutrina, em geral, afirma existirem duas funções para a coisa julgada, quais sejam: (a) função positiva; e (b) função negativa.

A função positiva da coisa julgada está relacionada com o fato de que a decisão transitada em julgado obriga (vincula) as partes perante as quais ela foi proferida. Desta forma, a imposição às partes de obedecer ao julgado como norma indiscutível representa a função positiva da coisa julgada.

²⁰⁵ GONÇALVES, Romero Vieira. **A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade**. Monografia apresentada para obtenção do título de bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. 2008. Pg 38.

A função negativa da coisa julgada, por sua vez, está relacionada à proibição de que a matéria seja novamente discutida por qualquer órgão jurisdicional, ou pelas próprias partes.

Neste sentido:

Tendo havido a formação da coisa julgada material sobre determinada decisão, sentença ou acórdão, duas são as tarefas que se apresentam ao juiz, que tem de exercê-las e *officio*: a) fazer valer a obrigatoriedade da sentença (princípio da inevitabilidade da jurisdição), ou seja, fazer com que as partes e eventuais terceiros atingidos pela coisa julgada cumpram o comando emergente da sentença acobertada pela *auctoritas rei iudicate* (função judicial positiva); b) fazer valer a imutabilidade da sentença e a intangibilidade da coisa julgada, impedindo que a lide por ela acobertada seja rediscutida (função judicial negativa). O juiz tem o dever de ofício de, a *limina iudicii*, indeferir a petição inicial que reproduz a ação idêntica à anterior, resolvida por sentença de mérito transitada em julgado (CPC 267 V e § 3º e 301 VI e § 4º).²⁰⁶

O resultado prático dos efeitos da coisa julgada é possibilitar a qualquer das partes a *exceptio rei iudicatae*, para excluir novo debate sobre a questão jurídica já decidida e transitada em julgado. Para o juiz o resultado prático é a possibilidade de, até e *officio*, extinguir o processo sem julgamento do mérito, sempre que encontrar configurada a ofensa à coisa julgada.

No caso da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, percebe-se uma afronta pela parte inconformada ao efeito positivo da coisa julgada, visto que a parte ingressa com nova ação para discutir o que já transitou em julgado. E nos casos onde o STJ realizou a flexibilização da coisa julgada se percebe o descumprimento da função (ou efeito) negativa da coisa julgada. Contudo, o assunto será melhor detalhado posteriormente, em capítulo específico sobre referidas ações.

2.7 Coisa Julgada Total e Parcial

Ao proferir uma sentença o pronunciamento do juiz nunca se resumirá a uma única questão, visto que ele terá, pelo menos, que responder ao mérito e

²⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003. 7ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 788.

as questões relativas a sucumbência, ou caso não seja analisado o mérito terá que resolver sobre questões processuais e a sucumbência. Desta maneira, a sentença será composta por capítulos, que devem ser identificados na parte dispositiva da sentença.

Sobre os capítulos da sentença, Dinamarco assim se pronunciou:

Cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma distinção funcional entre eles, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste.²⁰⁷

Deste modo, admite-se que dentro de uma sentença existam várias decisões (sentença objetivamente complexa). Formalmente este tipo de sentença constitui apenas uma decisão, todavia, materialmente são várias decisões. Para cada uma dessas decisões, esposadas dentro do dispositivo de uma única sentença, dá-se o nome de capítulos de sentença, ou seja, forma-se uma ou até várias unidade(s) autônoma(s) de decisório da sentença; formando a chamada sentença capitular.

Os capítulos podem ser de dois tipos: (a) homogêneos; e (b) heterogêneos. Os capítulos são homogêneos se todos versarem sobre o mesmo tipo de questões, por outro lado, os capítulos que versem sobre questões de naturezas distintas (questões de mérito e questões processuais) serão considerados heterogêneos.

Os capítulos sempre são autônomos, mas podem ou não serem independentes. Só serão independentes os capítulos que não contenham nexo de prejudicialidade com os outros. Caso os capítulos sejam independentes, um pode transitar em julgado antes que outro, basta que a parte recorra apenas de

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2004. P.33

um capítulo e não se insurja contra o outro, então, este último transitará em julgado primeiro.

Exemplifique-se com um caso prático: uma sentença com dois capítulos, um relativo a danos morais e outro relativo a danos materiais. O réu recorre do capítulo relativo aos danos morais, de modo que, ao não recorrer do capítulo referente aos danos materiais, este ponto faz coisa julgada parcial, podendo, inclusive, ser executado. Ademais, no ponto referente aos danos materiais, exemplificativamente citado, formada a coisa julgada formal, inicia-se o prazo pra propositura da ação rescisória, evidentemente que para o prazo da rescisória correr em separado é necessário que os capítulos sejam independentes.

2.8 Momento para Arguição da Coisa Julgada

O Código de Processo Civil determina que na contestação, antes de se discutir o mérito da causa, deve-se alegar a coisa julgada (art. 301,VI). Vê-se que a coisa julgada é matéria de preliminar de contestação.

Todavia, por se tratar de matéria de ordem pública, não haverá prejuízo a a a a t u n o a a “*res iudicata*” na preliminar da contestação, podendo ser alegada em qualquer fase do processo, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição.

Também por ser instituto processual de ordem pública deve ser decretada de ofício pelo juiz, na hipótese dele ter conhecimento de que a matéria já foi julgada.

2.9 Limites Objetivos da Coisa Julgada

Quando a doutrina fala em limites objetivos da coisa julgada está referindo-se a parte da sentença (ou acórdão, para os processos julgados em segunda instância) que fica imunizada de ulteriores discussões, ou seja, refere-se à parte da sentença que, após o trânsito em julgado, não pode ser mais rediscutida perante o Poder Judiciário, garantindo-se o cumprimento do princípio da segurança jurídica.

O Código de Processo Civil trata da questão dos limites objetivos da coisa julgada em seus artigos 468 e 469, veja-se:

Art. 468 - A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

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 legislação pátria é claríssima ao demonstrar que a parte que transita em julgado é a parte dispositiva da decisão (o comando da decisão, ou seja, aquilo que o Estado-juiz determina “de fato”). Não tanto as partes decididas (descritas no artigo 469) ficam fora do âmbito da coisa julgada material. Veja-se cada uma em separado:

2.9.1 Os Motivos da Sentença

O CPC é transparente ao afirmar que não ficam acobertados pela autoridade de coisa julgada os motivos que levaram o juiz a decidir, ainda que tiverem sido absolutamente determinantes no que diz respeito ao teor da decisão proferida. Desta maneira, é possível afirmar que os motivos, mesmo que sejam determinantes para a fixação do dispositivo da sentença, apenas tem influência na interpretação da parte dispositiva da sentença (esta sim que transita em julgado, vez que é nela onde o juiz decide a lide), por isso, não são acobertados pelo manto da coisa julgada. Conforme salienta Theodoro Jr: “o julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “o que” do processo”²⁰⁸.

Contudo, ainda com relação aos motivos da sentença, deve-se advertir que muitas vezes a motivação é tão importante que sem ela o julgamento será outro, fazendo com que a motivação integre a parte dispositiva da sentença,

²⁰⁸ Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 606.

apesar de estarem em espaços físicos distintos da sentença. Nesses casos os motivos podem transitar em julgado. Neste diapasão:

[...] se o fundamento é tão precípuo, que abstraindo-se dele o julgamento será outro, faz ele praticamente parte do dispositivo da sentença. Às vezes, no trato da *causa petendi*, o juiz chega a solucionar verdadeira questão com imediata e inegável influência na resolução da lide. Em tais casos, mesmo fora do espaço físico do dispositivo da sentença, terá sido julgada parte do mérito da causa, e o pronunciamento revestir-se-á da autoridade de coisa julgada.²⁰⁹

Em suma, os motivos da sentença não transitam em julgado, só transitando, de forma excepcional, quando a motivação for tão importante que sem ela o julgamento será outro, pois nestes casos a motivação faz parte do dispositivo da sentença, mesmo sem estar fisicamente explícita na parte dispositiva.

2.9.2 A Verdade dos Fatos

O Inciso II do artigo 469 do CPC, também, afirma que não faz coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença. A regra traçada neste dispositivo é consequência do princípio de que só faz coisa julgada a parte dispositiva da sentença.

As razões de fato e de direito representam as causas de pedir remota e próxima respectivamente. A abordagem destes assuntos é tratada na fundamentação da sentença, não fazendo parte das matérias acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

Justificando o fato de não transitarem em julgado, Humberto Theodoro afirma:

O exame dos fatos, portanto, se apresenta apenas como caminho lógico para se alcançar a definição da situação jurídica envolvida no litígio e retrada no pedido formulado pelo autor (demanda). Esta situação definida pela conclusão da sentença, e não os eventos que a

²⁰⁹ Ibidem

motivaram, é que transita em julgado, tornando-se imutável e indisputável. ²¹⁰

Pode-se, assim, perceber que um fato que é tido como verdadeiro em um determinado processo, pode ser declarado como inverídico em outro processo, sem que tal situação implique em ofensa a coisa julgada, todavia, o segundo julgamento, embora baseado no mesmo fato, terá que referir-se à outra lide ou à questões distintas da anterior, uma vez que não é possível reabrir-se processo cujo julgado já encontra proteção no manto da coisa julgada.

2.9.3 As Questões Prejudiciais

Conforme analisado, o art. 469 do CPC determina que a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada. Questão prejudicial é aquela questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que interfere (influi, prejudica) no julgamento da questão seguinte (prejudicada). Decidida incidentalmente no processo (*incidenter tantum*) configura-se como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença, de modo que esta hipótese já está contemplada pelos incisos I e II do art. 469, visto que a decisão incidente sobre questão prejudicial integra a motivação da sentença. ²¹¹

A decisão da questão prejudicial, quando feita *incidenter tantum* possui eficácia limitada à preclusão, ou seja, só se impedirá sua rediscussão dentro do mesmo processo, visto que não se operou a coisa julgada. Contudo, deve-se salientar que a questão prejudicial pode fazer coisa julgada, refere-se, aqui, aos casos de ajuizamento de uma ação declaratória incidental, uma vez que nestes casos a decisão não seria proferida *incidenter tantum*, mas sim de forma principal (*principaliter*). ²¹²

²¹⁰ Idem, P. 608.

²¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; Nery Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003.** 7ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.P.803

²¹² Art. 470 do CPC:

É exemplo de questão prejudicial a relação de paternidade numa ação de alimentos. A relação de paternidade poderia ser julgada de forma principal, numa ação de investigação, ou de forma incidental, conforme tratado no exemplo em questão.

No referido exemplo da paternidade, caso seja imposto ao réu o dever de pagar alimentos, este pode discutir a paternidade em outra ação, pois sobre esta matéria não se operou os efeitos da coisa julgada. Assim, caso seja negada a paternidade na ação superveniente, a sentença anterior será infirmada.

Sobre o assunto, Wambier afirma que: “ata-se de uma escolha do legislador, que pode gerar resultados que choquem o senso comum, em razão da falta de coerência que pode haver entre decisões. É, todavia, a técnica pela qual o legislador atua”²¹³.

É importante distinguir as questões prejudiciais das questões preliminares, para que não haja erro quanto a utilização de uma ou de outra no processo, com conseqüências que podem chegar até a declaração incidente se não houver correta compreensão de quando se tem uma prejudicial e quando se tem uma preliminar.

Questão prejudicial é, conforme visto, o fato ou a relação jurídica anterior ao mérito, de cuja declaração de existência ou inexistência o julgador não pode prescindir para julgar a causa. A questão prejudicial influencia no teor da questão seguinte (prejudicada).

Já a questão preliminar ou prévia é aquela que antecede a matéria de mérito de contestação, de recurso, de sentença, ou acórdão, tendo por finalidade a regularização do processo, que deve ser decidida com antecedência pois pode impedir o julgamento final. Trata-se de questões que se relacionam com os pressupostos processuais e condições da ação.

²¹³ WAMBIER, Luis Rodrigues (coord); Almeida, Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 503.

2.9.4 Princípio do Dedutível e do Deduzido e a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

Ainda sobre os limites objetivos da coisa julgada merece destaque a questão do “início do dedutível do deduzido”.

De acordo com o artigo 474 do CPC: “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”. Esta orientação significa que após o trânsito em julgado da decisão de mérito nenhuma outra alegação ou defesa, que poderiam ter sido empregadas durante o processo em busca de resultado diverso, pode ser feita.

As “alegações” e “defesas” a serem opostas no artigo em estudo não podem ser confundidas com as “alegações e defesas”. Os argumentos e os fatos a serem utilizados para convencer o juiz. A causa de pedir²¹⁴ e os argumentos chegam a conviver mas não se confundem, explica-se: para o magistrado se convencer de uma causa de pedir é facultado ao interessado se valer dos mais diversos argumentos.

A diferenciação é vital, visto que alterando-se a causa de pedir não haverá obstáculo para se instaurar um novo processo. Todavia, se a causa de pedir for a mesma, modificando-se apenas os argumentos (alegações e defesas), não será possível a instauração de um novo processo. Tem-se, então, um efeito preclusivo da coisa julgada, impedindo-se um novo julgamento.

Neste sentido:

A coisa julgada, bem como sua eficácia preclusiva, dizem respeito a novos argumentos sobre a mesma lide, o que pressupõe a manutenção da causa de pedir. A proibição da rediscussão da lide com novos argumentos (*eficácia preclusiva da coisa julgada*) não impede a repositura da ação com outro fundamento de fato ou de direito (nova causa de pedir). Tratando-se de nova causa de pedir, ainda que o pedido seja o mesmo da ação anterior, estar-se-á diante de nova ação e, portanto, nada tem a ver com a eficácia preclusiva da coisa julgada, instituto que proíbe a rediscussão da mesma ação, isto

²¹⁴ A causa de pedir se refere ao conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a eles aplicável.

é, de ação entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir (próxima e remota) e com o mesmo pedido (mediato e imediato)²¹⁵.

O outro efeito preclusivo da coisa julgada vem abordado no artigo 471, que disciplina a “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, até as suas decisões”. A coisa julgada no âmbito do processo decisório decidida no mesmo processo, salvo algumas exceções, por exemplo nos casos de relação jurídica continuativa (art. 471, I) e nos demais casos previstos em leis (art. 471, II).

Em resumo, é perceptível que com a passagem em julgado da sentença ocorre uma consequência jurídica, que é a preclusão, representada tanto na regra do artigo 471, como na do artigo 474. A preclusão gerada pela coisa julgada é uma preclusão especial, porque se manifesta tanto interna quanto externamente ao processo em que a sentença de mérito foi proferida.²¹⁶

2.10 Limites Subjetivos da Coisa Julgada

Não é apenas o objeto da decisão que interessa ao estudo da coisa julgada (matérias que se tornam imunes a posteriores questionamentos), também interessa o estudo das pessoas que ficam vinculadas ao que foi tratado na parte dispositiva da sentença.

Os limites subjetivos da coisa julgada tratam justamente das pessoas que ficam vinculadas ao que foi tratado na parte dispositiva da sentença. São chamados de limites subjetivos porque são relacionados com os sujeitos que não poderão rediscutir o que já foi soberanamente decidido pelo Estado-juiz.

É o artigo 472 do CPC que trata da questão dos limites subjetivos da coisa julgada, veja:

Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas

²¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003. 7ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 810.

²¹⁶ Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 612

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.

A parte inicial do artigo oferece a regra geral, que é a de que a sentença só obriga as pessoas entre as quais foi dada, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

No Direito Processual Civil o conceito de partes é o contraposto do conceito de terceiros. É parte aquele que pede ou em face de quem se pede tutela jurisdicional. Por intermédio da exclusão se chega ao conceito de terceiros. A coisa julgada produz efeitos apenas para as partes. Apenas aqueles que forem partes é que deverão observar a regra da imutabilidade do que ficou decidido (coisa julgada).

Todavia, deve-se alertar que tal regra não impede que os terceiros possam ignorar a coisa julgada, visto que a sentença existe e vale contra todos. O que acontece é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não pode prejudicar nem beneficiar estranhos ao processo, onde foi prolatada a decisão que transitou em julgado²¹⁷.

Em suma, o que acontece é que os terceiros são atingidos pelos efeitos da sentença e não pela coisa julgada, visto que, conforme foi salientado, em virtude da teoria de Liebman a coisa julgada é tida como uma qualidade da sentença. Assim, a eficácia natural da sentença (potencialidade de produzir efeitos) irá produzir efeitos concretos sobre todas as relações e situações jurídicas que tenham conexão com o que ficou decidido na parte dispositiva da sentença.

Neste norte, Ovídio Batista afirma:

A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta. Mas, como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervem, a sentença existe e vale com respeito a todos; assim como o contrato entre A e B vale com respeito a todos, como contrato entre A e B, assim também a sentença entre A e B vale com relação a todos enquanto é sentença entre A e B. Todos, pois, são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podem, porém, ser prejudicados. Mas o

²¹⁷ Idem, P. 616

prejuízo não se compreende um prejuízo de mero fato, e sim um prejuízo jurídico²¹⁸

Como exemplo, para elucidar o que foi dito, tem-se o caso de uma sentença que julga procedente o pedido de divórcio, fazendo, deste modo, que o casamento deixe de existir perante toda a sociedade e não apenas entre o casal que foi parte na ação.

A segunda parte do artigo 472 traz exceção à regra permitindo que, em algumas situações, os “t i os” t n am que observar não só os efeitos da sentença como também a imutabilidade do que fora decidido.

Todavia, deve-se is a u o t o “int ssados” t a ido o a ti o st s indo a u a dad i a “ a t ” da id n o a t i os isto que o dispositivo se refere ao litisconsórcio necessário e, como se sabe, o litisconsórcio necessário abarca justamente a pluralidade de partes, devendo, pois, o t o “int ssado” s r nt ndido o o “ a t ” n o o o “t i o”. nt o usta nt o ato do “int ssado” s a t n o t i o u deve ser atingido pela imutabilidade do julgado.

2.10.1 Legitimação Extraordinária e a Coisa Julgada

Importante em matéria de limites subjetivos da coisa julgada abordar o caso da legitimação extraordinária, onde “a u u t iti idad a a estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material dis utido u o”²¹⁹.

A substituição processual é espécie do gênero legitimação extraordinária e ocorre quando é possível se pleitear em nome próprio (diferentemente de ser um mero procurador) direito alheio, desde que devidamente autorizado por lei (CPC, art. 6º).

²¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Batista da Silva. **Sentença e Coisa Julgada**: ensaios. 3. Ed. Porto Alegre: Fabri, 1995. P. 95.

²¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003. 7ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.P. 339

Indagação a ser feita nos casos de legitimação extraordinária é se a coisa julgada afeta o substituto processual (titular do direito de ação) ou o substituído (titular do direito material).

A resposta para a indagação é que ambos devem sujeitar-se a autoridade da coisa julgada, o substituído por ser o detentor do direito material (condição que lhe afasta da condição de terceiro e o insere na condição de parte) e o substituto por ter agido como parte durante a marcha processual.

Deve-se ainda lembrar que no caso do terceiro interessado não ser parte, a exemplo do adquirente de bem litigioso que não ingressa no processo como sucessor do alienante, deve ficar sujeito aos efeitos da coisa julgada, é que neste caso estar-se-á diante de um caso de substituição processual, onde o alienante passa a defender direito material de outrem, uma vez que houve transferência no campo do direito material.

Apesar de não ser tema do presente trabalho, por tratar o presente estudo da tutela individual de direitos, cumpre destacar, de forma resumida, que no direito processual coletivo a imutabilidade da decisão só atinge aqueles que não atuaram no processo no caso de ser a decisão benéfica àqueles que não atuaram²²⁰.

2.10.2 A Justiça da Decisão e a Assistência Simples

Alguns doutrinadores, a exemplo de Luis Rodrigues Wambier, consideram a ausência da “justiça da decisão” no caso da “juízo assistencial coisa julgada”.²²¹ Todavia, por uma questão metodológica, preferiu-se, nesta obra, inserir o tema na questão dos limites subjetivos, por tratar-se de matéria onde a questão da imutabilidade do julgado atinge do ponto de vista subjetivo as partes.

A questão da justiça da decisão é trazida nos artigos 50 e 55 do CPC, veja-se:

²²⁰ Art. 103, III, da Lei n. 8.078/1990.

²²¹ Para mais informações consultar: WAMBIER, Luis Rodrigues (coord); Almeida, Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 504.

Art. 50 - Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

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 recebeu 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.

Analisando-se os artigos em tela é possível vislumbrar que quando ocorrer uma intervenção as razões de decidir ficarão imodificáveis por algum questionamento posterior por parte do assistente (terceiro interveniente). Tal situação só não ocorrerá se o assistente provar as duas exceções trazidas pelos incisos I e II do artigo 55.

2.11 Matérias e Sentenças que não Fazem Coisa Julgada Material

Neste tópico do presente estudo serão analisados casos onde as sentenças não são acobertadas pelo manto da coisa julgada material. Veja-se os casos:

2.11.1 Razões de Decidir

Conforme já analisado no tópico a respeito dos limites objetivos da coisa julgada, não fazem coisa julgada material as razões de decidir trazidas no artigo 469, I, II e III do CPC, quais sejam: (a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; e (c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

2.11.2 Sentenças Processuais

Também não fazem coisa julgada material as sentenças processuais. Quando fala-se, aqui, em sentenças processuais deve-se entender como

sendo tanto as sentenças quanto os acórdãos que encerrem o processo sem resolver a questão de mérito. Nestes casos, apenas ocorre a coisa julgada formal, já abordada no tópico 2.3 *supra*.

2.11.3 Sentença nos Procedimentos de Jurisdição Voluntária

Como se sabe, nos procedimentos de jurisdição voluntária não há lide (mérito)²²², desta maneira, não haveria como ocorrer a coisa julgada material, visto que esta pressupõe a análise do mérito. Portanto as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária se revestem apenas da coisa julgada formal.

É de se alertar que o fato de não transitarem materialmente em julgado não implica que as sentenças possam ser modificadas a qualquer tempo e i ot i ad a nt . a ti o . do d t ina u “A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”.

Então, só se pode invocar a alteração da sentença se ocorrerem circunstâncias supervenientes (alteração fática). E i i ando s “ ” u a int di o d “ ” a o t s od u o anta nto s as a s u a a a int di o d “ ” d sa a a .

2.11.4 Sentença no Processo Cautelar

As sentenças proferidas no processo cautelar também não são acobertadas pela coisa julgada material, salvo no caso de versarem sobre a prescrição ou a decadência do direito ligado ao processo principal (art. 810, CPC). A justificativa para o não transito em julgado é que o processo cautelar não trata de questões de mérito, deste modo, sua sentença também não julgará questão de mérito e não será acobertada pela coisa julgada material.

²²² NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003.** 7ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.P. 339

Todavia, é de se alertar que o fato de não transitarem materialmente em julgado não implica que as sentenças possam ser modificadas a qualquer tempo e imotivadamente. Aqui, da mesma forma que no procedimento de jurisdição voluntária, também, é necessário a ocorrência de modificações no plano fático que justifiquem a renovação do pedido cautelar.

2.12 Sentenças que Versem Sobre Relações Continuativas

A doutrina brasileira diverge sobre o fato de as sentenças sobre relações continuativas transitarem em julgado (materialmente falando) ou não. Luis Rodrigues Wambier afirma que tais sentenças não fazem coisa julgada material. Já autores como Cassio Scarpinella, Nelson Nery e Humberto Theodoro afirmam que referidas sentenças fazem coisa julgada material, visto que trazem uma decisão de mérito, o que ocorre é que esse tipo de sentença traz consigo a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, quando a situação fática que constitui premissa para o julgamento for modificada, poder-se-á alterar o que ficou decidido na sentença inicial.

A regra traçada pelo artigo 471 do CPC apenas fala na possibilidade de modificação do julgado anterior, veja-se:

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.

A segunda corrente, que defende que a sentença sobre relação jurídica continuativa transita em julgado, parece a mais correta, visto que referidas decisões atacam o mérito. No caso de haver modificação no estado de fato ou de direito é que se pode alterar o que ficou decidido na sentença inicial. Contudo, tal fato não implica em desrespeito à coisa julgada, visto que a modificação requer que seja intentada outra ação (ação revisional), assim, é obtida uma nova sentença para uma nova situação²²³.

²²³ Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 620

2.13 Formas de Revisão da Coisa Julgada Material

Conforme já salientado no tópico 2.4 *supra*, a forma típica de se impugnar uma decisão transitada em julgado é se valendo da ação rescisória. A rescisória é uma ação (e não um recurso) de natureza desconstitutiva, da qual podem se valer as partes, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, no caso de ocorrer uma das hipóteses taxativamente previstas no artigo 485 do CPC.

Outra forma típica de se insurgir contra uma sentença transitada em julgado é a ação de impugnação da sentença, prevista no artigo 475-L do CPC. De acordo com o dispositivo é possível se impugnar o cumprimento da sentença nos casos de: (a) falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (b) inexigibilidade do título (é hipótese de inexigibilidade o caso de ser 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; (c) penhora incorreta ou avaliação errônea; (d) ilegitimidade das partes; (e) excesso de execução²²⁴; e (f) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Apesar do presente trabalho não versar sobre Fazenda Pública, cumpre registrar que os embargos à execução opostos por ela só podem versar sobre as hipóteses traçadas no artigo 471 do CPC. Referidos embargos também são uma forma típica de se impugnar a coisa julgada.

De forma excepcional a jurisprudência vinha admitindo a impugnação de uma decisão judicial transitada em julgado por intermédio de mandado de segurança. O argumento para isso é o fato de que a rescisória não tem efeito suspensivo, podendo a continuação dos efeitos da sentença transitada em julgado causar danos irreparáveis ou de difícil reparação à parte que propôs a ação rescisória.

²²⁴ Nesta hipótese, de acordo com o §2º do artigo 475-L do CPC, cumpre ao executado declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Todavia, tal argumentação não pode mais prosperar, uma vez que hoje os Tribunais brasileiros concedem antecipação de tutela em ação rescisória, deste modo, não sofreria a parte prejuízo algum em razão da falta de efeito suspensivo da ação rescisória, podendo valer-se da antecipação de tutela.

Porém, a questão não está pacificada nos Tribunais do Brasil, existindo casos onde as partes se valem do mandado de segurança e obtém sucesso na revisão da coisa julgada, apesar da orientação dada pela súmula 268 do STF que veda o uso de mandado de segurança contra decisão transitada em julgado.

Por todos os fundamentos até aqui expostos e principalmente pela posição contida na súmula 268 do STF, considera-se, nesta obra, que a revisão de sentença acobertada pela coisa julgada material por meio de mandado de segurança é forma atípica de revisão da coisa julgada.

Outra forma que a doutrina e jurisprudência vem admitindo como eficaz e válida para impugnação de uma sentença transitada em julgado é a intosi o d u a a o aut no a d “d a a o d in ist n ia d ato o ssua”, d “d a a o d in ist n ia d a o u di a o ssua” ou, até mesmo, “u a a o d nu idad”. s d no ina s a a ss ti o d a o são as mais variadas, mas o objetivo é o mesmo, modificar a coisa julgada sem valer-se dos meus típicos.

A utilização dessas formas atípicas de revisão da coisa julgada não são aceitas plenamente pela doutrina e jurisprudência, existindo fortes divergências que ensejam debates acalorados.

2.13.1 A Relativização (Flexibilização) da Coisa Julgada

Quando se fala em relativização da coisa julgada a doutrina está se referindo a modificação de uma sentença transitada em julgado, por intermédio de uma das formas atípicas abordadas no tópico anterior (a exemplo do mandado de segurança ou de uma ação declaratória de inexistência).

A doutrina brasileira vem pendendo a favor da relativização da coisa julgada em casos onde existe, de forma clara, uma injustiça ou um erro gritante no julgamento. É o caso da sentença já transitada em julgado e proferida com

base em lei que veio posteriormente a ser declarada inconstitucional, já tendo decorrido o prazo para interposição da ação rescisória.

Outro exemplo onde a doutrina vem defendendo a relativização da coisa julgada diz respeito ao objeto de estudo do presente trabalho, que é: a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. Trata-se de hipótese excepcional, adotada algumas vezes pelos Tribunais brasileiros, onde admite-se a modificação de uma sentença acobertada pela coisa julgada material – com prazo da rescisória já transcorrido – por intermédio de uma ação autônoma. Referida ação autônoma é baseada no pedido de realização do exame de DNA, o qual não foi realizado na primitiva ação por ser uma técnica não disponível à época da propositura desta ação originária. Muitas vezes o exame é realizado antes mesmo da propositura da segunda ação (que visa desconstituir a primitiva ação) e demonstra que a sentença acobertada pelo manto da coisa julgada está equivocada.

3 – Estudo de Casos Decididos no Superior Tribunal de Justiça (STJ)

3.1 Considerações Propedêuticas

O presente capítulo traz à baila comentários acerca dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

A coleta dos dados baseou-se na busca virtual no endereço eletrônico do STJ ²²⁵, onde foi possível visualizar o inteiro teor dos acórdãos proferidos por referida corte.

No sistema de buscas do site constam 15 (quinze) casos envolvendo o tema “coisa julgada em matéria de paternidade examinada”. Passa-se nos próximos tópicos ao estudo de cada um desses julgamentos, com o objetivo de descrever o atual posicionamento do STJ, como também de observar as semelhanças e diferenças entre os casos estudados, para observar as modificações de posicionamento do Tribunal.

3.2 Caso 1 (Resp nº 107.248) – Julgado em 7 de maio de 1998

O primeiro caso trata-se da “ação ordinária declaratória de paternidade fundada no exame de DNA” onde o autor fora declarado pai em uma ação anteriormente julgada e posteriormente descobriu, com o uso do exame de DNA, que não era o pai biológico da parte ré. Contudo, já havia transcorrido o prazo para interposição da ação rescisória.

Referida ação foi julgada inicialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), onde o juiz de primeiro grau proferiu sentença determinando que deveria prevalecer a verdade trazida pelo exame de DNA, que demonstrava que o requerente não era o pai biológico da requerida, devendo, portanto, a prova técnica (DNA) se sobrepor a sentença (proferida em processo anterior) para, assim, desconsiderar-se a coisa julgada.

²²⁵ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Em grau de recurso os Desembargadores do TJGO mantiveram a sentença do juiz de primeiro grau.

Em referido caso o que se percebeu é que o autor se valeu de uma nova ação para desconstituir a coisa julgada de forma atípica, uma vez que já havia transcorrido o prazo da ação rescisória.

Inconformado com a quebra da coisa julgada, o Ministério Público do Estado de Goiás ingressou com o recurso especial (resp.107.248) junto ao STJ, alegando que diante da estabilidade trazida pela coisa julgada material não se pode desconstituir o vínculo de parentesco estabelecido em ação de investigação de paternidade anterior.

Os Ministros do STJ ao decidirem a questão, no dia 07.05.1998, votaram, de forma unânime, pelo conhecimento do recurso especial e com base no artigo 267, inciso V do Código de Processo Civil, extinguiram o processo sem julgamento do mérito. Veja-se a ementa do acórdão:

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, até 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. (grifo nosso).

Analisando-se o acórdão e a sua ementa é fácil perceber uma preocupação dos ministros do STJ em garantir a manutenção da coisa julgada, ao argumento principal de que com isso estar-se-ia garantindo a estabilidade e a segurança jurídica para as partes e também para toda a sociedade. Tal fato é facilmente percebido ao ler-se as expressões destacadas na ementa, quais

sejam: (a “a anti a on i n ia so ia”; e (b) “não haveria como vencer o caos social que se instalaria”.

3.3 Caso 2 (Resp nº 196.966) – Julgado em 7 de dezembro de 1999

O segundo caso se desenvolveu no Distrito Federal. O autor ajuizou a “ação anulatória do título” contra seus dois irmãos (nos quais estavam representados por sua mãe).

Os fatos revelam que em primitiva ação, já transitada em julgado há mais de dois anos, foi reconhecida a paternidade do então autor da ação anulatória, nesta ação primitiva não foi realizado o exame de DNA por negativa do pai, sob a alegação de que não podia custear a metade do valor do exame. Após o decurso do prazo da ação rescisória ingressou com a ação anulatória, alegando que agora disporia de condições de arcar com o valor total do exame.

O juiz de primeira instância extinguiu a ação em virtude da coisa julgada. Então, o autor apelou para o TJDF, onde conseguiu reverter a situação e quebrar a coisa julgada, para que pudesse realizar nova instrução probatória e desta feita, realizar o exame de DNA.

Inconformado com tal situação o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ingressou com Recurso Especial junto ao STJ, que decidiu a questão no dia 07.12.1999. Por unanimidade os ministros do STJ julgaram procedente o recurso do Ministério Público e mantiveram a coisa julgada.

No voto do ministro relator (Ruy Rosado de Aguiar) se extrai que ele optou por manter a coisa julgada porque o autor se recusou a realizar o exame de DNA por malícia, para dificultar a obtenção da certeza sobre a paternidade e que somente após o prazo da rescisória é que quis realizar nova instrução probatória, por mera suposição, já que não tinha certeza do que revelaria um possível exame.

Interessante ressaltar, no voto do ministro, uma tendência de aceitação da relativização da coisa julgada em outras hipóteses diversas do caso em estudo, veja-se trecho do voto:

Diferente seria a minha conclusão se, em vez da evidente malícia no comportamento da parte, ficasse claro que a paternidade, embora reconhecida na sentença, não correspondia à realidade, isso

demonstrado em exame com grau absoluto de certeza. A regra da coisa julgada, válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que se extrai do exame de DNA, pois a ninguém interessa – nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade – que o registro seja a negação da realidade²²⁶.

Analisando-se o voto verifica-se uma tendência, no entendimento do ministro, de que em sentenças proferidas antes da possibilidade de realização do exame de DNA pudesse ser relativizada a coisa julgada, na hipótese da prova técnica (exame de DNA) superveniente vir a desmentir a verdade trazida pelo julgado.

3.4 Caso 3 (Resp. 226.436) – Um Divisor de Águas – Julgado em 28 de junho de 2001

O terceiro caso, primeiro onde o STJ relativizou a coisa julgada, é originário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Neste caso, uma primeira ação de investigação de paternidade foi intentada no ano de 1985, tendo sido afastada a paternidade por ter-se concluído que seria temerário o reconhecimento da paternidade, dada a ausência de provas concretas para embasar a pretensão do autor.

Veja-se trecho do acórdão do TJPR que julgou improcedente a primeira ação intentada em 1985:

(1) Por mais liberal que possa ser o julgador, para que procedente seja a declaração de paternidade, não só as relações sexuais devem ser coincidentes com a concepção mas também exige-se prova de honestidade da mulher neste período.

(2) Se a prova testemunhal e o depoimento pessoal da mãe do investigando levam à conclusão de que o seu comportamento sexual era promíscuo, mantendo relações inclusive na caserna da Polícia Militar, a improcedência da ação de investigação era a melhor solução para o conflito de interesses.

(3) Se é lamentável não se poder dar à criança a figura de um pai, mais grave ainda é impingir-se a paternidade a quem não gerou tal filho.

Apelação provida para julgar improcedente a investigatória de

²²⁶ Trecho do voto do ministro relator Ruy Rosado Aguiar, no Resp nº 196.966, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

paternidade.²²⁷ (grifo nosso)

Esta foi a última decisão proferida na primitiva ação (de 1985), visto que a parte não ingressou com recurso contra o acórdão prolatado pelo TJPR. O que se pode visualizar é que como só havia prova testemunhal, os desembargadores preferiram não declarar a paternidade, por considerarem tal atitude temerária.

No ano de 1997 foi novamente intentada outra ação, junto ao TJPR, onde o filho (autor) afirmou que na época da primeira ação (1985) não era possível a utilização do exame de DNA, requerendo, desta feita, a realização dessa prova, objetivando dar solução definitiva à controvérsia.

O réu (pai) alegou em sede de preliminar a coisa julgada (art. 301, VI), contudo, o juiz de primeira instância afastou a preliminar, uma vez que entendeu que não ocorreu coisa julgada material no caso, veja-se trecho da sentença:

Com efeito, improcede a preliminar arguida pelo contestante. A coisa julgada é instituto constitucional que visa dar segurança e certeza às relações jurídicas, conseqüentemente, aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social.

Acontece, no caso, que a sentença a que se agarra o contestante não contém certeza capaz de dar segurança às relações jurídicas que as levam a litigar e conseqüentemente não há como se falar em coisa julgada material.

Verifica-se do v. acórdão n. 7376, da 1ª Câm. Cível do TJPR (cópia às fls.15/22), que a ação de investigação de paternidade intentada pelo autor em meados de 1.985, foi julgada improcedente porque a prova reunida era insuficiente para se afirmar a paternidade imputada pelo requerido.

Em outras palavras, o v. acórdão em nenhum momento concluiu categoricamente que o requerido não fosse o pai biológico do autor.

A decisão é meramente técnica, de cunho processual, face a regra do artigo 333, do CPC, porquanto, naquele processo, o autor não conseguiu se desincumbir do ônus da prova. Ou seja, não produziu prova bastante para permitir que se declarasse o requerido seu pai biológico. Ainda, também não ficou decidido que o requerido não fosse o pai do autor²²⁸. (grifo nosso)

Inconformado com a sentença *supra* o réu (pai) interpôs agravo junto ao Tribunal de Justiça do Paraná, que modificou a sentença sob o argumento de

²²⁷ Dados contidos no acórdão do STJ que julgou o Resp. 226.436, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²²⁸ *Ibidem*

que havia identidade nas ações ajuizadas e que na primeira houve julgamento de mérito, concluindo, assim, pela existência de coisa julgada. Os Desembargadores do TJPR afirmaram, também, que a pretensão de que fosse produzida nova prova não autorizaria a reabertura de outra ação.

Inconformado com referido acórdão do TJPR o agravado (filho) recorreu ao STJ, por intermédio do Recurso Especial (protocolado sob o nº 226.436). Ao analisar o caso o STJ proferiu decisão inédita, admitindo a possibilidade de tramitação da segunda ação, para realizar o exame de DNA e acabar com qualquer dúvida existente.

Para embasar tal possibilidade, de tramitação da nova ação, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira defendeu em seu voto que inexistiu real análise do mérito na primitiva ação (julgada no ano de 1985), podendo, portanto, ser reaberta a discussão, pela não ocorrência da coisa julgada material, veja-se trecho do voto:

(...) tenho que, no caso, dadas as suas peculiaridades, a melhor solução é aquela adotada pelo Juízo de primeiro grau.

A uma, porque na primeira ação de investigação de paternidade não foi expressamente excluída a paternidade do recorrido. Ao contrário, restou registrado que não havia indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa.

Com efeito, no caso, diante da precariedade da prova, não houve certeza jurídica, na primitiva ação de investigação, a respeito da exclusão da paternidade imputada ao investigado, tendo a decisão se limitado a afirmar que a prova era insuficiente e que a melhor solução seria a improcedência do pedido. Em outras palavras, **inexiste, na hipótese, real decisão de mérito** excluindo a paternidade do investigante.²²⁹ (grifo nosso)

ut o a u nto uti i ado o inist o ato oi u “quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito”.²³⁰ O terceiro argumento trazido pelo Ministro foi qu “todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, portanto, em

²²⁹ Voto do ministro relator, contido na página 07 do acórdão que julgou o Resp. 226.436, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²³⁰ Voto do ministro relator, contido na página 09 do acórdão que julgou o Resp. 226.436, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*²³¹

Pautado nestas posições o Relator conheceu o recurso interposto pelo filho, dando-lhe provimento para restabelecer a decisão agravada (proferida pelo juiz de 1ª instância), a qual afastou a preliminar de coisa julgada e determinou a realização do exame pelo DNA.

Os outros Ministros que participaram do julgamento (datado de 28.06.2001) acompanharam o Relator, por unanimidade, e restabeleceu-se a sentença de 1º grau que determinou a realização do exame de DNA.

3.5 Caso 4 (Resp. 432.108) – Julgado em 19 de novembro de 2002

O quarto caso foi iniciado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Trata-se do caso onde os autos atinos inssa a o u a “a o anu at ia d s nt n a d ist o d nas i nto” em face de sua neta (parte ré), objetivando anular anterior sentença (já transitada em julgado) onde a ré foi reconhecida como filha do então réu da ação primitiva e, por conseguinte, neta dos autores.

O juiz de primeira instância extinguiu o processo sem julgamento de mérito, em grau de recurso (apelação) os Desembargadores do TJMG mantiveram a sentença de primeiro grau, porque entenderam ser juridicamente impossível o pedido. Veja-se a ementa do referido acórdão:

EMENTA: ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. Pretensão deduzida pelos avós paternos indicados no registro, com fundamento em erro judiciário. Paternidade reconhecida em sentença proferida em ação investigatória movida contra o filho dos recorrentes, alcançada pela 'res judicata'. **Pedido juridicamente impossível**, desde que visa desconstituir estado de filiação declarada em sentença que transitou em julgado. Apelação improvida." (grifo nosso)²³²

²³¹ Ibidem

²³² Dado contido na página 3 do acórdão do STJ que julgou o Resp. 432.108, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Inconformados com a decisão do TJMG os autores recorreram aos Ministros do STJ que, ao analisar o recurso especial nº 432.108, decidiram (em 19.11.2002), por unanimidade, negar conhecimento do recurso e manter a decisão do TJMG.

Do voto do Ministro Relator Castro Filho verifica-se como sendo um de seus argumentos centrais o fato de que os avós paternos não foram litisconsortes necessários, na investigatória de paternidade, por sinal, nem invocaram essa condição, sendo simples terceiros, produzindo a sentença, destarte, coisa julgada em relação a eles, em atendimento ao disposto no artigo 472 do CPC.

Apesar do STJ já ter anteriormente se posicionado favoravelmente a relativização da coisa julgada, no presente caso, talvez em virtude da condição de menor da parte ré, preferiram os Ministros priorizarem regras processuais (art. 472 do CPC), com objetivo de não flexibilizar a coisa julgada, fato que seria contrário aos interesses da menor.

3.6 Caso 5 (Resp 460.302) – Julgado em 28 de outubro de 2003

O quinto caso conferido foi propedeuticamente julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). O caso é de uma ação negatória de paternidade proposta por K. H e seus filhos contra L. H. H., menor impúbere, representada por sua mãe M. J. D.J. M.

O pedido da ação foi no sentido de declarar que o réu não é filho biológico de L. H., falecido, marido e pai dos autores, bem como determinar a exclusão da certidão de nascimento do nome ali constante como pai, dos avós paternos e apelidos de família.

Todavia, a parte autora já houvera interposto ação de anulação de assento de nascimento, ao fundamento de impossibilidade de manifestação da vontade do pai no ato de reconhecimento da paternidade, eis que acometido de doença mental (artigo 145, I, do Código Civil), não obtendo êxito e já tendo referida ação primitiva transitado em julgado.

Alegou a parte ré na ação negatória de paternidade a ocorrência da coisa julgada, em virtude da primitiva ação de anulação de assento de

nascimento. Contudo, entendeu o juiz de primeiro grau que as ações eram distintas, não cabendo a exceção de coisa julgada.

Inconformada a parte ré (menor) recorreu ao TJPR, mas não logrou êxito, uma vez que os Desembargadores entenderam que “as ações em questão possuem objetivos diversos, portanto o trânsito em julgado de uma não obsta a propositura da outra”.

Sem aceitar a decisão do TJPR a parte ré suplicou ao STJ pela revisão da questão, valendo-se do recurso especial em apreço, todavia, no STJ o recurso não foi conhecido, por aplicação do enunciado n.º 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que preconiza: “inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento súmulo”.

Neste caso foi feita a flexibilização da coisa julgada de forma torta, visto que só ocorreu a relativização em virtude das decisões proferidas pelo TJPR, visto que o recurso não foi conhecido no STJ. Neste caso a parte prejudicada era menor.

3.7 Caso 6 (Resp. 287.530) – Julgado em 08 de junho de 2004

O sexto caso é diverso dos apresentados até agora, uma vez que o pai reconheceu espontaneamente o filho, porém depois ingressou com ação negatória de paternidade cumulada com pedido de anulação de assento de nascimento, sob a alegação de que em 1986 reconheceu o réu como seu filho, mas que tal reconhecimento não corresponde à realidade, pois à época, ainda imaturo, foi compelido por seus pais a praticar o referido ato.

O caso foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), onde o juiz de primeiro grau deferiu a realização do exame de DNA, contudo, a parte ré (filho), sem intenção de realizar o exame, interpôs agravo de instrumento junto ao TJSP, que, por unanimidade, deu provimento para anular a decisão impugnada na parte em que determinou a efetivação da prova pericial.

Sem poder realizar o exame de DNA, em virtude da decisão do TJSP, o juiz de primeiro grau entendeu que a recusa do réu em submeter-se à prova técnica fez presumir ser verdadeira a alegação do autor (pai), desta forma,

julgou procedente a ação para o fim de declarar nulo o assento de nascimento do réu.

O réu apelou e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade de votos, houve por bem converter o julgamento em diligência a fim de realizar-se o exame do DNA. Posteriormente o réu ingressou com dois embargos de declaração que foram rejeitados.

Inconformado, o réu recorreu ao STJ, com o Recurso Especial em estudo, alegando que o TJSP ao julgar o agravo de instrumento negou a realização do exame, tendo operado a coisa julgada, desta maneira, não seria possível o próprio TJSP tentar converter o julgamento em diligência para realizar o exame de DNA.

Ao proferir seu voto, o Ministro Relator Barros Monteiro alegou que não há falar na espécie em preclusão ou coisa julgada, dado que, em conformidade com o entendimento do STJ, “*os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*”.

Então, o Relator votou pelo não conhecimento do recurso especial e foi acompanhado por todos os ministros que participaram do julgamento.

Percebe-se que referido caso é diverso dos demais, uma vez que só ocorreu a propositura de uma única ação, tendo a alegação de coisa julgada sido requerida por uma aparente incoerência do TJSP, que primeiro recusou a realização do exame de DNA e posteriormente converteu o julgamento em diligência para realização da prova pericial.

3.8 Caso 7 (Resp. 435102) – Julgado em 20 de setembro de 2005 – Retrocesso no Entendimento dos Ministros do STJ?

O sétimo caso analisado teve tramitação originária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMJ). Neste caso a parte autora (mãe e netos) ingressou com uma ação declaratória de nulidade de assento de registro de nascimento, alegando que após o falecimento do sogro da primeira autora e avô dos demais, o réu pediu o reconhecimento de paternidade e obteve, sendo declarado filho do sogro da primeira autora e avô dos demais, havido fora do

casamento. A ação primitiva (que declarou a paternidade) já havia transitado em julgado.

Pautada em tais fatos, a juíza de primeira instância extinguiu a segunda ação (ação declaratória de nulidade de assento de registro de nascimento), sem julgamento de mérito, com apoio no art. 267, V, in fine, do Código de Processo Civil. Para a Juíza existe coisa julgada relativa ao reconhecimento da paternidade, impedindo que seja revista a condição de filho nela obtida.

Os autores inconformados recorreram ao TJMG, contudo, os Desembargadores entenderam que a sentença que extinguiu a ação sem julgar o mérito devia ser mantida.

Então, diante da negativa do TJMG, recorreram os autores ao STJ, por intermédio do Recurso Especial à epígrafe. Entretanto, apesar das semelhanças do caso com o antigo Resp. 226.436 (julgado em 28 de junho de 2001 – tópico 3.4 *supra*), o relator optou por não conhecer do recurso, em seu voto merecedor do seguinte entendimento: “para que seja o registro declarado nulo, se feito em decorrência de decisão judicial, primeiro há de ser feita a desconstituição do julgado, o que, no caso, não ocorreu”.

Prosseguindo no seu voto o Ministro faz menção ao Resp nº 107.248 (analisado no tópico 3.2 *supra*), do qual também foi o relator, veja-se:

Ademais, na minha compreensão, embora respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial venha procurando tornar relativa a coisa julgada em se tratando de ações de estado, no caso, o certo é que se está afirmada a paternidade com base nas provas então disponíveis, não é possível pretender a anulação do registro que daí decorre. Já decidiu esta Terceira Turma que 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. E, 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 averia como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 203 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o fim julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 203.”*²³³

²³³ Acórdão que julgou o Resp. 435102, trecho do voto do Ministro Relator. Pg. 05 e 06, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Analisando-se os trechos do voto do Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, é perceptível que pelo seu entendimento só seria possível ser relativizada a coisa julgada com uma ação que anulasse primeiramente a sentença primitiva (onde ficou reconhecida a paternidade).

Outra questão que merece destaque é que o Ministro Relator já era contrário a relativização da coisa julgada, fato notório quando o mesmo citou trecho do Resp. 107.248, também de sua relatoria.

Os demais Ministros que participaram do julgamento acompanharam o relator e não conheceram do recurso.

Diante das semelhanças de tal caso com o Resp. 226.436 (julgado em 28 de junho de 2001 – tópico 3.4 *supra*), primeiro julgamento do STJ que relativizou a coisa julgada, é possível afirmar que houve, sim, um retrocesso, uma vez que retornou-se ao primitivo estado onde não era aceita a tese da relativização da coisa julgada.

Todavia, é de ser destacado que o fato da relativização da coisa julgada não ter sido aceita, neste julgamento, pelo STJ acabou beneficiando o filho.

3.9 Caso 8 (Resp. 826.698) – Julgado em 06 de maio de 2008

O oitavo caso estudado é proveniente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS). Aqui a tese da relativização da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade, foi adotada desde a sentença de primeiro grau até o pronunciamento final do STJ

O caso é de uma filha que ingressou com ação de investigação de paternidade em época em que não era acessível o exame de DNA. A ação foi julgada improcedente diante da precariedade dos meios de provas. Após o trânsito em julgado e já decorrido o prazo de rescisória a filha ingressou com nova ação, requerendo a realização do exame para comprovar a paternidade. Todavia, o réu (pai) recusou-se a realizar o exame, alegou a ocorrência da coisa julgada, mas acabou sendo declarado pai em virtude da recusa em submeter-se ao exame.

Inconformado, o réu apelou para o TJMS, todavia, o Tribunal manteve a decisão, adotando a teoria da relativização da coisa julgada, veja-se:

O fato de já ter sido ajuizada ação anterior com objetivo de ser reconhecida a paternidade da autora e o direito ao recebimento de pensão alimentícia, isso não significa que a questão não possa mais ser analisada. Se a coisa julgada é inconstitucional, porque fere o direito da personalidade, a matéria pode ser reapreciada diante da possibilidade de realização do teste de DNA, cujo exame não era possível quando a primeira ação foi ajuizada.²³⁴

Diante desta decisão, que confirmou a sentença de primeira instância, o pai ingressou com o Recurso Especial em epígrafe, todavia, os Ministros do STJ, por unanimidade, não conheceram do recurso.

Importante destacar trecho do voto da Ministra Relatora Nancy Andri ghi, também favorável a relativização da coisa julgada, veja-se:

Este Tribunal tem entendido que "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."²³⁵

Aspecto curioso é que no presente caso a relativização foi garantida na instância inferior (TJMS), visto que o recurso não foi conhecido no STJ. Outro dado a ser destacado é que a relativização da coisa julgada por via torta (garantida na instância inferior) acabou beneficiando o interesse da filha.

3.10 Caso 9 (Resp. 884.730) – Julgado em 13 de maio de 2008

O caso em tela traz um julgamento eminentemente processual por parte do STJ, contudo, foi mantida sua inserção nesta obra em virtude de tratar-se de tema de relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade, como também, pela situação inusitada de terem sido intentadas três ações discutindo a paternidade.

²³⁴ Trecho do acórdão do TJMS citado na página 04 do acórdão do STJ que julgou o Resp. 826.698, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²³⁵ Trecho do voto da Ministra Relatora do acórdão do STJ que julgou o Resp. 826.698. P. 10, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Todavia, repise-se que o STJ fez apenas um julgamento processual, não servido o caso em epígrafe para confirmar ou negar qualquer tendência favorável ou desfavorável a relativização da coisa julgada, por parte dos Ministros do STJ.

A primeira ação foi intentada em 1970, sendo o pedido julgado procedente e posteriormente reformado em sede de apelação, sob o argumento de inexistência de prova convincente quer de concubinato, quer de relações sexuais entre a mãe do investigante e o investigado.

A segunda ação investigatória foi ajuizada em 1982, cuja decisão em agravo de instrumento reconheceu a existência de coisa julgada.

Posteriormente, uma terceira ação foi intentada, tendo a sentença de primeiro grau extinguido o processo, sem resolução do mérito, por acolhimento da alegação de coisa julgada, com fundamento no art. 267, inc. V, do CPC.

Inconformado com a derrota em primeiro grau, o autor (filho) recorreu para o TJRS, que conferiu provimento, por maioria, ao recurso de apelação interposto pelo recorrente, para desconstituir a sentença, determinando o prosseguimento do processo, com realização do exame pericial pelo método DNA.

A parte ré (sucessor e filho do suposto pai investigado) opôs embargos infringentes perante o TJRS. Os Desembargadores, do TJRS, modificaram o entendimento (que tiveram ao julgar o recurso de apelação) e consideraram que havia ocorrido o trânsito em julgado, sendo descabida a terceira ação para colher novas provas.

O Autor recorreu ao STJ, por intermédio do recurso especial em estudo, alegando matéria eminentemente processual, qual seja: "não tendo a sentença decidido o mérito da ação, acolhendo preliminar e extinguindo o feito, jamais poderia ter sido oposto embargos infringentes do acórdão que a reformou em apelação"

O STJ enfrentou a questão processual e por unanimidade deu provimento ao recurso especial, determinando a anulação do acórdão em embargos infringentes, restabelecendo o proferido em apelação para que se prossiga no julgamento do processo nos moldes do devido processo legal.

Como visto, tratou-se de uma decisão eminentemente processual, mas que acabou por garantir o trâmite de terceira ação proposta, garantindo de

o a “to ta” a ati i a o da oisa u ada. Também é importante destacar que o filho saiu beneficiado com a relativização da coisa julgada.

3.11 Caso 10 (Resp. 706.987) – Julgado em 14 de maio de 2008 – Discordância do Resp. 226.436? Retrocesso no posicionamento do STJ?

O décimo caso estudado revelou um grande debate por parte dos Ministros do STJ, tendo sido solucionado pelo voto de desempate do Ministro que presidiu o julgamento (Aldir Passarinho Junior), conforme determina o regimento interno do STJ.

O caso em análise é oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), onde P. V. C. A. e P. J. C. A. (Irmãos Gêmeos) ajuizaram ação de investigação de paternidade contra V. P. de C, no ano de 1969. A ação foi julgada improcedente com base em prova testemunhal e científica produzida por perito especializado, com a realização de exames de sangue, sistemas Kell, ABO, MN e Rh.

No laudo afirmou-se categoricamente que o autor P. J. C. A. não poderia ser filho do recorrente. Com relação ao autor P. V. A. o perito sustentou que não existia prova para se excluir a paternidade. Entretanto, afirmou o juiz que os autores são gêmeos univitelinos e se o réu não é pai de P. J. C. A não poderia sê-lo de P. V. A

Transitada em julgado a sentença e transcorrido o prazo de rescisória, os réus intentaram novamente ação de investigação de paternidade, no ano de 2004, só que, desta feita, requerendo a realização do exame de DNA.

O juiz de primeira instância, em decisão interlocutória, rejeitou a argüição de coisa julgada e determinou a realização do exame de DNA. Inconformado, o réu ingressou com agravo de instrumento junto ao TJSP, que negou provimento ao agravo.

O réu insatisfeito recorreu ao STJ por intermédio do Recurso Especial em epígrafe.

O Ministro relator citou o caso do Resp. 226.436 (primeiro caso a relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade), todavia, o relator considerou que os casos são diversos, visto que no Resp. 226.436 a improcedência foi dada por falta de provas, já no caso do Resp. 706.987 a

declaração de improcedência não se assentou em falta de provas. Pelo contrário, o Tribunal, examinando as provas, declarou a impossibilidade de o réu ser o pai dos autores.

Convencido de tais fatos o relator deu provimento ao recurso especial para julgar extinta, sem exame de mérito, a ação de investigação de paternidade (Art. 267, V, CPC). Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, e Carlos Alberto Menezes Direito.

Os Ministros Jorge Scartezzini, Nancy Andrichi, Castro Filho e Massami Uyeda divergiram do relator e a votação ficou empatada (4x4).

Veja-se trecho do voto do Ministro Jorge Scartezzine, onde ele afirma que não se pode tratar o Resp. 706.987 de forma diversa do Resp. 226.436, dada as semelhanças entre os dois casos:

Ora, *in casu*, mesmo não contestando que a coisa julgada material não admite desconsideração, pura e simplesmente, representando, em princípio, ante a segurança dos atos jurisdicionais, óbice ao reexame de matéria julgada por sentença transitada em julgado, tenho que, de início, não discrepam as situações *sub judice* e aquela objeto do REsp nº 226.436/PR (Rel. Min. [\[REDACTED\]](#), DJU 04.02.2002), ambas demandando análoga solução. Com efeito, em tal precedente, a improcedência da primeira investigatória repousa na *insuficiência de provas tanto a declaração, como a exclusão da paternidade*; *in casu*, lastreada na *receptio plurium concubentium*, a sentença prolatada na primeira demanda concluiu pela impossibilidade de asserção da paternidade dada a *insuficiência da prova testemunhal* e, de outro prisma, quanto à *prova pericial hematológica (sistema ABO)*, em sendo *gêmeos os autores*, conquanto tenha reputado afastada a filiação no tocante a um deles, frisou, quanto ao outro, que, *segundo se deduz do laudo de fls. não se excluiu a paternidade e também não há como afirmá-la* (fls. 78).

Daí que, não constatada a suficiência cabal da contraprova produzida, *in casu*, na primeira lide investigatória, impende aplicar-se conclusão idêntica à verificada quando do uníssono julgamento do REsp nº 226.436/PR, no sentido da *ineficiência de real decisão meritória* (...). (grifo nosso)

Então, para o ministro Jorge Scartezzine tanto no caso do Resp. 226.436 quanto caso do Resp. 706.987 não houve suficiência cabal das provas produzidas, não tendo em ambos os casos sido formada a coisa julgada material. Motivo pelo qual ele negou provimento ao Recurso Especial 706.987.

²³⁶ Trecho do voto do Ministro Ministro Jorge Scartezzine, no acórdão que julgou o Resp. 706.987, P. 20 e 21, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

A ministra Nancy Andrighi também votou pela relativização da coisa julgada, veja-se trecho de seu voto:

Por conseguinte, o direito de descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade) e o de ter averbado o *patronímico* do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantida da coisa julgada. Nessas condições, mesmo quando existir coisa julgada a respeito do reconhecimento da paternidade, é possível reabrir tal discussão, diante dos avanços da ciência na área da pesquisa genética e do aumento da certeza dos métodos de determinação da paternidade biológica, porque há uma colisão entre o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI) e o princípio essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), que deve prevalecer sempre. Entendimento contrário seria francamente inconstitucional, em face da prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana²³⁷

A ministra Nancy Andrighi, como visto acima, preferiu trazer à discussão o conflito entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana, independente de ter havido ou não coisa julgada. Devendo para ela o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecer sempre. Por essas razões também negou provimento ao Recurso Especial 706.987.

Conforme já salientado acima, os ministros Filho e Massami Uyeda, também divergiram do relator, negando provimento ao Resp. 706.987, ficando a votação empatada em quatro votos negando o provimento ao Recurso (e defendendo a relativização) e quatro votos, incluindo o do relator, dando provimento ao recurso (e não admitindo a relativização).

O voto de desempate foi dado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, que presidiu o julgamento, votando pelo provimento ao recurso (contrário a relativização), veja trecho do seu voto:

É certo que podem haver falhas. A prestação jurisdicional não está a tanto infensa. Mas o que se pretende não é a correção de uma falha, é a rediscussão de um direito que já foi apreciado e afastado, como tantos outros casos em que isso ocorreu, ao longo de todo o período em que não se fazia o exame de DNA. O essencial é que tenha havido a prestação jurisdicional regular, que é um direito inalienável do cidadão. E isso aconteceu.

²³⁷ Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no acórdão que julgou o Resp. 706.987. P. 29, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Não pode haver uma eterna pendência. Como ressaltaram os doutos Ministros que acolheram o recurso especial, a adotar-se o contrário, a cada nova técnica, nova descoberta científica, ter-se-á de rever tudo o que já restou decidido, com reflexos amplos sobre pessoas que há muito seguiram suas vidas – investigadores, investigado, descendentes, parentes, cônjuges, etc – considerando uma ordem jurídica estabilizada pela coisa julgada, garantida pela Constituição da República e leis do país.²³⁸ (grifo nosso)

Do posicionamento do Ministro se vê uma clara preferência pela segurança, mesmo que possam haver falhas no julgamento, sendo importante apenas a prestação jurisdicional regular.

Analisando-se o recurso especial em estudo, percebe-se uma clara divisão nos posicionamentos dos Ministros do STJ, contudo, parece que a negativa da relativização, no presente caso, é sim um retrocesso no posicionamento do STJ, uma vez que o caso é bastante semelhante ao Resp. 226.436, conforme brilhantemente expuseram em seus votos o Ministro Jorge Scartezzini e a Ministra Nancy Andrichi.

3.12 Caso 11 (Resp. 960.805) – Julgado no dia 17 de fevereiro de 2009

O décimo primeiro caso foi oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nele foram ajuizadas três ações, sendo a primeira ação de investigação de paternidade ajuizada em setembro de 1991, sendo julgada improcedente por insuficiência de provas (mesmo hipótese em que abriu-se o precedente no resp. 226.436, possibilitando-se a relativização). Outras duas ações foram propostas contra o mesmo investigado nos anos de 1999 e 2002, nelas houve o expresse reconhecimento da coisa julgada.

Chegando o caso ao STJ, por intermédio do Recurso Especial nº 960.805, o Ministro Relator Aldir Passarinho Júnior (que já havia se posicionado contrariamente a relativização da coisa julgada, desempatando o caso trazido no tópico 3.10 acima, Resp. 706.987), votou pelo não conhecimento do recurso em razão de haver questão constitucional envolvida, sendo a competência exclusiva do Superior Tribunal Federal.

²³⁸ Trecho do voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior, no acórdão que julgou o Resp. 706.987. P. 45, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Contudo, apenas de forma argumentativa, fez menção ao seu voto no Resp. 706.987 (analisado no tópico acima), para reafirmar sua posição contrária a relativização. Os demais ministros que participaram do julgamento acompanharam o relator, veja a ementa do acórdão:

CIVIL. NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. DNA. CONFRONTO. PREVALÊNCIA.

I. Refoge a esta Corte a reforma de acórdão fundamentado exclusivamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

II. Consolidada a coisa julgada definitiva, incabível o ajuizamento de nova ação investigatória de paternidade sob a justificativa do advento de nova técnica de apuração, caso do exame DNA.

III. Jurisprudência pacificada no âmbito do STJ (REsp n. 706.987-SP, Rel. paraacórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJe de 10.10.2008).

IV. Recurso especial não conhecido.²³⁹

Interessante deixar registrado, desde o presente momento, que no caso em tela o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas de forma idêntica ao que aconteceu no Resp. 226.436. Contudo, tal fato não foi apreciado no julgamento, visto que os Ministros não conheceram do recurso.

3.13 Caso 12 (Ag.Rg. no Resp. 646.140) – Julgado em 03 de setembro de 2009

O décimo segundo caso estudado é originário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, os dados fornecidos pelo acórdão do STJ não possibilitam uma análise do caso nas instâncias inferiores.

O recurso especial interposto junto ao STJ foi desprovido, veja-se a ementa do Resp. 646.140:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. EXAME DE DNA. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 83/STJ.

1. É inviável a reforma de decisão acobertada pelo manto da coisa julgada, ainda que tenha sido proferida com base em tecnologia já superada.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83 do STJ.

3. Recurso especial desprovido²⁴⁰

²³⁹ Ementa do acórdão que julgou o Resp. 960.805. P. 1, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Inconformada com o julgamento do recurso especial a parte ingressou com o agravo regimental, objeto de estudo do presente tópico. Veja-se trecho do voto do ministro relator João Otávio de Noronha, onde claramente ele se posiciona contra a teoria da relativização da coisa julgada:

A irresignação não merece prosperar, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

A Segunda Seção desta Corte já analisou a matéria e concluiu pela inafastabilidade da coisa julgada em caso de ação de investigação de paternidade. Entendeu que deve prevalecer o interesse público na segurança jurídica em detrimento do particular.²⁴¹

Amparado por tais fundamentos o relator negou provimento ao agravo regimental. Os demais ministros que participaram do julgamento votaram com o relator.

Veja-se a ementa do julgamento:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. EXAME DE DNA. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 83/STJ.

1. É inviável a reforma de decisão acobertada pelo manto da coisa julgada, ainda que tenha sido proferida com base em tecnologia já superada.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental desprovido²⁴².

Analisando-se o julgamento em tela percebe-se uma clara modificação no entendimento dos ministros do STJ, os quais já vinham em alguns julgados adotando a não flexibilização da coisa julgada, mesmo que uma prova técnica

²⁴⁰ Dados contidos no acórdão que julgou o Ag.Rg. no Resp. 646.140, P.02. disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²⁴¹ Trecho do voto do Ministro relator ao julgar, contido no acórdão que julgou o Ag.Rg. no Resp. 646.140, P.03, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²⁴² Ementa do acórdão que julgou o AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 646.140, P. 01, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

que transmite 99,99% de certeza (DNA) contrarie a verdade estabelecida pela decisão.

3.14 Caso 13 (AgRg no Resp. Nº 363.558) – Julgado em 04 de fevereiro de 2010

O décimo terceiro caso estudado é proveniente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), contudo, os dados fornecidos pelo acórdão do STJ não possibilitam uma análise do caso nas instâncias inferiores.

No STJ o relator negou seguimento ao Recurso Especial nº 363.558. O Ministério Público Federal interpôs o presente Agravo Regimental pleiteando a reforma da decisão recorrida, por ter dado prevalência à coisa julgada em detrimento do valor da dignidade da pessoa humana.

Afirmou o Parquet Federal que não pode prevalecer a verdade fictícia, formada em processo anterior de investigação de paternidade e passível de infirmação decorrente de prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.

Mais uma vez os Ministros do STJ, que participaram do julgamento, se posicionaram contrariamente a relativização da coisa julgada, alegando que deve prevalecer a segurança jurídica, veja-se a ementa do julgamento unânime:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AFASTADA A PATERNIDADE. COISA JULGADA. ADVENTO DO EXAME DE DNA. PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE RENOVAR A INVESTIGAÇÃO. PRIMADO DOS CÂNONES DA CERTEZA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Encontra-se sedimentado neste STJ o entendimento no sentido da impossibilidade de se renovar a investigação de paternidade em virtude do advento do exame de DNA, afastando a coisa julgada formada em processo anterior, onde não foi reconhecida a alegada paternidade.

2. As razões do agravo regimental não infirmam os fundamentos da decisão agravada.

3. Agravo regimental não provido²⁴³.

²⁴³ Ementa do acórdão que julgou o AgRg no Recurso Especial 363.558, P.01, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Interessante notar no caso à epígrafe a defesa pelo Ministério Público da teoria da Relativização da coisa julgada, matéria que deixou de ser seguida pelos Ministros do STJ.

3.15 Caso 14 (AgRg no Resp. Nº 895.545) – Julgado dia 18 de maio de 2010

O décimo quarto caso estudado é proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Em meados da década de 1990, J.A.L.P, à época representado por sua genitora, Z.J. L., ajuizou ação investigatória de paternidade c/c pedido de alimentos contra J. B. P.

Referida ação foi julgada procedente, com base em provas documentais e testemunhais, nos seguintes termos: (..) *através dos depoimentos, inclusive do investigado, todos convergindo para o mesmo sentido, restou provado que o autor é filho do suplicado.* (..) Esta decisão transitou em julgado após o pai ter ingressado com recurso sem ter obtido sucesso.

Tempos depois, precisamente no dia 5 de agosto de 2004, J.B.P. (pai) ajuizou *ação negatória de paternidade* contra J.A.L.P, requerendo a produção de exame pericial de DNA.

O juiz de primeira instância julgou procedente a segunda ação, sob o fundamento de os dois exames periciais de DNA realizados - durante a instrução - constataram não possuir o autor relação de parentesco com o réu, determinando, ainda, a cessação do pagamento dos alimentos e a retificação do registro civil do demandado, salientando, ademais, que as ações de estado, conforme jurisprudência recente, não são atingidas pelo trânsito em julgado, prevalecendo a verdade real.

Levada a questão ao TJMG a sentença foi reformada, veja-se o acórdão daquele tribunal:

ACÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - DIREITO INDIVIDUAL ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - SEGURANÇA JURÍDICA - ART. 267 DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. A coisa julgada é direito individual assegurado constitucionalmente, o qual visa a resguardar e garantir a própria segurança jurídica, característica do

Estado Democrático de Direito, não se podendo reproduzir ação já decidida por sentença da qual não caiba mais recurso²⁴⁴

Inconformado, o pai pediu alteração de referido acórdão do TJMG ao STJ, por intermédio do Resp. 895.545. Entretanto, os Ministros do STJ negaram seguimento ao recurso com base na jurisprudência da Corte, consignando que a relativização da coisa julgada é admitida quando a ação originária foi julgada improcedente por falta de provas, o que não se encaixava na hipótese do presente caso.

Em outra tentativa de modificar a situação o pai se valeu do agravo regimental, objeto de estudo do presente caso. Todavia, mais uma vez, o STJ negou o pedido do pai, veja-se a ementa do julgado, que foi unânime:

PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO.

I - Já decidiu a Segunda Seção desta Corte que, visando à segurança jurídica, deve ser preservada a coisa julgada nas hipóteses de ajuizamento de nova ação reclamando a utilização de meios modernos de prova (DNA) para apuração da paternidade (Resp 706.987/SP).

II - Agravo Regimental improvido.²⁴⁵

Interessante deixar assinalado que quando da negativa de seguimento do recurso especial a corte afirmou que “a relativização da coisa julgada é admitida quando a ação originária foi julgada improcedente por falta de provas, o que não se encaixa no presente caso”.

Todavia, ao julgar o caso tratado no item 3.12 (Caso 11 (Resp. 960.805) – Julgado no dia 17 de fevereiro de 2009), que tratava de situação onde a improcedência decorria de falta de provas, o STJ negou a relativização da coisa julgada.

²⁴⁴ Dado contido no acórdão do STJ que julgou o AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 895.545. P. 02, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²⁴⁵ Idem, P. 01.

3.16 Caso 15 (AgRg no Resp. Nº 899.981) – Julgado dia 24 de agosto de 2010

O último caso disponibilizado pelo STJ é referente a um agravo regimental no recurso especial nº 899.981. O processo originário é proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Os dados contidos no acórdão do STJ não são suficientes para que seja feito um histórico completo do caso, por isso essa última análise será mais sintética.

Trata o caso do modelo clássico das ações de investigação de paternidade, onde a parte requer após o prazo da ação rescisória a realização de nova instrução probatória em virtude da evolução tecnológica (surgimento do exame de DNA).

Pelos dados contidos no acórdão pode-se perceber que a sentença de primeiro grau foi contrária a tese de relativização da coisa julgada, mas o acórdão dos desembargadores do TJMG foi favorável a flexibilização.

Chegou o caso ao STJ por intermédio do Resp. 899.981, ao qual foi dado provimento parcial para restabelecer a sentença de primeiro grau. Após isso houve a interposição do Agravo Regimental em epígrafe, que foi assim ementado:

Agravo regimental. Recurso especial. Processo civil e direito de família. Investigação de paternidade. Improcedência de demanda anterior. Coisa julgada. Superveniência de novos meios de prova. Irrelevância. Prevalência da segurança jurídica. Recurso desprovido.

1. O julgamento do recurso especial conforme o art. 557, § 1º-A, do CPC não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, se observados os requisitos recursais de admissibilidade, os enunciados de Súmulas e a jurisprudência dominante do STJ.
2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais.
3. A Segunda Seção deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de que deve ser preservada a coisa julgada nas hipóteses de ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, ainda que se postule pela utilização de meios mais modernos de prova, como o exame de DNA, haja vista a preponderância, nesses casos, da segurança jurídica.
4. Agravo regimental a que se nega provimento²⁴⁶.

²⁴⁶ Ementa do acórdão que julgou o AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 899.981, P. 01, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Analisando-se o último julgado (que foi dado com unanimidade de votos) é possível afirmar que houve a consolidação do entendimento, no Superior Tribunal de Justiça, de que deve prevalecer a segurança jurídica trazida pela coisa julgada, nos casos de ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, ainda que se postule pela utilização de meios mais modernos de prova, como o exame de DNA.

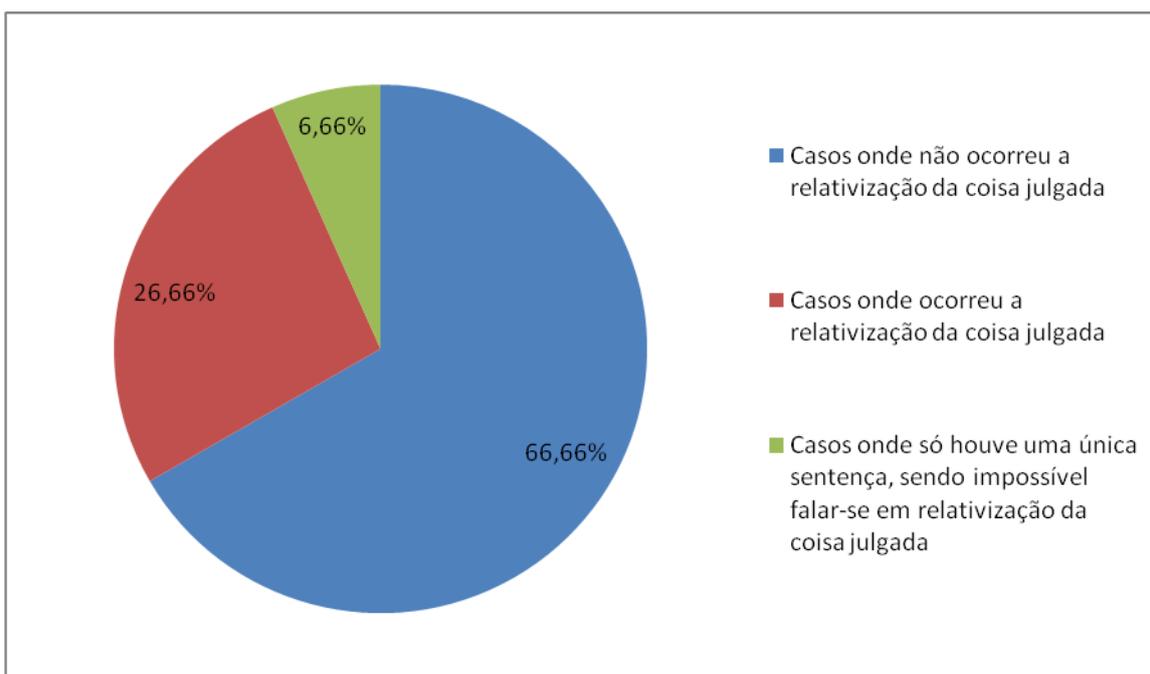
3.17 Análise Percentual dos Julgados

Após o estudo de todos os julgados do STJ em matéria de relativização da coisa julgada, descrito nos itens acima, faz-se imprescindível fornecer dados estatísticos para que se possa ter uma visão global e ao mesmo tempo sintética do que foi exposto.

Seguem os gráficos:

3.17.1 Gráfico 1

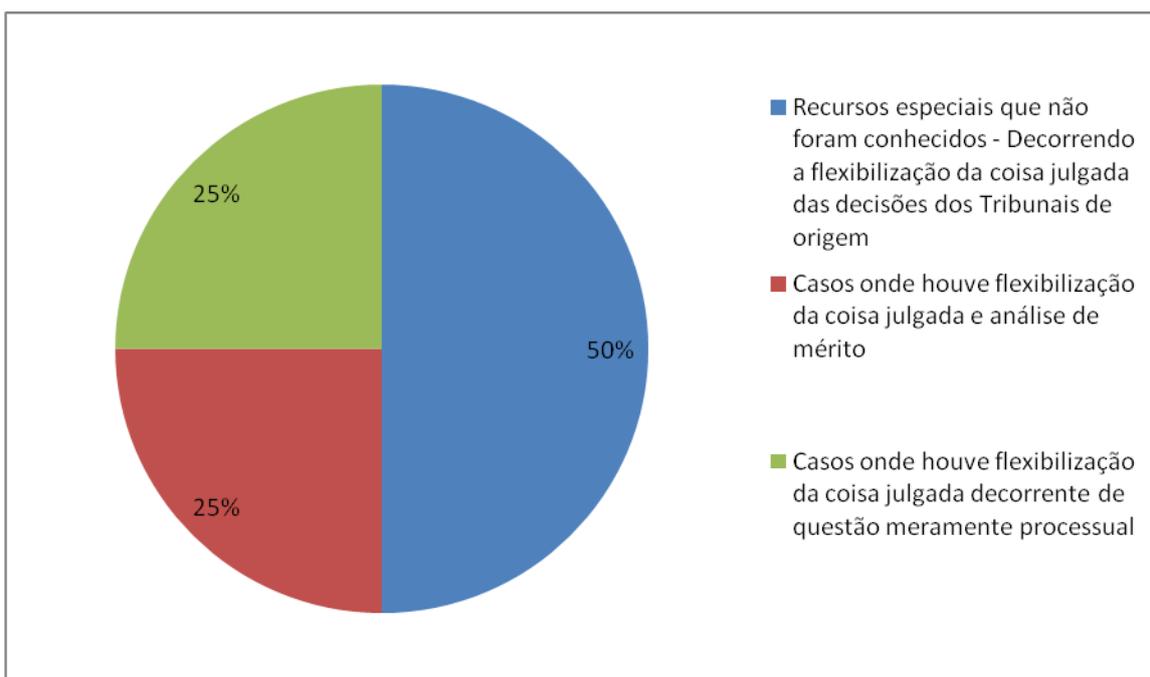
O primeiro gráfico revela o panorama geral obtido a partir do estudo de 100% (cem por cento) dos casos. Veja-se:



Analisando-se os dados percebe-se que em 66,66% (sessenta e seis vírgula sessenta e seis por cento) dos casos não foi relativizada a coisa julgada. A tese da flexibilização da coisa julgada foi garantida em apenas 26,66% (vinte e seis vírgula sessenta e seis por cento). Outro dado obtido foi que em 6,66% (seis vírgula sessenta e seis por cento) dos casos só existiu uma única ação, não sendo possível falar-se em relativização da coisa julgada, uma vez que nestes casos a paternidade foi reconhecida espontaneamente.

3.17.2 Gráfico 2

O segundo gráfico leva em consideração os casos onde foi flexibilizada a coisa julgada, que ocorreu em 26,66% do total de casos, conforme visto no gráfico anterior. Analisando-se apenas esses casos verifica-se que:



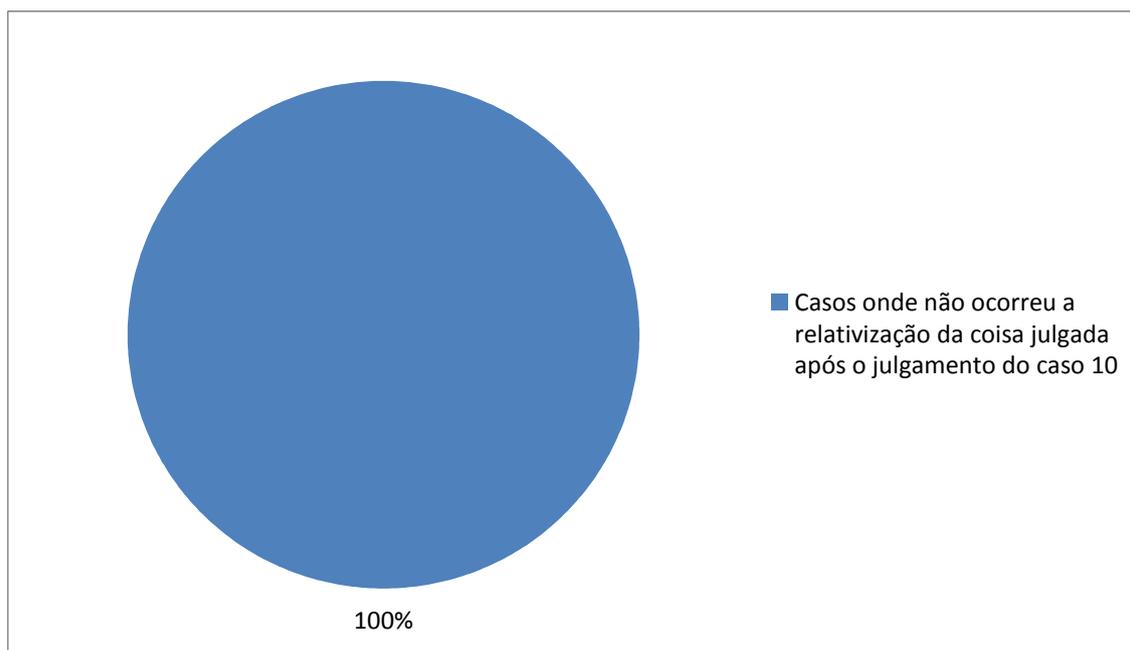
Os números revelam que na metade dos casos (50%) a relativização da coisa julgada decorreu do que já houvera sido decidido nos Tribunais de origem onde tramitaram os processos, uma vez que nesses casos o STJ não conheceu dos recursos. Foram os casos do Resp. 460.302 (caso 5, analisado no item 3.6 acima) e Resp. 826.698 (caso 8, visto no tópico 3.9 *supra*).

Em 25% (vinte e cinco por cento) dos casos a relativização decorreu de um julgamento meramente processual por parte dos Ministros do STJ. Foi o caso do Resp. 884.730 (caso 9, analisado no item 3.10 *supra*).

Em apenas 25% (vinte e cinco por cento) dos casos é que a relativização decorreu de uma análise de mérito. Foi o caso do Resp. 226.436 (caso 3, analisado no item 3.4 *supra*).

3.17.3 Gráfico 3

O terceiro gráfico revela que após o julgamento apertado do Resp. 706.987 (caso 10, detalhado no tópico 3.11 acima) ocorreu a uniformização na jurisprudência do STJ. Deste modo, passou a ser decidido que deve ser mantida a segurança jurídica advinda da coisa julgada, mesmo que em detrimento da verdade trazida pelo exame de DNA. Observe-se o gráfico:



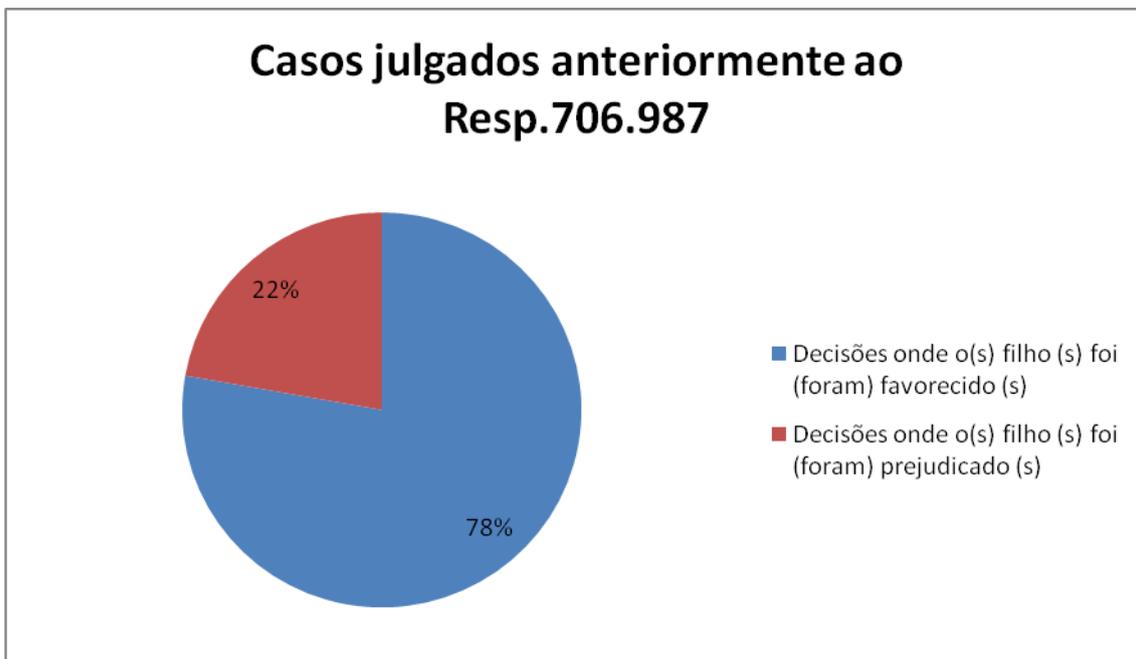
3.17.4 Gráficos 4 e 5

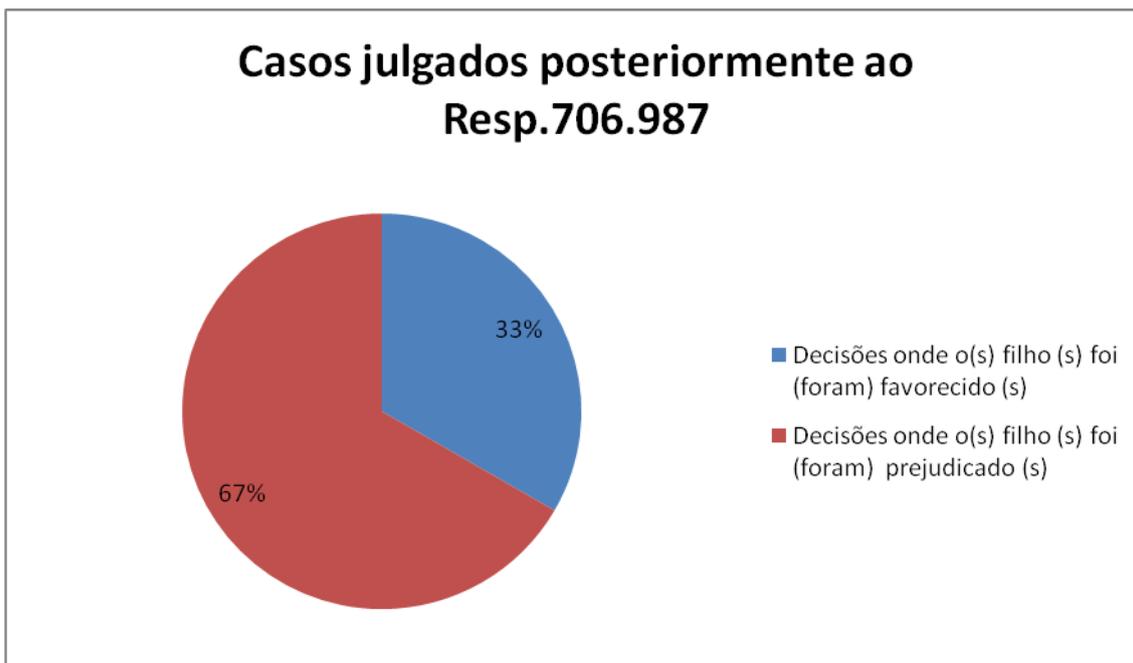
Os gráficos 4 e 5 revelam que, com o julgamento apertado do Resp. 706.987 (caso 10, detalhado no tópico 3.11 *supra*, que uniformizou a jurisprudência), ocorreu uma inversão no que tange ao número de decisões que beneficiaram os filhos (seja por terem relativizado ou por terem mantido a coisa julgada).

Antes do julgamento do Resp. 706.987, parecia haver uma tendência, por parte dos Ministros do STJ de proteção aos interesses dos filhos, só sendo relativizada a coisa julgada, na maioria dos casos, na hipótese da quebra da coisa julgada não resultar em prejuízo para os filhos.

Importante deixar consignado u s d a a “t nd n ia” isto que esta proteção aos filhos nunca foi abordada e afirmada de maneira explícita pelos Ministros ao proferirem seus votos.

Veja-se os gráficos que confirmam aludida tendência na proteção dos filhos:





Analisando-se os julgados é possível, realmente, constatar que, antes de ocorrer o julgamento do Resp. 706.987, havia uma tendência por parte dos Ministros do STJ em relativizarem ou não a coisa julgada a depender do fato da decisão beneficiar o filho (que na maioria dos casos eram menores).

Todavia, com a uniformização da jurisprudência – com o julgamento do Resp. 706.987 – os Ministros passaram sempre a não flexibilizar a coisa julgada, independente de tal decisão ser ou não contrária aos interesses do filho. O que se percebe é que as decisões passaram a levar em consideração mais aspectos processuais, tudo isto sedimentado no entendimento de que a coisa julgada não pode ser relativizada.

3.18 Síntese dos dados

Após o estudo de casos e análise dos percentuais trazidos à baila, no presente capítulo, verifica-se que a tese da relativização da coisa julgada ganhou impulso a partir de 28 de junho de 2001 com o julgamento do Resp. 226.436.

Os argumento centrais utilizados para justificar a relativização da coisa julgada foram: (a) que nas sentenças onde não havia indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, não seria formada a

coisa julgada material; (b) quando existir coisa julgada a respeito do reconhecimento da paternidade, é possível reabrir tal discussão, diante dos avanços da ciência na área da pesquisa genética e do aumento da certeza dos métodos de determinação da paternidade biológica, porque há uma colisão entre o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI) e o princípio essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), que deve prevalecer sempre.

O estudo de tais argumentos será melhor analisado no próximo capítulo, contudo, registra-se, desde o presente momento, que parece mais correto que mesmo nas sentenças onde julgou-se pela improcedência do pedido, em virtude da insuficiência de provas, ocorre a coisa julgada material, é que, conforme visto no segundo capítulo, a coisa julgada material ocorre quando a decisão for de mérito e dela não couber mais recurso.

Assim, é fácil perceber que mesmo a sentença decidindo pela improcedência do pedido em virtude da insuficiência das provas, realiza-se uma decisão de mérito, pois o pedido foi julgado improcedente, ou seja, o juiz decidiu sobre as questões fundamentais que constituem o principal objeto da lide.

Considerações à parte, é de ser constatado que hoje é dominante no STJ o entendimento de que deve prevalecer a segurança jurídica e a imutabilidade da decisão, trazida pela coisa julgada material, em detrimento da verdade real (considerada aquela trazida pela prova técnica, DNA, que garante 99,99% de certeza sobre a verdadeira paternidade).

Também deve-se atentar para o fato de que após o julgamento apertado do Resp. 706.987 (caso 10, detalhado no tópico 3.11 acima) ocorreu a uniformização na jurisprudência do STJ, não se tendo após referido julgamento nenhuma decisão favorável à teoria da relativização da coisa julgada, ocorrendo até a situação de casos semelhantes ao Resp. 226.436 (caso 3, primeiro caso de relativização admitido pelo STJ) terem sido decididos de forma diversa (vedando-se a flexibilização da coisa julgada).

Outra constatação realizada foi que, antes da uniformização da jurisprudência, existia a tendência por parte dos ministros do STJ de protegerem os interesses do(s) filho(s), seja relativizando ou não a coisa julgada. Todavia, quando foi uniformizada a jurisprudência (com o julgamento

do Resp. 706.987) passou-se a adotar sempre a teoria da não flexibilização da coisa julgada, independente de tal fato ser favorável ou prejudicial aos interesses do(s) filho(s).

4 – Argumentos Centrais na Relativização da Coisa Julgada: Segurança x Justiça

4.1 Considerações Propedêuticas

Após a busca realizada nos capítulos antecessores (dados históricos, atuais e as decisões do STJ sobre a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade), chega o momento de trazer os argumentos centrais existentes na doutrina, como também na jurisprudência, que são contra e a favor da teoria da flexibilização da coisa julgada.

Realizado este último passo será possível ao leitor formar suas próprias conclusões, independente do posicionamento final que será dado no final do trabalho.

4.2 Argumentos Contrários à Relativização da Coisa Julgada

Existem vários argumentos contrários à teoria da relativização da coisa julgada. Referidos argumentos, em sua grande maioria (senão totalidade), acabam sempre afluindo para a questão da segurança jurídica. Veja-se alguns destes argumentos:

4.2.1 Caos Social Pelo Regresso ao Infinito

Um dos argumentos centrais utilizados por aqueles que são contrários à teoria da flexibilização da coisa julgada é que o caos social se instalaria, em virtude da possibilidade de se regressar ao infinito, eternizando-se, por conseguinte, os conflitos.

Percebe-se a utilização deste tipo de argumento tanto nas decisões proferidas por nossos tribunais (conforme traçado no terceiro capítulo), quanto nas obras de alguns de nossos ilustres processualistas, veja-se:

Uma primeira dificuldade que se coloca diante desse tipo de reflexão é a de que sempre será uma decisão judicial que decidirá que a coisa julgada viola a Constituição. E muitas vezes fica mesmo difícil evitar o

regresso ao infinito, por meio de perquirições como esta: a decisão que decide pela inconstitucionalidade da coisa julgada não será, também ela (ou somente ela), uma decisão inconstitucional, que redundará numa coisa julgada inconstitucional, e assim sucessivamente?²⁴⁷ (grifo nosso)

Todavia, argumentos como este não merecem prosperar, visto que a possibilidade de se eternizarem os conflitos é aparente – pelo menos em matéria de investigação de paternidade. Explique-se: no estudo de casos constataram-se algumas ações repetidas por três vezes. Todavia, as ações estavam sempre requerendo a realização do exame de DNA (não realizado na ação primitiva), deste modo, caso fosse aberta a possibilidade de realização do exame a matéria estaria encerrada, não sendo mais possível a reabertura da discussão, em virtude do esgotamento dos meios de prova disponíveis.

Então, uma vez realizado o exame de DNA na nova ação, a verdade seria restabelecida, não sendo mais admitida a reabertura da discussão, salvo no caso de uma nova técnica vir a superar o exame de DNA, mostrando que o mesmo não é infalível (fato que no atual estágio das pesquisas médicas é pouquíssimo provável).

Evidentemente que as hipóteses de relativização devem ser restritas, a exemplo do caso das ações de paternidade, para que se evite que em qualquer tipo de demanda seja possibilitada a quebra da coisa julgada, isto sim, poderia gerar o problema do regresso ao infinito.

4.2.2 A Coisa Julgada é o Instrumento de Realização do Valor Segurança

Outro argumento utilizado pelos não-relativistas é que a coisa julgada é instrumento de realização do valor segurança. É, portanto, a coisa julgada um dos instrumentos mais eficazes de realização do valor segurança que o ordenamento prevê, com intuito de manter a ordem social.

Neste sentido, o jurista português Miguel Teixeira de Sousa:

²⁴⁷ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. P. 123.

O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanentes a qualquer ordem jurídica.²⁴⁸

o s o dia as o ad u itando assa d at s “ s porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser in a idadas to nadas in t is os indi duos ”²⁴⁹

De fato, a coisa julgada confere segurança jurídica e garante a boa convivência entre os integrantes de uma sociedade. Negar tal condição seria até um sacrilégio. Seria atentar contra a inteligência jurídica negar os grandes feitos da coisa julgada para nossa convivência pacífica.

Entretanto, existem casos que merecem ser excepcionados à regra da imutabilidade da decisão, uma vez que o contrário revelaria uma situação escabrosa, como o caso de um filho que sabe por intermédio de um exame de DNA quem é seu pai, mas não pode ter esta situação reconhecida pelo Estado, em virtude, única e exclusivamente, de uma regra processual (coisa julgada).

Garantir o reconhecimento (ou a negativa) da paternidade nesses casos, parece ser a solução mais acertada, visto que não mitigaria a importância da coisa julgada, apenas revelaria que toda regra comporta exceções e que talvez – para que o processo consiga dar aquilo que a parte tenha direito de conseguir segundo as regras substanciais, na clássica lição de Chiovenda²⁵⁰ – seja preciso criar-se exceções a regra geral da imutabilidade das decisões.

²⁴⁸ *Apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do; Dinarmarco, Cândido Rangel; Theodoro Júnior, Humberto; Delgado, José Augusto; e Faria, Juliana Cordeiro de. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. P. 137.

²⁴⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979. P. 184.

²⁵⁰ “o processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” – Giuseppe Chiovenda. **Instituições de Direito Processual Civil**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 46.

Em suma, não se nega a importância e a necessidade da coisa julgada, apenas se afirma que em certos casos pode haver exceção a regra, sem que tal fato implique em insegurança jurídica.

4.2.3 Alegação de que a Natureza Jurídica da Coisa Julgada é de Direito Fundamental

Os que não são adeptos da teoria da relativização da coisa julgada afirmam que a coisa julgada tem natureza de direito fundamental e, por conseguinte, seria uma cláusula pétrea de conformidade com o § 4º do artigo 60 da Constituição.

Gisele Fernandes Góes²⁵¹ afirma que “o fundamento da coisa julgada brasileira no art. 1º da CF/88 é o Estado Democrático de Direito e ele se manifesta na coisa julgada”. A ilustre processualista complementa seu posicionamento afirmando “a coisa julgada é uma das instituições do Estado Democrático de Direito e a garantia de sua aplicação”.

Mais uma vez, o que se vislumbra neste tipo de argumento é uma preocupação exacerbada com o valor da segurança. Todavia, grande parte dos processualistas brasileiros entendem que o texto constitucional trata “a situação concreta da decisão transitada em julgado contra a possibilidade de modificação dela”²⁵².

Então, a proteção constitucional ao instituto da coisa julgada residiria na proteção de situações, em que se operou a coisa julgada, em detrimento de uma lei superveniente. Não seria, portanto, uma proteção constitucional do instituto da coisa julgada em si.

Parece mais correto o posicionamento que considera ser processual a natureza jurídica da coisa julgada, porém não se pode negar sua importância como garantidora do Estado Democrático de Direito.

²⁵¹ In DIDIER Júnior, Fredie (org.) **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2006. P.14

²⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia Medina. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 171

Todavia, mesmo que se afirme ter a coisa julgada natureza constitucional, não se pode impedir a proteção de outros direitos fundamentais, em benefício da coisa julgada, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana (nos casos das ações de investigação de paternidade). Neste sentido, trazemos a colação o voto da ministra Nancy Andrighi ao julgar o o Resp. 706.987:

Por conseguinte, o direito de descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade) e o de ter averbado o *patronímico* do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantida da coisa julgada. Nessas condições, mesmo quando existir coisa julgada a respeito do reconhecimento da paternidade, é possível reabrir tal discussão, diante dos avanços da ciência na área da pesquisa genética e do aumento da certeza dos métodos de determinação da paternidade biológica, porque há uma colisão entre o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI) e o princípio essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), que deve prevalecer sempre. Entendimento contrário seria francamente inconstitucional, em face da prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana²⁵³

Então, percebe-se que mesmo que tivesse a coisa julgada natureza constitucional, quando ela estiver em conflito com outros direitos fundamentais, pode e deve ser suprimida.

Importante destacar, mais uma vez, que as hipóteses de relativização devem ser restritas a casos excepcionais, a exemplo das ações de investigação de paternidade realizadas antes do aparecimento do exame de DNA. Deste modo, estar-se-á preservando a coisa julgada e garantindo-se que o processo consiga dar aquilo que a parte tenha direito de conseguir segundo as regras substanciais, na clássica lição de Chiovenda²⁵⁴

Ademais, se qualquer caso de relativização da coisa julgada ofendesse a Constituição, não seria facultado na esfera do direito penal que a sentença condenatória após o trânsito em julgado pudesse ser revista, no caso de

²⁵³ Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no acórdão que julgou o Resp. 706.987. P. 29, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²⁵⁴ “o processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (Giuseppe Chiovenda. **Instituições de Direito Processual Civil**, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 46).

descoberta de provas novas da inocência do condenado ou de circunstâncias que determine ou autorize a diminuição da pena, conforme o art. 621, III do Código de Processo Penal.

É de conhecimento geral que as leis processuais penais – assim como as leis processuais civis – são hierarquicamente inferiores as normas da Constituição, mas nem por isso a doutrina processualística penal fala sobre inconstitucionalidade do artigo 621 do CPP, por alegação de ofensa a coisa julgada.

Então, se o processo penal comporta exceção a regra geral da coisa julgada sem padecer do vício da inconstitucionalidade, o processo civil também pode traçar regras de exceção a coisa julgada em casos excepcionais (a exemplo das ações de investigação de paternidade realizadas antes do aparecimento do exame de DNA).

Neste diapasão, Thereza Wambier (que é contrária a relativização da coisa julgada) afirma que:

Fala-se em proteção constitucional da coisa julgada. Mas é importante observar-se que a Constituição Federal protege da incidência de nova lei decisão que se tenha baseado em lei anterior e que, sob a égide desta, tenha transitado em julgado. Por isso é que se pode dizer a proteção à coisa julgada é uma das facetas do princípio da irretroatividade da lei.

Esta proteção não significa que a lei ordinária não possa alterar o regime da coisa julgada, como na ação popular, e mesmo estabelecer que, em determinadas hipóteses, como na ação de alimentos ou no processo cautelar, a coisa julgada não ocorre²⁵⁵.

Parece ser mais correto o entendimento da ilustre doutrinadora, deste modo, nesta obra advoga-se pela teoria de que a coisa julgada não possui natureza constitucional podendo, deste modo, sofrer restrições pela lei ordinária, porém mesmo que possuísse natureza constitucional, o conflito da coisa julgada com outros princípios constitucionais – a exemplo da dignidade da pessoa humana – permitiria a sua supressão em casos excepcionais.

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia Medina. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 171.

4.2.4 Alegação de que a Coisa Julgada Não Foi Relativizada Nem na Alemanha Nazista

Outro argumento traçado pelos não adeptos da relativização da coisa julgada é o de que nem nos regimes totalitários, a exemplo do nazismo, a coisa julgada era relativizada.

Rosa e Nelson Nery Júnior afirmam que:

Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão. Se o MP alemão dissesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) para que isso fosse reconhecido. A injustiça da sentença era, pois, uma das causas da sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista²⁵⁶

Estes argumentos reforçam a idéia de segurança, explica-se: para os defensores desta tese nem no nazismo a coisa julgada era relativizada, visto que só podia ser rescindida por uma via processual previamente traçada (ação rescisória).

Referidos argumentos não podem servir para a atual realidade brasileira, em matéria de ação de investigação de paternidade, a uma porque no nazismo não havia devido processo legal, existia sim uma simulação de devido processo legal, a duas porque o exame de DNA não deixa margem de erro sobre a verdadeira paternidade, visto que é uma prova técnica que confere 99,99% de certeza.

Ademais, na relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, ajuizadas antes do aparecimento do exame de DNA, não é tão subjetivo a valoração do critério de justiça, justamente pelo fato do exame de DNA não deixar dúvidas a respeito da verdadeira paternidade, pois o exame garante 99,99% de precisão técnica, então, se a decisão está errada não pode ser considerada justa.

²⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003.** 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.792.

4.2.5 Alegação de que o Exame de DNA Não Seria Infalível

Teresa Wambier, autora contrária a tese da relativização, utiliza entre suas alegações para não flexibilizar a coisa julgada o argumento de que o exame de DNA pode não ser infalível, veja-se:

(...) parece no mínimo duvidoso se poder dizer que não haverá maior avanço científico, a fim de se atribuir ainda maior exatidão para que o exame de DNA demonstre a existência de paternidade, ou, até mesmo, que no futuro se verifique que o aludido exame encerre falhas, ou que o seu grau de acerto não seja tão grande quanto o que lhe tem sido atribuído.

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 definitivos²⁵⁷.

Referido argumento – falibilidade do exame de DNA – traz em seu bojo preocupação com a temática da segurança, visto que se o exame não é tão preciso, quanto alega a ilustre processualista, não haveria motivo para se rever uma sentença acobertada pelo manto da coisa julgada, em virtude de prova técnica que poderia estar errada, gerando, deste modo, mais insegurança.

Apesar do enorme saber jurídico da ilustríssima processualista, não parece correto o seu posicionamento, visto que os geneticistas não iriam garantir que o exame de DNA possibilita o valor de 99,99% de certeza caso assim não fosse, prova disso é que no anterior exame de HLA nunca se cogitou sua infalibilidade.

Neste sentido, trazemos à colação os ensinamentos de Fernando Simas Filho, veja-se:

Desde 1972 que o sistema HLA vem sendo a melhor bateria para exclusões e determinações; utilizado parcialmente, isto é, com determinação dos haplótipos referentes aos *loci* A e B, confere uma probabilidade de exclusão *a priori*, da ordem de 86%; se, entretanto, forem utilizados os demais *loci* (C – D – DR). O índice de exclusão

²⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia Medina. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 189.

reflete 97%, ou, não sendo o investigado excluído, a PRP (probabilidade relativa de paternidade), será de 94%!²⁵⁸

Analisando-se a citação *supra* é fácil constatar que a medicina genética nunca garantiu a infalibilidade do exame de HLA, pelo fato deste tipo de exame só garantir uma probabilidade relativa de paternidade (PRP) de 94%. Todavia, com o advento do exame de DNA os geneticistas passaram a garantir que a certeza advinda do exame é de 99,99%.

Para elucidarmos a infalibilidade do exame de DNA, traremos à colação outro trecho da obra de Fernando Simas Filho, veja-se:

Com o advento do Exame de Determinação das Sequências de Aminoácidos Codificadas no DNA, os resultados dos exames feitos no sangue, passaram a ser considerados definitivos em termos de exclusão e determinação, afastando finalmente os percentuais...! Isto porque, é fato conhecido e estabelecido no âmbito científico, que a probabilidade de se encontrar duas pessoas com o segmento de DNA iguais (que não sejam gêmeos idênticos), **é de uma, para 10 trilhões!!!** O descobridor do exame, Sir Alec Jeffreys, afirma que a probabilidade de indivíduos que não são parentes, terem a mesma impressão genética de DNA, é de apenas uma para 5.000.000.000.000.000 (cinco quatrilhões), ou seja, praticamente zero!

(...)

Com o tempo, os homens se convencerão da exatidão dos resultados dos exames feitos no DNA e o processo investigatório de paternidade, mudará sensivelmente! A ação passará a denominar-se “a o d at nidad ” d ndo a onota o d “in sti a o”...! determinação da identidade biológica, chegará a patamares ideais, no sentido de que, toda criança ao nascer, ostente em sua certidão, o código de barras, indicativo de sua identidade natural! A certeza científica, ont i ui a a u “ dad a dad o a” sejam uma só, determinando ou excluindo at nidad s..!” (grifo nosso).

Descredenciar a infalibilidade do exame de DNA não é, portanto, a melhor solução para a problemática da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. A certeza conferida pelos exames de DNA é incontestável, competindo, aos juristas, simplesmente defender, em matéria de ações de filiação, qual a verdade que deve prevalecer, se a verdade

²⁵⁸ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 7.ed. Curitiba: Juruá, 1999. P. 169

formal trazida pela sentença transitada em julgado ou se a verdade real trazida pelo exame de DNA.

Parece ser mais justo e correto ficar com a verdade real trazida pelo exame de DNA, visto que a valoração do valor “justiça” não é o mesmo quanto seria em outros casos de relativização da coisa julgada, uma vez que se o exame de DNA fornece a verdade, não há como considerar justa uma sentença comprovadamente errada, por isso que a verdade real deve prevalecer, mesmo que em detrimento da verdade formal (trazida pela sentença).

Em suma, na relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, ajuizadas antes do aparecimento do exame de DNA, não é tão subjetivo a valoração do critério de justiça, justamente pelo fato do exame de DNA não deixar dúvidas a respeito da verdadeira paternidade, pois o exame garante 99,99% de precisão técnica, então, se a decisão está errada não pode ser considerada justa.

4.3 Argumentos Favoráveis à Relativização da Coisa Julgada

Existem vários argumentos favoráveis à teoria da relativização da coisa julgada. Referidos argumentos, em sua grande maioria (senão totalidade), apontam para a necessidade de se afastar a autoridade da “coisa julgada”, em contraponto com o tema de segurança. Veja-se alguns destes argumentos:

4.3.1 Alegação de que as Sentenças Sobre Filiação não Transitam em Julgado

Parte da doutrina brasileira afirma que nas ações de investigação de paternidade onde não foram esgotados todos os meios de prova, principalmente com a realização do exame de DNA, não ocorre o fenômeno da coisa julgada material.

Neste sentido, Rolf Madaleno:

Afigura-se indigesto impor a autoridade de coisa julgada numa sentença de ancestral declaração parental, quando tal decisão se ressentiu da adequada pesquisa científica dos marcadores genéticos

de DNA, olvidando-se de promover a prova material da real coincidência da concepção com o relacionamento sexual do indigitado pai²⁵⁹

Então, percebe-se que para os adeptos deste corrente só é possível a formação da coisa julgada material em caso de adequada e exauriente odu o d o a isto u “so nt a oisa u ada aterial nas ações de investigação e contestação de paternidade quando tiverem sido produzidas todas as provas, documental, testemunhal, pericial, notadamente o exame genético DNA e d oi nto ssoa”²⁶⁰

O STJ ao decidir pela flexibilização da coisa julgada também utilizou este argumento, veja-se o voto do Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira ao analisar o Resp. 226.436:

(...) tenho que, no caso, dadas as suas peculiaridades, a melhor solução é aquela adotada pelo Juízo de primeiro grau.

A uma, porque na primeira ação de investigação de paternidade não foi expressamente excluída a paternidade do recorrido. Ao contrário, restou registrado que não havia indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa.

Com efeito, no caso, diante da precariedade da prova, não houve certeza jurídica, na primitiva ação de investigação, a respeito da exclusão da paternidade imputada ao investigado, tendo a decisão se limitado a afirmar que a prova era insuficiente e que a melhor solução seria a improcedência do pedido. Em outras palavras, **inexiste, na hipótese, real decisão de mérito** excluindo a paternidade do investigante²⁶¹. (grifo nosso)

Para o Ministro a coisa julgada em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada “modus in rebus”²⁶².

²⁵⁹ MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade, in Leite, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio: Forense, 2000. P. 293.

²⁶⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família: questões controvertidas**. Porto Alegre: Síntese, 2000. P.75.

²⁶¹ Voto do ministro relator, contido na página 07 do acórdão que julgou o Resp. 226.436, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

²⁶² Idem, P.09

Este tipo de alegação revela a preocupação de nossos Tribunais e doutrinadores com a temática da segurança, explica-se: se não ocorre coisa julgada neste tipo de situação, não estaria sendo relativizada a coisa julgada de forma atípica, mantendo-a inatingível (exceto nos casos previstos em lei) e santificada.

Todavia, em que pese a sabedoria e consistência dos argumentos levantados, parece mais acertado que nestes casos (onde a ação foi julgada improcedente sem se afirmar ou negar a paternidade, ante a ausência de provas), ocorre sim a coisa julgada material.

Explique-se: foi visto no segundo capítulo que a coisa julgada material ocorre quando da decisão não couber mais recurso, restando ela imutável. Contudo, só se forma coisa julgada material quando a decisão for de mérito. Deste modo, atacada pela sentença o mérito da questão argüida na ação e não cabendo mais recurso da sentença ou acórdão restará formada a coisa julgada material; Ora, nos casos de investigação de paternidade a ação foi julgada improcedente, ou seja, analisou-se o mérito da ação e ante a precariedade da prova optou o julgador pela improcedência do pedido (hipótese diversa da extinção do processo sem julgamento do mérito), desta maneira, em não cabendo mais recurso foi formada a coisa julgada material.

Para que não ocorresse a coisa julgada material neste tipo de demanda era necessária previsão legal. Poderia, como pode, o legislador optar e determinar que caso o juiz conclua pela ausência de provas seja caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, ou caso de não trânsito material em julgado (fato que não daria situação de definitividade ao julgamento).

Neste diapasão:

O que poderia ocorrer – mas no caso não ocorre, ante a ausência de previsão legal – é que se regulasse tal espécie de ação de modo que a sentença fizesse coisa julgada *secundum eventum probationis*. Em tais casos, concluindo o juiz pela ausência de provas, o ordenamento pode optar, de duas, por uma das seguintes soluções: ou o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito, ou o objeto é decidido sem caráter de definitividade, nada impedindo que algum

dos interessados mova ação com base em nova prova, tal como ocorre em relação às ações coletivas (cf. art. 103 da Lei 8.078/90).²⁶³

Em suma, pode-se afirmar que, por falta de previsão legal, ocorre o trânsito em julgado material das ações de investigação de paternidade, onde o pedido foi julgado improcedente em razão da precariedade da prova.

Advoga-se, no presente trabalho, em favor da teoria da flexibilização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, todavia, a falta de previsão legal para o não trânsito em julgado destas ações, ante a não realização do exame de DNA, precisa ser superada, devendo tal regra ser explicitamente incluída em nosso Código de Processo Civil, visto que deixar esse tipo de solução a critério do Judiciário pode levar a soluções conflitantes, a exemplo do que ocorreu entre os Recursos Especiais 226.436 e 706.987 (matérias idênticas que tiveram tratamento diferenciado perante o Superior Tribunal de Justiça).

Dizer que não ocorreu o trânsito em julgado (nas ações de investigação de paternidade) é a solução mais cômoda, visto que o valor da segurança é mantido (ora, não está ocorrendo a quebra da coisa julgada, porque ela sequer foi formada) e ocorre a prevalência da verdade (visto que a sentença poderia ser reformada, em razão do exame de DNA).

Contudo, o estudo de casos já demonstrou que esta solução não é eficaz, justamente pelo acontecimento de julgamentos conflitantes, desta forma, é imprescindível uma alteração legislativa.

Ante a ausência legislativa, estão os brasileiros, em matéria de ações de investigação de paternidade, reféns da clássica afirmação dos juízes a vários anos “o trânsito em julgado nos casos de investigação de paternidade é a coisa julgada material”²⁶⁴

²⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia Medina. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 194.

²⁶⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. P. 34

4.3.2 Argumento de que a Verdade Real deve Prevaler sobre a Verdade Fictícia

Argumentam os relativistas que a idéia de que o direito processual civil se contenta com a verdade formal está ultrapassada. Para os relativistas o desenvolvimento do direito processual determina a busca pela verdade real, evitando-se injustiças.

Nesta linha de raciocínio importante se ter em mente três idéias: processo justo; instrumentalismo e efetividade. Neste sentido:

Instrumentalismo e efetividade são idéias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos da natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual²⁶⁵.

A prevalência da verdade real sobre a verdade ficta (estabelecida por uma sentença que o exame de DNA mostra equivocada) advém, justamente, desta função de instrumento do processo. É que o processo, como instrumento que é, não pode atuar em detrimento de um direito material, mas sim para reconhecê-lo e conferir ao seu titular o que lhe assiste obter.

O Superior Tribunal de Justiça também já adotou a tese da prevalência da verdade real sobre a verdade ficta, veja-se:

(...)na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.²⁶⁶

²⁶⁵ Theodoro Júnior, **Humberto. Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 20.

²⁶⁶ Trecho do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Filho ao relatar o Resp. 4987/RJ (publicado no DOU 28.10.01), disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Parece mais certo o referido posicionamento, visto que o processo é apenas um instrumento para a realização do direito material, sendo este seu objetivo principal (realização do direito material). Então, apesar da autonomia do direito processual, não parece razoável que este se sobreponha ao direito substancial, visto que tal fato pode implicar na supressão da verdade real.

Neste sentido:

Ao invés de fixar-se na excessiva independência outrora proclamada para o direito processual, a ciência atual empenha-se na aproximação do processo ao direito material. A técnica processual não pode continuar sendo vista como um fim em si ou um valor em si mesma. Sem embargo de sua autonomia em face dos diversos ramos do direito, a função reservada ao direito processual não vai além da instrumentalização das regras substanciais existentes no ordenamento jurídico, quando estas se deparam com a crise de sua inobservância *in concreto*.^{□□}

A prevalência da verdade real sobre a verdade ficta se origina na função de instrumento do processo, mas guarda relação, também, com a noção de justiça, visto que parece mais razoável (justo) que o direito material prevaleça em detrimento da regra processual.

Então, outra vez, percebe-se que o debate entre os argumentos contrários e a favor da relativização giram principalmente em torno do conflito entre segurança e justiça.

4.3.3 Alegação de que as Ações de Filiação Garantem (Promovem) a Dignidade da Pessoa Humana

a o d i n s t i a o d a t n i d a d a o d s t a d o o “ s t a d o ” d
alguém, é a posição jurídica determinada, donde decorrem certos direitos e obrigações). A legitimidade para interpor a ação é apenas do filho, portanto, trata-se de ação personalíssima²⁶⁸.

²⁶⁷ Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 20.

²⁶⁸ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 7.ed. Curitiba: Juruá, 1999. P. 37.

O artigo 27 da lei 8.069/90 dispõe que “o direito de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o decorrido”.

Importante deixar salientado, desde já, que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, todavia, não é imprescritível a ação de petição de herança.²⁶⁹

Na investigação de paternidade o filho requer ao Poder Judiciário que se declare o seu “*status familiae*”²⁷⁰, desta maneira, por ser ação de estado (por declarar o “*status familiae*”) é que se alega que a ação promove a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, outro argumento invocado pelos relativistas em defesa da prevalência do resultado do exame de DNA, mesmo que em detrimento de sentença acobertada pelo manto da coisa julgada material.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ascendido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, representa um valor a ser buscado em todas as relações jurídicas que se formem, atingindo, por via de consequência, aquelas relações derivadas do Direito de Família, a exemplo do casamento e da filiação.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi admitido pelo Novo Código Civil, sobretudo nas relações de família, devendo tais relações serem protegidas pelo Estado de modo que os membros de uma família tenham sempre sua dignidade preservada. Como exemplo de norma do Código Civil, que atende ao aludido princípio, tem-se a disposição relativa à filiação e à vedação de qualquer qualificação à mesma, como legítima, ilegítima, espúria ou incestuosa, a qual é amparada pelo disposto no art. 227, §6º da Constituição Federal.

Além disso, assegura o Estatuto Civil que todos os filhos têm direitos iguais, independentemente de resultantes do casamento ou não, ao contrário

²⁶⁹ Súmula 149 STF: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

²⁷⁰ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 7.ed. Curitiba: Juruá, 1999. P. 37.

da codificação anterior, que fazia distinções. Essa igualdade de direitos harmoniza-se com o princípio da proteção à dignidade humana.

Desta maneira, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, insculpida como motor de propulsão da ordem jurídica atual (art. 1.º, III, CF), impõe uma nova visão da filiação, visto que assegura a todos o direito de uma vida digna, iniciada, por evidente, pela inserção no ambiente familiar. Desta forma, não se pode admitir qualquer impedimento ou restrição aos direitos fundamentais do indivíduo e do núcleo familiar “*status familiae*” reconhecido, para que se alcance a dignidade da pessoa humana²⁷¹.

Neste diapasão, trazemos à baila trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, ao apreciar o Recurso Especial 706.987:

Por conseguinte, o direito de descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade) e o de ter averbado o *patronímico* do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantia da coisa julgada. Nessas condições, mesmo quando existir coisa julgada a respeito do reconhecimento da paternidade, é possível reabrir tal discussão, diante dos avanços da ciência na área da pesquisa genética e do aumento da certeza dos métodos de determinação da paternidade biológica, porque há uma colisão entre o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI) e o princípio essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), que deve prevalecer sempre. Entendimento contrário seria francamente inconstitucional, em face da prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana²⁷².

Percebe-se, então, que a tutela da dignidade da pessoa humana necessita de mecanismos eficientes, dentre eles o reconhecimento do amplo e irrestrito direito investigatório de paternidade, de forma eficaz, livre de qualquer amarra ou limite, possibilitando o atendimento da determinação constitucional.

O direito de investigar e descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade) e o de ter averbado o *patronímico* do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantia da coisa julgada, visto que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer.

²⁷¹ Cristiano Chaves de Farias, in DIDIER Júnior, Fredie (org.). **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico**. Salvador: JusPODIVM, 2006. P. 59.

²⁷² Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no acórdão que julgou o Resp. 706.987. P.29, disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

Portanto, a ação de investigação de paternidade, por promover a dignidade da pessoa humana, merece ser tida como absoluta, imprescritível, intransigível, plena e de interesse público.

Então, nada mais justo que as ações de investigação (e negação) de paternidade sejam submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar para atender as especificidades que o direito substancial impõe, até porque, conforme já salientado, o processo é apenas um instrumento para que se possa alcançar e concretizar o direito material correspondente.

A atual sistemática da coisa julgada não está funcionando de forma adequada para as ações de investigação de paternidade. Desta maneira, permitir que uma sentença que declara inverdade permaneça válida, simplesmente por uma regra processual, fruto de uma conveniência política, não parece ser a melhor solução.

Lembre-se que o exame de DNA pode desmentir uma sentença com 99,99% de confiabilidade e precisão, deste modo, não é um critério muito subjetivo valorar se a sentença (errada) foi ou não foi justa, porque aludida sentença está equivocada, referida sentença não alcançou a verdade real, é, portanto, injusta, merecendo ser modificada para que a verdade real apareça e tenha validade, apenas assim será garantida a dignidade da pessoa humana.

4.4 O Conflito: Segurança X Justiça

Viu-se, na abordagem dos tópicos acima (4.2 e 4.3), que a polêmica acerca da relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade acaba sempre afluindo para o conflito entre segurança e justiça. Os não relativistas argumentam que a segurança jurídica deve prevalecer em detrimento da justiça, do outro lado, os relativistas argumentam que o sentimento de justiça deve preponderar.

Todos os argumentos traçados nos tópicos anteriores, conforme já dito, sempre acabaram, ainda que indiretamente, levando a questão da relativização da coisa julgada para a seara do conflito entre segurança jurídica e justiça.

Referido conflito é claramente adotado pelos Ministros do STJ, tal fato pode ser visto nos votos proferidos pelos Ministros ao apreciarem assunto que envolva relativização da coisa julgada nas ações de filiação, desta forma, para

ilustrar o conflito traz-se à colação ementa de julgado do aludido Tribunal, veja-se:

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, até 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 está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido e provido.²⁷³ (grifo nosso).

Referida ementa, de julgado contrário a relativização da coisa julgada, traz claramente em seu bojo a questão da prevalência da segurança jurídica, com intuito de garantir a convivência social e evitar o caos social que ocorreria, em detrimento da quebra da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.

Em julgado posterior os Ministros do STJ modificaram seu entendimento, todavia, o conflito entre segurança e justiça continuou a ser invocado, veja-se:

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,

²⁷³ Ementa do Resp. nº 107.248 – Julgado em 7 de maio de 1998 (caso 1, abordado no terceiro capítulo desta obra). Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

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.²⁷⁴ (grifo nosso)

Desta feita, no julgado acima, que é favorável a relativização, é perceptível que a discussão continuou focada na mesma tecla, qual seja: segurança x justiça. Argumentaram os Ministros que a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade.

Imprescindível, diante da importância dada ao conflito, analisar-se a fundo o significado dos termos segurança e justiça, para que seja possível demonstrar que o conflito é apenas aparente.

4.4.1 Alcance da Segurança Jurídica

Alguns autores ao discorrerem sobre o alcance do termo segurança fazem um paralelo entre ela e o termo certeza, deste modo, trazemos à baila inicialmente as definições sobre certeza e segurança contidas no dicionário Aurélio, para que possamos ter uma visão semântica da questão, veja-se:

- (a) **Certeza:** (1) qualidade do que é certo. (2) Conhecimento exato. (3) Persuasão íntima; convicção. (4) Coisa certa. (5) Estabilidade, segurança.

²⁷⁴ Ementa do Resp. 226.436, julgado em 28 de junho de 2001 (caso 3, abordado no terceiro capítulo desta obra). Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 26 de novembro de 2010.

- (b) **Segurança:** (1) Ato ou efeito de segurar; (2) Certeza, firmeza, convicção; (3) Caução, garantia; seguro,²⁷⁵ (grifo nosso)

Analisando-se a citação supra é perceptível que em português os termos segurança e certeza são sinônimos, uma vez que na definição do termo “ t a” n ont a-s a a a “s u an a” o o sinônima, já na definição do o u o “s u an a” n ont a-s a a a “ t a” o o o s ond nt .

Todavia, na definição de um dicionário jurídico pode-se verificar uma maior diferenciação entre os termos, observe-se:

- (a) Certeza: Convicção que se tem de que algo ocorreu, de que deve ou não ser feito etc.
- (b) Segurança: Aquilo em que se pode confiar. Firmeza, proteção, garantia, estabilidade.²⁷⁶

Alguns de nossos doutrinadores por uma questão metodológica também buscam uma distinção entre os termos. Carlos Aurélio Mota de Souza²⁷⁷ é um deles, ele mostra que segurança seria o fato, o direito enquanto *factum* visível, concreto, que se vê. Compara o autor a segurança com uma pista de uma rodovia em que se transita, a qual dá firmeza ao caminhante, para que não se perca nem saia dos limites traçados pela autoridade competente. Vê-se que no conceito do autor a segurança é algo objetivo. No exemplo, a rodovia representa uma segurança jurídica, como fato material concreto. A segurança, no mundo jurídico, viria das leis firmes que o Estado promulga para o bem dos cidadãos e da sociedade.

Por sua vez, a certeza seria um valor, o que vale no direito, aquilo em que se pode confiar, porque tem validade. No exemplo da rodovia, a segurança (trazida pela rodovia sinalizada) dará ao motorista a certeza de que seguindo a

²⁷⁵ *Dicionário Aurélio Eletrônico*, Editora Nova Fronteira.

²⁷⁶ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário básico de direito**. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2006. P. 84 e 337.

²⁷⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996. P. 27 e seguintes.

sina i a o n o t o i o d a “o a in ant t t a uando on o a in o ois s ndo is ta is ”. -se ressaltar ainda que a certeza do direito é uma faculdade, pois pode ou não se concretizar o direito (o condutor pode não sair pela estrada, mas ela estará lá, com o motorista ou não)²⁷⁸.

No mesmo diapasão, o professor João Paulo Allain Teixeira²⁷⁹ relata que o esforço da teoria jurídica vai no sentido da crença na racionalidade objetiva do direito, para tanto, coloca-se o direito como sendo uma espécie de mecanismo estabilizador das expectativas da sociedade. Mostra o mesmo clareza ao distinguir os conceitos de segurança e certeza, afirmando que o direito atual depende da construção de um sistema de normas e regras que propicie segurança (sobre a existência de normas que tipifiquem as condutas) e certeza (por existirem mecanismos capazes de garantir indivíduos contra as eventualidades).

Afirma referido doutrinador que:

A segurança é representada pelo limite dentro do qual as relações jurídicas deverão se dar de modo socialmente suportável. Enfim, um horizonte de previsibilidade capaz de estabelecer de antemão as conseqüências dos atos jurídicos garantindo-se as expectativas ante desilusões que porventura aconteçam. Como anota Recaséns Siches, o direito não nasce na vida humana como forma de render homenagens à idéia de justiça, senão para garantir uma ineludível urgência de segurança e certeza na vida social.²⁸⁰

Percebe-se que segurança é algo objetivo, proveniente da imposição do direito pelo Estado por meio do poder legislativo. Já a certeza não se funda na simples existência das leis e sim no conhecimento delas (leis), a partir de uma atividade de valoração que o próprio indivíduo realiza da legislação.

O professor João Paulo afirma que fazendo-se um estudo etimológico dos vocábulos, percebe-se que a palavra certeza comporta dois significados

²⁷⁸ Ibidem

²⁷⁹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. P. 31 e seguintes.

²⁸⁰ Idem, P. 32

fundamentais, sendo um verificado no plano objetivo e o segundo no plano subjetivo, assim:

Objetivamente a certeza existe enquanto garantia racional que o conhecimento oferece de sua verdade em função de uma evidência. Subjetivamente, existe certeza quando nos apropriamos de uma verdade, de um tal modo que a crença em algo dispense qualquer meio de prova, constituindo mesmo uma fé.²⁸¹

Referida distinção, traçada pelo ilustre doutrinador, advém do estudo do latim, onde o termo *certitudo*, *certitudinis*²⁸², portanto, já se depreende que para o termo existem duas significações.

Tal dualidade foi mantida por outros idiomas, a exemplo da língua inglesa, que apresenta duas palavras para o termo *Certainty* e *certitude*. O espanhol também apresenta dois vocábulos para o termo certeza, ou seja, o *certeza* e o *certidumbre*.²⁸³

Existem, então, dois significados para a palavra certeza, quais sejam: (a) a garantia objetiva racional, que um conhecimento oferece de sua verdade; é o conhecimento pelo objeto, em que a garantia está ligada à segurança do objeto, no latim o termo *certitudo*, no inglês o termo *certainty*; (b) segurança subjetiva da verdade de um conhecimento; quando o conhecimento acontece em nós e nos apoderamos de uma verdade, adquirimos uma segurança subjetiva (corresponde no inglês ao termo *certitude* e no espanhol ao termo *certidumbre*, todavia no português não temos um correspondente)²⁸⁴.

Em suma, vê-se que a segurança é objetiva, visível, publicada, está nas leis. A certeza é a confiança em algo que a segurança projeta em cada um de nós: a Segurança externa nos dá a certeza interna. Todavia, deve-se perceber

²⁸¹ Idem, P. 34

²⁸² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996. P. 27.

²⁸³ Idem, P. 28.

²⁸⁴ Ibidem

que segurança e certeza são conceitos que não se contradizem, e sim são conceitos que se complementam, pois a certeza do cidadão não pode se opor à Segurança da ordem jurídica e vice-versa.²⁸⁵

Feitas estas distinções, o importante é perceber que os conflitos surgidos na sociedade ferem tanto a certeza quanto a segurança. Ferem a certeza por quebrar a confiança do cidadão na segurança trazida pelas leis. É neste momento que surge a função da jurisdição e da atividade cognitiva do magistrado, para criar o direito do caso concreto e solucionar em tese o litígio.

Para se restabelecer a paz social o julgador deverá obedecer ao princípio do devido processo legal em sua dimensão formal (regularidade formal) e em sua dimensão material (ao dar aos litígios decisões substancialmente devidas), só assim a decisão ao transitar em julgado irá restaurar a segurança objetiva da lei e a certeza subjetiva do direito.

Todavia, conforme já salientado anteriormente, toda regra pode comportar exceções, nem sempre a aplicação literal de uma lei conduzirá a segurança e a certeza, principalmente quando se trata de uma lei processual (coisa julgada) em conflito com uma regra constitucional (dignidade da pessoa humana), é o que ocorre nas ações de investigação de paternidade, ajuizadas antes do surgimento do DNA, com o prazo para interposição da rescisória já escoado.

É difícil crer que alguém possa ter segurança em uma legislação que permite que o direito processual prevaleça sobre o material. Restaria ao judiciário restabelecer a segurança, formando uma jurisprudência sólida, só assim a população teria certeza de que seus direitos seriam assegurados.

Todavia, o estudo de casos, realizado no terceiro capítulo desta obra, mostrou justamente o contrário: o STJ modificou seu posicionamento várias vezes, e ao uniformizar seu posicionamento, com o julgamento do Resp. 706.987, acabou seguindo a corrente contrária a relativização da coisa julgada, fato que não gerou segurança tampouco certeza na sociedade.

Explique-se: se a legislação e a jurisprudência preferem adotar uma regra processual (coisa julgada) em detrimento da verdade real estabelecida pelo exame de DNA, ferindo com isso a dignidade da pessoa humana (ao

²⁸⁵ Ibidem

nao a ao individuo o on i nto do s u “*status familiae*”), não se possibilita a sociedade segurança, porque o direito material foi negado à parte, com isso a sociedade passa a não ter certeza de que num futuro litígio seu direito material será salvaguardado pelo poder judiciário.

Com todo o exposto, é perceptível que a coisa julgada, criada para dar segurança a sociedade, caso levada ao rigor excessivo, ao ponto de tornar preto no branco e branco no preto, ao ponto de negar a um filho o direito de ter reconhecido quem é o seu verdadeiro pai, pode ter um efeito completamente oposto àquele pensado pelo legislador processual, gerando insegurança e incerteza.

Então, nada mais justo que as ações de investigação (e negação) de paternidade sejam submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar para atender as especificidades que o direito substancial impõe, até porque, conforme já salientado, o processo é apenas um instrumento para que se possa alcançar e concretizar o direito material correspondente.

A atual sistemática da coisa julgada não está funcionando de forma adequada para as ações de investigação de paternidade. Desta maneira, permitir que uma sentença que declara inverdade permaneça válida simplesmente por uma regra processual, fruto de uma conveniência política, não parece ser a melhor solução por gerar insegurança e incerteza na sociedade.

4.4.2 Noção de Justiça

É impossível a formulação de um conceito 100% preciso sobre justiça, porque, como todo conceito-limite, escapa à formulação lógica. Pode-se alcançar a compreensão do termo justiça, como valor, por intermédio da via emotiva, todavia, a emoção não é redutível ao pensamento. Todo ser humano tem a noção do que é justo, como também o tem daquilo que é belo, contudo, difícil é precisar o conceito de justiça e de beleza.

Devido a complexidade do assunto será trazido à baila a visão de alguns filósofos e juristas que discorreram sobre o tema, em diferentes épocas, contudo, não se objetiva esgotar a discussão, apenas tentar-se-á trazer uma leve noção da complexidade que n o o t o “ usti a” porque uma

discussão profunda apenas sobre o conceito de justiça mereceria uma dissertação única e exclusiva somente para este tema.

4.4.2.1 A Justiça para Aristóteles

Aristóteles defendia que a justiça apresentava três faces²⁸⁶:

- (1) **A justiça Aritmética, comutativa, sinalagmática ou preventiva:** é a que regula as relações entre os membros da sociedade; é a justiça entre os particulares, que se verifica nos contratos voluntários, onde as partes estão em igualdade;
- (2) **A Justiça Distributiva, Geométrica ou Proporcional:** é a que do todo se dirige as partes, reflete o princípio da isonomia onde entre indivíduos da mesma categoria há igualdade e entre pessoas hierarquicamente dispostas em níveis diferentes há uma desigualdade proporcional;
- (3) **A Justiça Legal, Social ou Geral:** é a que orienta aos governantes que elaborem leis e decretos justos, orientados ao bem comum, ao bem-estar de toda a sociedade, sem discriminações injustas; exige, igualmente dos cidadãos, a justa observância das leis e dos deveres em relação ao Estado.

Para o filósofo, o justo é aquilo que se pauta na lei e o injusto o que contraria a ordem judicial, neste sentido:

Como vimos que o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo²⁸⁷.

As referências feitas aos ensinamentos de Aristóteles devem, nos dias de hoje, ser estudadas com a compreensão do sentido que antigamente se atribuiu ao termo "justo". Caso contrário, não se chegará a conclusão perigosa de que para uma conduta ser tida como justa basta o fato

²⁸⁶ **Ética a Nicômaco**, cap. V. Coleção Os pensadores. P. 77

²⁸⁷ *Idem*, P.82.

da mesma encontrar-se prescrita em lei. Não se pode acreditar, nesta fase de desenvolvimento da humanidade e do direito, que só pelo fato de uma conduta estar baseada em lei que ela é justa.

Hoje a lei é usada como forma de direção e controle da sociedade por parte do Estado, para garantir a manutenção no poder de certos interventores políticos. Então, a lei passa a ser um instrumento que é utilizado muitas vezes de forma inadequada pelo Estado.

Então, vê-se que na era contemporânea a lei passa a ser um resultado do jogo de interesses dos grupos políticos, da pressão das grandes corporações mundiais, de uma série de outros fatores que em nada buscam garantir o bem estar social e a implementação da justiça. Por isso, pode ser afirmado que uma lei pode muitas vezes ser injusta, cabendo ao magistrado pautar suas decisões sobre essa nova realidade do que venha a ser justiça.

Além disso, uma lei justa pode se revelar injusta ao se deparar com situações concretas excepcionais, a exemplo da regra da coisa julgada que não se amolda de forma adequada as ações de filiação. Daí a importância da equidade para harmonizar a lei abstratamente considerada para a situação do caso concreto.

Faz-se imprescindível ressaltar que não se deve confundir a questão da constitucionalidade de uma lei com o fato da lei ser justa ou injusta. Muitas vezes a própria questão da análise de constitucionalidade, de uma determinada lei, revela uma questão de ordem muito mais política do que jurídica. Por isso, pode uma lei constitucional ser justa ou injusta ou uma lei inconstitucional ser justa ou injusta.

4.4.2.2 A Justiça para Kelsen

Kelsen, por sua vez, mostra que a justiça pode ser vista como uma qualidade, um atributo de diferentes objetos. Partindo-se de um indivíduo (como objeto) tem-se que uma pessoa é justa ou injusta, aqui neste sentido a justiça é vista como uma virtude dos indivíduos.

A virtude dos indivíduos (ser justo ou injusto) exterioriza-se nas suas condutas frente a outros indivíduos, exterioriza-se na sua conduta social, na

forma como o indivíduo age na sociedade. Para Kelsen as condutas são justas quando correspondem a uma norma que prescreve essa conduta.

Afirma o renomado jurista que:

A justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa.²⁸⁸

A esta norma – que constitui o valor justiça – Kelsen chama de “*norma da justiça*”. Esta norma da justiça traz um conteúdo moral, todavia nem toda norma moral é uma norma da justiça. Para Kelsen só é norma da justiça a que disciplina um tratamento de um indivíduo para com outro. Então, para ele, a norma a “norma dos indivíduos” ou sua norma não é uma norma de justiça, visto que não disciplina um tratamento de um indivíduo para com outro. Assim “o indivíduo ou o indivíduo”²⁸⁹

Para Kelsen a justiça seria mostrada pela qualidade de uma conduta humana, esta conduta consistente no tratamento de um indivíduo para com outros indivíduos. Valorando a conduta humana é que se chegaria ao juízo de ser a conduta justa ou injusta. Para ser feita esta valoração é necessário que a conduta humana seja confrontada com a norma de justiça, que estatui um dever-ser.

4.4.2.3 A Justiça para Flóscolo da Nóbrega

O ilustríssimo jurista paraibano Flóscolo da Nóbrega conceitua justiça como “idéia da justiça” ou sua explicação:

A justiça é idéia, é valor e é ideal. Como idéia, é a representação abstrata do estado de pleno equilíbrio da vida social, semelhante à idéia de saúde, com que representamos o estado de equilíbrio da vida orgânica. Como valor, é essa mesma idéia revestida de certo valor emotivo, que se transmite aos fatos que a ela correspondem; dizemos que esses fatos são justos, como classificamos de saudáveis os que são propícios à saúde. Como ideal, a justiça é a aspiração de realizar determinada forma de vida social, que encarne

²⁸⁸ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996. P. 3

²⁸⁹ Ibidem

aquele estado plenário de equilíbrio representado pela idéia de *ustia*.²⁹⁰

Para o jurista a justiça é o elemento moral do direito, moral no sentido de espiritual, de teleológico. A justiça é a finalidade do direito, visto que sem ela não se conceberia o direito, o qual só funciona e existe como um instrumento (técnica) para propiciar a realização da justiça²⁹¹.

O pensamento formulado pelo paraibano já mostra quão difícil é conceituar justiça, é possível ter esta noção da justiça como idéia, valor e ideal, contudo, é impossível traçar-se um conceito mais preciso, sendo sempre necessário exemplificar o que seja justiça por intermédio de um paralelo com outros conceitos jurídicos. O doutor Flóscolo da Universidade de São Paulo para que se possa conceituá-la.

O autor ainda trás importante colaboração para o direito ao tratar das “notas essenciais da *ustia*”²⁹², que são: (a) a igualdade; (b) a proporcionalidade e (c) a alteridade. Veja-se a análise de cada uma destas notas:

- (a) Igualdade: é a nota essencial à justiça. A igualdade se refere a relação párea entre o que dá e o que recebe, entre o necessário e o concedido, entre a pena e o castigo. Contudo, para Flóscolo a igualdade não leva em conta as diferenças e as desproporção entre as partes;
- (b) Proporcionalidade (igualdade em sentido geométrico): complementa a igualdade, por isso é chamada de igualdade em sentido geométrico, visto que impõe o tratamento igualitário aos casos iguais e o tratamento diferenciado para os casos desiguais;
- (c) Alteridade: significa ser a justiça uma relação com outra pessoa, um “*alter*”, porque ninguém é justo consigo mesmo, o ato justo, ou injusto, tem, portanto, sempre um alvo exterior;

²⁹⁰ NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao direito**. 7. Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987. P. 23 e 24

²⁹¹ Idem, P. 23.

²⁹² Idem, P. 27

Pautado nesta tripartição, o autor conceitua a justiça como sendo, do ponto de vista formal, o “cumprimento dos deveres jurídicos”; e no aspecto material, é a “adequação da atividade humana aos interesses da segurança e da ordem social, segundo princípios da igualdade e proporcionalidade”²⁹³.

Percebe-se que, pelo conceito do autor, não tem como haver segurança sem justiça e vice-versa, não podendo ser adotada simplesmente a justiça do ponto de vista formal (cumprimento dos deveres jurídicos), sendo imprescindível a adoção dos princípios da igualdade e da proporcionalidade para se implementar o aspecto material da justiça (adequação da atividade humana aos interesses da segurança e da ordem social).

4.4.2.4 A Justiça no Caso Concreto e a Equidade

Constatada a importância do conceito de justiça, tentará-se, neste momento, de forma singela pincelar mais algumas noções sobre o termo, salientando que não tem-se, aqui, a pretensão nem a soberba de fornecer um conceito preciso sobre o tema.

Para que se tente alcançar uma visão lingüística contemporânea do termo justiça, importante trazer à colação as acepções do termo justiça fornecidas pelo dicionário Aurélio, veja-se:

(a) Conformidade com o direito; a virtude de dar a cada um aquilo que é seu; ou (b) A faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência.²⁹⁴

O conceito de justiça exposto acima apresenta bastante similaridade com as idéias traçadas por Flóscolo da Nóbrega, então, é simples perceber que a noção de Justiça engloba a necessidade de se julgar de acordo com a justiça substancial, a “conformidade com o direito” a ser usado a cada um aquilo que é seu (direito substancial).

²⁹³ Ibidem

²⁹⁴ *Dicionário Aurélio Eletrônico*, Editora Nova Fronteira.

Todavia, no próprio conceito fornecido pelo dicionário, se percebe que a justiça não é dada a qualquer um resolver se uma decisão ou lei é justa ou injusta, todavia, é dever dos juízes, ao aplicar o direito ao caso concreto, analisar se o cumprimento literal de determinada norma alcançará o ideal de justiça ou não. É que muitas vezes as normas vigentes podem se revelar injustas se aplicadas literalmente, sem que adaptações sejam feitas. É neste exato momento que surge a necessidade da equidade.

Sobre a equidade:

Enquanto a legalidade se cinge à aplicação pura e simples da lei, como norma, a equidade procura aplicá-la de maneira a realizar a sua finalidade, depurando-a, harmonizando-a, para melhor ajustá-la ao que há de concreto, de pessoal em cada caso. A equidade é a justiça do caso particular²⁹⁵

Então, o que se percebe é que a equidade é a justiça do caso particular, onde o juiz ao aplicar a lei ao caso concreto deve fazer as adaptações necessárias para compatibilizar a abstração da lei com a particularidade do caso concreto.

Portanto, é tarefa dos operadores do direito – para que ocorra a implementação da justiça no caso concreto – pautar suas ações de acordo com a legislação vigente, mas quando esta aplicação revelar-se injusta ao caso concreto deve, o aplicador do direito, autar as suas condutas a “o injusto”.

Importante ressaltar, desde já, que ao se pregar pela aplicação da “o injusto”, para implementação da justiça ao caso concreto, não se está defendendo o direito alternativo. Na realidade, basta aplicar-se a equidade para a solução desse tipo de situações (onde a lei se revela injusta no caso de ser aplicada friamente ao caso concreto).

²⁹⁵ NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao direito**. 7. Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987. P. 26.

Neste sentido, Rizzato Nunes mostra que a equidade funciona como um corretivo da lei, que acabou não estatuída de forma adequada em função de sua alta generalidade²⁹⁶.

Complementa o autor que uma lei pode ter sua aplicação alterada ou afastada para o “fazimento” da justiça equitativa, com respeito aos ditames constitucionais, assim como uma norma jurídica de hierarquia inferior pode, também, ser afastada para que se concretizem os ditames da justiça, sem violação às normas jurídicas infraconstitucionais.

O autor mostra que nem toda norma é justa e que o fato de ser injusta não a torna inconstitucional, deste modo, deve-se recorrer ao uso da equidade para a solução do conflito, veja-se:

O que pretendemos dizer é que haverá situações em que o caso concreto apontará para um real conflito entre normas, ou entre os próprios princípios, ou, ainda, entre estes e as normas, assim será possível verificar um problema bem pouco percebido pela Ciência e Filosofia Jurídicas, cuja solução não será dada pela afirmação da inconstitucionalidade do texto normativo ordinário que conflite com o texto constitucional (ou o mesmo conflito nos escalões inferiores), pelo simples fato de que não há inconstitucionalidade, mas incongruência sistêmica na aplicação do caso concreto.

É como se estivéssemos falando de uma espécie de lacuna semântica ou axiomática. A equidade, então, aí comparece para, colmatando esse estranho vazio do sistema, resolver a questão sem tornar ou declarar nenhuma lei inconstitucional nem alguma norma ilegal.²⁹⁷

Nas ações de filiação – ajuizadas antes do advento do exame de DNA, com coisa julgada material formada e com prazo para interposição da ação rescisória transcorrido – deve ser possibilitada a relativização da coisa julgada de forma atípica, até que o legislador venha resolver a situação de forma definitiva, visto que se o exame de DNA revela que a sentença está errada não há como alegar que a decisão alcançou a justiça.

Então, deve o juiz valer-se da equidade e garantir que a verdade sobre a filiação prevaleça. O ideal, evidentemente, seria que o legislador encerrasse de vez a discussão por intermédio de uma alteração no Código de Processo Civil,

²⁹⁶ NUNES, Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 352 e seguintes.

²⁹⁷ Ibidem

no sentido de possibilitar a revisão da coisa julgada, nas ações de filiação, mesmo que transcorrido o prazo para rescisória.

4.4.3 O Aparente Conflito entre Segurança e Justiça nas Ações de Filiação

Na relativização da coisa julgada, nas ações de filiação, a revisão da sentença comporta dois tipos de questionamentos acerca da temática justiça, que são: (a) se a sentença acobertada pelo manto da coisa julgada foi justa; (b) se é justo relativizar a coisa julgada em virtude do exame de DNA.

No que tange a primeira indagação parece mais correto entender que a a o a o do it io “usti a” n o t o di i ta não é muito subjetivo, visto que tem-se uma prova técnica que não deixa margem para erro, então, se a sentença contradiz a verdade real está errada, em sendo errada a sentença não tem como ser considerada justa.

Em relação a segunda indagação também parece ser justo que a sentença contrária ao exame de DNA seja modificada, mesmo que escoado o prazo da ação rescisória, é que não seria justo negar que a verdadeira paternidade seja reconhecida, implementando-se, com isso, a dignidade da pessoa humana, tudo isso em virtude de uma regra eminentemente processual que é a coisa julgada.

Em outros casos onde a doutrina advoga pela flexibilização da coisa julgada a valoração do critério “usti a” ais su ti a, do que nas ações de in sti a o d at nidad o aso da “ oisa u ada in onstitu iona ”²⁹⁸, é que nestes casos como se pode garantir que a inconstitucionalidade da lei é justa? E mais, como garantir que é justo relativizar a coisa julgada com base em uma declaração de inconstitucionalidade valorada por juízes? A situação é

²⁹⁸ “A coisa julgada inconstitucional se dá quando há uma decisão judicial transitada em julgada e que não é passível de ser impugnada por mais nenhum recurso, com base em uma lei em plena vigência (evitada pela presunção de constitucionalidade das Leis) que é, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (seja pelo controle de constitucionalidade concentrado, via de Ação Direta, seja pelo controle de constitucionalidade difuso, via de exceção, com efeitos inter partes e que é ratificado pelo Senado Federal, através do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal)” (PRADO, Rodrigo Murad do. **Coisa julgada inconstitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 791, 2 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7233>>. Acesso em: 12 jan. 2011).

diversa na investigação de paternidade, já que é uma prova técnica infalível que garante que a sentença é injusta!

Então, o que está se tentando demonstrar é que a valoração do critério justiça, nas ações de investigação de paternidade é de fácil concretização, não se tratando de um ideal de justiça contido no íntimo do juiz, mas sim de uma noção de justiça abalizada no exame de DNA que demonstra claramente e de forma objetiva a verdade real.

Mas será que relativizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade gera insegurança? Parece que não, pelos motivos que serão delineados abaixo.

Se a legislação e a jurisprudência preferem adotar uma regra processual (coisa julgada) em detrimento da verdade real estabelecida pelo exame de DNA, ferindo com isso a dignidade da pessoa humana (ao negar ao indivíduo o direito de saber o seu *status familiae*), não se possibilita a sociedade segurança, porque o direito material foi negado a parte, com isso a sociedade passa a não ter certeza de que num futuro litígio seu direito material será salvaguardado pelo poder judiciário.

Desta forma, é perceptível que a coisa julgada, criada para dar segurança a sociedade, caso levada ao rigor excessivo, ao ponto de tornar preto no branco e branco no preto, ao ponto de negar a um filho o direito de ter reconhecido quem é o seu verdadeiro pai, pode ter um efeito completamente oposto àquele pensado pelo legislador processual, gerando insegurança e incerteza.

Então, nada mais justo que as ações de investigação (e negação) de paternidade sejam submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar para atender as especificidades que o direito substancial impõe, até porque, conforme já salientado, o processo é apenas um instrumento para que se possa alcançar e concretizar o direito material correspondente.

A atual sistemática da coisa julgada não está funcionando de forma adequada para as ações de investigação de paternidade. Desta maneira, permitir que uma sentença que declara inverdade permaneça válida simplesmente por uma regra processual, fruto de uma conveniência política, não parece ser a melhor solução por gerar insegurança e incerteza na sociedade.

Por tudo que foi exposto, entende-se e defende-se, no presente trabalho, que segurança e justiça são termos que se complementam e não termos que se excluem. O que acontece é que as decisões judiciais precisam alcançar um nível de aceitabilidade geral, mas não ocorre a sobreposição da justiça sobre a segurança ou vice-versa.

Sobre esta questão da aceitabilidade geral, o professor João Paulo Allain Teixeira afirma que:

Legislação e jurisdição não são dois momentos isolados, permitindo uma total autonomia entre o abstrato e concreto. Aulis Aarnio mostra que existe relação entre quem dita o texto (o legislador), e quem interpreta (o juiz e o administrador). Mas é também importante lembrar que o intérprete está em relação com outros membros da audiência interpretativa. Portanto a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem dita. Necessário se faz então que as decisões possam alcançar um nível de aceitabilidade geral.²⁹⁹

Portanto, a discussão não giraria em torno do conflito entre segurança e justiça. A justiça é um valor fundamental e onicompreensivo, superior a todos os outros valores. E com a segurança não é diferente, ela é um dos componentes da justiça geral, por ser condição da sociedade corretamente organizada.

Como será mantida a segurança com a sociedade desacreditando na justiça das decisões?

4.5 Proposta de

Já foi defendido que é necessário flexibilizar a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade – ajuizadas antes do advento do exame de DNA, com prazo de rescisória transcorrido – como forma de garantir segurança e justiça.

O STJ era inicialmente contra a relativização, depois passou a ser favorável e depois fixou jurisprudência no sentido de que não é possível a flexibilização da coisa julgada nas ações de filiação.

²⁹⁹ Teixeira, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. P. 95.

A modificação de entendimento de um Tribunal é natural e possível dentro de uma ordem jurídica. O que não deve ocorrer são tribunais julgando ora de uma maneira ora de outra, para evitar a insegurança jurídica. Foi o que acabou ocorrendo nos casos da relativização, onde matérias semelhantes foram julgadas de forma diversas, conforme visto no terceiro capítulo desta obra.

Sobre o assunto (modificação de entendimento nos Tribunais) Karl Larenz:

[...] Claro que na nossa ordem jurídica os tribunais não estão vinculados à interpretação em certa altura aceite. Podem, ou melhor, devem, desviar-se dela quando, segundo a convicção do tribunal, no caso a julgar, melhores razões se inclinam para uma outra interpretação. Mas tais casos são relativamente raros; a relativa insegurança jurídica consubstanciada na possibilidade de uma alteração da jurisprudência dos tribunais tem que aceitar-se para tornar possíveis sentenças materialmente correctas. [...] não existe, no entanto, uma interpretação absolutamente correcta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. [...]³⁰⁰

Portanto, é perceptível que uma alteração legislativa sobre a questão das ações de filiação no Brasil é imprescindível, uma vez que as modificações de entendimento no STJ geraram mais insegurança sobre o assunto. Justo ou injusto, ao menos com o julgamento do Resp. 706.987, a jurisprudência do STJ foi uniformizada (contrariamente a relativização).

Já Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 116/2001, de autoria do Senador Valmir Amaral, com a seguinte redação:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 116, DE 2001
 t a a i n . d d o d u ” u a a
 investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e
 d out as o id n ias”.
 O CONGRESSO NACIONAL decreta:
 Art. 1º A ementa da Lei nº 8.560, 29 de dezembro de 1992 passa a
 t a s u i n t da o “ u a a i n s t i a o d a t n i d a d ”.

³⁰⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 442-443.

Art. 2º O art. 8º da Lei nº 8.560, 29 de dezembro de 1992, passa a ter a seguinte redação: Art. 8º (...)Parágrafo único. A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada.
Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Referido projeto foi arquivado com base no artigo 332 do regimento interno do Senado, que determina que todas as proposições em tramitação no Senado sejam arquivadas ao fim de cada legislatura.

Caso o projeto tivesse sido aprovado estaria solucionado todo o problema envolvendo as ações de filiação. Portanto, é inadiável e imprescindível a propositura de um novo projeto, nos moldes do explicitado acima.

4.6 Conclusões do Capítulo

Diante de tudo que foi exposto, é importante sintetizar alguns pontos debatidos no decorrer do presente capítulo, deste modo, ao decorrer do capítulo foi possível constatar que a relativização da coisa julgada de forma restrita, somente em alguns casos extraordinários, não conduzirá a insegurança, portando, não se negou a importância e a necessidade da coisa julgada, apenas se afirmou que em certos casos pode haver exceção a regra, sem que tal fato implique em insegurança jurídica.

Com relação a natureza jurídica da coisa julgada, viu-se que a mesma não tem natureza jurídica de direito fundamental, tratando-se de instituto processual. Porém, mesmo que se admitisse a natureza de direito fundamental da coisa julgada, não haveria óbice ao surgimento de lei processual civil que mitigasse a abrangência da norma, prova é tanto que a legislação processual penal fornece regra que limita a abrangência da coisa julgada (art. 621 do CPP).

Também foi afirmado que o exame de DNA garante 99,99% de precisão, não havendo sentido a tentativa de descredenciar a infalibilidade do exame, como argumento para não flexibilizar a coisa julgada.

No que tange ao questionamento sobre o fato das sentenças dadas nas ações de investigação de paternidade, sem a realização do exame de DNA,

transitarem em julgado, foi afirmado que este tipo de decisão transita, sim, em julgado, por ausência de previsão legal em sentido contrário.

Outro ponto defendido foi que a prevalência da verdade real sobre a verdade ficta se origina na função de instrumento do processo, mas guarda relação, também, com a noção de justiça, visto que parece mais razoável (justo) que o direito material prevaleça em detrimento da regra processual.

Também foi demonstrado que as ações de investigação de paternidade promovem a dignidade da pessoa humana, por isso o direito de investigar e descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade) e o de ter averbado o *patronímico* do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantia da coisa julgada, visto que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer.

Constatação importante, também, foi a de que a coisa julgada, criada para dar segurança a sociedade, caso levada ao rigor excessivo, ao ponto de tornar preto no branco e branco no preto, ao ponto de negar a um filho o direito de ter reconhecido quem é o seu verdadeiro pai, pode ter um efeito completamente oposto àquele pensado pelo legislador processual, gerando insegurança e incerteza.

No que tange a a o a o do it io “usti a” – nas ações de filiação – foi visto que, referida valoração, não é tão difícil, também não é muito subjetiva, visto que tem-se uma prova técnica que não deixa margem para erro, então, se a sentença contradiz a verdade real está errada, em sendo errada a sentença não tem como ser considerada justa.

Em relação ao conflito existente entre segurança e justiça, foi defendido que, os mesmos, são termos que se complementam e não termos que se excluem. O que acontece é que as decisões judiciais precisam alcançar um nível de aceitabilidade geral, mas não ocorre a sobreposição da justiça sobre a segurança ou vice-versa.

Por fim, relatou-se a necessidade de uma alteração na legislação, para que seja possibilitada a relativização da coisa julgada, visto que deixar a solução exclusivamente para o Poder Judiciário pode conduzir a resultados conflitantes, pois sem amparo e amarraço legal os Tribunais podem modificar de entendimento facilmente, fato que não gera segurança nem certeza.

Conclusões

Ao término deste trabalho verificou-se que foi imprescindível a realização do estudo histórico da coisa julgada e da sentença, visto que ao estudar-se as raízes dos dois institutos teve-se uma visão geral do conteúdo estudado, sendo possível adquirir uma bagagem de conhecimentos sobre a sentença e a coisa julgada, estudou-se cada passo, cada inovação e também os retrocessos que a história revelou nessa matéria.

Foi visto que no Direito Romano – tanto no sistema público quanto no privado – a inexistência da sentença podia ser alegada a qualquer momento, podendo processar-se por vários instrumentos, dentre eles: (a) podia ser feita no momento de defesa da ação de execução fundada em sentença nula, por intermédio do mecanismo chamado de *infitatio in duplum* (por ele o executado assumia o risco de caso ter sua tese de nulidade fracassada teria que pagar em dobro a condenação já prolatada); (b) também podia ser reproposta outra ação com o mesmo objeto e no caso da sentença anterior ser executada poder-se-ia alegar a sua inexistência em decorrência da nova ação interposta.

u st o da o s s i i d a d t a t a d a n a a n a “ ” o o s i t u a d a a o é bastante similar ao que ocorreu recentemente no Brasil, nos casos onde o STJ possibilitou a flexibilização da coisa julgada, visto que, conforme visto, as partes ingressavam com uma nova ação, solicitando a realização do exame de DNA. Resta, portanto, clara a similaridade entre o que ocorria no Direito Romano e o que aconteceu nas ações de filiação que tramitaram recentemente perante o STJ.

No que tange ao direito lusitano, era tido que a sentença nula não tinha valor nenhum, podendo ser desconsiderada a qualquer tempo (remontando-se a clássica aceção romana de nulidade como inexistência). Referidas sentenças, consideradas nenhuma (nulas), poderiam ser atacadas por revista de justiça, embargos à execução ou por uma ação ordinária de nulidade.

Outra vez é perceptível a similaridade entre o direito antigo (português) e o direito atual (brasileiro), uma vez que aquele admitia a desconsideração das sentenças nenhuma por intermédio de uma ação ordinária de nulidade e o direito brasileiro acabou admitindo hipótese parecida, nos casos onde a coisa

julgada foi relativizada por intermédio de uma ação autônoma, nas ações de filiação que tramitaram no STJ.

É, então, constatável que o Direito no Brasil foi altamente influenciado pelo Direito de Portugal, até em decorrência do fato das três ordenações terem sido aplicadas em nosso território, deste modo, o trato conferido a coisa julgada foi o mesmo dado por Portugal até a edição das primeiras leis processuais brasileiras. Talvez devido a essa grande influência do Direito Lusitano – decorrente do passado de colônia – tenha-se hoje, no Brasil, grande facilidade em aceitar-se formas atípicas de combate a coisa julgada, a exemplo do que ocorreu modernamente com as ações de investigação de paternidade.

O estudo da coisa julgada de acordo com a sistemática do atual Código de Processo Civil, também, revelou-se, de vital importância, uma vez que conseguiu-se fechar o círculo em matéria da coisa julgada, partindo-se no primeiro capítulo das raízes do instituto, para no segundo capítulo fazer-se um apanhado geral sobre o regime jurídico atualmente aplicado a coisa julgada. Cumpru-se, deste modo, todos os degraus do círculo evolutivo do instituto em apreço. Os dois capítulos se completaram, partindo do período romano das ações da lei até ao ano de 2011.

As matérias tratadas nos dois capítulos iniciais serviram de bagagem, para que fosse possibilitado o entendimento de toda a complexidade da questão da relativização da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade, julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) .

O percurso seguido nos dois capítulos propedêuticos evita que o leitor tenha que partir para buscar conceitos em outras obras, mesmo que sejam estes conceitos de fácil acesso e conhecimento, facilitando, então, o trabalho de futuros pesquisadores que decidam se debruçar sobre tema tão fascinante.

O estudo de casos julgados pelo STJ trouxe um panorama geral de como a matéria se desenvolveu perante referido Tribunal. Assim, foi visto que a tese da relativização da coisa julgada ganhou impulso a partir de 28 de junho de 2001 com o julgamento do Resp. 226.436.

Analisando-se todos os casos decididos pelo STJ, foi visto que a tese da relativização da coisa julgada é minoritária, tendo sido adotada em apenas 26,66% (vinte e seis vírgula sessenta e seis por cento) dos casos. Além disso, dentre os casos que flexibilizaram a coisa julgada (que representam 26,66% do

total), apenas em 25% dos julgados é que os Ministros do STJ analisaram o mérito da questão, sendo que nos 75% restantes a relativização da coisa julgada ocorreu por via torta (decorrente de uma análise meramente processual, ou do não conhecimento do recurso especial).

Então, é perceptível que a tese da relativização da coisa julgada sempre foi minoritária no STJ. Além disso, com o julgamento do Resp. 706.987 foi uniformizada a jurisprudência do STJ, passando a ser entendido que não é admitida a relativização da coisa julgada nas ações de filiação. Após o julgamento deste Recurso Especial, nenhum caso analisado foi favorável a teoria da flexibilização da coisa julgada.

Outro dado interessante demonstrado foi que antes de ocorrer o julgamento do Resp. 706.987, havia uma tendência, por parte dos Ministros do STJ, em relativizarem ou não a coisa julgada, a depender do fato da decisão beneficiar o filho (que na maioria dos casos eram menores).

Todavia, com a uniformização da jurisprudência – com o julgamento do Resp. 706.987 – os Ministros passaram sempre a não flexibilizar a coisa julgada, independente de tal decisão ser ou não contrária aos interesses do filho. O que se percebe é que as decisões passaram a levar em consideração mais aspectos processuais, tudo isto sedimentado no entendimento de que a coisa julgada não pode ser relativizada.

Ao final foi possível constatar que a relativização da coisa julgada de forma restrita, somente em alguns casos extraordinários, não conduzirá a insegurança, portando, não se negou a importância e a necessidade da coisa julgada, apenas se afirmou que em certos casos pode haver exceção a regra, sem que tal fato implique em insegurança jurídica.

Com relação a natureza jurídica da coisa julgada, viu-se que a mesma não tem natureza jurídica de direito fundamental, tratando-se de instituto processual. Porém, mesmo que se admitisse a natureza de direito fundamental da coisa julgada, não haveria óbice ao surgimento de lei processual civil que mitigasse a abrangência da norma, prova é tanto que a legislação processual penal fornece regra que limita a abrangência da coisa julgada (art. 621 do CPP).

Também foi afirmado que o exame de DNA garante 99,99% de precisão, não havendo sentido a tentativa de descredenciar a infalibilidade do exame, como argumento para não flexibilizar a coisa julgada.

No que tange ao questionamento sobre o fato das sentenças dadas nas ações de investigação de paternidade, sem a realização do exame de DNA, transitarem em julgado, foi afirmado que este tipo de decisão transita, sim, em julgado, por ausência de previsão legal em sentido contrário.

Outro ponto defendido foi que a prevalência da verdade real sobre a verdade ficta se origina na função de instrumento do processo, mas guarda relação, também, com a noção de justiça, visto que parece mais razoável (justo) que o direito material prevaleça em detrimento da regra processual.

Também foi demonstrado que as ações de investigação de paternidade promovem a dignidade da pessoa humana, por isso, o direito de investigar e descobrir a verdadeira paternidade (e conseqüentemente identidade), como o de ter averbado o *patronímico* do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantia da coisa julgada, visto que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer.

Constatação importante, também, foi a de que a coisa julgada, criada para dar segurança a sociedade, caso levada ao rigor excessivo, ao ponto de tornar preto no branco e branco no preto, ao ponto de negar a um filho o direito de ter reconhecido quem é o seu verdadeiro pai, pode ter um efeito completamente oposto àquele pensado pelo legislador processual, gerando insegurança e incerteza.

No que tange a a o a o do it io “usti a” – nas ações de filiação – foi visto que, referida valoração, não é tão difícil, também não é muito subjetiva, visto que tem-se uma prova técnica que não deixa margem para erro, então, se a sentença contradiz a verdade real está errada, em sendo errada a sentença não tem como ser considerada justa.

Em relação ao conflito existente entre segurança e justiça, foi defendido que, os mesmos, são termos que se complementam e não termos que se excluem. O que acontece é que as decisões judiciais precisam alcançar um nível de aceitabilidade geral, mas não ocorre a sobreposição da justiça sobre a segurança ou vice-versa.

Mostrou-se, igualmente, a necessidade de uma alteração na legislação, para que seja possibilitada a relativização da coisa julgada, visto que deixar a solução exclusivamente para o Poder Judiciário pode conduzir a resultados conflitantes, pois sem amparo e amarraço legal os Tribunais podem modificar de entendimento facilmente, fato que não gera segurança nem certeza.

Por todo o exposto, entende-se, nesta obra, ser justa a relativização da coisa julgada nas ações de filiação, porque não parece justo, nem razoável, que seja negado a um ser humano o direito de conhecer e ter reconhecida pelo Estado a sua verdadeira filiação. Também não parece razoável que um pai tenha que ter como filho aquele que sabe não ser, unicamente por uma questão processual (coisa julgada) e vice-versa.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, J. Jobson. **História Antiga e Medieval**. São Paulo: Ática, 1982.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano**. São Paulo: FIEO, 1976.

BÍBLIA SAGRADA, Edição Pastoral, 21ª impressão: agosto de 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário, 2: Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**. São Paulo: Verbo, 1981.

CIFUENTES, Rafael Llano. **Curso de Direito Canônico**. São Paulo: Saraiva, 1971.

CUENCA, Humberto - **Processo Civil Romano**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1957.

DIDIER Júnior, Fredie, (org.) **Relativização da Coisa Julgada**: Enfoque Crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos da Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário básico de direito**. Campinas: Russell Editores, 2006.

GIBBON, Edward. **Declínio e queda do Império Romano**. Edição abreviada. São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEAL, Antônio Luiz Câmara. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1930.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre Coisa Julgada**. Tradt. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas relativas ao Direto Brasileiro Vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MADALENO, Rolf. **A coisa julgada na investigação de paternidade**, in Leite, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio: Forense, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEEKS, Wayne A. **O Mundo Moral dos Primeiros Cristãos**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1996.

MEIRA, Sílvio. **A Lei das XII Tábuas**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; Dinarmarco, Cândido Rangel; Theodoro Júnior, Humberto; Delgado, José Augusto; e Faria, Juliana Cordeiro de.

Coisa Julgada Inconstitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado:** e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003. 7. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. **Introdução ao direito.** 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença Civil:** perfil histórico-dogmático. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi.** Disponível em: <http://www.esmape.com.br/downloads/Luciano_Oliveira_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.rtf> Material da 1ª aula da Disciplina Metodologia da Pesquisa Jurídica, ministrada nos Cursos de Especialização TeleVirtuais da Universidade Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

PRADO, Rodrigo Murad do. **Coisa julgada inconstitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 791, 2 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7233>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

PIERINI, Franco. **A Idade Antiga:** curso de história da igreja – I – . Trad. João Mário de Almeida. São Paulo: Paulus, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da Silva. **Sentença e Coisa Julgada**; ensaios. 3.ed. Porto Alegre: Fabri, 1995

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**.7.ed. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

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

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**, São Paulo: Quartier Latin, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia Medina. **O Dogma da Coisa Julgada**: Hipóteses de Relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luis Rodrigues (coord); Almeida, Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. **Direito de Família**: questões controvertidas. Porto Alegre: Síntese, 2000.

SITE: <http://www.solaresdeportugal.pt/PT/concelho.php?concelhoid=9>,
acesso em 22 de setembro de 2010 as 11:50.

SITE: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1939/1608.htm>.
Acesso em 20 de outubro de 2010 as 19:44