



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PATRÍCIA CAROLINA DE OLIVEIRA KRUSCHEWSKY

**O TRATAMENTO DA COISA JULGADA “INJUSTA” NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:**

Uma crítica à teoria da relativização atípica da coisa julgada

Salvador

2018

PATRÍCIA CAROLINA DE OLIVEIRA KRUSCHEWSKY

**O TRATAMENTO DA COISA JULGADA “INJUSTA” NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:**

Uma crítica à teoria da relativização atípica da coisa julgada

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza.

Salvador

2018

PATRÍCIA CAROLINA DE OLIVEIRA KRUSCHEWSKY

**O TRATAMENTO DA COISA JULGADA “INJUSTA” NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:**

Uma crítica à teoria da relativização atípica da coisa julgada

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da
Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em ___ de dezembro de 2018.

Wilson Alves de Souza – Orientador _____

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal).

Universidade Federal da Bahia.

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho _____

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia.

Maurício Dantas Goés e Goés _____

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é um respiro para as páginas jurídicas que se seguem, porque é exercício da palavra que, no fundo, sempre me foi mais cara – a poesia. Agradeço, então, a meu pai poeta, em 2018 privado de duas partes de seu coração-cacaueiro, e a minha mãe, dedicando-lhes também todo o amor do mundo – e ciente de que, por amor, lerão minhas linhas canhestras sobre processo civil. Agradeço também aos meus irmãos, em especial a Henrique, familiarizado com as dificuldades da vida do em breve bacharel em direito, pelas palavras de incentivo na reta final.

Para os que escolheram partilhar o caminho da vida mesmo sem o vínculo de sangue – os amigos – há também gratidão; aos amigos da Faculdade de Direito, em especial, sou grata por não terem me deixado desistir quando parecia-me o mais lógico diante dos percalços. Deste grupo, faço menções honrosas a três pessoas, que deram contribuições inestimáveis a esta monografia (sem citar seus nomes, esperando que se reconheçam): uma que me ajudou com a revisão, uma que pacientemente discutiu diversos temas correlatos ao trabalho comigo e uma que me presenteou com um livro e algumas ideias.

Ao Gabino Kruschewsky Advogados Associados, especialmente nas pessoas de Eugênio, Gabriela, Michelle e Giovanna, carrego a gratidão pelos ensinamentos e acolhimento dos últimos anos.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Wilson Alves, não só por ter aceitado o múnus, mas por ter sido o mestre que me fez ter o gosto por um direito processual civil pouco encontrado nos livros, que é o processo comprometido com um ideal de equidade.

“Y esto es la profundidad de algo: lo que hay em ello de reflejo de lo demás, de alusión a lo demás. El reflejo es la forma más sensible de existencia virtual de una cosa en otra. El sentido de una cosa es la forma suprema de su coexistencia con las demás, es su dimensión de profundidad. No, no me basta con tener la materialidad de uma cosa, necesito, además, conocer el sentido que tiene, es decir, la sombra mística que sobre ella vierte el resto del universo.”

(ORTEGA Y GASSET, 1966, p. 99)

“Os átomos todos dançam, madruga, reluz neblina

Crianças cor de romã entram no vagão

O oliva da nuvem chumbo ficando pra trás da manhã

E a seda azul do papel que envolve a maçã

As casas tão verde e rosa que vão passando ao nos ver passar

Os dois lados da janela

E aquela num tom de azul quase inexistente, azul que não há

Azul que é pura memória de algum lugar”

(VELOSO, Caetano, 1983)

KRUSCHEWSKY, Patrícia Carolina de Oliveira. **O tratamento da coisa julgada “injusta” no processo civil brasileiro**: Uma crítica à teoria da relativização atípica da coisa julgada. 75 f. il. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Este trabalho analisa o tratamento dispensado à coisa julgada “injusta” no âmbito do processo civil brasileiro, observando as possibilidades legais para sua desconstituição, observando, ainda, a pertinência da construção teórica da “relativização atípica da coisa julgada”, esboçada doutrinariamente nos últimos 20 anos. Para tanto, foi realizado breve estudo sobre a teoria das nulidades processuais aplicada à sentença e sobre julgado paradigmático a respeito do tema da “relativização atípica”. Esboçadas as premissas, foram sintetizadas as críticas enunciadas ao longo do trabalho, sendo elas, em suma, a ausência de critério definido para “justiça”, em si cláusula aberta, o apelo teórico que se aproxima de construção de relativização *pro societate* e, por fim, a ausência de enfrentamento, no âmbito da doutrina da relativização da coisa julgada, da circunstância de falibilidade do julgador, o que poderá conduzir a uma injustiça que, por imperativo de segurança jurídica, inevitavelmente terá de se consolidar no tempo.

Palavras-chave: Processo Civil. Coisa Julgada. Relativização atípica da coisa julgada.

KRUSCHEWSKY, Patrícia Carolina de Oliveira. **O tratamento da coisa julgada “injusta” no processo civil brasileiro**: Uma crítica à teoria da relativização atípica da coisa julgada. 75 f. il. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMEN

Este trabajo analiza el trato dispensado a la cosa juzgada "injusta" en el ámbito del proceso civil brasileño, observando las posibilidades legales para su desconstitución, observando, además, la pertinencia de la construcción teórica de la "relativización atípica de la cosa juzgada", esbozada doctrinariamente en los últimos 20 años. Para esto, se realizó un breve estudio sobre la teoría de las nulidades procesales aplicada a la sentencia y sobre juzgado paradigmático acerca del tema de la "relativización atípica". Esbozadas las premisas, fueron sintetizadas las críticas señaladas a lo largo del trabajo, siendo ellas, en suma, la ausencia de criterio definido para "justicia", en sí cláusula abierta, la exhortación teórica que se acerca de una construcción de relativización *pro societate* e, finalmente, la ausencia de enfrentamiento, en el ámbito de la doctrina de la relativización de la cosa juzgada, de la circunstancia de falibilidad del juzgador, lo que podría conducir a una injusticia que, por imperativo de seguridad jurídica, inevitablemente tendrá que consolidarse en el tiempo.

Palabras clave: Proceso Civil. Cosa Juzgada. Relativización atípica de la cosa juzgada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 COISA JULGADA: UMA CONSTRUÇÃO.....	12
1.1 A definição de coisa julgada.	13
1.2 Breve histórico da ação rescisória no direito pátrio.....	19
1.3 A declaração de inexigibilidade da obrigação fundada em norma inconstitucional: problemas de construção.....	22
2 BREVES E NECESSÁRIAS ANOTAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DE INEXISTÊNCIA, INVALIDADE E INEFICÁCIA DA SENTENÇA.....	26
3 A COISA JULGADA INJUSTA: NOVOS PARADIGMAS DOUTRINÁRIOS.....	31
3.1 Métodos para relativização atípica.....	39
4 O REsp 240.712/SP: caso paradigmático.....	42
5.1 O que seria Justiça?: o eterno debate.	52
5.2 O mito do <i>pro societate</i>	60
5.3 A falibilidade do Poder Judiciário e a necessária aceitação desta condição.....	64
(À GUIA DE) CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho pretende realizar uma crítica a respeito da teoria da “relativização atípica da coisa julgada”, inovação dentro dos estudos de processo civil que tem ganhado, ao longo dos últimos vinte anos, certa força. Em breves linhas, a doutrina tem definido (a exemplo de Dinamarco [2001], Theodoro, Faria [2002] e Delgado [2001]) a coisa julgada injusta aquela oriunda de decisões de mérito “ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição” (DELGADO, 2001). Objetivou-se, portanto, detectar as premissas das quais os teóricos partem para defender tal categoria, de indisfarçável ausência de previsão legal – como o próprio adjetivo “atípica” denota.

Para tanto, fez-se necessário realizar levantamento de bibliografia a respeito de definições de coisa julgada dentro da doutrina de processo civil e suas hipóteses de relativização legalmente previstas no sistema jurídico brasileiro, com o fito de gerar melhor compreensão do instituto da *res iudicata*. Postas as premissas que norteiam a definição de coisa julgada, passou-se a analisar o que seria a relativização atípica e por que, para os que a defendem, esta seria consentânea com o sistema jurídico brasileiro.

Não se pretende, contudo, transformar, neste trabalho, a coisa julgada em dogma ou equivalente, por enxergar-se absoluta impropriedade em pretender-se sacralizar o instituto. Permeia todo o trabalho, porém, a noção de que distanciar a coisa julgada da noção de dogma não se confunde, no entanto, com a possibilidade de defender sua relativização fora dos ditames legais. O presente trabalho pretende, portanto, ser voz crítica à chamada “teoria da relativização atípica da coisa julgada”, definida por Didier Junior *et al* (2017, p. 632), como o entendimento doutrinário de que a decisão judicial não se cristaliza quando inquinada por vício de “inconstitucionalidade” ou “injustiça”. Estes vícios permitiriam rescisão/revisão a qualquer tempo, por critérios e modos não previstos em lei.

Sem deixar de reconhecer-se o trabalho daqueles que defendem tal hipótese, impõe-se, aqui, refletir sobre as premissas que sustentam tal teoria, demonstrando-se porque são consideradas equivocadas, máxime à luz das origens desta teoria – como

se verá, fortemente comprometida com um ideário *pro societate* que parece ignorar a própria segurança jurídica – e do distanciamento das discussões afetas à filosofia do direito nas conceituações de justiça usadas pelos escritores de processo civil.

Adotando-se como paradigma a noção de justiça como equidade, defendida por John Rawls, tem-se que a justiça possui o papel de “especificar os direitos e deveres básicos e determinar as partes distributivas apropriadas” (RAWLS, 2002, p. 7). Definir justiça e injustiça é, pois, a própria razão de ser do direito – o direito só pode existir onde há conflito e, portanto, injustiça.

O inconformismo é condição da própria existência humana e a abertura de novos caminhos para a impugnação das decisões judiciais, atípicos, em vez de ampliar a possibilidade de justiça e de apaziguamento de conflitos - função da própria jurisdição -, pode, então, acabar por aumentá-los, ao conceder maior discricionariedade ao julgador e ampliar o ativismo judicial – avesso ao Estado Democrático de Direito.

Cai a lanço, então, destacar que, conforme Calamandrei (1962), a coisa julgada não cria presunção ou ficção de verdade, mas sim a irrevogabilidade jurídica de um comando judicial. Qualquer ausência de certeza psicológica do julgador não será transparecida na decisão, que, por sua vez, se revestirá de certeza jurídica, uma vez prolatada. E não poderia ser de outra forma: a jurisdição é indeclinável. As regras de experiência demonstram que seres humanos guardam, em si, questionamentos sobre as decisões que tomam, por vezes às adiando ou mesmo deixando que o tempo por si decida. Tal faculdade, no entanto, não é dada ao Estado, ainda que formado de homens; a vida em sociedade exige respostas e ao Estado incumbiu dá-las, por meio dos poderes constituídos.

Como toda resposta que se espera de um terceiro, ela poderá não ser do agrado do jurisdicionado; na presença de pretensão a ser resistida, é provável que sempre existam as insatisfações dos litigantes e, insatisfeitos, haverá as partes de cogitar se houve injustiça. Como percebe Miranda (1970, p. 240-1), porém, o Estado não promete a procedência da demanda, a sua infalibilidade ou o reexame constante da decisão judicial. O que é prometido como parte da vida em Estado, até mesmo por conta de seu caráter indeclinável, é a tutela jurisdicional.

A monografia divide-se, então, em cinco principais capítulos, sendo o primeiro destes o levantamento prévio do tratamento dispensado à coisa julgada no Brasil. O segundo capítulo refere-se, então, à detecção dos vícios de existência, nulidade e eficácia da decisão judicial, enquanto o terceiro busca mapear as premissas para a relativização da coisa julgada injusta, com digressão sobre o histórico da difusão da teoria. Esta segunda parte demandou, inclusive, a detecção e sistematização das correntes para a doutrina, já que seus teóricos divergem sobre a localização do vício da coisa julgada. O quarto capítulo, por seu turno, propõe-se a realizar uma análise crítica do REsp nº 240.712/SP, primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça de que se tem notícia que acatou a tese expressamente.

O quinto e último capítulo, concatenando as ideias esboçadas anteriormente, busca tratar de três principais problemas detectados na teoria da relativização atípica da coisa julgada. Para tanto, analisa-se a ausência de critério definido para o próprio conceito de “justiça”, deixando-se, inclusive, de proceder a qualquer diálogo com as construções de teoria da justiça da filosofia do direito, o que redundaria em um casuísmo excessivamente perigoso. Também abordamos a construção de que haveria um interesse da sociedade na relativização atípica, realizando breve comparação com o instituto da revisão criminal, e, por fim, tratamos da condição de falibilidade do Poder Judiciário para demonstrar-se que, na maior parte das ocasiões, a falha de suposta injustiça da decisão judicial redundaria por ser convalidada pela ordem jurídica.

1 COISA JULGADA: UMA CONSTRUÇÃO.

Na teoria geral do processo, cerca-se de mistério a coisa julgada; segundo Moreira (2011, p. 01)

Conforme eloquentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. **Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções.** (grifou-se)

O espanto acima manifestado realmente não é infundado. Há, de fato, uma plethora de trabalhos dedicados a estudar o tema da coisa julgada, imperativo da lei emanada pelo Estado (Chiovenda, 1969), a qual submetemo-nos como parte do contrato social.

Como bem observou Moreira (2011), em “Ainda e Sempre a Coisa Julgada” – sintomático título -, porém, falta também uniformidade a respeito do que é compreendido pelos estudiosos da teoria geral do processo (especificamente, da teoria do processo civil) sobre o que seria a coisa julgada e os efeitos daí decorrentes.

Como consequência, recai-se na genérica definição legal de que a coisa julgada é somente a “decisão judicial contra a qual já não cabe mais recurso” – conceito dado pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro em seu artigo 6º (BRASIL, 1942). Este conceito, se muito embora esquematicamente útil e historicamente relevante, hoje pouco serve a uma doutrina de processo civil de fato compromissada com um Estado Democrático de Direito a serviço de todos os cidadãos.

Com efeito, é necessário enfrentar não só o conceito da irrecorribilidade da decisão, mas encarar, também, que o efeito de autoridade que emana da coisa julgada – sem com ela confundir-se necessariamente – é imperativo do Estado e possui sólidas justificações políticas e jurídicas. Muito embora parte da doutrina pareça

enxergar que a coisa julgada tem recebido tratamento de dogma¹, a coisa julgada não é dogma, e nem poderia sê-lo, na medida em que o dogma não se presta a maiores explicações ou justificações. Não se desconhece que, por algum tempo, trabalhou-se a coisa julgada com base em aforismos como “a coisa julgada transforma branco em preto, quadrado em redondo”. Esta, porém, não é a justificação para a formação do instituto da *res iudicata*; daí porque é importante retomar às suas premissas originárias – justamente para que a coisa julgada com o que ela nunca pretendeu ser.

Daí porque, também, a bem da verdade, parece-nos mais adequada a expressão “caso julgado”, também utilizada na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) – alterado o caso, ou seja, os contornos da relação, tem-se novo caso, nova possibilidade de julgamento, na medida em que estará presente nova causa de pedir. A expressão “coisa julgada”, se muito embora não possa ser tecnicamente vista como incorreta, na medida em que é tradução literal do latim *res iudicata*, parece revestir o instituto de certo caráter de objeto, Santo Graal da jurisdição, o que não deve subsistir, sob pena de que incorra em premissas equivocadas. Nada obstante esta breve consideração, para facilitar a compreensão do leitor parece-nos o melhor caminho adotar a já difundida expressão “coisa julgada”.

1.1 A definição de coisa julgada

Define-se tradicionalmente a coisa julgada como sendo a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso (tendo, pois, ocorrido trânsito em julgado), seja pela força da preclusão temporal, seja pelo esgotamento dos meios de impugnação disponíveis.

Enrico Tullio Liebman (1945, p. 49), por seu turno, define a coisa julgada como a “indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e de seus efeitos”, o que aumentaria a eficácia decorrente de todo e qualquer pronunciamento judicial válido – na medida em que o pronunciamento judicial é, também, ato de Estado. Desta noção discrepam

¹ Neste sentido, podemos, a título de exemplo, citar a obra de Medina Wambier, de 2003, sintomaticamente denominada de “O dogma da coisa julgada”

outros nomes da doutrina do direito processual civil, citando-se como exemplo de Pontes de Miranda (1970, p. 310), para quem não é característica da coisa julgada a imutabilidade de seus efeitos, na medida em que o direito material poderá, posteriormente, alterar os contornos da relação jurídica. O que se reveste de caráter de imutabilidade é, em verdade, a decisão judicial, cujo substrato de direito material poderá, posteriormente, ser alterado conforme se desenvolva a própria relação fática e jurídica entre as partes.

Tão importante quanto a compreensão do que é a coisa julgada é a compreensão de quais são seus limites, objetivos e subjetivos. Pontes de Miranda (1974, p. 157) aponta, inicialmente, o limite temporal da coisa julgada: segundo este, ela fixa um estado da realidade posta nos autos cotejada com a lei em vigor àquele momento, dado a interpretação mais consentânea entre fato e direito na sentença. Como limite espacial da coisa julgada, Miranda (1974) aponta os limites do território estatal, na medida em que a soberania do Estado para impor coisa julgada restringe-se aos seus limites. Quanto ao objeto, limita-se a coisa julgada aos pedidos deduzidos e reconhecidos em sentença, sem, contudo, ter o juiz força para mudar os fatos – daí porque os fatos provados em uma sentença podem considerar-se não provados em outra (MIRANDA, 1974).

Toda sorte, para revestir-se a decisão deste efeito de imutabilidade, optou o legislador pela utilização de um sistema preclusivo (conforme artigos 507 e 473 dos Códigos de Processo Civil de 2015 e 1973, respectivamente), compreendendo-se preclusão como a perda da faculdade processual. A coisa julgada forma-se, então, quando resta preclusa a faculdade de recorrer, seja pela consumação do tempo, seja por terem sido atingidos todos os limites para impugná-la. Outro ponto importante de preclusão no processo é, segundo Chiovenda (1969, p. 372), a estabilização da lide, quando resta preclusa a faculdade de adicionar novos elementos ao litígio, ainda que com a anuência da outra parte. Tratam-se, assim, de dois pontos cruciais para a posterior formação da coisa julgada.

Impõe-se, no entanto e desde logo, distinguir a coisa julgada dos efeitos da sentença; trata-se de confusão contra a qual vozes como Giuseppe Chiovenda e Enrico Liebman, processualistas italianos de grande influência no Brasil a partir da

década de 1940, já se insurgiram; contudo, persistem as confusões doutrinárias a respeito do tema. No dizer de Liebman (1945, p. 15),

Hoje não se fala de coisa julgada senão para usar uma forma elíptica, afim de designar a autoridade da coisa julgada (arts. 1.350 e 1.351 do Cód. Civil Italiano). Ora, essa expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles.

Neste sentido, inclusive, vale rememorar Carnelutti *apud* Liebman (1945, p. 35), para quem a imperatividade e a imutabilidade (no sentido de *indiscutibilidade*) da sentença distinguem-se: a imperatividade da sentença pode dar-se antes mesmo de seu trânsito em julgado, independentemente deste, devendo apenas gozar de legitimidade – como qualquer outro ato estatal dependeria de ser legítimo para ser eficaz (LIEBMAN, 1945). A imutabilidade-indiscutibilidade, por seu turno, decorre do trânsito em julgado, ocasionando, assim, a formação da coisa julgada.

Não nos parece acertada, portanto, a redação dada pelo texto legal de que a coisa julgada se reveste de efeito de imperatividade, tendo “força de lei” nos limites da lide (conforme artigos 287, 468 e 503 dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, respectivamente). A um, porque este efeito é decorrente da própria decisão judicial, do império (expressão aqui utilizada na acepção latina de *imperium*) do Estado, exercido pelo Poder Judiciário. A dois, porque, conforme Miranda (1970, p. 251) a sentença não derroga a lei para as partes; sua força é estatal, mas emana de agente político distinto daquele que produz a lei.

Brevemente distinguidos efeito da sentença e coisa julgada, cumpre notar que a *res iudicata*, no direito romano, assumiu um critério de ordem prática, ainda hoje presente: segundo Chiovenda (1969), sua autoridade faz-se necessária para que a vida social possa fluir de modo mais pacífico e seguro, imprimindo-se certeza à fruição e gozo dos bens da vida outrora postos em juízo. A autoridade da coisa julgada é, ademais, apta a produzir todos os seus efeitos perante àqueles que a ela se sujeitam

(via de regra, as partes do processo, havendo exceções pontuais a esta regra, como a coisa julgada oriunda da ação coletiva).

Trata-se, portanto, de instituto de ordem eminentemente prática, em cuja origem no direito romano buscava-se tão somente a apaziguamento social: o trânsito em julgado tem a capacidade de convalidar os vícios de nulidade da sentença. Moreira (2007) aponta, também, que a atividade do Poder Judiciário seria vã, sem atingir os fins pretendidos, se o resultado ficasse submetido a eternas rediscussões.

A justificação política da coisa julgada é, então, aparentar verdade aos cidadãos estranhos à lide (Chiovenda, 1969, p. 371), mas não encontra na afirmação de uma suposta verdade dos fatos a sua justificativa jurídica. Dentro de tal justificação política, inclusive, vale salientar que também não corresponde à realidade a afirmação de que a coisa julgada possui como limite subjetivo “fazer lei” somente “entre as partes”. Trata-se de visão dotada de carga excessivamente privatista e que ignora por completo a realidade de que submeter um conflito à jurisdição significa admitir se submeter ao império do Estado. De fato, a sentença, segundo Chiovenda (1969), prevalece entre terceiros, obrigados a reconhecer a relação jurídica existente entre A e B decorrente do pronunciamento judicial.

Terceiros não podem ser prejudicados pela coisa julgada – o que não significa que a *res iudicata* não possua qualquer efeito para estes, já que tal compreensão afastaria o imperativo da soberania estatal que do caso julgado decorre. Não discrepa desta compreensão Liebman (1945), segundo quem a sentença produz, sim, efeitos perante terceiros, lhes sendo, contudo, lícito combater-lhes acaso por ela sejam prejudicados.

Conforme Miranda (1974, p. 159), inclusive, no que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, esta atinge somente as partes do processo (MIRANDA, 1974, p. 159) – previsão encapsulada, na legislação processual vigente atualmente, no artigo 506 (“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”). Não há contradição jurídica entre a demanda de A contra B e a de A contra C com resultado que pareça contraditório logicamente e nem o juiz vincula-se. Questão diversa é a dos efeitos reflexos, estes sim aptos a serem produzidos contra terceiros – por exemplo, a sentença contra um devedor que reduz seu patrimônio

líquido atinge, a seu modo, o credor que não integrou a lide, mas juridicamente não lhe prejudica porque não lhe retira o direito de credor (MIRANDA, 1974).

Do ponto de vista jurídico, justifica-se a coisa julgada como imperativo de lei emanado pelo Estado; é dizer, a coisa julgada representa o ápice da função estatal de dizer o direito (*jurisdictio*). Segundo Almedigen *apud* Chiovenda (1969, p. 371), ainda, o fundamento jurídico da coisa julgada

[...] não está na necessidade de segurança jurídica: está na santidade do Estado e na sapiência do seu escol: está na necessidade de venerar nos órgãos de suas leis (os juízes) a própria justiça personificada, a própria **ratio loquens**, que os cidadãos devem reconhecer no Estado como órgão da vida jurídica...

Depreende-se daí, portanto, que a coisa julgada se origina na própria noção de soberania do Estado, sendo também parte fundamental do contrato social – o que importa em, também, segurança jurídica. Ofertar à decisão judicial um manto de certa imutabilidade – relativo, como se verá, sem que tal fira a lei – é, então, renúncia necessária ao bom funcionamento da vida em sociedade.

Em sentido semelhante está Moreira (2007, p. 245), ao afirmar que a garantia da coisa julgada tem caráter irrenunciável: não há validade na declaração do vitorioso de que este admite seja a questão submetida duas vezes à apreciação do Poder Judiciário. Não se desconhece, porém, a possibilidade de transacionar sobre o direito após a formação da coisa julgada. Trata-se, porém, de outra questão: considera-se aqui como garantia irrenunciável a decorrente da própria coisa julgada. Ainda que as partes possam, dentro dos limites da lei, transacionar sobre os direitos que sentença passada em julgado lhes reconhece, não podem acordar desconstituindo a coisa julgada.

De toda sorte, diante das justificações para a coisa julgada, não se poderia, portanto, cogitar de coisa julgada “injusta”; a *res iudicata* não pretende auferir justiça ou injustiça, acerto ou desacerto do magistrado. A pretensão à prestação jurisdicional não se confunde com a pretensão à sentença de procedência. Se o fosse, a jurisdição não poderia ter caráter indeclinável para o Estado (MIRANDA, 1970, p. 240-1), porque

a qualquer um seria possível procurar o Poder Judiciário para albergar demandas com a ausência de qualquer razoabilidade ou substrato fático.

A coisa julgada observa, desde sua origem histórica, tão somente a um critério objetivo: o Estado, provocado, disse o direito, na figura de seus magistrados, aplicável à situação e há um limite para o cabimento da insurgência contra esta decisão. Por esta razão, somente ao direito público poderia pertencer o instituto da coisa julgada (LIEBMAN, 1945); mais que isso: somente à lei é dado pretender atingi-la após sua formação.

De outro lado, é também certo que o sistema não é – e está longe de ser – infalível; assim, os sistemas jurídicos oriundos da tradição de *civil law* tendem a prever meios para impugnar o que é, devido à força da coisa julgada, em tese imutável. Segundo Miranda (1969), surgem os recursos da possibilidade de erro do julgador. Não sendo suficiente o reexame dentro do mesmo processo, instaura-se nova ação – a revisão criminal ou a ação rescisória, a depender se o substrato da coisa julgada consiste em direito material penal ou não.

Com efeito, guarda em si o juiz, agente estatal, sua carga de humanidade; daí porque parece-nos essencial a percepção de Calamandrei (1962), segundo quem, na atividade judicante, a incerteza psicológica do julgador, uma vez proferida a sentença, reveste-se de certeza jurídica. Está na incerteza psicológica a margem de erro – o Poder Judiciário não prometeu, afinal, ser infalível (MIRANDA, 1970) - e é por ela existir que o sistema recursal é imprescindível ao Estado Democrático de Direito – a susceptibilidade ao erro do Judiciário, porque formado por pessoas, é realidade inexorável da qual não se poderá escapar.

Nada obstante qualquer discussão sobre incerteza psicológica do julgador e certeza jurídica do julgado, há uma certa gravidade na desconstituição da coisa julgada, na medida em que esta tem sua razão de ser unicamente na necessidade de revestir de autoridade-imutabilidade o pronunciamento estatal), as hipóteses para tanto são legalmente restritas, com incidência de prazo decadencial para exercício da faculdade. No sistema jurídico brasileiro, o meio de impugnação da coisa julgada é, tradicionalmente, a ação rescisória, com origem histórica também no direito romano, de acordo com Pontes de Miranda (1976, p. 89), conforme se observará adiante.

1.2 Breve histórico da ação rescisória no direito pátrio

A ação rescisória é solução juridicamente prevista há longínquos tempos, originando-se no direito romano; conforme Didier Junior, Braga *et al* (2017), trata-se de síntese de variados meios de impugnação das sentenças desenvolvidos e teorizados ao longo da história da civilização contemporânea.

O instituto pressupõe, no direito brasileiro, tão somente o trânsito em julgado, sem que seja discutida se o autor da rescisória poderia ou não ter interposto mais um recurso, porquanto não se indague negligência da parte interessada – basta que já não se haja mais prazo para recorrer (MIRANDA, 1976). Não há, portanto, interesse de agir em ação rescisória proposta quando inócurre o trânsito em julgado.

Cabe observar que a ação rescisória inaugura nova via processual, na medida em que se exerce novo direito de ação; o recurso, por sua vez, estende a relação jurídica-processual prévia, necessitando apenas questionar-se em que medida devolvem o conhecimento da matéria e se a decisão recorrida é, desde o momento de sua prolação, eficaz (MIRANDA, 1976).

No sistema do direito romano, a primeira das formas de impugnação da decisão judicial foi a *restitutiones*, inicialmente ligada à própria dimensão de rescindibilidade do negócio jurídico, instituto que se prestava a suspender a execução e manter-se o *status quo*. Também se desenvolveram os conceitos de *rescindere*, com efeitos reais e *ex tunc*, e *revocare*, de efeitos pessoais e *ex nunc* (MIRANDA, 1976); embora as duas palavras sejam confundidas e ambas se refiram à possibilidade de desconstituição do ato jurídico (decisão judicial), não representam os mesmos efeitos.

As Ordenações Afonsinas (1446) consolidaram textos legais anteriormente usados no Reino de Portugal, nos quais mencionava-se que seria rescindível a sentença que estivesse manifestadamente contra a forma de direito objetivo (MIRANDA, 1976) – a subjetividade não era, portanto, posta em questão. Nas Ordenações, utilizou-se da distinção entre sentença nula e inexistente já prenunciada pelo direito romano; só está sujeito à rescisão aquilo que existe no universo jurídico. Segundo Pontes de Miranda (1976), ainda, a palavra “revogação”, no sentido dado

pelos romanos à desconstituição-*revocare*, continua a ser registrada, desaparecendo, contudo, nas Ordenações Manuelinas (1513). Vale observar, desde já, que os pressupostos para a propositura da ação rescisória nas Ordenações Afonsinas são, em essência, semelhantes aos utilizados hoje no direito brasileiro.

As Ordenações Manuelinas (1513) e Filipinas (1603) não apresentam modificações substanciais em texto aos aspectos consolidados pelas Afonsinas; surgiram na doutrina, porém, alguns questionamentos, tais quais se a sentença rescindível transitaria em julgado e se estaria sujeita a preclusão. Relata Miranda (1976) que a doutrina da época teria notado, com o transcurso do tempo, que a sentença nula, inexistente, não necessita de rescisão ou revogação: o trânsito em julgado – apto a conceder validade - é condição *sine qua non* para cogitar-se de sua rescindibilidade.

Quanto à preclusão, naqueles sistemas jurídicos tratava-se de faculdade a ser exercida a qualquer tempo, por expressa previsão legal de alegabilidade “a todo tempo”, muito embora parte da doutrina advogasse pela limitação de trinta anos oriunda do direito romano (MIRANDA, 1976).

A legislação brasileira de 1850 (Reg. nº 737), segundo Miranda (1976), possuía grave defeito de ordem técnica, posto que estabelecia que a sentença seria *anulada* por apelação, revista, embargos à execução ou ação rescisória. O texto legislativo reestabeleceu, então, problema que, a seu modo, já houvera sido dirimido: a sentença rescindível não é nula posto que, uma vez passada em julgado, produz efeitos e só os cessa quando do trânsito em julgado da decisão de mérito em ação rescisória.

Em 1890, por seu turno, já durante o Brasil República, o Decreto nº 763 fez surgir duas correntes, que se dividiam entre defender se as Ordenações Filipinas, ao lado do Reg. nº 737, houvera sido parcialmente revogada ou se prosseguia disciplinando, *in totum*, a questão da ação rescisória; o entendimento mais comum nas Cortes fora o primeiro.

Durante o período da República estabeleceu-se, também, o princípio da autodesconstituição das sentenças judiciais (MIRANDA, 1976), segundo o qual a sentença rescindível só o será perante o mesmo órgão de Justiça que a proferiu. Tal noção foi, inclusive, positivada pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de

1946. Diversa, porém, a situação das sentenças nulas ou inexistentes, eis que, por não passarem em julgado, necessitam apenas de declaração de inexistência, feita por qualquer juízo. Estas questões são, inclusive, “indefornáveis” (MIRANDA, 1976, p. 114) pela legislação originária, dada a sua consagração na constituição – repetida também na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 possuem diversas semelhanças no tocante ao tratamento da ação rescisória, registrando-se, contudo, ampliação do rol legal no Código de 1973. O Código de 1939 possuía previsões semelhantes às registradas nos ordenamentos anteriores, na medida em que era rescindível a sentença proferida pelo juiz “peitado, impedido ou incompetente racione material”, por ofender coisa julgada ou contra a disposição literal de lei ou, ainda, baseada em prova declarada como falsa em sentença criminal (BRASIL, 1939), tendo a Lei nº 70/1947, incluído, ainda, a previsão de falsidade comprovada nos próprios autos da ação rescisória (BRASIL, 1947). Curiosamente, havia previsão expressa, no artigo 800, que “a injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória” (BRASIL, 1939). Aplicava-se o prazo de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 178, §10, VIII, do Código Civil de 1916.

O Código de Processo Civil de 1973 ampliou o rol de cabimento da ação rescisória, resgatando algumas previsões legais suprimidas pelo Código de 1939, como a do artigo 485, incisos III e IX, da decisão resultante de dolo da parte vencedora ou de colusão entre as partes e fundada em erro de fato, respectivamente. O prazo decadencial, neste regime, era de dois anos, conforme artigo 495, contados do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida. O Enunciado de Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça, editado em 2009 (BRASIL, 2009), dirimindo controvérsia jurisprudencial a respeito do prazo, previu que o prazo deveria ser contado da última decisão do processo, ainda que esta não fosse de mérito; este entendimento foi posteriormente positivado, no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.

Por seu turno, o Código de Processo Civil de 2015, prevê, então, duas espécies para relativização da coisa julgada, a saber: a já conhecida ação rescisória e a declaração de ineficácia de título executivo decorrente de decisão proferida em controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A ação

declaratória de inexistência² não é, a rigor, meio de relativização da coisa julgada, mormente porque, se eivado de causa para sua inexistência, o ato judicial não transitou em julgado de fato – só ocorre trânsito em julgado do que é juridicamente existente enquanto pronunciamento jurisdicional. A ação anulatória, prevista no artigo 966, §4º, da Lei nº 13.105/2015, refere-se aos “atos de disposição de direito” (como, por exemplo, a transação feita sobre o direito litigioso, a outorga de procuração e substabelecimento, arrematação e adjudicação na execução [THEODORO JUNIOR, 2017, p. 873-4]), não havendo, aí, qualquer cisão do ato decisório em si – daí porque esta ação não prejudica de forma alguma a coisa julgada.

Como inovação no tocante ao tratamento da ação rescisória no Novo Código de Processo Civil, registramos a inclusão da possibilidade de cabimento da *actio rescisória* em violação “manifesta” à norma jurídica – em substituição à anterior disposição, que elencava como requisito a violação “literal”. Há, também, previsão de rescisão em caso de contrariedade a decisão de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. A contagem do prazo, em caso de rescisória fundada em prova nova (artigo 966, VII), é excepcional em relação aos outros incisos, na medida em que será contado a partir da descoberta da nova prova e será de cinco anos, embora as outras hipóteses possuam prazo de apenas dois anos.

1.3 A declaração de inexigibilidade da obrigação fundada em norma inconstitucional: problemas de construção

A declaração de inexigibilidade do título executivo surge pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro no início dos anos 2000, em reforma realizada por meio de medida provisória (!). Trata-se da MP 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (BRASIL,

² Registram-se, na prática forense, diversas denominações para a ação que ataca alguns defeitos no plano de existência da sentença, tais e quais a “ação declaratória de nulidade” – não se declaram nulidades, se decretam nulidades – ou “ação declaratória de inexistência” – nome que compreendemos mais correto. Outra boa saída seria a utilização da expressão latina *querela nullitatis*, na medida em que o instituto visava atacar o juridicamente inexistente. Para o que é nulo, o meio de impugnação é a ação rescisória. Esta temática será abordada um pouco mais demoradamente no capítulo 2 do trabalho.

2001a), que em seu artigo 10 acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 – que tratava dos embargos à execução fundada em sentença para consignar ser inexigível a obrigação fundada em “lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” (BRASIL, 2001a).

Não se poderia deixar de observar que a norma parece padecer de grave vício formal, na medida em que, se muito embora a relevância, não se vislumbra a “urgência” apta a ensejar a sua inclusão no mundo jurídico por meio do instituto da medida provisória.

Tanto não havia urgência que a norma, após seu decaimento por sua não conversão em lei, somente tornou a ser repetida em 2005 – quatro anos depois – quando da edição da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (BRASIL, 2005), que realizou profunda reforma no sistema de execução do processo civil brasileiro, instituindo a figura do cumprimento de sentença nos próprios autos. Esta lei repetiu a previsão do art. 10 da MP 2.180-35/2001, acrescentando-a ao cumprimento de sentença e ao novo capítulo, dedicado aos embargos à execução contra a Fazenda Pública.

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) passa a acrescentar a possibilidade de que esta declaração de inexigibilidade do título fundado em norma posteriormente inconstitucional tivesse seu fundamento não só nas decisões de controle concentrado, mas também de controle difuso (BRASIL, 2015).

A declaração de inexigibilidade do título executivo, contida no art. 525 do Novo Código de Processo Civil, não ataca, em si, a coisa julgada, mas permite sua relativização na medida em que a obrigação contida no título executivo judicial deixa de ser exigível porque fundou-se em norma que, no crivo do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, foi tida por inconstitucional antes mesmo do trânsito em julgado da decisão; trata-se da hipótese do art. 525, §12º, CPC.

Acaso o controle de constitucionalidade ocorra após o trânsito em julgado da decisão exequenda, conforme art. 525, §15º, CPC, no entanto, deverá ocorrer a

propositura de ação rescisória, cujo prazo decadencial será contado a partir do trânsito em julgado da decisão de controle de constitucionalidade.

Neste sentido, andou bem Moreira (2011) ao distinguir a coisa julgada (*res iudicata*) da autoridade de coisa julgada (*autorictas res iudicata*) e da eficácia do pronunciamento judicial. A coisa julgada forma-se, segundo o autor, com o esgotamento – preclusão – dos meios de recurso, enquanto a sua autoridade advém da imutabilidade que acompanha o recurso. A eficácia, por seu turno, subordina-se, por vezes, ao trânsito em julgado, havendo hipóteses legais nas quais sua eficácia pode ser antecipada; no caso do art. 525, §12º e §15º, porém, a eficácia é perdida **após**, sem que seja atacada a existência ou a validade.

A solução, embora não perfeitamente adequada em nosso sentir, parece minimamente consentânea com o sistema jurídico brasileiro na medida em que a declaração de inconstitucionalidade, realizada por conduto do controle concentrado de constitucionalidade, possui efeitos *ex tunc* – ou seja, retroativos. De outro lado, não se negam que, enquanto não declarada a inconstitucionalidade, a decisão lastreada em lei inconstitucional produz efeitos – até mesmo porque, como já dito, o pronunciamento judicial reveste-se de autoridade imediata. Daí porque, uma vez admitida qualquer possibilidade de declaração de inexigibilidade de um título judicial, parece-nos acertada a opção legislativa pela modulação dos efeitos da coisa julgada baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional.

A questão mais problemática neste instituto é que ele parece ignorar um dos pilares da noção de coisa julgada, que é o fato de que o resultado da lide reflete a situação jurídica à época da solução da lide. Mesmo nas relações jurídicas de trato continuado, a coisa julgada não impede a modificação posterior do substrato fático ou legal daquela relação, o que poderá ensejar nova lide sem que haja, aí, qualquer ofensa à coisa julgada³. Esta é, inclusive, a previsão do artigo 505, I, do Código de Processo Civil de 2015.

³ Neste ponto, inclusive, destacamos entender não ser da melhor redação legislativa possível a compreensão expressa no artigo 15 da Lei nº 5.478/1968 (Lei de Alimentos) segundo a qual a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado. Ora, se a revisitação do tema dos alimentos só é possível em caso de modificação da situação financeira das partes, a decisão transita em julgado, porque a lide conterà novo substrato

Outro ponto importante para uma compreensão crítica decorre do próprio tamanho da Constituição brasileira, que conta com 250 artigos, mais os 114 referentes ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – que, a julgar pelo constante exercício do Poder Constituinte derivado, hoje pouco possuem de efetivamente transitórias. Em uma constituição tão extensa, que versa sobre tantas temáticas, qualquer coisa poderá ser arguída como inconstitucional, inclusive matérias não atinentes às garantias fundamentais do cidadão ou à organização do Estado – estas, sim, indubitavelmente merecedoras da proteção que (em tese) gozam.

Toda sorte, mesmo esta hipótese de inconstitucionalidade da norma que lastreia a decisão judicial encontra no sistema jurídico brasileiro impõe limite e sujeição a prazo decadencial (peremptório, fatal, sem interrupção e sem suspensão) até mesmo para a relativização da decisão judicial que contraria a Constituição, uma das mais graves ofensas à ordem jurídica. A construção, ainda que receba, imerecidamente ou não, críticas dogmáticas, possui previsão legal: o que se cogitar, então, da relativização atípica da coisa julgada, na medida em que o próprio nome adotado pela doutrina denota a não previsão em lei?

fático e/ou legal – ou seja, novo pedido e nova causa de pedir. No mesmo sentido, destaca-se Neves (2018) e Didier Junior *et al* (2017).

2 BREVES E NECESSÁRIAS ANOTAÇÕES SOBRE AS TEORIAS DE INEXISTÊNCIA, INVALIDADE E INEFICÁCIA DA SENTENÇA

Para uma melhor compreensão das premissas das quais partiremos para analisar a teoria da “relativização atípica da coisa julgada”, faz-se necessário observar, também, que a sentença pode estar eivada de vícios, convalidados ou não pelo trânsito em julgado, atacáveis ou não por conduto da ação rescisória. Neste sentido, importa perceber que o problema da coisa julgada via de regra não está, em si, na coisa julgada, mas na decisão judicial.

A coisa julgada é atributo de imutabilidade da sentença contra a qual já não cabe mais recurso (LIEBMAN, 1945). Se vício de *injustiça* há, está no conteúdo da decisão judicial, não na coisa julgada que se formou, assim como, se vício de *injustiça* há em um direito adquirido, este está contido no teor do próprio direito, não em sua aquisição.

O ato juridicamente inexistente é aquele que não possui certos requisitos, tidos pela lei como essenciais à sua formação (SOUZA, 2016); Mello (2007) aponta que, na falta deste elemento, não se materializa o suporte fático⁴ que permitiria a entrada do fato no mundo jurídico. Conforme Passos (2002), o ato juridicamente inexistente não produz efeitos não porque a lei assim decidiu, mas porque, no universo jurídico, ele simplesmente não existe; não possui, portanto, potência para produzir efeitos jurídicos. Isto distingue-se de existir no mundo material ou ter uma certa eficácia prática. Por exemplo, a “sentença” relativa à lide não instaurada não existe juridicamente, o que não significa que não exista, no mundo material, não haja um pedaço de papel, assinado ou não por um juiz, que contém um texto que se denominou “sentença” ou que, munido deste papel, alguém tentará executar esta “decisão judicial”.

⁴ Para conceituar suporte fático, recorreremos ao próprio Mello (2007, p.41): Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (= ocorram) no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos.

De acordo com o atual Código de Processo Civil, são requisitos da sentença o relatório (síntese da demanda)⁵, a fundamentação (razões de decidir, ou seja, fundamentos de fato e de direito) e o dispositivo (síntese da decisão) – em previsão semelhante ao registrado nos Códigos de 1973 e 1939. Embora parte da doutrina compreenda que há apenas nulidade na sentença que falte tais requisitos, a legislação é expressa ao expor os três itens como da forma da sentença, razão pela qual compreendemos que, ausentes, dão causa à inexistência e a suposta “decisão” será apenas um fato material, inapto a produzir verdadeiros efeitos jurídicos. A sentença proferida em relação processual não instalada (por exemplo, por ausência de citação ou por incapacidade de ser parte) também não é sentença, bem como a “sentença” proferida por quem não é juiz (PASSOS, 2002). Inexistindo sentença, não haverá coisa julgada – o inexistente não passa em julgado, pelo só fato de não existir enquanto ato jurídico.

Neste sentido, inclusive, sinalizamos parecer-nos de má técnica a denominação comumente encontrada na jurisprudência de “ação anulatória”⁶ para atacar a sentença juridicamente inexistente. A confusão provavelmente advém do termo latino *querela nullitatis*, sendo certo que, em latim, *nullus* equivale a inexistente (MIRANDA, 1976). Em nosso regime, porém, inexistência não se confunde com nulidade. Se, por exemplo, a citação não ocorreu, a relação jurídica não se formou e, por isso, não há processo e não há sentença.

Assim sendo, em nosso sentir, a coisa julgada inexistirá, portanto, em duas principais situações. A primeira delas é a própria incorrência de decisão judicial, por ausência dos caracteres da essência do ato – aqui compreendidos como a declaração judicial, a forma de sentença, o agente estatal (jugador investido pelo Estado) e o objeto (resolução do litígio). A segunda dessas circunstâncias é a própria ausência do requisito do trânsito em julgado – ou seja, a preclusão para recorrer, seja por esgotamento das vias, seja pela perda do prazo recursal previsto em lei. A existência

⁵ Neste particular, vale destacar que a Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) dispensa o relatório como requisito da sentença.

⁶ A ação anulatória prevista no Código de Processo Civil visa atacar outras espécies de atos. Para breves comentários sobre esta ação, remetemos ao tópico 1.2 do trabalho.

de relação jurídica de trato continuado não dá azo à não formação de coisa julgada e compreendemos que esta ocorra nessa espécie de relação⁷.

Em tese, nenhuma atitude é necessária para desconstituir o que não existe, porque o que não existe não precisa ser desconstituído. Pode a inexistência jurídica ser, então, declarada *ex officio*, por meio da ação declaratória de inexistência, na via recursal, incidentalmente, por mandado de segurança ou *habeas corpus*⁸, a qualquer tempo ou grau de jurisdição (SOUZA, 2016).

Há, porém, a questão da eficácia prática a ser considerada. Conforme Miranda (1955), o poder poderá ser jurídico – efeito de fato jurídico - ou fático – derivado do arbítrio. Ora, a sentença poderá ser inexistente juridicamente, mas, na realidade dos fatos, absolutamente nada impedirá alguém de tentar executá-la; este poder não é jurídico, é fático, oriundo do antijurídico (SOUZA, 2016)⁹. Cabe, então, ao jurídico declarar sua impossibilidade de exequibilidade, pelo só fato de não existir na dimensão da juridicidade.

No tocante à invalidade da sentença, esta ocorrerá uma vez que, presentes os requisitos para a existência, estes encontrem-se inquinados de algum vício ou estejam ausentes os elementos complementares (SOUZA, 2016). Pressuposto da invalidade

⁷ Conforme tópico 1.3 deste trabalho.

⁸ O *habeas corpus* visa proteger a liberdade de locomoção, que poderá ser restringida não só pela prisão. A única previsão de prisão civil é a do devedor de alimentos, conforme a Constituição Federal, tendo o Enunciado de Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal afastado a possibilidade de prisão do depositário infiel.

⁹ Tomemos por exemplo a (não se pode deixar de notar, infeliz) decisão, da lavra do Doutor Djalma Moreira Gomes Júnior, da 2ª Vara de Mococa/SP, que deferiu tutela antecipada, em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, para compelir o Município de Mococa a realizar laqueadura tubária compulsória em mulher hipossuficiente, dependente química, posteriormente confirmada por sentença e cassada por acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2018). Diversos são os problemas deste feito, destacando-se, entre eles, a ausência de qualquer fundamentação para a decisão – o que tornaria a sentença inexistente juridicamente – ou mesmo a não nomeação de defensor público ou dativo para a mulher que sofreria as consequências da esterilização compulsória – o que também tornaria o processo juridicamente inexistente, por não perfectibilização da relação processual, dado o caráter inquestionavelmente indisponível do direito. Nada obstante quaisquer formulações jurídicas e a interposição de recurso pelo Município de Mococa, nenhuma delas pôde, de fato, impedir a consumação da triste realidade, que somente podemos entender que nada tem de jurídica, mas sim de arbítrio estatal: a mulher foi submetida à laqueadura, com fortes indícios de seu não consentimento quanto ao procedimento.

da decisão judicial é, então, a existência desta (PASSOS, 2002, p. 128), ou seja, a concretização do suporte fático (MELLO, 2008, p. 4). A deficiência do suporte fático, por falta de elemento complementar ou por imperfeição de um de seus elementos atinge o plano da validade ou da eficácia, conforme for a previsão legal (MELLO, 2007); conforme Miranda (1955, p. 88), “entrou no mundo do direito sem poder entrar”.

Cabe anotar que a invalidade do ato impõe a ele a pena de nulidade, dependendo, porém, de sua decretação para produzir efeitos – seja por meio da arguição das partes, seja por sua decretação de ofício (SOUZA, 2016, p. 510) – e da demonstração do prejuízo – valerá neste particular o princípio do não há nulidade sem prejuízo (PASSOS, 2002).

Toda nulidade, no entanto, pode ser convalidada na sistemática do direito processual civil, seja pela prática de ato que a supra, seja pelo decurso do tempo, justamente devido ao advento da coisa julgada, que impõe o efeito de imutabilidade da sentença. Não pode ser transposta à sistemática do direito processual, portanto, a previsão do artigo 169 do Código Civil, segundo o qual o negócio jurídico eivado de nulidade absoluta não se convalida e não pode ser confirmado – somente convertido, conforme o artigo 170 do Código Civil. Dada a existência do sistema de preclusões, o vício convalida, podendo, se previsto em lei, ser possível o ajuizamento da ação rescisória dentro do prazo decadencial (SOUZA, 2016).

Algumas preclusões, *de lege lata*, operam-se dentro do curso do processo, como a arguição da incompetência relativa e da existência de convenção de arbitragem, que depende de provocação da parte em contestação – trata-se de matéria de exceção -, conforme artigo 337, incisos II e X, §5º e §6º, do Código de Processo Civil. Outras, por seu turno, podem ser arguídas a qualquer tempo no curso do processo, agindo o trânsito em julgado, no entanto, como posterior mecanismo de convalidação. Para atacar tal vício da sentença, far-se-á necessário o ajuizamento de ação rescisória somente se a hipótese se encaixar também no rol legal de cabimento, sujeita a prazo decadencial.

Por fim, a eficácia é compreendida como a “irradiação do fato jurídico” (MIRANDA, 1955, p. 3); a ineficácia é ausência de potência para produzir efeitos. No

caso da sentença ineficaz, existirá¹⁰, mas não consegue produzir os efeitos que pretendia quando prolatada. Há, então, uma situação jurídica ou de fato que impede a produção destes efeitos; assim sucede com as sentenças não publicada, sujeita a apreciação de recurso com efeito suspensivo ou que condena em pagamento de quantia certa com a insolvência do devedor exurgindo no curso do cumprimento de sentença (SOUZA, 2016).

¹⁰ Mas não será necessariamente válida, conforme Mello (2007, p. 102), na medida em que não há correlação absoluta entre os planos da validade e da eficácia. O nulo, por exemplo, pode findar por produzir efeitos até ter sua nulidade decretada; assim sucede com a sentença nula prolatada por juízo absolutamente incompetente, por exemplo.

3 A COISA JULGADA INJUSTA: NOVOS PARADIGMAS DOUTRINÁRIOS.

Nada obstante as justificações para a existência da coisa julgada, com qualidade de autoridade-imutabilidade, parte da doutrina processualística brasileira tem advogado a existência de hipótese de relativização atípica da coisa julgada, que se daria quando esta for “injusta”; citam-se, como exemplos, autores de renome como José Augusto Delgado, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro (DIDIER JUNIOR, 2017), e, ainda, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.

Neves (2018) identifica duas atípicas formas para a relativização da coisa julgada, a saber: a relativização da coisa julgada inconstitucional e a relativização da coisa julgada injusta. A primeira corrente refere-se à possibilidade de afastamento de decisões de mérito baseadas em norma posteriormente considerada inconstitucional, enquanto a segunda refere-se às sentenças que produziriam “extrema injustiça, em afronta clara e inaceitável a valores constitucionais essenciais ao Estado democrático de direito” (NEVES, 2018, p. 897). O mero erro, por seu turno não daria azo à relativização atípica porque a segurança jurídica se sobrepõe à justiça da decisão, não restando claro, contudo, o que seria “mero erro” (NEVES, 2018, p. 902) – trata-se de conceito tão amplo quanto o de justiça.

A primeira corrente, como se verá adiante, ganhou certo respaldo legal, na medida em que o Código de Processo Civil de 2015 incorporou a previsão de seu anterior, incluída por reformas, de declaração de inexigibilidade de título, já relatadas acima. A segunda corrente tem, no entanto, encontrado mais dificuldades para se firmar dentro do sistema positivo, muito embora tenha crescido na doutrina. Ao consagrar expressamente uma teoria de declaração de inexigibilidade do título executivo lastreado em norma inconstitucional, impondo prazo para rescisão, no artigo 525 do NCPC, a bem da verdade é possível até mesmo cogitar que a teoria foi rechaçada pelo legislador, na medida em que este prossegue fazendo opções por prazos decadenciais para a desconstituição do caso julgado.

Na definição de um dos principais doutrinadores sobre a relativização da coisa julgada injusta, compreende-se a categoria “coisa julgada injusta” como aquela

oriunda de decisões de mérito “ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição” (DELGADO, 2001). Por ofender a ordem jurídica, uma decisão enquadrada nesta hipótese a segurança jurídica não deveria prevalecer, a fim de “prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições” (DELGADO, 2001).

Contrapõe-se, porém, o posicionamento de Moreira (2007), para quem não corresponde à realidade do sistema jurídico a proposição de que não se poderiam eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas (THEODORO JUNIOR *apud* MOREIRA, 2007). A opção brasileira é, em verdade, a de evitar, fazendo-se ressalvas expressas e tidas como razoáveis pelo próprio legislador, novas cogitações a respeito da justiça ou injustiça. Prossegue o autor aduzindo, ainda, que, acaso um ou outro caso conduzam à “eternização de alguma injustiça, esse é o preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores” (MOREIRA, 2007, p. 247).

No mesmo sentido, inclusive, está Miranda (1976, p. 648), para quem a técnica legislativa escolhe o recurso para que não se forme coisa julgada e a ação rescisória para a coisa julgada porque compreende que algumas situações necessitam de prazos maiores para impugnação, mesmo que já não haja mais a possibilidade de recurso. A legislação não opta, contudo, por deixar a incerteza pairar sobre a decisão judicial por longo ou indefinido tempo.

Não se pode ignorar que a “injustiça” repulsa o homem médio. Por outro lado, também não é dado olvidar-se que a justiça é, em si, relativa – porque dota-se de uma carga subjetiva -, ou que o próprio sistema, ao adotar uma limitação para a faculdade de recorrer ou optar por prazos decadenciais para o ajuizamento da ação rescisória, opta, em dado ponto, pelo valor *segurança* em contraposição ao valor *justiça*.

Conforme leciona Didier Junior *et al* (2017), a tese da relativização atípica da coisa julgada injusta foi primeiramente defendida por José Augusto Delgado, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de análise de casos concretos nos quais entendia por necessária a revisão da “carga imperativa da coisa julgada” (DIDIER JUNIOR *et al*, 2017, p. 632) em situações nas quais se distancia o comando judicial da moralidade, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade ou com a própria realidade dos fatos.

Trata-se, porém, de histórico inadequado à questão. O primeiro esforço rastreado no sentido de teorizar a relativização atípica da coisa julgada injusta foi, em verdade, o empreendido por Humberto Theodoro Junior. Este autor sinaliza ter trazido, também, a noção em parecer apresentado à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP), que resultou em acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça – tratava-se do Recurso Especial nº 240.712/SP (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2002). Trechos desse parecer estão, inclusive, contidos no artigo de Delgado (2001). O julgamento despertou, de fato, atenção dentro da doutrina de processo civil brasileira, **para o tema**, tendo Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria escrito sobre a temática em 2002, referenciando-se ao parecer feito para a PGE-SP, e Cândido Rangel Dinamarco feito o mesmo ainda em 2001, reportando-se ao julgamento do Recurso Especial nº 240.712/SP, da relatoria de José Augusto Delgado.

De toda sorte, um dos primeiros esforços acadêmicos para sistematizar o tema é, de fato, o de José Augusto Delgado (2001, p. 22). Em artigo escrito em 2001, este autor sinalizou que o sistema deve preocupar-se com a questão da coisa julgada instaurada nas sentenças “injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais”.

Nestes primeiros trabalhos não se registra, contudo, um esforço consistente para definir objetivamente quais critérios para enquadrar-se uma decisão judicial nestas adjetivações. Delgado (2001), em seu primeiro texto acadêmico sobre o tema, baseado em sua experiência enquanto juiz de direito e ministro do Superior Tribunal de Justiça, apresenta, de fato, uma lista, não exaustiva, que, em nosso sentir, não se sustenta. Conforme Moreira (2007, p. 254-5),

Ao que tudo faz crer, cabe aditar, os meios de controle previstos no ordenamento positivo são suficientes para atingir o fim visado. Os exemplos (confessadamente excepcionais) que se costumam invocar para fundamentar a proposta de “relativização” ou tem sabor meramente acadêmico, ou não permitem juízo seguro, pela sumariedade dos dados que se ministram; conhecimento mais profundo das espécies poderia talvez revelar a possibilidade de dar remédio adequado à situação sem infringir o ordenamento positivo.

O rol trazido por Delgado (2001) tem, portanto, um certo sabor de “argumentação *ad terrorem*” (MOREIRA, 2007, p. 254), o que, sinalizamos com respeito, não consideramos razoável¹¹. Muito se cogita, mas, na realidade prática, a possibilidade de que alguns dos exemplos dados possam a vir a de fato serem uma sentença exarada pelo Poder Judiciário e confirmada em grau de recurso é, a bem da verdade, remota¹². Outros exemplos, no entanto, demonstrados em linhas resumidas, parecem comportar um tratamento já dentro do previsto pela lei. Hipóteses distintas merecem tratamentos distintos – não se poderia cogitar que a decisão que condena a dar um pedaço da própria carne (exemplo contido em Dinamarca [2001] e Delgado [2001]) possa receber o mesmo valor da sentença proferida com base em prova falsa, porque o bem da vida ofendido por uma decisão que obriga ao pedaço da carne é a integridade física – direito humano. Problemas jurídicos diferentes merecem, afinal, soluções jurídicas diferentes.

São trazidos por Delgado (2001) exemplos de sentença “injustas” que, em verdade, já são admitidas pelo sistema jurídico desde as Ordenações Afonsinas (1446) como passíveis de rescisão, a exemplo da decisão baseada em fato falso ou em testemunho feito sob perjúrio. Cita, também, o autor diversos exemplos de sentença que seriam injustas e contrárias à Constituição; observa-se, porém, que,

¹¹ Melhor qualificação merecem as hipóteses levantadas por Wambier, Medina (2003), que trazem como exemplos passíveis de relativização a qualquer tempo a coisa julgada em ofensa à coisa julgada e a de “pedido não feito e decidido; pedido feito e não decidido” (WAMBIER, MEDINA, 2003, p. 78). Registramos, por isso mesmo, a existência de controvérsia doutrinária, não abordada neste trabalho, quanto à sentença dada em ofensa à coisa julgada, embora esta seja, por lei, passível somente de ação rescisória. Embora as conclusões alcançadas por estes autores possam ser discutíveis, inegavelmente os exemplos possuem maior razoabilidade.

¹² Por imperativo de honestidade intelectual, notamos que a sentença citada no capítulo 2, da lavra de Djalma Moreira Gomes Júnior, da 2ª Vara de Mococa/SP, posteriormente cassada por acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2018), parece, infelizmente, ser oriunda de um desses róis que Moreira (2007, p. 254) denominou de “argumentação *ad terrorem*”. Como já esboçamos, porém, o caso, em nosso sentir, merece tratamento distinto do dado pela “teoria da relativização atípica da coisa julgada” acaso não mais houvesse prazo para recorrer e, a bem da verdade, interposto recurso, não foi confirmada a sentença pelo órgão colegiado.

igualmente desde as Ordenações Manuelinas (1446), a decisão que viole “direito expreso” (MIRANDA, 1976, p. 101) é rescindível.

Um outro exemplo trazido por Dinamarco (2001) e Delgado (2001) é o caso da ação de paternidade que declara inexistência do vínculo movida antes da popularização de exames de DNA. A hipótese é, porém, de coisa julgada *secundum eventum probationis* (ou seja, julgamento primeiro que se dá por insuficiência de provas, não porque estas apontem cabalmente em sentido contrário), conforme entendimento consolidado do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF¹³, relatado pelo Min. Dias Toffoli (DIDIER JUNIOR, BRAGA *et al*, 2017). Ou seja, se a demanda é julgada improcedente por insuficiência em razão da falta de provas disponíveis à época¹⁴, a possibilidade de

¹³ Confira-se a ementa do julgamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (BRASIL, 2011)

¹⁴ Se as provas da época apontassem a improcedência, atualmente poderia arguir-se o cabimento da ação rescisória, com as modificações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à prova nova, conforme tópico 1.2 do trabalho. Antes da modificação legislativa a doutrina e a jurisprudência já passavam a acolher o entendimento pela pertinência da rescisória; neste sentido, registramos Wambier, Medina (2003, p. 199-202).

repropositura após o novo conjunto probatório. Não seria possível, no entanto, repropor tal demanda caso meio técnico científico tenha sido, à época, válido para excluir a possibilidade da paternidade – conforme julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 929.773/RS¹⁵, relatado pela Min. Maria Isabel Galloti).

Outros exemplos dados por Delgado (2001) também não possuem melhor sorte e acabam por demonstrar que o critério da injustiça e do desatendimento à moralidade é, em verdade, um meio frágil por representar cláusula demasiadamente aberta.

Citamos, como exemplo, a alínea “ff” (DELGADO, 2001, p. 25), na qual seria uma sentença “injusta” e contrária aos preceitos constitucionais aquela que reconheça o casamento de homem com outro homem ou de mulher com outra mulher. Se, anos atrás, as uniões estáveis e casamentos homoafetivos não eram possíveis, hoje o são; é, também, certo que, se antes eram “injustos” ou “contrários à moral”, hoje encontram chancela até mesmo no Supremo Tribunal Federal, após a ADPF 132.

A moral e a justiça são, como se pode perceber, cláusulas extremamente abertas e, porque abertas, rapidamente mutáveis. Não se passaram sequer vinte anos desde a publicação do texto de Delgado, que não hesitou em reputar o casamento homoafetivo por contrário à moral constitucional, e, desde então, o STF, a quem incumbe – ao menos em tese – a guarda da Constituição, já considerou que proibi-lo, sim, é contrário ao preceito constitucional de igualdade.

Além disso, paradoxalmente, a própria legalidade – sendo a ausência desta razão para que parte da doutrina aceite a relativização da atípica da coisa julgada -, prevê, desde o direito romano (!), óbice para a relativização atípica, porquanto a violação manifesta à ordem jurídica seja hipótese da ação rescisória; no direito

15 Confira-se a ementa do julgamento:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPROCEDÊNCIA DE DEMANDA ANTERIOR. COISA JULGADA. SUPERVENIÊNCIA DE NOVOS MEIOS DE PROVA. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça já assentou a impossibilidade de se renovar a investigação de paternidade em virtude do advento do exame de DNA, afastando a coisa julgada formada em processo anterior, no qual não houve o reconhecimento da alegada paternidade. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2012)

brasileiro atual, trata-se de prazo decadencial de dois anos. Tem-se, pois, certa teratologia: em nome da legalidade, propõe-se ferir a própria legalidade.

Impõe-se, então, outra questão, relevante para o deslinde da controvérsia: qual o parâmetro que determina a justiça? Os critérios indeterminados abertos que a doutrina processualista tem usado (citando-se como exemplo Delgado [2001]), não satisfazem a questão. Cite-se, *ipsi litteris*, a inquietação de Fredie Didier Junior *et al* (2017, p. 634):

[...] as concepções de relativização atípica da coisa julgada são perigosas. Defendem uma prevalência do “justo”, mas não defendem o que seria o “justo”. Partem de uma **noção de justiça, como senso comum captado por qualquer cidadão médio**. (grifou-se)

A evolução histórica e o próprio sistema jurídico cuidaram de estabelecer as hipóteses para desconstituir a coisa julgada – ou para declarar que esta nunca existiu. Portanto, a menos que se estude o que é justiça e se defina porque a injustiça é razão para inexistência – enveredando-se, assim, por discussão de cunho jusfilosófico -, não há sequer maneira de avançar no debate sem apelar-se para o panprincipiologismo – compreendido aqui como uso demasiado de “standarts argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito” (STRECK, 2012).

A discussão da possibilidade de relativização da coisa julgada atípica só pode prosperar, portanto, dentro da reflexão do conceito de justiça, sem a utilização de conceitos abertos e de princípios sem densificação teórica, e da revisitação da doutrina de processo civil, de forma a evitar partir-se de pressupostos que não se coadunam com os efetivamente discutidos ao longo da história do processo civil. Muito embora se possa ponderar que as soluções ofertadas pelo sistema jurídico brasileiro necessitam de aperfeiçoamento, estas parecem conseguir resolver a maioria dos casos – do contrário, poder-se-ia considerar que vivemos em um sistema no qual a insegurança jurídica é, paradoxalmente, regra.

A quem serve a relativização atípica, então? Dinamarco (2001), inclusive, embora se mostre favorável à possibilidade de relativização da coisa julgada injusta, alerta para a existência de construções que tem buscado soluções benéficas ao Estado – posto que a discussão sobre o tema surgiu, no âmbito dos Tribunais Superiores, em teses provocadas pelos entes estatais – sem considerar os outros sujeitos processuais ou indivíduos que tem, igualmente, seus direitos suprimidos pela regra da coisa julgada.

Souza (2016), sem adentrar na defesa da construção teórica de “relativização da coisa julgada”, sustenta que, em casos excepcionais, poderia partir-se de uma pergunta, que consistiria questionar-se a qual interesse serve a manutenção da autoridade da coisa julgada, podendo, então, ser revisada a qualquer tempo, perdido os prazos para impugnação já previstos em lei.. Cita, para sustentar tal exemplo, a revisão criminal, que somente se opera em favor do acusado, visando a preservação do direito fundamental à liberdade, entre outros direitos humanos. Trata-se, em nosso sentir, de parâmetro razoável, a ser tratado mais adiante, mas que, infelizmente, não parecem permear as construções teóricas a respeito da “relativização da coisa julgada” formuladas nos últimos vinte anos em território brasileiro.

A coisa julgada carrega, em si, caráter de garantia fundamental à subsistência do Estado Democrático de Direito. Qualquer possibilidade de refletir sobre uma possibilidade de relativizar a decisão judicial transitada em julgado por suposta injustiça deve, então, ter compromisso com reflexões teóricas sobre a justiça. Só se pode compreender a legitimidade da relativização atípica da categoria da coisa julgada injusta a partir de uma ótica que abandone o conceito aberto e trabalhe com paradigmas de justiça. Não é, infelizmente, o esforço que se tem registrado na doutrina processualística brasileira, que, além de parecer esquecer a reflexão doutrinária, parece olvidar-se, também, que, para muito dos problemas que aponta como ensejadores de relativização atípica, o próprio sistema jurídico já tem, há muito, apontado soluções.

Atentam Didier Junior *et al* (2017), ainda, que a própria característica do direito litigioso o torna susceptível à que o sucumbente no processo meramente alegue que a sentença é injusta, desproporcional e inconstitucional, fazendo com que a discussão do bem da vida protele-se pelo tempo. Considerando-se que, por força de regra

constitucional, o processo deverá ter duração razoável, permitir a impugnação *ad aeternum* parece, também, ir contra o sistema jurídico.

3.1 Métodos para relativização atípica

Enunciadas as hipóteses legalmente previstas para relativização/desconstituição da coisa julgada, cumpre tecer breves comentários sobre os meios de relativização “atípica” da “coisa julgada”, defendidos especialmente pelos doutrinadores que compreendem pela existência da categoria “coisa julgada injusta”. Conforme Moreira *apud* Didier Junior *et al* (2017), a coisa julgada, em si, já é, em certa medida, relativa, na medida em que a existência de meios típicos para impugná-los denota que o valor não é de todo absoluto. Não há, portanto, qualquer novidade na relativização da coisa julgada (SOUZA, 2016).

Segundo Neves (2018), as correntes de pensamento quanto à relativização da coisa julgada injusta dividem-se em duas principais. A primeira delas compreende pela inexistência de coisa julgada material nas hipóteses nas quais houver “extrema injustiça inconstitucional da sentença” (NEVES, 2018, p. 902). Inexistindo coisa julgada, forçoso concluir que sequer há relativização, mas mera necessidade de declaração de inexistência desta. Questão diversa, contudo, é a relativa à localização do vício da sentença, na medida em que coisa julgada e decisão judicial não se confundem¹⁶. Neves (2018) observa, assim, dentro da desta corrente, divergências sobre qual seria o plano do vício¹⁷ e, conseqüentemente, a melhor forma de atacá-lo.

Conforme Moreira (2007), quem sustenta a inocorrência de coisa julgada só poderá rejeitar o cabimento da ação rescisória. Em tal sentido encontram-se Wambier,

¹⁶ Ademais, como esboçado no capítulo 2, compreendemos que o suposto vício de injustiça só pode advir da própria decisão judicial, e não da coisa julgada em si.

¹⁷ Registramos, ao tempo em que pedimos vênias para discordar, a imprecisão na qual este autor recai, ao consignar que inexistindo coisa julgada, somente caberá, em vez de relativizar a coisa julgada, “declarar sua ineficácia, nulidade ou inexistência” (NEVES, 2018, p. 903). Ora, se inexistente coisa julgada, decerto que esta é inválida e ineficaz, precisamente porque o substrato fático não se concretiza. Ademais, como já repisado, nulidades não se declaram, se decretam.

Medina (2003, p. 36): faltando a “possibilidade jurídica do pedido” – compreendida na sistemática do trabalho dos dois autores como condição da ação¹⁸ - a decisão será reputada por juridicamente inexistente. Se o vício se encontrar no plano da existência desafia, então, a ação declaratória de inexistência - sendo esta ação meramente declaratória, de caráter imprescritível.

Theodoro Junior, Faria (2002) situam o vício desta decisão judicial, supostamente injusta porque inconstitucional, no plano da validade; a sentença seria nula de pleno direito, não formaria coisa julgada e, dentro desta linha de raciocínio, não se sujeitaria a prazos para impugnação, havendo, aí, apenas aparência de coisa julgada – se dispensaria até mesmo o uso da ação rescisória. Em nosso sentir, porém, se o substrato fático para a formação da coisa julgada consiste em presença de decisão judicial e a ocorrência do decurso de prazo para recorrer, parece-nos que a única maneira de defender a inexistência de coisa julgada por suposto vício de injustiça é a de situar o problema no plano de existência da própria sentença.

Apontam, ainda, que em um sistema de nulidades os atos judiciais nulos independeriam de prazo para a eliminação do vício (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2002), o que, pedimos vênia para observar, também nos parece desconforme com a melhor aplicação da teoria das nulidades no processo civil, na medida em que o sistema de preclusões fatalmente faz convalidar o vício do plano da validade¹⁹ - ou não haveria qualquer razão de ser na criação de um sistema de preclusões.

Dinamarco (2001), no dizer de Neves (2018), situa a questão da suposta injustiça da coisa julgada em seu plano da eficácia, aduzindo que a sentença que pretenda ditar o juridicamente impossível não consegue se impor ao sistema jurídico; a produção de efeitos é apenas aparente (DINAMARCO, 2001)²⁰. Propõe Dinamarco (2001), então, três possibilidades: repositura da demanda, desconsiderando-se a

¹⁸ A figura da “possibilidade jurídica do pedido”, inclusive, conquanto ausente do Código de Processo Civil de 2015, era previsão do Código de 1973, conforme artigo 267, inciso VI.

¹⁹ Ver capítulo 2.

²⁰ Em nosso sentir, porém, também não nos parece a solução mais adequada; só se poderia admitir que a decisão judicial não é dotada de imperatividade se admitir-se que ela apenas possui aparência de decisão judicial.

coisa julgada; exceção por meio dos embargos à execução ou mediante alegação incidental durante a execução; ou alegação incidental em outro processo, inclusive como matéria de exceção.

Em nosso sentir, portanto, a questão remota sempre à decisão judicial, geralmente não à coisa julgada em si; repetindo ideia já apresentada, se vício de injustiça há na coisa julgada, ela decorre da sentença, não da própria coisa julgada, que, em si, é tão somente a imutabilidade do pronunciamento judicial. Assim, dentro da sistemática da teoria da relativização da coisa julgada injusta, parece-nos a solução melhor a apresentada por Wambier, Medina (2003), acima relatada, por ser a construção que melhor dialoga com conceitos fundamentais ao direito processual civil e melhor apresenta as questões atinentes aos planos da decisão judicial.

4 O REsp 240.712/SP: caso paradigmático

O julgamento do Recurso Especial nº 240.712/SP²¹ é um dos primeiros registros de esforços no sentido de uma teoria da relativização atípica da coisa julgada injusta nos anais do direito brasileiro, como já esboçado acima. De fato, a maior parte das construções teóricas ao redor do tema aqui catalogadas é a ele posterior. Veja-se uma breve síntese do pensamento defendido por Delgado *apud* Dinamarco (2001, p. 13-14):

Em voto proferido como relator na Primeira Turma do Col. Superior Tribunal de Justiça, o Min. José Augusto Delgado declarou sua "posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada" e disse filiar-se "a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado.

A Fazenda do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo por desapropriação indireta e, depois, feito acordo com os adversários para parcelamento do débito; pagas algumas parcelas, voltou a juízo com uma demanda que denominou ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito. Sua alegação era a de que houvera erro no julgamento da ação expropriatória, causado ou facilitado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado já pertencia a ele próprio e não aos autores. Apesar do trânsito em julgado e do acordo depois celebrado entre as

²¹ Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA. 1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido. 2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado. 3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia. 4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. 5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas. 6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica. 7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes. 8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau. (BRASIL, 2001b)

partes, o Min. José Delgado votou no sentido de restabelecer, em sede de recurso especial, a tutela antecipada que o MM. Juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e o Tribunal paulista, invocando a *auctoritas rei judicatæ*, viera a negar. A tese do Ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida.

A tese defendida pelo Ministro é ostensivamente favorável ao Estado. Transitada em julgado a decisão, após o prazo para ação rescisória, com base em novo laudo (sequer produzido dentro do ambiente do contraditório e ampla defesa, na medida em que se tratou de laudo administrativo, a ser testado após em juízo), propôs o Estado nova demanda, alegando nulidade insanável e propondo, para tanto, ação que denominou de *querela nullitatis*²²).

Iniciados os pagamentos da indenização pela desapropriação – havia sido celebrado acordo para parcelamento do valor -, buscou o Estado, então, suspender os pagamentos, com base no laudo novo que indicaria que já seria o titular da área. O REsp nº 240.712/SP versou, precisamente, sobre o julgamento da antecipação dos efeitos da tutela para que o Estado temporariamente estivesse desobrigado de fazer o pagamento da indenização. Deve ser notado que a decisão que determinou a desapropriação e o preço da indenização, posteriormente embasando o acordo para parcelamento, teve sua eficácia de coisa julgada suspensa temporariamente, como se segurança jurídica à parte adversa não tivesse gerado, em favor do Estado.

Destacamos o voto vencido, prolatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros (BRASIL, 2001b):

Sr. Presidente, peço vênias para discordar de V. Exa. e do Sr. Ministro Garcia Vieira. Em verdade, estamos examinando o adiantamento da prestação jurisdicional. Esse adiantamento depende da plausibilidade. Tratamos da execução de sentença transitada em julgado, a mais de sete anos, baseada – ouvi de V. Exas. – em um registro público, dizendo que a propriedade

²² A escolha assim por denominar o direito de ação ali exercido, inclusive, não nos parece acertada, na medida em que a *querela nullitatis*, como já sinalizado em outras oportunidades neste trabalho, tem por objeto o inexistente (*nullus*, em latim, não significa “nulo”, mas sim inexistente). A nulidade absoluta é impugnável por conduto da ação rescisória; neste sentido, de bom tom retornar-se à construção formulada no capítulo 2.

pertencia, na época, ao expropriado. Mas o fato é que essa sentença transitou em julgado. **O instrumento constitucionalmente apropriado para enfrentar essa sentença não foi utilizado oportunamente. O valor pode ser alto, mas precisamos atentar para a segurança das decisões judiciais.** Este é o valor mais alto de todos. Essa decisão judicial pode até ser defeituosa. É necessário, porém, que tenhamos alguma regra para ter como sólida, como irreversível, uma decisão judicial. Se dermos elasticidade ou uma amplitude maior à insegurança da decisão judicial, creio que o Estado de Direito brasileiro estará comprometido.

Por isso, peço vênia para dizer que, pela inviabilidade jurídica dessa ação rescisória mascarada de declaratória (vejam que existe coisa julgada). O Estado pede a declaração de que a indenização não é devida. No entanto, declaração não pode rescindir a coisa julgada. Então haverá uma coisa julgada inexecutável? A decisão judicial se torna inexecutável? Como isso é possível? Por outro lado, há uma sentença do Juiz, declarando o Estado carecedor de ação. Não vejo como, sem magoar profundamente o instituto constitucional da coisa julgada, rescindir a sentença mediante simples ação declaratória, iniciada no juízo singular.

Peço vênia para negar provimento ao recurso. (grifou-se)

Neste recurso especial analisava-se, em verdade, não o mérito da ação anulatória, mas a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela para que fosse suspensa a exequibilidade da decisão judicial. Conforme consta do inteiro teor do acórdão, até mesmo o juiz de primeiro grau, que havia concedido a tutela antecipada, posteriormente decidiu, após, pela extinção do processo por carência de ação – pressuposto processual -, pendendo, àquele momento, julgamento da apelação.

Consulta aos sites do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça revelaram que, em sede de recurso especial, foi afastada a carência de ação (conforme Recurso Especial nº 710.599/SP²³). Retornados os autos

²³ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS QUESTÕES RELATIVAS À TITULARIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. QUERELA NULLITATIS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. ADEQUAÇÃO. 1. A ausência de

ao juízo de primeiro grau, em 2016, no mérito, a ação proposta pelo Estado de São Paulo foi julgada improcedente, mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴, sob a fundamentação de que a sentença foi dada em

prequestionamento da matéria deduzida no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, atrai o óbice da Súmula 211/STJ. 2. Não viola o art. 535 do CPC, nem nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 3. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, pela presença das condições da ação, em especial do interesse de agir. 4. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, em que a Fazenda do Estado de São Paulo, invocando o instituto da querela nullitatis, requer seja declarada a nulidade de decisão proferida em ação de indenização por desapropriação indireta, já transitada em julgado, escorando a sua pretensão no argumento de que a área indenizada já lhe pertencia, de modo que a sentença não poderia criar direitos reais inexistentes para os autores daquela ação. 5. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. A nulidade da sentença, em tais hipóteses, deve ser buscada por intermédio da actio nullitatis. 6. O interesse processual, ou interesse de agir, como preferem alguns, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara ("Lições de Direito Processual Civil", vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2005, págs. 128-129) "é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito de provimento final seja verdadeiro binômio: 'necessidade da tutela jurisdicional' e 'adequação do provimento pleiteado'". 7. As condições da ação devem estar presentes considerando-se, em tese, o pedido formulado pela parte autora, sem qualquer vínculo com o eventual acolhimento ou a rejeição da pretensão meritória. 8. Não resta dúvida, portanto, que o ajuizamento da presente ação declaratória de nulidade de ato jurídico é um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada. 9. No que diz respeito à eventual procedência da ação, sua apreciação caberá ao juiz de primeiro grau de jurisdição. A manutenção do acórdão recorrido tem o efeito, tão-somente, de afastar a carência da ação, dentro dos limites da questão submetida a julgamento nesta Superior Corte de Justiça. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (BRASIL, 2008)

²⁴ AÇÃO ANULATÓRIA "Querella Nullitatis" c.c. repetição de indébito. Desapropriação indireta. Parque Estadual de Jacupiranga - Alegação de se tratar de terra devoluta do Estado e supervalorização da indenização. Laudo pericial realizado nesta ação que apontou pela regularidade da cadeia dominial da área e justa indenização obtida dentro dos valores tirados da época, ou seja, há trinta anos atrás O laudo do perito judicial realizado nos autos da desapropriação indireta (autos nº 143/85), equidistante dos contrapostos interesses das partes, foi calcado, no caso sob exame, em parâmetros identificados e em critérios sugeridos pelas normas técnicas na época dos fatos (1986), não foi objeto de críticas, sendo acolhido por esta Corte ante a plausibilidade de suas conclusões - Ação já transitada em julgado - A área do Faxinal estava afastada da ação discriminatória por forçado Decreto Estadual 14.916/45 que a reconhecia como terras particulares, conforme Lei nº 601/1850 - Indenização devida. Sentença mantida Recurso não provido. (BRASIL, 2016)

conformidade com o laudo pericial – que, por seu turno, foi perfeitamente adequado aos avanços cartográficos registrados à época de sua elaboração.

Até a presente data, pende a apreciação de agravos em recursos extraordinário e especial, interpostos pela Fazenda Pública. A apreciação final do mérito da matéria, em sede de Recursos Especial e Extraordinário decerto será, então, capaz de balizar as próximas discussões no tocante à temática da relativização atípica da coisa julgada “injusta”, mostrando-se que a discussão se encontra, portanto, longe de seu final.

Poderia se arguir, ainda, que o interesse público se sobrepõe ao privado – o que é, também, princípio constitucional. A questão é que, no julgamento em questão, em última análise não havia mais mero interesse privado: tratava-se de garantia fundamental à segurança jurídica, como percebeu o voto vencido do REsp nº 240.712/SP.

Nada obstante, o relator daquele recurso especial, José Augusto Delgado, optou por tese que, em certa medida, é refratária até mesmo às justificações sociais e políticas da coisa julgada²⁵, na medida em que consignou (BRASIL, 2001b):

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

Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal.

Ocorre, porém, que à Administração Pública não é dado pretender ignorar garantias fundamentais, em prol da sua inércia em desconstituir a prova produzida em juízo. Mais ainda: não é dado ao Poder Judiciário, a quem é confiada a função de

²⁵ Cabe, neste particular, fazer remissão ao capítulo 1 deste trabalho, quando abordou-se a temática utilizando-se Chiovenda (1969) como referencial teórico.

apreciar a “lesão” ou “ameaça de lesão” a direito, ignorar as justificações política e jurídica da coisa julgada, bem como a garantia fundamental que delas exsurge – a segurança jurídica.

É óbvio que permitir que o particular receba indenização por terra desapropriada cuja propriedade possa ser do Estado causa certa espécie; não se ignora a força retórica do argumento. A questão, porém, é que no caso em comento a sentença parece ter sido dada em perfeita conformidade com a cartografia e o direito de sua época, ao menos segundo o entendimento das decisões já prolatadas. A opção do sistema jurídico brasileira é óbvia: evitar que parem dúvidas eternas sobre sentenças perfeitamente razoáveis para a sua época.

A este caso de desapropriação dos REspS nºs 240.712/SP e 710.599/SP parecidos, inclusive, que o Novo Código de Processo Civil possuiria solução adequada à controvérsia, enunciada em seu art. 966, VII, que permite a utilização de prova nova “cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”, tendo o art. 975, §2º, estendido tal prazo para cinco anos após a descoberta da prova. A codificação anterior, em que pese previsse a hipótese da nova prova, somente permitia que fosse utilizada dentro de dois anos após o trânsito em julgado. Tal constatação é pertinente na medida em que evidencia que o “combate a injustiça” não necessariamente consistirá em criar novos meios por cláusulas abertas e dando o mesmo tratamento jurídico a problemas claramente distintos, mas sim em aperfeiçoar os mecanismos que já existem, otimizando-os.

Poderia a Procuradoria do Estado de São Paulo agora, com base neste artigo, intentar ação rescisória? Evidente que não; sua alegação da incorreção do laudo deu-se mais de vinte anos atrás e a lei não poderia admitir a renovação do prazo para rescisão, porque, conforme expressamente constante da Constituição da República Federativa do Brasil, a lei não prejudicará “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Não se ignora a realidade de que temos um particular, presumivelmente de grande poderio econômico – já que tem resistido ao litígio por décadas a fio -, que receberá indenização por terra que, em realidade, não lhe pertencia. Isto não muda o fato de que a segurança jurídica que adveio da sentença possui um caráter de garantia fundamental, à qual não se dá ao Estado o direito de macular.

Por mais espécie que este caso em particular possa provocar – a moralidade administrativa e o gasto de dinheiro público são, indubitavelmente, argumentos fortes de um ponto de vista retórico -, não vislumbramos maneira coerente para que o Poder Judiciário o revise sem ferir ainda mais gravemente a lei. A sentença proferida - posteriormente confirmada por tribunais hierarquicamente superiores e com base na qual fora até mesmo celebrada transação para pagamento das parcelas indenizatórias - era ato jurídico perfeito, sem vícios, dada com base na prova produzida nas melhores condições técnicas da época.

Ora, se, como afirmado por Chiovenda (1969), a coisa julgada justifica-se pela necessidade de revestir de autoridade o pronunciamento estatal, pretender sua relativização fora das hipóteses e prazos legais é, em si, na verdade, desautorizar o Estado e o contrato social. No dizer de Souza (2016, p. 84), “el Estado existe en función del hombre y no al contrario”²⁶; e assim como o Estado não é um fim em si mesmo, não poderá a jurisdição sê-lo.

O Estado deve, necessariamente, submeter-se à soberania que impõe à decisão que emana por intermédio do Poder Judiciário e à imperatividade das leis que cria a partir do Poder Legislativo, responsáveis por regulamentarem o tratamento jurídico da coisa julgada. Do contrário, estaríamos diante do clássico adágio popular, por vezes atribuído a Nicolau Maquiavel: “aos meus amigos, tudo; aos inimigos, os rigores da lei”.

A gênese desta teoria revela, então, que seu interesse não é servir a um paradigma de justiça enquanto equidade – daí porque, talvez, o distanciamento das discussões da filosofia do direito acima prenunciado seja tão conveniente. Não há qualquer sinal de equidade quando a garantia fundamental da segurança jurídica é espezinhada para beneficiar o Estado: paradoxalmente, tem-se nesta situação uma anti-justiça. Segundo John Rawls (2002), as liberdades da cidadania são invioláveis em uma sociedade justa e os direitos assegurados pela justiça (compreendida por este autor como equidade) não podem ser negociados na política ou por outros interesses sociais.

²⁶ Em tradução livre, “o Estado existe em função do homem, e não ao contrário”.

Deve ser notado, ainda, que a duração razoável do processo, na desapropriação que originou o REsp nº 240.712/SP, já se encontra sacrificada há muito. A área foi desapropriada para o estabelecimento de parque estadual na década de 1980 e, mesmo após a celebração de acordo pela Fazenda Pública pelo pagamento das parcelas, não tem a parte percebido sua indenização pela área.

Parece haver, igualmente, distanciamento da realidade das teorias de acesso à justiça; conforme Souza (2011), não se pode observar o acesso à justiça como questão de enfoque meramente literal – ou seja, de obter-se a “porta de entrada” para o tribunal e para o Poder Judiciário. O acesso à justiça perpassa, então, por garantir o devido processo em direito, com razoável duração, eficácia e julgamento equitativo. Ainda nos dizeres de Souza (2011, p. 26),

Nesse ponto, se é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída. Por outras palavras, de nada adianta garantir o direito de postulação ao Estado-juiz sem o devido processo em direito, isto é, sem processo provido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas obtidas por meios lícitos, ciência dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões, julgamento justo, eficácia das decisões, etc.

É certo que os elementos fáticos delimitados pelos acórdãos referentes ao caso em comento não dão notícia de miserabilidade da parte que teve sua área desapropriada. Em verdade, os elementos conhecidos permitem inferir o oposto, dada a extensão da área desapropriada e considerando-se, ainda que litigar até as instâncias superiores custa caro, tanto no tocante a custas judiciais quanto em relação a honorários de advogado. Por outro lado, pondera-se que, acolhida a tese da relativização atípica da coisa julgada injusta, ignorar-se-á a realidade de outros tantos brasileiros que, por seu turno, não possuem condições técnicas e financeiras de litigarem por tantos anos, como parece ter a parte (após substituída por seu espólio) que teve suas terras desapropriadas no caso que originou o REsp nº 240.712/SP.

Assim sendo, qual a porta de saída do Judiciário para quem, ao obter o pronunciamento judicial, vê-se, ainda, com o risco de que ele seja relativizado por razões estranhas ao rol taxativo, legal? Segundo pesquisa realizada pelo instituto

Datafolha (2017), 92% (noventa e dois por cento) da população crê que a Justiça trata melhor ricos do que pobres. Teorizar sobre como relativizar a coisa julgada, mormente quando esta teorização surge no bojo de uma ação que discute o interesse do Estado contraposto ao particular, soa, então, como algo distante da realidade do homem e mulher pobres brasileiros - a quem não é dado litigar por anos -, construindo-se uma tese, mas a quem as teses do Tribunais Superiores afetam diretamente a vida, na medida em que influenciam os juízes de primeiro grau.

Cai a lanço, inclusive por imperativo de honestidade intelectual, observar que até mesmo alguns defensores da relativização atípica da coisa julgada, a exemplo de Dinamarco (2001, p. 23), observaram o casuísmo que cerca os casos paradigmáticos para a teoria:

Há um indisfarçável casuísmo em todo o elenco de casos em relação aos quais foi aceito ou preconizado algum meio de mitigar os rigores da coisa julgada. [...]

O que há de comum em todos esses casos é a premissa consistente na prevalência do substancial sobre o processual, ou seja, o culto ao valor do justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada. **Não vejo, porém, constantes critérios objetivos para a determinação das situações em que essa autoridade deve ser afastada ou mitigada, nem dos limites dentro dos quais isso deve acontecer.** (grifou-se)

Comentando o que denominou de “onda reformista”, registramos Theodoro Junior (2006, p. 20):

O receio (e a quase certeza) de que o propalado furor reformista não se revela preocupado com o problema da segurança jurídica, nem se arrefece diante das desastrosas consequências das inovações normativas sobre a estabilidade da ordem jurídica e os relacionamentos travados entre os jurisdicionados, e entre estes e o Estado, foi que nos motivou a fazer algumas divagações em torno do tema, cuja sede natural é o direito constitucional.

A ausência de critérios objetivos para a relativização atípica é, portanto, em nosso sentir, um dos principais pontos controversos para a tese, não sendo dado nem mesmo aos seus teóricos desconhecer tal realidade. Pondera-se aqui, porém, que a ausência destes critérios é inerente ao modelo proposto, na medida em que aquilo que, em um sistema de *civil law*, não é tipificado em lei encontra diversas dificuldades para objetivar-se.

Se até mesmo o que integra o direito positivo pode ser confuso ou pouco objetivo, seja por má técnica legislativa, seja pela utilização de critérios abertos, não poderia ser outra a conclusão senão perceber que padecerá do mesmo problema a teorização que engatinha na doutrina e na jurisprudência, à míngua de respaldo legal. Ainda que houvesse previsão legal, temerário seria defendê-lo, mormente quando, conforme já realçado, diversos dos casos apontados como passíveis de relativização atípica já possuem algum tratamento jurídico. O quadro que se delineia não é outro senão o apontado por Moreira (2007, p. 262): a pequena possibilidade de êxito que o critério aberto põe permite animar qualquer um a tentar e “aberta que seja a porteira, por onde passa um boi poderá passar uma boiada”.

Não se desconhecem os ritmos oxigenadores presentes na relação entre doutrina, jurisprudência e lei. Nada obstante, as soluções apontadas parecem demasiadamente distantes de objetivação dos critérios para relativização atípica da coisa julgada, máxime diante da percepção de que se partem de premissas equivocadas, como já esboçado, sobre o que são a própria coisa julgada, justiça ou garantias fundamentais.

5 UMA CRÍTICA ACADÊMICA À TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA “INJUSTA”

A crítica à doutrina da relativização atípica da coisa julgada ora esboçada, longe de encerrar qualquer discussão – até mesmo pelo escopo do trabalho -, não pretende perpetuar a fraude ou a antinomia, mas sim apontar as fragilidades e inconsistências da questão, tomando-se como partida três principais questionamentos.

O primeiro deles é: quem não teoriza sobre justiça pode tentar definir o que é justo, priorizando, inclusive, a justiça sobre o critério objetivo de coisa julgada? O segundo questionamento que se põe é se, considerando que as primeiras teorizações sobre relativização atípica da coisa julgada surgem no bojo de discussões em tribunais superiores em ações ambientais nos quais o Estado litigou (DELGADO, 2001), esta teoria serve a algum interesse? Por fim, a terceira questão é: o Poder Judiciário pode eternamente buscar corrigir a injustiça que supostamente perpetra?

5.1 O que seria Justiça?: o eterno debate.

Por muito tempo, associou-se à justiça ao direito natural, ou seja, à ideia de que o justo é pré-concebido e oriundo de uma lei natural entre os homens – num movimento que Machado Neto (1987) denomina de “eterno retorno do direito natural”. Para este autor, ainda, as primeiras noções de justiça surgem justamente na Grécia antiga, formuladas por Heráclito, para quem há uma lei natural dos homens - quanto mais próximo o direito do direito natural, mais justo ele seria.

Não parecem, então, escapar destas noções de direito natural o critério de justiça para a definição da injustiça que ensejaria a relativização atípica da sentença, porquanto se utilizem de critérios vagos, imprecisos e, supostamente, universais. A teorização a respeito da coisa julgada injusta não é, em si, inócua – torna-se como tal porque a sistematização doutrinária não tem qualquer compromisso com a filosofia do direito ao propor-se a aventura de definir a justiça – questão que, em verdade, assombra a humanidade há séculos.

Pondera Souza (2016, p. 417), ainda, a relatividade do conceito de justiça para os próprios envolvidos no conflito:

En verdad, la colisión entre los valores justicia y seguridad es un problema de los más difíciles en el campo del derecho. Y en este caso, en principio, el valor seguridad debe prevalecer, teniendo en vista que no existe un sistema jurídico absolutamente justo.

De este modo, podemos hablar de la búsqueda de la máxima justicia, pero, en realidad, lo que se puede obtener es un sistema jurídico relativamente justo, porque **cada uno, en especial quien está involucrado en el conflicto, tiene su concepción de justicia e injusticia.** (grifou-se)²⁷

O caminho cursado pelas ciências humanas para delimitação e construção da teoria de justiça - em nada próximo de resposta cabal e definitiva -, é, por si só, o indicativo de que as soluções propostas para a problemática da coisa julgada “injusta” beiram a ingenuidade ou desconhecem as implicações práticas da tese. Como seria possível ignorar toda a discussão traçada no campo da filosofia do direito sobre o que é justiça para escolher-se definir tal conceito por meio de critérios abertos e vagos, como moralidade?

Conforme Moreira (2007), ainda, é natural que eventualmente a coisa julgada desvie do que de fato existe no direito material, na medida em que, não sendo os magistrados infalíveis, poderão cometer erros de julgamento, seja por má apreciação das questões fáticas e de direito, seja questões atinentes ao agir das partes. Isto tornará a sentença, porventura, injusta. Observa este autor, porém,

De sua possível injustiça, todavia, só se há de cogitar se ainda é utilizável algum meio de tentar modifica-la. Formada a res

²⁷ Em tradução livre, “Na verdade, a colisão entre os valores justiça e segurança é um problema dos mais difíceis do campo do direito. E neste caso, em princípio, o valor segurança deve prevalecer, tendo em vista que não existe um sistema jurídico absolutamente justo.

“Deste modo, podemos falar na busca pela máxima justiça, mas, em verdade, o que se pode obter é um sistema jurídico relativamente justo, porque cada um, em especial quem está envolvido no conflito, tem sua concepção de justiça e injustiça”.

iudicata, corre-se sobre a questão uma cortina opaca, que apenas por disposição legal – a título excepcional, repita-se – pode consentir que se afaste.

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie [...]. Há, porém, um momento em que a preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize. (MOREIRA, 2007, p. 243)

Não se pretende, com isso, conceder à coisa julgada o caráter de dogma – ou mesmo levar-se a coisa julgada “longe demais”, no dizer de Dinamarco (2001, p. 20), em interpretação das lições de Pontes de Miranda. Também não se pretende recorrer às máximas, como alertado por Souza (2016), segundo as quais a coisa julgada transforma a cor ou a forma das coisas sem que se possa aceitar ser modificada. Nada obstante, a coisa julgada possui, em si, decorrente da segurança jurídica que gera, certo caráter de garantia fundamental.

Citamos para ilustrar isto, o próprio Miranda (1974, p. 146):

A decisão contra legem é coberta pela coisa julgada formal e material. **Mau e duro, mas assim tinha que ser para se cortar a antinomia “incidência, aplicação injusta”**. Não há, após isso, pretensão mutilada, nem direito mutilado. Seria de discutir-se se há dever moral de solver dívida que algum julgado injusto negou. (grifou-se)

Não é por ser dogma que se torna temerário, portanto, defender sua relativização fora dos parâmetros legais e a partir de premissas abertas: ocorre que a coisa julgada, que no Brasil é constitucionalmente assegurada, tem um propósito e uma justificação jurídica de pacificação. Como já enunciado, trata-se de instituto de ordem eminentemente prática, constitucionalmente protegido e cuja regulação coube à lei e a quem cabe à lei relativizar se e somente se o legislador compreender por possível. Neste sentido, Pontes de Miranda (1969, p. 608) afirma, ao comentar o instituto da ação rescisória, que

A função da ação rescisória é evitar que a coisa julgada formal, criada no interesse de estabilidade social, de segurança extrínseca, prepondere diante do interesse de justiça, em certas espécies mais relevantes. **Com esse propósito de segurança extrínseca, o legislador seleciona essas espécies,** determinando quais os pressupostos de rescindibilidade das decisões cíveis.

[...] A seleção das sentenças rescindíveis tem, em parte, o mesmo princípio inspirador. Pesam-se, em verdade, interesses, apurando-se, através de séculos, a técnica legislativa.

Compreendemos, assim, que o problema da sentença que gera antinomia não é resolvível através da atipicidade proposta pelo modelo teórico da “relativização atípica da coisa julgada injusta”. Delegar a critérios extralegais, em última análise sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, não gera maior segurança jurídica ou maior sentimento de confiabilidade nas instituições. É, em verdade, justamente a necessidade de confiança na lei e nas instituições do Estado que faz surgir a ação rescisória.

A rescindibilidade (ou, como queiram, relativização da coisa julgada) não pode, então, se operar senão por meio de critérios estabelecidos pelo devido processo legislativo. Admitir o contrário importa em mácula inescapável ao Estado Democrático de Direito porque delega, de certo modo, ao Poder Judiciário o papel de *legislar*, em margem de discricionariedade que a lei não pretendeu conceder.

Certa margem de liberdade interpretativa deve ser, indubitavelmente, dada ao Poder Judiciário – até mesmo como demonstração de sua independência – mas isto não deverá importar em atuar onde a lei compreendeu por bem não lhe permitir agir. Acaso pretende-se o legislador ampliar o leque das opções a tal ponto, não adotaria, por exemplo, nos Códigos de Processo Civil brasileiros, rol de hipóteses para ação rescisória indubitavelmente *numerus clausus*.

Não se ignora, por óbvio, que a coisa julgada pode ter caráter avesso ao sistema jurídico: justamente por isso existem meios aptos para desconstituí-la, previstos em lei. A problemática da coisa julgada que, apesar de irrecorrível, representa antinomia ou perpetua fraude é, como já delineado, velha preocupação do direito – razão pela

qual desde o direito romano cuida-se de criar maneiras de impugná-las, como exposto acima.

Não se pretende perpetrar o erro, mesmo porque a falibilidade é circunstância inexorável da existência humana -; pretendemos, no entanto, sustentar a necessidade de limitação as hipóteses nas quais este pode ser arguído, na medida em que a opção por uma conceituação aberta para “justiça” adotada pelos teóricos da “relativização atípica da coisa julgada injusta” não o faz.

Aderimos, aqui, integralmente, à inquietação de Couture *apud* Dinamarco (2001, p. 15-16):

Preocupavam o príncipe dos processualistas latino-americanos as repercussões que a fraude pudesse projetar sobre a situação jurídica das pessoas (partes ou terceiros), ainda mais quando os resultados da conduta fraudulenta estiverem reforçados pela autoridade da coisa julgada. Disse, a propósito desse elegante tema, que “a consagração da fraude é o desprestígio máximo e a negação do direito, fonte incessante de descontentamento do povo e burla à lei”.

Por isso mesmo, importa realçar que, se muito embora alguns defensores da relativização da coisa julgada injusta o citem (a exemplo de Dinamarco (2001), Couture (1950), no terceiro tomo do livro *Estudios de Derecho Procesal Civil*, apenas se debruçou sobre a questão da fraude perpetrada por uma das partes no litígio contra terceiros. Cita, para exemplificar, caso de um proprietário rural que teria tido um filho fora de seu casamento, convencendo, ademais, a mãe a entregar procuração para que uma pessoa promovesse uma ação de investigação de paternidade. O suposto pai, convenientemente, negou os fatos e o procurador constituído pela mãe, também convenientemente, deixou transcorrer o prazo para a produção de provas. Consequência deste encadeamento de fatos foi, por óbvio, a improcedência do pedido (COUTURE, 1950).

A sistematização de Eduardo Couture (1950) não pode, portanto, prestar-se a justificar a relativização atípica da coisa julgada nos moldes em que pretendido pela

doutrina de processo civil brasileiro, na medida em que este autor é expresso ao consignar que

[...] debe insistirse em que todo este ensayo abarca el problema de los terceros y no el de las partes. Estas se mueven dentro de um campo totalmente distinto, pues, **por principio general de derecho les comprende la cosa juzgada.** (grifou-se)²⁸

Ainda citando Couture (1950, p. 397), que comentava o projeto do “Código de Procedimiento de 1945” uruguaio,

La primera situación [fraude processual ocorrida entre as partes] se rige por los principios generales de la impugnabilidad de los actos procesales. [...] Quiere decir que el fraude entre partes tiene como único medio de corrección y de emenda, el establecido para corregir y enmendar los actos procesales comunes. No se instituyen nuevos recursos ni nuevos medios de impugnación. (grifou-se)²⁹

A possibilidade de que terceiros se insurjam contra a fraude processual que lhes prejudica é, portanto, princípio geral da própria coisa julgada, como já esboçado acima. A coisa julgada não poderá prejudicar terceiros que da lide não fizeram parte – muito embora possam os seus efeitos secundários atingir-lhes.

Diante de todo o exposto, vê-se existir um longo caminho que separa a insurgência contra a fraude e a defesa de uma relativização atípica, ao arrepio do devido processo em direito, com a justificativa de que, *exempli grata*, a “moralidade” fora atingida em uma decisão judicial não mais recorrível. Em tempos temerários, insurgir-se contra a fraude no Estado Democrático de Direito é, também, defender

²⁸ Em tradução livre, “Deve-se insistir que todo este ensaio abarca o problema dos terceiros e não das partes. Essas se movem em um campo totalmente distinto, pois por princípio geral de direito lhes cabe a coisa julgada”.

²⁹ Em tradução livre, “A primeira situação se rege pelos princípios gerais de impugnação dos atos processuais. [...] Diz-se que a fraude entre as partes tem como único meio de correção e de emenda o estabelecido para corrigir e emendar os atos processuais comuns. Não se criam novos recursos nem novos meios de impugnação.”

ferrenhamente aquilo que é praticado dentro do devido processo em direito e que surge no bojo de uma sociedade democrática.

As mudanças de paradigma experimentadas pela marcha da humanidade sobre o que seria justiça ou a devida aplicação do direito é que se encarregam, então, de ampliar o leque de possibilidades. Trata-se de questão de aperfeiçoamento legislativo, nas quais a jurisprudência pode, de fato, influir – porém jamais adotando postura que lhe permita atuar onde a lei vedou sua ingerência.

Tomamos, como exemplo, a modificação ocorrida no bojo do Novo Código de Processo Civil, que substituiu a previsão da Lei nº 5.869/1973 (CPC-1973) para consignar que é a violação manifesta à “norma jurídica” – o que incluiria regras e princípios – e não só a violação a “literal disposição de lei”. Se antes o paradigma positivista que permeava o direito brasileiro exigia a violação expressa ao texto legal, hoje já se admite, até mesmo, a ação rescisória em caso de ter-se violado a norma jurídica – o que inclui não só a disposição literal de lei, mas igualmente os princípios jurídicos e até mesmo decisão judicial vinculante (conforme art. 966, §5º, Código de Processo Civil). Se a mudança é positiva, trata-se de outra discussão; podemos até cogitar que tal modificação do legislador ocorreu em resposta à parte das inquietações da doutrina de direito processual civil, segundo a qual a relatividade da coisa julgada seria “valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza e necessidade de harmonizá-los” (DINAMARCO, 2001, p. 20).

Destinar a ampliação destas possibilidades aos órgãos jurisdicionais, a seu próprio critério de justiça ou injustiça, parece, portanto, em última instância, uma ode à supervalorização do Poder Judiciário, em que pese a Constituição brasileira escolha, expressamente, ditar que todo poder emanará do povo e que os poderes são entre si harmônicos.

A utilização dos critérios abertos para a definição do que é justiça, nos termos em que pretendido por parte da doutrina de direito processual – tomando-se como paradigma Delgado (2001) -, parece, portanto, distanciar de qualquer discussão atual do que seria justiça. A persistência do questionamento “o que é justiça?” na história da filosofia do direito é, como já dito, o maior indício de que a solução não é tão simples como o processo civil faz parecer.

Não ignoramos, embora não concordemos, arguições que apontem no sentido da necessidade de uma cláusula aberta prevista em lei, dando certa margem de discricionariedade para o julgador. A margem de discricionariedade do julgador não compreende, porém, sua atuação no espaço que a lei entendeu por bem restringi-la. No caso concreto da ação rescisória, realçamos, inclusive, que a atuação do Estado-juiz para desconstituir a coisa julgada se dá até mesmo porque a formação da coisa julgada gera, de certa maneira, preclusão para o Estado-juiz também. Demonstrações de tal lógica dentro do sistema são os artigos 494 e 505 do Código de Processo Civil em vigor no país, que preveem, respectivamente, a impossibilidade de modificação da sentença pelo mesmo juízo que a proferiu uma vez publicada, salvo para corrigir inexatidão de cálculo ou por meio dos embargos de declaração, e a vedação de reapreciação das matérias (não dos fatos) já discutidas em uma lide.

Ponderamos aqui, também, que a construção da teoria da relativização atípica da coisa julgada tem sugerido que são passíveis de relativização a qualquer tempo defeitos que, acaso existentes em uma decisão, já possuirão tratamento legal. A lei fez algumas opções e, tendo-a feito, pretende esta doutrina ampliar o poder do julgador para que este revise seu erro onde o Poder Legislativo escolheu que o erro poderá ser suportável. Outras hipóteses podem, no entanto, se encaixar na teoria das nulidades dentro do processo civil³⁰, que parece dar a diversas questões tratamento muito mais consentâneo com a ordem jurídica vigente. Entendemos, portanto, que na esmagadora maioria dos casos, é possível dar um tratamento legal à questão, sem que se precise socorrer à uma doutrina de atipicidade.

A quem poderia, então, interessar substituir a tipicidade e a garantia da lei pelo critério discricionário do julgador? Como garantir que este, dentro de sua condição de ser produzido por humanos – falíveis -, tendo errado uma vez, não errará a segunda? Como assegurar que o Judiciário não perpetrará injustiça uma segunda vez - o que quer que se compreenda por *justiça*?

³⁰ Cabe, neste ponto, outra remissão ao capítulo 2 deste trabalho acadêmico.

5.2 O mito do *pro societate*

Conforme Souza (2016), Montesquieu apresenta evidente ênfase nos Poderes Executivo e Legislativo, em detrimento da menor participação do Judiciário. Somente depois, especialmente com a força da teorização estadunidense formada em torno da discussão do Estado federativo, é que o Poder Judiciário ganhou relevância e autonomia.

Todos os agentes públicos, de todos os três poderes, devem portar-se com independência e autonomia em suas atuações; perigoso, portanto, qualquer movimento que se preste a hipertrofiar qualquer um dos poderes. Neste sentido, observa-se que a relativização da coisa julgada injusta possui, em si, grande carga de atribuição de poder de decisão ao juiz, já que caberá ao Poder Judiciário apreciar o que é justo ou injusto para daí relativizar ou não.

A construção teórica sobre a relativização da coisa julgada injusta é, então, feita em nome de um ideal de justiça completamente descolado de qualquer discussão filosófica ou mesmo de um compromisso social que vise às satisfações de garantias fundamentais – e não só a garantia dos cofres públicos e da máquina estatal, como renunciou José Augusto Delgado no julgado paradigmático acima citado (BRASIL, 2001b).

Constatar isso não é, como poderiam arguir os defensores da ideia, envolver a coisa julgada sob o manto da imutabilidade e inatingibilidade completa – mesmo porque, citando-se novamente Moreira *apud* Didier Junior *et al* (2017), a coisa julgada já possui, em si, certo caráter relativo, na medida em que existem meios previstos em lei para impugná-la. O que se pretende, portanto, é observar que a teorização da relativização atípica da coisa julgada injusta apresenta, em si, três graves “defeitos de fabricação”.

O primeiro destes, minudenciado acima, é ignorar o estado de afirmação da soberania estatal que justifica a coisa julgada; desprestigiar tal aspecto seria, além de importar em ofensa a garantia fundamental que deste imperativo de ordem prática decorre, permitir a autofagia estatal – o Estado-juiz deslegitima o próprio Estado-juiz e o Poder Legislativo.

Moreira (2007) sinaliza, em nosso ver acertadamente, também a existência de um problema hierárquico: é razoável admitir que um juiz de primeiro grau poderia “relativizar” a coisa julgada proveniente de decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo-a por contrária à Constituição e, portanto, injusta? Em nosso sentir, somente seria possível tal interpretação se compreender-se pela inexistência de decisão judicial em concreto, na medida em que a própria decisão – e não só a coisa julgada – esteja maculada de vício do plano da existência. Isto porque a ação declaratória de inexistência é da competência do juiz singular; declarar a ineficácia de uma decisão hierarquicamente superior, admitindo-se, pois, sua existência e validade, já pareceria extrapolar os limites do sistema jurídico³¹.

O segundo dos “defeitos de fabricação” é a aparente ignorância sobre qualquer discussão a respeito de filosofia do direito sobre justiça; não se verifica qualquer aderência a um paradigma de justiça jusfilosófico – sintomático, por exemplo, que José Augusto Delgado, em um dos primeiros textos sobre a temática, falhe em citar um único autor da área de filosofia.

Sequer se aponta aqui a utilização de um paradigma superado: não há paradigma de justiça, somente a conceituação aberta surgida no bojo de julgamentos vantajosos a quem já detém o poder e sob a justificativa do *pro societate*.

O terceiro problema a ser discorrido será feito a seguir, brevemente delimitado acima, referente a ausência de percepção sobre a condição-circunstância de falibilidade do Poder Judiciário, na medida em que se trata de atividade eminentemente humana.

A discussão da relativização atípica da coisa julgada, por injustiça, carrega, em si, grande carga do pró-sociedade, especialmente em sua gênese. Relembre-se, por exemplo, o trecho do REsp nº 240.712/SP, no qual o Min. José Augusto Delgado consigna expressamente que a proteção à coisa julgada é fortalecida quando a

³¹ Neste ponto, observamos que a ação rescisória, que ataca em especial os vícios no plano da validade da decisão judicial, é geralmente de competência de órgão hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão de mérito rescindenda, ainda que pertencente ao mesmo tribunal.

decisão não encarna em si ataque a princípios maiores na cidadania que sustenta a máquina estatal através dos impostos.

É certo que, em um Estado Democrático de Direito, não podem prevalecer unicamente os interesses individuais, em detrimento do coletivo; não é isto que se pretende levantar quando se realiza crítica ao mote *pro societate*. Ocorre, porém, que há certa garantia, de caráter fundamental, na certeza de que a coisa julgada produz efeitos de autoridade-imutabilidade, porque a parte saberá que, ainda, que descontente com o resultado, este não se alterará – é a segurança jurídica, imprescindível às relações em sociedade. Trata-se, pois, de garantia contra o arbítrio.

Dentro de uma perspectiva da teoria geral do processo, poderia traçar-se até mesmo paralelo com a revisão criminal *pro societate*, inadmitida – ao menos no direito positivo e dentro da jurisprudência dos Tribunais Superiores – no Brasil. Não se negaria a existência de um interesse público na desconstituição de uma sentença de absolvição indevida, mesmo porque o *jus puniendi* pertence ao Estado. Nada obstante, o trânsito em julgado da sentença de absolvição, por também ser demonstração do império do Estado, gerou para a parte tamanha certeza de seu direito que sua desconstituição/relativização, por maior que seja o interesse público, não se mostra conveniente. As únicas exceções que podem ser, de fato, admitidas são as que se referem à violação a direitos humanos do indevidamente condenado – e isto o sistema jurídico já permite.

Trata-se, portanto, de juízo de valor previamente esboçado pelo legislador e que não pode ser relevado na atividade judicante. Conforme Ferrajoli (2012), a ponderação jurisdicional – no entender do autor, uma nova expressão para designar a conhecida “interpretação sistemática” - deve ser evitada para que não se amplie demasiadamente a discricionariedade do julgador. Entregar ao juiz a papel de superioridade frente aos outros poderes fere o Estado Democrático de Direito, porque permitiria a ocorrência de arbitrariedades que não se sujeitariam ao controle jurídico de outros poderes.

Trazer o exemplo da revisão criminal *pro societate*, embora possa, *a priori*, parecer possuir carga de argumentação *ad absurdum*, é relevante porque o sistema jurídico necessita, acima de tudo, de coerência para ser sistema. A defesa da relativização da coisa julgada injusta no processo civil, especialmente sob uma faceta “pró sociedade” pode acabar por, pouco a pouco, abrir-se caminho para defendê-la

no processo penal, cujo fim precípua é a efetivação da lei penal – o que pode importar diretamente em restrição da liberdade.

A liberdade, ameaçada pela figura da revisão criminal *pro societate*, é, de fato, um dos valores mais essenciais à existência e condição humana; valores outros, porém, são tutelados pelo processo civil e que possuem relevância indiscutível. Ademais, a noção de coisa julgada delinea-se em toda a teoria geral do processo, razão pela qual, embora este trabalho foque-se no processo civil, não seja dado ignorar a realidade do processo penal. Conforme Moreira (2007, p. 262), a doutrina da relativização deve passar, também, pelo crivo do processo penal, para que não se consolidem situações de tratamento diferenciado sem justificativas.

Boa solução parece ser a proposta por Souza (2016), segundo quem a relativização da coisa julgada fora dos prazos legais poderia ser admitida nos moldes da revisão criminal positivada – ou seja, para evitar a denegação de direitos humanos, tais e quais a própria liberdade. Esta, contudo, não parece ser a maior preocupação dos teóricos da relativização atípica, mesmo porque a difusão da teoria, como já dito, deu-se em grande parte após ação na qual se discutia interesses do Estado após o trânsito em julgado que – revelou a instrução posterior – fora de fato prolatada em observância das melhores condições técnicas da época.

Como já realçado, adotar uma visão crítica à relativização atípica da coisa julgada não é perpetrar a fraude: a sentença fraudulenta ou sem fundamentação merece outra destinação. Discute-se, por exemplo, se a sentença sem fundamentação, por exemplo, é sentença juridicamente existente (neste sentido, confira-se Souza [2012]).

Parece-nos, portanto, que muitas das inquietações em torno da relativização atípica e a prevalência do interesse social podem, então, ser resolvidas com esforços teóricos anteriores. Outras, é claro, não encontrarão resposta nas antigas doutrinas ou nas origens de institutos como a ação rescisória: são os dilemas inerentes da própria marcha da humanidade. A prática tem, contudo, revelado que a ausência de critérios solidamente definidos, com a tentativa prévia de criar hipóteses (especialmente nos moldes delimitados), conduz a um “casuísmo exacerbado... e exacerbante” (MOREIRA 2007, p. 250), pouco útil na medida em que conduz a partir de premissas que não correspondem ao que de fato se delinea.

5.3 A falibilidade do Poder Judiciário e a necessária aceitação desta condição

Como terceiro problema apontado nas teorias da relativização atípica da coisa julgada, aponta-se a ausência de percepção da margem de erro da qual está susceptível o julgador. Tal problema já foi delimitado acima, cumprindo, agora, tecer comentários mais extensos sobre a temática.

Devido à força criativa própria da sentença ao aplicar a lei, pode esta fazer incidir lei inaplicável ao fato, deixar de incidir lei aplicável ou fazer coincidir perfeitamente lei e fato jurídico; assim, podem errar os juízes *in interpretando* ou *in aplicando* (MIRANDA, 1970). Se toda decisão judicial fizesse coincidir os dois aspectos – aplicar e incidir -, não haveria a sentença *injusta*. A questão, porém, é que julgar, porque seja atividade criativa, consiste em processo de indisfarçável caráter interpretativo. Tendo a jurisdição caráter indeclinável, não poderá o Poder Judiciário negar-se a interpretar/analisar, por mais difícil que pareça ao julgador a questão litigiosa.

Quando se cogita da falha de um juiz, não se pretende ofender a atividade judicante, mas tão somente consolidar a noção de que a prestação da tutela jurisdicional não é exercício robótico; “también los jueces son hombres”³² (CALAMANDREI, 1962, p. 251), como também são humanos os promotores ou os advogados.

Como humano, natural que vivencie o magistrado a dúvida – trata-se da incerteza psicológica, da crise de consciência do julgador, fatalmente transformada em certeza jurídica uma vez prolatada a sentença (CALAMANDREI, 1962). Sua decisão deverá aproximar-se de um juízo de probabilidade e verossimilhança, aproximando-se dos fatos – sem, jamais, ser possível firmá-los com certeza.

A coisa julgada não transforma, ao contrário dos velhos adágios, afinal, o preto em branco, o quadrado em redondo, o velho em novo. Possui apenas a *aparência* de verdade. A não compreensão do caráter de ser a coisa julgada oriunda da *aparência* de verdade – e não da verdade -, ao que nos parece, conduz ao entendimento de que

³² Em tradução livre, “Também os juízes são homens”.

esta é sacralizada. Se o é, não deveria sê-lo. Dessacralizá-la, contudo, não importa, necessariamente, em sua relativização atípica.

Embora se respeite profundamente aqueles que defendem a relativização atípica da coisa julgada, parece-nos que incorrem, portanto, em premissas não adequadas, porquanto defendam a relativização atípica da *res iudicata* como se dotar-lhe proteção necessariamente significasse pô-la em pedestal inatingível. Se assim o fosse, não haveria razão de ser para a ação rescisória.

É a percepção de que o Poder Judiciário pode falhar que autoriza o duplo grau de jurisdição, a ação rescisória ou até mesmo a declaração de inexigibilidade do título fundado em norma inconstitucional – contra a qual, no bojo do trabalho, já foram tecidas breves críticas. Todos são institutos previstos em lei; permite o Poder Legislativo que o Poder Judiciário remedie aquilo que, após o devido apontamento pelo jurisdicionado, foi de fato um equívoco na prestação da tutela jurisdicional.

Em que pese pareça, de fato, uma realidade austera, necessário encará-la: o Poder Judiciário errará e, fatalmente, não contendo decisão judicial o defeito que comprometa a sua própria *existência*, haverá a coisa julgada. Do contrário, permitir-se-ia a eterna crise de consciência do julgador:

Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad próprio de la naturaleza humana lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad. (CALAMANDREI, 1962, p. 319).³³

Como já mencionado, inclusive, a decisão transmutada em coisa julgada tende a refletir a situação fática como posta quando do momento do julgamento, idealmente com a melhor aplicação possível para o sistema jurídico da sua época.

³³ Em tradução livre, “Mesmo para o juiz mais rigoroso e atento, vale o limite fatal de relatividade próprio da natureza humana: o que vemos somente é o que parece que vemos. Não a verdade, mas sim a verossimilhança: é dizer, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade”.

Ao trabalhar as semelhanças entre direito e literatura, partindo-se, especialmente, da análise da experiência do *common law*³⁴, Dworkin (2005, p. 223) afirma que a interpretação de um texto busca mostra-lo da melhor maneira que pode ser entendida; a partir disso não se pode, contudo, tentar transformar uma obra em outra.

Talvez Shakespeare pudesse ter escrito uma peça melhor com base nas fontes que utilizou para Hamlet e, nessa peça melhor, o herói teria sido um homem de ação mais vigoroso. Não decorre daí, porém, que Hamlet, a peça que ele escreveu, seja realmente como essa outra peça. (DWORKIN, 2005, p. 223).

Poderia, então, Hamlet ser eternamente reescrita, sob a justificativa de que Shakespeare poderia ter melhorado um dado aspecto? Evidente que não. A decisão judicial encarna, em si, um pouco da noção de construção da interpretação do direito como um romance em cadeia (feito por diversos autores), igualmente trabalhada por Dworkin (2014). O julgador só pode só pode construir e acrescentar à lide, por meio da sua interpretação, de acordo com aquilo que lhe fora disponibilizado pelas partes.

Assim como em um romance em cadeia, da interpretação anterior sobrevêm outras; uma vez escrito o novo capítulo, torna-se difícil retirá-lo do livro sem prejudicar todo seu sentido, ainda que contenha *erro*. Assim se passa com a decisão judicial; retirá-la do mundo jurídico causa insegurança pois as interpretações subseqüentes dão-se com base nela. O romance feito a várias mãos fatalmente poderá ter inconsistências; a não aceitação desta condição poderá, então, conduzir a uma interminável obra, a frustrar a expectativa do leitor. Disto não parece discrepar a coisa julgada; o imperativo de segurança jurídica impõe o fim da rediscussão-reconstrução da matéria em algum ponto.

³⁴ Não se desconhecem as substanciais diferenças entre o *common law* e o *civil law*; nada obstante, compreendemos ser possível o estabelecimento de alguns paralelos e pontos de diálogo, tendo, contudo, o cuidado de observar que, em dados pontos, não se poderão conciliar os pressupostos e marcos teóricos dos quais os autores oriundos de países de *common law* partem com os estudos realizados no âmbito do *civil law*.

A falibilidade humana é realidade inexorável e, se muito embora seja necessário evitá-la a todo custo no exercício da jurisdição, desta cruel circunstância não escapará o Poder Judiciário, porque é formado por homens e porque exerce o poder para os homens. Embora sejam tentadoras as soluções que permitem corrigir o erro anterior, há um limite para o cabimento de tais remédios, na medida em que são limitados por lei – também falível e sujeita à ajustes.

É certo que o Poder Judiciário necessita de uma certa liberdade criativa, para preencher as lacunas normativas e para interpretar o *direito*; foi-se o tempo do juiz boca da lei. Não pode, contudo, atuar onde a lei lhe proibiu, sobretudo para tentar corrigir seu suposto erro.

Necessário, pois, que a jurisdição encare sua condição de falibilidade, circunstanciada na percepção de Calamandrei (1962) de que uma vez proferida a decisão judicial, a incerteza psicológica do julgador se revestirá em certeza jurídica. Da atividade judicante, porque atividade eminentemente humana, não escapará a lição de Ortega y Gasset (1966, p. 51-52), difundida à exaustão: “yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo”³⁵. Há uma certa dureza na máxima: o erro cometido pelo Poder Judiciário, máxime em se tratando de um que pareça ofender o valor *justiça*, parece imperdoável, e, às vezes, de fato o é; não se crê que alguém pretenda perpetrá-lo.

O erro, porém, é circunstância inexorável à humanidade e de tudo que essa produz – o que, por óbvio, inclui a decisão judicial. Ainda na esteira de Ortega y Gasset (1966), o homem rende no máximo de sua capacidade quando adquire a consciência de suas circunstâncias. É necessário, portanto, que o Estado-juiz abrace sua susceptibilidade a nem sempre acertar – ou seja, a ver sua incerteza psicológica convertida em certeza jurídica. Assim, poderá, a partir disso, perceber que os mecanismos para remediar seus erros não podem por si ser criados, à mingua da previsão legal. Se não puder aceitar a esta circunstância, inevitavelmente estará fadado a perder-se no labirinto de Minotauro, sem fio de Ariadne que o salve.

³⁵ Em tradução livre, “Eu sou eu e minha circunstância, e se não a salvo não me salvo”.

Não se pode, assim, admitir que a busca pelo ideal de justiça (em si relativo, na medida em que cada um guarda em si um substrato ético distinto do defendido pelo próximo) atrepele a lei ou a garantias fundamentais. Assim como o homem não é um fim em si mesmo, não poderá o valor *justiça* sê-lo, sob pena de deixar de ser justiça comprometida com a equidade entre os seres humanos – e, assim, não ser mais justiça.

(À GUIA DE) CONCLUSÃO

Pretendeu este trabalho trazer algumas inquietações ao derredor da problemática a doutrina da relativização da coisa julgada injusta; tratam-se, porém, de soluções não definitivas. Reportando-se novamente ao ilustre Miranda (1976, p. 650), “o Homem é o que é, porque sabe, mais do que os outros animais, corrigir-se”. Há de se ter o cuidado, porém, - e é este o cuidado que buscamos inculcar em todo este trabalho acadêmico – de não se recair nas tentações simplificadoras, cometendo erros ainda maiores na busca dos acertos. Concluímos, então:

- a. A coisa julgada (aqui entendida como a imutabilidade da decisão) decorre do trânsito em julgado da decisão; dela emana autoridade, que com ela não necessariamente se confundirá, porque isto não advém do mero trânsito em julgado, mas de um imperativo estatal que possui, ainda, justificações políticas e jurídicas.
- b. A coisa julgada (*res iudicata*) surge, no direito romano, como imperativo de fazer cessar a discussão sobre um bem da vida litigioso, impondo um limite para a rediscussão da matéria.
- c. A ação rescisória é o meio tradicionalmente utilizado para impugnar a coisa julgada; a sentença juridicamente inexistente não é atacável por meio da ação rescisória porque não passa em julgado. Somente há trânsito em julgado da decisão juridicamente existente.
- d. A sentença, para existir juridicamente enquanto fato jurídico *sentença*, depende da materialização do substrato fático. Poderá, porém, ter eficácia prática decorrente do arbítrio – em si antijurídico -, estar inquinada de nulidade ou, ainda, ser ineficaz.
- e. Diferentemente do que ocorre no âmbito do direito material, o sistema de preclusões que rege o processo civil faz convalidar o vício do plano da validade, uma vez ocorrido o trânsito em julgado. Disto só será possível escapar quando e se cabível a ação rescisória, dentro dos prazos para tal.

- f. Os primeiros esforços doutrinários para uma doutrina da “relativização atípica da coisa julgada” surgem no final da década de 1990 e 2000, no bojo de discussões em tribunais superiores sobre desapropriações – sendo o primeiro e mais paradigmático caso o REsp nº 240.712/SP.
- g. Os exemplos comumente apontados pelos teóricos da “relativização atípica da coisa julgada” frequentemente parecem entre si distintos, o que comportaria soluções jurídicas distintas para os problemas apontados. A maior parte dos problemas, em verdade, já comporta uma solução dentro do direito brasileiro.
- h. O direito brasileiro faz opções claras entre o valor *segurança* e *justiça* em diversos pontos, ao eleger prazos decadenciais para a impugnação da decisão judicial após o trânsito em julgado, levando em consideração as justificações políticas e jurídicas da coisa julgada e gerando segurança jurídica para as partes litigantes ao pôr termo final para qualquer possibilidade de rediscussão das questões litigiosas – seja pelo sistema recursal, seja pelo exercício da ação rescisória, autonomamente.
- i. Não se registra, dentro da doutrina da “relativização atípica da coisa julgada”, um esforço para a definição de justiça, adotando-se como ponto de partida cláusulas abertas, a exemplo de “moralidade”, ignorando-se discussões atinentes à filosofia do direito que decerto poderiam densificar teoricamente o debate.
- j. A discussão também carrega em si grande carga de *pro societate* e de supremacia do interesse público sobre o privado, ignorando-se que a garantia de segurança jurídica também possui caráter público.
- k. Sendo o Poder Judiciário composto por seres humanos – juízes -, estão susceptíveis à falha e à incerteza psicológica; o sistema jurídico opta por, em dados momentos, relevar a falha na decisão judicial, na medida em que impõe prazos decadenciais para a arguição de algumas nulidades e que não cria um sistema recursal infinito. Não há, ademais, qualquer garantia de que uma decisão sobre a justiça de uma primeira sentença será, igualmente, justa.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939: Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 18 set. 1939. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 9 set. 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#ementa>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Lei nº 70, de 20 de agosto de 1947: Altera o nº II do artigo 798 do Código de Processo Civil Brasileiro. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 27 ago. 1947. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0070.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968: Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 26 dez. 1968. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 17 jan. 1973. Republicado em 27 jul. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Medida provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001: Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 27 ago. 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005: Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**,

Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 4 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 240.712/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: James Ross e outros. Brasília, 15 fev. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, 24 abr. 2000. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 710.599/SP. Recorrente: James Ross e outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Brasília, 21 jun. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, 14 fev. 2008. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 929.773/RS. Recorrente: J.O.M. Recorrido: O.G.G.. Brasília, 06 dez. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 fev. 2013. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 401. O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 out. 2009. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_37_capSumula401.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.889/DF. Recorrentes: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Diego Goiás Schmaltz. Recorrido: Goiás Fonseca Rates. Brasília, 02 jun. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2011. Disponível em: <stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 dez. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 4 dez. 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires, AR: Ediciones Juridicas Europa America, 1962.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: volume 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

COUTURE, Eduardo Juan. **Estudios de derecho procesal civil**: Tomo III: El juez, las partes y el proceso. Buenos Aires, AR: Ediar, 1950.

DATAFOLHA Instituto de Pesquisas. **92% acreditam que Justiça trata melhor os ricos do que os pobres**. Disponível em: <datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/06/1896245-92-acreditam-que-justica-trata-melhor-os-ricos-do-que-os-pobres.shtml>. Acesso em: 7 nov. 2018.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, n. 103, p. 9-36, 2001.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela: volume II. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, jan./dez. 2001, n. 7/8. p. 9-35.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 2012, vol. 34. p. 15-53.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sôbre a coisa julgada**: com aditamentos relativos ao direito brasileiro. Rio de Janeiro: Nacional, 1945.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Tomo V (arts. 444 – 475). Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Tratado das ações**: Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**: Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *In*: _____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada**. Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Processo Civil, São Paulo, 2011, vol. 6. Disponível em: <edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2955551/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**. 2. ed. Madrid, ES: Revista de Occidente, 1966.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SÃO Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Apelante: Prefeitura Municipal de Mococa. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo, 23 mai. 2018. **Diário da Justiça**, São Paulo, 28 mai. 2018. Disponível em: <esaj.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0000405-04.1998.8.26.0294. Apelante: Estado de São Paulo. Apelado: James Ross e outros. São Paulo, 06 jul. 2016. **Diário da Justiça**, São Paulo, 11 jul. 2016. Disponível em: <esaj.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2018.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

_____. **Sentença civil imotivada**: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. 2. ed. Salvador: Dois de Julho, 2012.

_____. **Los límites subjetivos internos de la jurisdicción**: caracterización de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional. Salvador, BA: Dois de Julho, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Do panprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 194, p. 7 – 21, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro: 2006. v. 9, 35. ed. p. 15-48.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2002, vol. 47, p. 115 – 147.

VELOSO, Caetano. Trem das Cores. Intérprete: VELOSO, C. *In*: _____. **Cores, Nomes**. [S.l.]: Philips Records, 1982. 1 CD (ca. 43 min). Faixa 3.

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