

REVISTA ELETRÔNICA - ISSN 2236-8981 - V. 2. N. 8. OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2012

Temas Atuais de Processo Civil



www.temasatuaisprocessocivil.com.br

EDITORIAL

Nesta nova edição da Revista **Temas Atuais de Processo Civil**, que fecha as publicações do ano de 2012, são apresentados três temas de grande importância para o estudo do direito processual civil. Inicialmente, *Jorge Peyrano* oferece uma análise extremamente relevante sobre o tema da prova científica, relacionando-a, inclusive, com o tema da coisa julgada, tema do artigo seguinte, da lavra de *Gisele Leite e Denise Heuseler*, que o aborda desde uma perspectiva contemporânea. Finalizando a edição, *Paulo Junior Trindade dos Santos* aborda as novas perspectivas do processo civil no Estado Democrático de Direito e sua missão atual. Agradecemos aos colaboradores, e desejamos a todos uma excelente leitura!

Os Editores

SUMÁRIO

<i>SOBRE LA PRUEBA CIENTÍFICA</i>	4
<i>Jorge W. Peyrano</i>	
<i>COISA JULGADA CONTEMPORÂNEA</i>	12
<i>Gisele Leite</i>	
<i>Denise Heuseler</i>	
<i>ATUAL MISSÃO DO PROCESSO JUDICIAL</i>	48
<i>Paulo Junior Trindade dos Santos</i>	

SOBRE LA PRUEBA CIENTÍFICA

Jorge W. Peyrano¹

“La verdad de un tiempo es el error de otro”

Montesquieu

Se trata de un tema bastante transitado en los certámenes científicos procesales nacionales. Fue objeto de atención en el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Rosario 1983), en el XVIII (Santa Fe, 1995) y lo será ahora, nuevamente, en el XXIV (Mar del Plata, noviembre de 2007). Sin embargo y curiosamente, la doctrina autoral nacional más relevante no ha sido demasiado pródiga sobre el particular. Forman excepción los aportes de Morello², Berizonce³ y Carbone⁴, que se suman a los siempre recordados y trascendentes de Denti⁵ y Taruffo⁶.

Procuraremos, en las prietas líneas que siguen, proponer una descripción –por aproximaciones sucesivas- a lo que sería una prueba científica, o por lo menos a lo que se entiende por tal en nuestro medio. Asimismo, haremos foco en algunas cuestiones más

¹Abogado, egresado con medalla de oro, de la Facultad Católica de Derecho de Rosario. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, y Vocal de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho (UNR). Profesor titular de Derecho Procesal I de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Rosario. Consultor Internacional del Banco Mundial en el programa de fortalecimiento del Poder Judicial de Perú (1996), profesor honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima), profesor honorario de la Universidad Nacional de Perú "Federico Villarreal" (Lima), profesor principal honorario de la Universidad de San Agustín de Arequipa (Perú), profesor honorario de la Universidad Católica de Arequipa, profesor honorario de la Universidad San Luis Gonzaga de ICA (Perú), profesor visitante del centro Universitario Regional del Norte (San Pedro Sula), dependiente de la Universidad Autónoma de Honduras, profesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales organizado por la Facultad Católica de Derecho de Rosario, entre otros. Se ha desempeñado como Director Académico de numerosas carreras de posgrado en diferentes Universidades del país. Presidente y miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, entre otros. Integrante del Registro de Expertos para la conformación de Comisiones Asesoras y Comités de Pares de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria. Premios y distinciones: Premio Academia otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1995) y Premio Konex 2006 (Humanidades) en el rubro Derecho Procesal, Internacional y de la Integración. Autor de treinta libros relacionados con la materia procesal civil y comercial, y de cuatrocientos ensayos, monografías y colaboraciones publicadas en distintas Editoriales Jurídicas del país. Co-director y miembro del Consejo de redacción de la Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Director de la Revista Jurisprudencia Santafesina, de la Revista Jurisprudencia de Chaco y de la Revista Jurisprudencia de Corrientes, entre otras.

²MORELLO, Augusto, “La prueba científica” en La Ley 1999-C, página 897 y siguientes.

³BERIZONCE, Roberto, “La prueba científica”, trabajo presentado a las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, La Plata 2006.

⁴CARBONE, Carlos, “La prueba científica y los problemas de su vinculación a la decisión judicial” en Jurisprudencia Santafesina n° 72, página 23 y siguientes.

⁵DENTI, Vittorio, “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador”, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana (año 1972), página 277

⁶TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos” traducción de Jordi Ferrer Beltrand, Madrid 2005, Editorial Trotta, passim.

operativas que especulativas, que suscita el examen de dicha problemática. También trataremos de dar por tierra con algunos mitos existentes en la materia.

Para comenzar, diremos que,- por lo común- es una pericia calificada por la idoneidad del experto que la practica y se caracteriza, también, por el uso de avances notorios y recientes en los campos de la ciencia y la tecnología. Suele, además, singularizarse por el método empleado, su calidad empírica y la posibilidad de repetir los experimentos llevados a cabo por el experto participante. Ejemplos de prueba científica son el test de ADN⁷, la identificación de la voz mediante el espectógrafo⁸ y las biológicas en sentido amplio cual es el caso de la hematológica⁹. Igualmente, podemos aseverar que es una pericia “de autoridad”, en el sentido de que su alta confiabilidad puede resultar aún incrementada por el prestigio del perito interviniente.

Si bien lo corriente es que las pruebas científicas se construyan sobre las ciencias “duras” (Química, Biología, Genética, etc), también las humanas o sociales (Psicología, Sociología, Estadística, etc.) pueden ser utilizadas a tal efecto, aunque de modo más excepcional . Obviamente, no son convocadas las que Taruffo denomina ciencias “basura”, entre las que enumera a la Grafología . Antes de seguir con el desarrollo del asunto en análisis, se impone distinguir entre la prueba científica (de la que venimos hablando) y valoración científica de la prueba (especialmente, de la testimonial) que es algo muy distinto. Sobre esto último, informa Cappelletti: “Cerrando esta investigación comparativa sobre el tema de la libre valoración de las pruebas, queremos hacer referencia todavía a un nuevo e interesante movimiento de pensamiento y de transformación que, según varios signos, hoy en día se va dibujando en distintos países. Alude a la evolución del método de la “libre valoración”, al método que podríamos definir de la “valoración científica” de las pruebas: científica en cuanto está basada sobre la utilización de instrumentos y de datos científico-físicos, químicos, biológicos, etc de la investigación, mediante los cuales se considera, o se espera poder, más tarde o más temprano, medir científicamente la exactitud de la percepción de los testigos, la precisión de sus recuerdos, su veracidad y sinceridad; poder superar, en suma mediante criterios de medida objetivos, los peligros y posibles arbitrariedades de la

⁷TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos” traducción de Jordi Ferrer Beltrand, Madrid 2005, Editorial Trotta, passim.

⁸TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos” traducción de Jordi Ferrer Beltrand, Madrid 2005, Editorial Trotta, passim.

⁹MIDÓN, Marcelo, “Pericias biológicas”, Mendoza, 2005, Ediciones Jurídicas Cuyo, página 35 y siguientes.

valoración subjetiva por parte del juez”¹⁰. Existen serios trabajos interdisciplinarios que demuestran la conveniencia de someter a los testigos mayores de sesenta años a test neuropsicológicos puesto que “con el avance de la edad se reduce la capacidad de detectar olores, haciéndose ello más intenso luego de los 60 años. Con respecto a la visión, son múltiples los cambios asociados con el envejecimiento. Con el envejecimiento hay declinación funcional de la cognición. Así como se manifiesta una merma evidente en las aptitudes físicas de los individuos a medida que envejecen, también se produce una disminución en su rendimiento intelectual”¹¹.

Establecido lo anterior, falta descubrir la razón de ser del creciente interés existente por la prueba científica en el seno del proceso civil. Interpretamos que ello obedece, en buena medida, a la revalorización del proceso civil como marco apto para descubrir (o por lo menos acercarse) a la verdad material, histórica u objetiva, tal y como lo señala Taruffo. Durante mucho tiempo se reservó al proceso penal la calidad de idóneo para develar la verdad histórica y se le asignó al proceso civil el rol de una suerte de Cenicienta que casi siempre debía conformarse con la mezquindad de una verdad *formal* o *procesal*. Afortunadamente, las cosas han cambiado y ya no impera, irrestrictamente, dicha fatalidad. Por el contrario, los justiciables ya no se resignan fácilmente a que se les diga que la verdad no se logró en un juicio civil como consecuencia de emboscadas y malabares procesales. Hoy se lucha con denuedo por el derecho propio y aún por el ajeno. Los ingenios procesales recientes (el exceso ritual manifiesto, la acción de nulidad de sentencia firme, la reposición *in extremis*, entre otros) apuntan a que brille la luz de la verdad objetiva. He aquí otro síntoma de que lentamente se va abandonando la muelle comodidad de conformarse con la verdad formal.

Continuando con el método de aproximaciones sucesivas anunciado, diremos que si bien no siempre la prueba científica consiste, estricta y exclusivamente, en una pericial calificada por el experto y por el método empleado, de todos modos es indudable que lo habitual es que sea una pericial la que forme el cuerpo principal de una prueba científica. Aunque, claro está, en algunas ocasiones habrá que recurrir a normas y principios propios de otros medios de prueba cual sería el caso de la documental¹².

¹⁰CAPPELLETTI, Mauro, “El proceso civil en el Derecho Comparado” traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs As 1973, Ejea, página 128.

¹¹ESPERANZA, Silvia, “El testimonio de terceros en la prueba de hechos antiguos”, Ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

¹²PEYRANO, Jorge W., “Valor probatorio de los medios de confirmación no legislados y aceptados plenamente por la técnica moderna”, en “Libro de Ponencias Generales” del XII Congreso Argentino de Derecho Procesal, página 6.

Cómo diferenciar una pericial común de una científica? Por cierto que lo hasta aquí dicho algo ayuda, pero mejorará las cosas –como siempre acontece- acudir a un ejemplo. Supongamos que hemos adquirido un cuadro de autor reconocido contemporáneo y luego dudamos de su autenticidad. Recabamos, entonces, la opinión de un perito conocedor del autor, de su obra, de su pincelada, de los motivos que habitualmente pinta y de otros elementos de juicio para establecer si el cuadro en cuestión es auténtico o si es una falsificación. Ahora imaginemos que hemos comprado un cuadro cuyo autor viviera hacia fines de siglo XIX y como también sospechamos acerca de si se trata de un plagio , convocamos a un experto para que lo examine y lo someta a la comprobación del carbono 14, descubriéndose así que la tela utilizada fue confeccionada diez años atrás. En la primera hipótesis, estamos ante una pericia “corriente”; en la segunda, ante una prueba científica.

Suele despertarse la tentación de afirmar que la prueba científica es un nuevo medio de prueba. De ninguna manera. El último medio de prueba incorporado a los códigos procesales civiles fue la prueba de informes (Santa Fe 1940) . Ya hemos tenido oportunidad de señalar respecto del interrogante de si son realmente nuevas pruebas , lo que sigue: “Pues no. Es que son perfectamente encuadrables en los límites de las pruebas tradicionales y conocidas, tales como la pericial y la documental. Así, v.g, la prueba por fotografías está sujeta –en líneas generales, al régimen previsto para la prueba documental, debiendo entonces designarse una audiencia para su reconocimiento, y pudiendo ordenarse la producción de una pericial para el caso de su desconocimiento. Claro está que no se nos escapa que muchos de los modernos métodos probatorios presentan ribetes inéditos, que ponen a prueba la imaginación del juez para poder instrumentarlos adecuadamente dentro del ámbito del proceso; instrumentación que se debe lograr respetando en todo momento las garantías establecidas en relación a todos los sectores del derecho probatorio”¹³. En verdad, las pruebas denominadas “científicas” se adaptan y enmarcan en los medios probatorios ya conocidos, habitualmente la pericial aunque –insistimos- también la documental suele reclamar injerencia.

Y cuáles son las características generales de las pruebas científicas?: a) son pruebas de colaboración¹⁴ porque suelen requerir de una dosis de buena voluntad de partes y/o terceros

¹³ *Ibíd*em, página 6.

¹⁴ *Ibíd*em, página 7 “Un rasgo común a casi todas las pericias “nuevas” (dicho sea de paso, en la mayoría de los casos las pruebas “científicas” se resuelven en una prueba pericial) de uso más habitual en juicio, es el consistente en tratarse –permítasenos la expresión-de pruebas “de colaboración”, dicho esto último en el sentido de que sólo pueden practicarse mediante la participación como sujeto pasivo de la pericia, de alguna de las partes e inclusive de terceros respecto del proceso. Si, verbigracia, una de las partes no colaborara permitiendo que se le extraiga sangre, no podría concretarse una pericia hematológica. Adviértase, en cambio, que otro tipo de

para que puedan llevarse a cabo (v.gr, aportes de evidencias biológicas que pueden traducirse en la extracción de sangre o en el corte de cabellos); b) En algunos supuestos, son pruebas cuya fuerza probatoria reclaman complementación en orden a demostrar la autenticidad de los elementos tenidos en cuenta para la experticia¹⁵; c) Sus fuentes acostumbran a ser dinámicas, en el sentido de que por impulso de los avances tecnológicos son frecuentemente reemplazadas y mejoradas. Así, la impresión digital mediante el entintado de los dedos de las manos hoy es reemplazada por la impresión digital electrónica; y la añeja extracción de sangre y el corte de cabellos (con bulbo) son sustituidos por el hisopado bucal (raspado suave en la cara interna de la mejilla, sin traumatismos ni punciones) que es suficiente para practicar un correcto test de ADN.

Dos son los principales mitos que habitualmente acompañan a la prueba científica: a) que siempre generan certezas absolutas, b) que sus resultados son infalibles. En cuanto a lo primero, cabe decir que el mito de la certeza absoluta se ha construido, seguramente, a partir del test de ADN por su alto porcentaje de fiabilidad¹⁶. Pero ello no siempre es así y tampoco es extrapolable a otras pruebas científicas. Repárese en la hipótesis de las edificadas sobre estadísticas. Asiduamente, éstas arrojan frecuencias menores que permiten, a lo sumo, entrever tendencias, pero que en modo alguno generan certezas absolutas¹⁷. Respecto de lo segundo, debe decirse, terminantemente, que las pruebas científicas, no son infalibles. Baste con recordar la hipótesis de la alcoholemia realizada previa punción con una aguja empapada

pericias, como sería la caligráfica, puede en algún caso realizarse sin requerirse colaboración tan estrecha por parte de la persona a quien se le atribuye la autoría de un documento privado (por ej. cuando la pericia parte del cotejo de varios instrumentos indubitados suscriptos por un mismo sujeto, con el documento cuya autenticidad se discute)".

¹⁵Ibídem, página 9. "Con dicha expresión queremos significar que, las más de las veces, la eficacia probatoria de un nuevo método confirmatorio reclama la coexistencia de ciertos elementos coadyuvantes exógenos. Así, por ejemplo, sucede con el caso –ya examinado– de una prueba por fotografías, cuya plena eficacia probatoria no sólo está vinculada a que complementariamente testigos (o algún funcionario judicial) hagan fe de que la foto en cuestión fue tomada en tal lugar y que la película utilizada fue revelada de inmediato y sin dar lugar a maniobras sustitutivas, o de un procedimiento de reconocimiento por parte del justiciable frente a quien se desea hacerlas valer, y todavía –en el supuesto de que fuera desconocida su autenticidad por este último– ser materia de una pericia especializada para determinar la validez probatoria de las mismas".

¹⁶CHIERI, Primarosa y Eduardo ZANNONI, *passim*.

¹⁷TARUFFO, Michele, "La prueba científica en el proceso civil", aporte traducido por Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier y presentado a las Segundas Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, página 151 y siguientes: "En muchos casos, sin embargo, el dato científico se formula en términos probabilísticos que atribuyen sólo un grado de confirmación, que puede ser muy bajo, al enunciado que es objeto de prueba. Es, por ejemplo, el caso de la epidemiología, que habitualmente produce frecuencias estadísticas poco elevadas. El mito de una ciencia que proporciona siempre certezas absolutas está en crisis desde hace tiempo, y, por tanto, es necesario tener en cuenta el hecho de que ésta puede proporcionar conocimientos e informaciones útiles para la comprobación de los hechos, pero que estas informaciones pueden ser incompletas, variables, sujetas a revisión, discutibles y a menudo insuficientes para resolver de una vez por todas el problema de la decisión sobre los hechos".

en alcohol o en el caso de la exhumación para practicar el test de ADN cuando el cadáver fue sometido a la acción del formol.

Por lo común, cuando la infalibilidad cede (y ello ocurre con bastante frecuencia) se está frente a algún episodio ocurrido en el iter que va desde la obtención de la muestra (v.gr., traslado de la sangre a bajas o altas temperaturas) hasta el momento de realizar el dictamen pericial. Igualmente, la contaminación de las muestras logradas impide ya no tanto la realización, por ejemplo, de un test de ADN, sino que sus resultados sean fiables y valorables en juicio (17)¹⁸. Tal contaminación se registró en el sonado caso “SIMPSON”¹⁹, provocando que la prueba científica producida no se tomara en cuenta y que el encartado resultara absuelto en sede penal.

Sin duda que el magistrado pueda apartarse de las conclusiones contenidas en una prueba científica²⁰, aunque dicho apartamiento presenta especiales dificultades. Por cierto que en cualquier caso deberá valorarla, y únicamente descartarla expresando serios motivos para adoptar tal proceder. Entre tales motivos pueden contabilizarse los siguientes: el dictamen carece de fundamentación o el consignado es autocontradictorio; se ha demostrado la existencia de error, confusión o maniobras maliciosas con las muestras tenidas en cuenta; no se ha cumplido con la *lex artis* pericial pertinente al someter, v.gr, a una muestra de sangre al reactivo inadecuado. Vaya un ejemplo de maniobra descubierta que diera lugar al apartamiento de una pericial científica, que tuviera alguna difusión periodística: un test de ADN se practicó en un hospital público en el marco de un juicio de filiación. Ulteriormente se demostró que no se le exigió identificación a la persona que concurrió a realizarlo, y que su apariencia física no coincidía con el imputado como padre.

El apartamiento también puede provenir de la producción –decretada vía mejor proveer, por ejemplo- de una pericial de mayor “autoridad”, cual sería la originada en una pericial informativa efectuada por un distinguido instituto de una academia o universidad²¹.

Finalmente, qué hacer con la cosa juzgada cuando podría resultar alterada por la producción de una prueba científica posterior? La posición clásica dirá que nada. Otra, más actual y con más matices, distinguirá en tal caso en el cual por la época en que la cosa juzgada

¹⁸CHIERI, Primarosa y Eduardo ZANNONI, ob cit.página 139 y siguientes.

¹⁹Ibidem, página 148.

²⁰CARBONE, Carlos, “La prueba científica y los problemas de su vinculación a la decisión judicial”, página 33.

²¹PEYRANO, Jorge W. “Apuntes sobre la pericial informativa” en “Tácticas en el proceso civil”, Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2, página 57 y siguientes. Con base en el artículo 476 CPN, la pericial informativa alude a la posibilidad de requerir informes a instituciones científicas y técnicas prestigiosas, cuando fueren necesarios conocimientos de gran especialización que de ordinario, no poseen los peritos.

se consolidara no existía la prueba científica en cuestión y el representado por el supuesto en que ella sí existía por entonces. En esta última hipótesis, podría alegarse que los requisitos propios de la acción de nulidad de sentencia firme²² y que los alcances de la preclusión procesal²³, determinan que no podría pretenderse la cancelación de la cosa juzgada por influencia de la prueba científica ya existente.

La hipótesis más propensa a la polémica es la restante: no existía la prueba científica correspondiente cuando se formara la cosa juzgada del caso. En realidad esta hipótesis está prevista y resuelta por el artículo 33 de la ley 25.675 para el ámbito de lo ambiental²⁴.

Resta verificar si la norma citada es susceptible de aplicaciones analógicas o si los principios propios de la acción de nulidad de sentencia firme²⁵ son suficientes, llegado el caso, para cancelar la fuerza de la cosa juzgada por influencia de una prueba científica sobreviniente. Sería doctrina especializada, se pronuncia en pro de una respuesta afirmativa²⁶.

Decía, con razón San Agustín, que “los que no quieren ser vencidos por la verdad, son vencidos por el error”. Por nuestro parte, preferimos ser derrotados por la verdad.

CONCLUSIONES

1) La llamada prueba científica es, de ordinario, una variante de la prueba pericial caracterizada por la especial idoneidad del experto interviniente, que desarrolla su labor merced al aporte de notorios avances en materia científica y tecnológica

2) Se registra un renovado interés en el tema de la prueba científica, seguramente en virtud de la prevalecencia de una nueva visión del proceso civil que considera deseable y posible la obtención de la verdad objetiva o histórica.

²²PEYRANO, Jorge W., “Acción de nulidad de sentencia firme” en “El proceso atípico” Buenos Aires 1993, Editorial Universidad, página 180: la acción de nulidad de cosa juzgada írrita no puede promoverse exitosamente cuando el accionante ha incurrido en negligencia u omisiones en el curso de la instancia que pretende realizar.

²³PEYRANO, Jorge W., “Lo implícito en materia decisoria” en “Procedimiento civil y comercial”, Rosario 1991, Editorial Juris, tomo 1, página 110: El fallo cubre lo deducido y lo deducible, vale decir que las razones y argumentos que pudieron hacerse valer y no se esgrimieron, no pueden renovarse en pos de dejar sin efecto los efectos de una preclusión operada.

²⁴Artículo 33 de la ley 25.675: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

²⁵PEYRANO, Jorge W. “Acción de nulidad de sentencia firme” página 174: Concebimos la revisión de la cosa juzgada írrita como un instrumento flexible y susceptible de remediar cualquier desviación (también la provocada por la inexistencia pretérita de una prueba científica) del fin que el ordenamiento jurídico le asigna al proceso civil, que es el de dar a cada uno lo suyo.

²⁶MIDÓN Marcelo, ob.cit.página 218.

3) No debe confundirse la alta confiabilidad de que goza la prueba científica con su infalibilidad. Los jueces pueden y deben apartarse de las conclusiones de una prueba científica, debiendo en tal caso aportar, pormenorizadamente, los motivos del apartamiento.

4) La aparición de una prueba científica con posterioridad a la consolidación de una cosa juzgada, puede ser invocada con el objeto de cancelar su fuerza vinculante.

COISA JULGADA CONTEMPORÂNEA

Gisele Leite¹

Denise Heuseler²

Resumo: A coisa julgada contemporânea não é mais aquela prevista originalmente pelo CPC de 1973, e nem ensinada pela tradição romanística-germânica. Para entendê-la, perpassamos por diversos doutrinadores que marcaram a evolução do instituto e debatemos sobre a relativização da coisa julgada e suas principais consequências para o processo civil contemporâneo.

Palavras-chave: Coisa julgada. Direito processual. Direito constitucional. Inconstitucionalidade. Processo contemporâneo.

Abstract: A contemporary *res judicata* is no longer that originally provided by the CPC in 1973, and not taught by roman-Germanic tradition. To understand it, pervading by several scholars that marked the evolution of the institute and discussed about the relativization of *res judicata* and its main consequences for the contemporary civil procedure.

Keywords: *Res judicata*. Procedural law. Constitutional law., Unconstitutional. Contemporary process.

Sumário: I – Introdução; II – Desenvolvimento; III – Conclusão; Referências.

I – Introdução

¹Professora Universitária, Pedagoga, Bacharel em Direito UFRJ, Mestre em Direito UFRJ, Mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Articulista e colunista dos sites www.invetidura.com.br, www.netlegis.com.br, www.jusvi.com, possuindo vasta produção acadêmica publicada nos sites como www.ibdfam.org.br, http://egov.ufsc.br/portal/buscalegis, www.abdpc.org.br, www.ambito-juridico.com.br, www.abdir.com.br, www.jurid.com.br.

²Professora Universitária, Advogada, Bacharel em Direito UNESA, Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UniverCidade, Mestranda da UCAM, Pesquisadora do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas, professora-tutora da FGV Online e IBMEC Online. Também possui vasta produção acadêmica publicada pelos sites www.invetidura.com.br, www.jusvi.com, www.ibdfam.org.br, www.prolegis.com.br, www.egov.ufsc.br/buscalegis, www.ambito-juridico.com.br, www.abdpc.org.br, www.conteudojuridico.com.br, www.abdir.com.br e www.jurid.com.br

Tratar sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada principalmente por inconstitucionalidade e pelas variadas correntes doutrinárias existentes requer boa dose de reflexão.

Debates que envolvem o processo contemporâneo em seu trajeto evolutivo trazem a lume nova visão de conflito de interesses, de jurisdição e de decisão judicial calcada no julgamento.

Ademais, o certo desprestígio do julgamento³ enquanto fenômeno jurídico-social deve-se as tendências relativizantes da coisa julgada, maculando sua definitividade e imutabilidade.

Não pode o aplicador de Direito restar afastado da presente evolução constante no texto constitucional bem como de seus princípios (sejam explícitos ou implícitos), dos desígnios da cidadania que tanto prestigiam o Estado Democrático de Direito que consagra valores primaciais como a dignidade humana, os valores sociais do trabalho, da moralidade, da legalidade, eticidade, eficiência, sociabilidade e operabilidade, entre tantos outros que formam e dão corpo ao direito contemporâneo.

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro que os atos e decisões devem respeitar aos ditames constitucionais, exigência que não só é da segurança jurídica, mas também da manutenção e aperfeiçoamento constante do Estado Democrático de Direito tão bem esculpido pela vontade dos contribuintes posto que sejam delegados da vontade popular e a expressão da alma da nação.

Até mesmo o Poder Executivo no âmbito de sua competência tem o dever de atuar suas precípuas atribuições conforme os postulados e princípios explícitos ou implícitos da Constituição Federal Brasileira, caso contrário, receberão os efeitos do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, cabendo este afastar o ato ou decisão do mundo jurídico, se for chamado para tanto.

³ O que automaticamente traz maior atenção aos meios alternativos de composição de lides, tais como a conciliação, a mediação e arbitragem. Na conciliação, um terceiro imparcial interveniente buscará, em conjunto com as partes, chegar voluntariamente a um acordo, interagindo, sugestionando junto às mesmas. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio. Pode atuar de forma prospectiva, pois poderá resolver hoje para se evitar problemas futuros. Na mediação o terceiro imparcial orienta as partes litigantes para a solução da controvérsia, sem sugestionar. As partes se mantêm como autoras de suas próprias soluções. É importante a ajuda da multidisciplinariedade, com o uso de ciências como a psicologia, a sociologia e, etc. Na arbitragem consagrada como forma de solução de conflitos regulada pela Lei 9.307/2006 conhecida como a Lei da Arbitragem, na qual terceiro especialista da matéria em debate, e eleito pelas partes, decide a controvérsia. A decisão arbitral goza de força de sentença judicial e não admite recurso, e só poderá atuar quando o conflito atingir direito patrimonial disponível.

Nem o Poder Legislativo está imune ao controle de constitucionalidade, submetendo-se até as emendas constitucionais a esse mesmo controle, bem como as medidas provisórias emitidas pelo Executivo, e ainda, as leis delegadas, decretos legislativos e resoluções.

Convém ressaltar que também o Poder Judiciário submete-se ao controle de constitucionalidade, não vige, portanto, isenção desse controle posto que concebido justamente para bem caracterizar o regime democrático, como também não infringe o princípio da separação de poderes.

O controle de constitucionalidade dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, por quaisquer meios processuais permitidos pela ordem legal instituída, não viola a separação de poderes, e sim, fortalece o princípio democrático representativo por garantir a vontade soberana do povo expressa no texto da Carta Maior e, ainda promove o efetivo e íntegro respeito aos seus ditames, dando unidade e harmonia a toda ordem jurídica pátria.

Nesse sentido, ao aplicar a lei ao caso concreto, encontrando o julgador o conflito entre a vontade do legislativo e a vontade do povo expressa num texto constitucional, deve promover hodiernamente um intrínseco controle de constitucionalidade.

Como o Poder Legislativo é atribuído pela Constituição, sendo um poder delegado que tenha se excedido, configurando que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato conferido. O excesso, por conseguinte, é nulo e, é dever do tribunal reconhecer e dar efetividade ao texto constitucional tido como o direito primordial, recusando-se a executar o ato do Legislativo que assim o anular na prática.

Evidentemente é a evolução da democracia e o crescimento da confiança nos poderes da república que fazem com que a prática dos atos e decisões apresente-se em conformidade e sintonia com os ditames constitucionais.

É, pois inconcebível no Estado de Direito, permanecer a coisa julgada como dogma intangível mesmo quando em evidente contrariedade com os postulados, princípios e regras da Constituição Federal.

O que se espera do Poder Judiciário é a integral defesa da supremacia constitucional, e jamais a violação ao exarar suas decisões. A atividade jurisdicional deve, portanto, imprimir o grau máximo de segurança⁴ jurídica e que se configura explicitamente quando revela em perfeita harmonia dos efeitos de seus julgados com as linhas-mestras delineadas pela Constituição vigente.

⁴ De fato, o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto, e nem o é, portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeira grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, conforme constitucionalmente prometido e reafirmado pela garantia do acesso à justiça.

A principal bússola para o intérprete e aplicador de Direito é a força magnética da Constituição Federal que existe por originar-se do poder do povo, e nenhum outro poder está acima deste.

pso facto num Estado Democrático de Direito não há a realização plena dos ideais concebidos quando o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões e julgamentos, pretender restar acima dos limites constitucionais vigentes.

Especialmente é do Poder Judiciário, a missão é fazer prevalecer a força da Constituição, endossada pelos os demais poderes, especialmente o Executivo e o Legislativo. Não se pode conceber a intangibilidade da coisa julgada para acatar-se o descumprimento da Constituição Federal.

As variadas manifestações doutrinárias sobre a flexibilização da coisa julgada e, ainda sobre a coisa julgada inconstitucional que se revela em afronta à moralidade privada e pública em seus efeitos vieram produzir inúmeras teorias umas a favor, da chamada relativização, enquanto outros, contrários.

A primeira teoria é de autoria de Carlos Valder Nascimento em sua obra “Por uma teoria da coisa julgada” onde examinou os seguintes assuntos: a) considerações propedêuticas acerca da coisa julgada inconstitucional; b) coisa julgada inconstitucional; c) panorama pós-moderno da legitimação normativa; d) valor justiça e controle dos atos públicos; e) escola clássica do positivismo; f) crise da teoria constitucional e a contribuição de John Rawls⁵ e controle dos atos públicos; g) O Direito na ótica do pós-positivismo; h) pressupostos constitucionais e processuais da coisa julgada; i) a função jurisdicional e inconstitucionalidade dos atos públicos; j) a decisão judicial e seus fundamentos no plano da validade; k) contribuições ao estudo da coisa julgada inconstitucional; estudos doutrinários; l) dogmatismo e não-relativização da eficácia da coisa julgada inconstitucional; m) segurança jurídica; justiça

⁵ John Rawls (1921-2002) foi professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard (é a mais antiga instituição de ensino superior norte-americana e até 2011 era considerada a melhor do mundo). Retomando a teoria do contrato social, propôs-se responder como avaliar as instituições sociais, no sentido de serem justas. Formulou a teoria da justiça como equidade, através da situação hipotética e histórica similar ao estado de natureza (chamada de posição original) na qual certos indivíduos escolheriam princípios de justiça. Tais indivíduos considerados como racionais e razoáveis estariam submetidos ao “véu da ignorância”, desconhecendo todas as situações que lhe trariam vantagens ou desvantagens na vida social (*status* social, educação, concepções de bem, características psicológicas e, etc.). Desta forma, em posição original, em situação equitativa, todos são considerados livres e iguais.

Retoma o contrato social não para justificar a obediência ao Estado, mas vincula-se ao construtivismo kantiano onde a ideia de contrato serve para fundamentar o processo de eleição de princípios de justiça (princípio da liberdade e da igualdade). Após reformular e aperfeiçoar algumas das suas teses, além de incorporar e responder a seus escritos, Rawls apresentou uma nova versão de sua teoria na obra "O liberalismo político", publicada em 1993.

da sentença e sentença inconstitucional; n) hermenêutica constitucional: ponderação de interesses, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e do fenômeno jurídico; o) instrumentos processuais de controle da decisão inconstitucional;⁶

Pode-se entender que o controle de constitucionalidade trata de analisar as atividades típicas dos Poderes do Estado, certo que todas são sujeitas ao controle da sociedade.

As regras atinentes à coisa julgada são regras no plano da legislação ordinária, que inclusive por expressa previsão constitucional, não podem contrariar ou promover modificações no referido instituto que tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas nos termos do Código de Processo Civil brasileiro.

Não existe nenhum choque entre o princípio de segurança jurídica e a aplicação dos demais princípios que estão ⁷acima daquele, sendo presente que o caráter absoluto atribuído à coisa julgada não resiste aos primados da moralidade e da legalidade;

O princípio da segurança jurídica deve ceder diante dos princípios fundantes do ordenamento constitucional, quando se sabe que o processo não realiza o direito de modo perfeito, em toda a sua plenitude.

“Nas sentenças nulas, os vícios inerentes ao conteúdo de inconstitucionalidade por estes veiculados podem ser atacados, sem necessidade de observância de tempo ou de procedimento específico, posto que decretam a inexigibilidade do título executivo sentencial, por força do parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado com a redação dada pelo art. 10 da Medida Provisória 2.180-5 de 24/08/2001”⁸.

⁶ Nascimento acreditava que a segurança jurídica representada pela coisa julgada não é argumento suficiente à readequação dos provimentos judiciais que estejam protegidos sob o manto da coisa julgada, uma vez que considera os conceitos de segurança e justiça como harmônicos, conforme trecho adiante: “havendo simetria entre segurança e justiça na perspectiva lógica da aplicação do direito, o conflito que se procura estabelecer entre ambas é de mera aparência”. (*In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa Julgada inconstitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. P.1-31).

⁷ Normalmente diante de choque de princípios leva-se em conta a ponderação de valores e interesses.

⁸ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

Nada impede que em sede de embargos o juiz examinasse a questão da inconstitucionalidade da sentença, considerada nula, mesmo sem qualquer pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal, nos aspectos difuso ou concentrado.

Se existem ressalvas quanto à autoridade da coisa julgada, tanto no âmbito criminal quanto no cível, que autorizem a revisão criminal e a rescisão da sentença, portanto é lícito admitir que a coisa julgada inconstitucional que pode ser objeto de ação declaratória em busca de sua desconstituição, por não se compatibilizar com o ordenamento constitucional positivo.

A *res judicata* tem força de lei entre as partes, de forma que não pode ser modificada por lei ordinária, cuja sentença enfrentou o mérito, assim transitado em julgado;

A tese da relativização da coisa julgada ganha conteúdo captando a adesão de juristas europeus e brasileiros, a partir da percepção de que não se pode acolher o entendimento que não seja consentâneo com a realidade dos fatos.

Conclui-se que a decisão jurisdicional de carga lesiva que não possa ser revertida, mesmo em situação extraordinária, sob o pretexto do seu caráter de absolutividade.

A autonomia da chamada *querela nulitatis* no direito brasileiro que visa impugnar a sentença inquinada de nulidade, independentemente do manejo recursal conforme bem apontado por José Cretella Neto. Lembrando que os vícios insanáveis não se resolvem nem mesmo com a preclusão temporal.

Também poderá ocorrer a arguição de inexigibilidade do título sentencial a ser processada em exceção de pré-executividade, mesmo diante da decisão trânsita em julgado. Havendo a petição de nulidade relativa quanto à execução, o deve ocorrer em qualquer grau de jurisdição, possuindo natureza suspensiva já que afeta diretamente o processo de execução.

Esclarece Ivo Dantas⁹ em seu artigo intitulado “Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência” publicada na Revista Fórum Administrativa, de maio de 2002, aceitando a trilogia hegeliana composta da tese, antítese e síntese, aponta como principais pontos:

⁹ Defende Ivo Dantas pela oportuna e necessária rescindibilidade da coisa julgada inconstitucional o que parece uma expressão contraditória, porque se pretende rescindir algo inexistente. Não admite a flexibilização da coisa julgada bem como entende ser esta uma ameaça ao instituto da coisa julgada. (In: DANTAS, Ivo. **A Coisa Julgada Inconstitucional**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/667/240>. Acesso em 12.12.2012).

a) se a inconstitucionalidade significa inexistência¹⁰ da lei e/ou ato, não se poderá cogitar em coisa julgada por encontrar-se esta fundamentada em algo que não existe;

A própria expressão “coisa julgada inconstitucional” traz uma intrínseca contradição, tendo sentido mais retórico do que científico, nesse mesmo sentido pontua Rosemiro Pereira Leal.

b) caso a coisa julgada seja calcada em norma inconstitucional, não se cogita na flexibilização da coisa julgada inconstitucional, razão pela qual os meios de impugnação utilizáveis apenas irão reconhecer por meio de novo pronunciamento da decisão rescindenda, juridicamente nunca existiu, por está baseada em inconstitucionalidade;

Na prática, sem a rescisão do julgado, conforme já lecionava Pontes de Miranda, ter-se-á “a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível”.

c) Como a arguição de inconstitucionalidade poderá ser feita a qualquer tempo e em qualquer instância ou tribunal, não se cogitando de decadência, nem preclusão e, ou ainda, prescrição.

Porém, se por qualquer motivo a ação rescisória for apontada como ilegítima em razão do tempo, a saída seria o mandado de segurança ou da ação declaratória de nulidade¹¹ absoluta da sentença, em razão da inconstitucionalidade em que se encontra fundamentada.

Convém lembrar que esta derradeira hipótese já foi aceita pelo STF (*ex vi* Recurso Extraordinário 97.589, Relator Ministro Moreira Alves, j.17.11.1981, DJU 03.06.1983, dentro do prazo da ação rescisória).

Outro doutrinador que abordou o tema foi Francisco Barros Dias através de seu artigo sob o título “Breve Análise sobre a coisa julgada inconstitucional” e afirmou em síntese:

a) É imprescindível uma posição doutrinária e jurisprudencial sobre a coisa julgada, quando violadora da Constituição, em face da perplexidade que prova aos diversos julgados contraditórios, especialmente quando existe afronta a Constituição;

¹⁰ Descreve Reale que são atos inexistentes (que alguns doutrinadores equiparam aos nulos) são os que carecem de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda *in fieri*, devendo ser declarada a sua não significação jurídica, se alguém o invocar como base de sua pretensão.

¹¹ Orientou Rui Barbosa através de seus vários textos e difundiu na doutrina pátria o controle difuso da constitucionalidade das leis, hoje definitivamente inserida na cultura jurídica brasileira. Mas, advertia que o controle difuso de constitucionalidade não acarreta a eliminação da lei do ordenamento jurídico, apenas faz prevalecer, na solução do caso concreto, a autoridade da Constituição. Assim uma coisa é declarar a nulidade e, outra é anular. Declaram a nulidade, os tribunais legitimamente, a respeito de leis ordinárias com a lei fundamental. Mas, o farão, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese alguma, como conclusão da sentença e objeto julgado (O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional, 1910, vol. 1, p.103).

b) Da forma com que a jurisprudência vem tratando a ação rescisória, tal remédio processual não é suficiente para corrigir a decisão tida como inconstitucional, especialmente depois do trânsito em julgado, ou seja, depois do biênio decadencial;

c) O sistema jurídico brasileiro está baseado em diversos princípios que fornecem sustentação ao ordenamento, como os da hierarquia das normas, o democrático, os da legalidade, isonomia e separação de poderes, os quais deverão ser observados pelo julgador ao aplicar a norma;

d) A sentença que afronta princípio constitucional deve ser considerada como inexistente, em face de sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente;

e) É uma perplexidade a situação de um jurisdicionado que recorre ao Judiciário e se depara com decisão contrária à Constituição, e não tem como remediar tal erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas, e ser logicamente, incompreendido em sua real função; (nesse sentido a crítica até retira substancial legitimidade do Judiciário posto que imponha sentença injusta e um processo injusto);

f) Como forma de correção direta e sem a necessidade de reforma da lei ou do texto constitucional, essa suposta omissão instrumental, seria a jurisprudência aceitar a ação rescisória com fundamento da inconstitucionalidade do julgado e sem prazo decadencial, ou a forma mais prática e eficaz da ação declaratória de inexistência de coisa julgada inconstitucional, a qual não encontraria qualquer óbice em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, com o mesmo se compatibiliza e até harmoniza-se.

Mais um importante doutrinador trata do espinhoso tema, que é José Maria Tesheimer que em sua obra sobre a coisa julgada merece principalmente quando comenta sobre os limites da proteção constitucional da coisa julgada.

In litteris: a) “A Constituição estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI).

Em essência, o que aí se veda é a lei retroativa, isto é, lei posterior para reger fatos passados. “A revisão da sentença, por fato superveniente, em relação jurídica continuativa não ofende a Constituição”; b) “Também não ofende a Constituição a ação rescisória, pois não há retroatividade quando se rescinde a sentença, proferindo-se novo julgamento, com base na mesma legislação existente no tempo da rescisão rescindida. Nem precisa lançar mão do argumento de que a própria Constituição contém referência à ação rescisória”; c) “A ação rescisória¹² poderia ser perpétua, sem com isso violar-se a Constituição. Se se entendesse essencial à existência de prazo, estar-se-ia a interpretar a Constituição como se esta apenas protegesse a chamada coisa soberanamente julgada, isto é, as sentenças de mérito que não apenas transitaram em julgado como se tornaram irrevocáveis pelo decurso do tempo.

¹² Convém recordar a definição de Barbosa Moreira sobre o tema: “Chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada (*In: Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., volume V, n. 54, p.95). Mesmo a sentença rescindível ainda que nula produz a priori os efeitos da coisa julgada e apresenta-se exequível enquanto não for revogada por remédio próprio da ação rescisória. Assim não rescindindo ainda, o julgado prevalece. Desta forma conclui Barbosa Moreira que a sentença rescindível não é nula, mas sim anulável, posto que a invalidade só opera depois de judicialmente decretada, conforme classifica a melhor técnica. Por fim, rescindir significa desconstituir a coisa julgada.”

Mas a proteção constitucional a coisa julgada é mais ampla. Não se limita a proteger as sentenças irrevogáveis, mas toda e qualquer sentença que haja produzido coisa julgada material¹³”.

Mais um autor, Eduardo Talamini, enfrenta a temática e dedica todo um capítulo ao exame das sentenças inexistentes e ineficazes. Defendendo que o reconhecimento da sentença inexistente e ineficaz. Defende o autor que o reconhecimento da sentença inexistente pode ser buscado pela *actio nullitatis*.

In litteris: “A *actio nullitatis* destina-se à constatação da inexistência da sentença. É exercitável “a qualquer tempo” pois, sendo precipuamente declaratória, não está sujeita a prazos de prescrição ou decadência. Estão legitimados a formulá-la tanto o vencido quanto o vencedor, cujo interesse pode residir na eliminação da incerteza criada pela aparência de sentença. É de competência do juiz de primeiro grau (*rectius*: do juiz de competência originária para a causa objeto da sentença inexistência).”

Talamini analisa as sentenças inexistentes e as ineficazes em confronto com as sentenças nulas e injustas, tece críticas à noção de inexistência jurídica como categoria autônoma e relevante, analisa também as razões para a aceitação da categoria e a sua eficácia e ineficácia.

E, de modo sistemático aborda: a) as sentenças justas e injustas; b) as razões de especial relevância de inexistência jurídica no processo civil; c) sentenças inexistentes: configuração lógico-jurídica, importância prática e tutela constitucional; d) sentença sem dispositivo; e) ato proferido em procedimento em que falta pressuposto de existência processual; f) regime jurídico de averiguação da sentença juridicamente inexistente; g) sentenças inexistentes e relativização¹⁴ da coisa julgada.

Por fim, Eduardo Talamini finaliza o capítulo relatando que muitos graves defeitos de forma e conteúdo por vezes não implicam na inexistência da sentença. Em tais casos, não será aplicável o regime anteriormente delineado.

¹³ Sérgio Gilberto Porto em cuidadosa monografia observou que a projeção da coisa julgada material diverge da formal, pois, enquanto esta se limita à produção de efeitos endoprocessuais internos, aquelas os lança de forma panprocessual externa, motivo pelo qual se impõe perante demandas diversas daquela em que se verificou, tornando inadmissível novo exame do assunto e solução diferente a respeito da mesma relação jurídica, seja por outro, seja pelo mesmo juízo que a apreciou.

¹⁴ A chamada relativização da coisa julgada é tema polêmico, apesar da expressa previsão constitucional sobre a coisa julgada, esta vem passando por nova interpretação, surgindo vários renomados doutrinadores como José Augusto Delgado, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Junior e Francisco Barros Dias. Em verdade a dita relativização refere-se à coisa julgada material, devendo-se lembrar que a garantia de imutabilidade e indiscutibilidade não vai além dos efeitos a serem imunizados e posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante atividades inerentes ao processo civil contemporâneo.

Portanto, sendo sentença fruto de cognição exauriente de mérito, estará presente a autoridade da coisa julgada material, a qual em princípio apenas poderia ser derrubada mediante ação rescisória (desde que observados todos seus pressupostos de cabimento e o biênio decadencial que corresponde ao prazo de propositura) ou algum outro típico instrumento (conforme o art. 741, parágrafo único CPC). É nesse terreno – alheio às sentenças inexistentes que se põe o problema da relativização da coisa julgada.

Os doutrinadores sustentam um rol significativamente mais amplo de sentenças inexistentes (atribuindo tal inexistência ao núcleo conceitual mínimo desse tipo de ato) desenvolvem, por esse caminho, uma teoria de relativização da coisa julgada. Ou, noutra perspectiva, mediante a própria negação de que exista a coisa julgada, tais doutrinadores eliminam o *busilis* referente à quebra da coisa julgada.

Sobre a relativização da coisa julgada, Talamini finalmente concluiu: “Confirma-se a necessidade imperativa de definir o exato sentido e alcance dos conceitos e categorias sobre o tema (coisa julgada, seus limites, existência jurídica e nulidade da sentença, etc)”.

Uma indevida relativização dos conceitos estaria ocultando a verdadeira relativização dos institutos, sem que os critérios empregados necessariamente se revistam de legitimidade constitucional. Nas situações em que apesar de existir a coisa julgada não pareça ser razoável mantê-la, em vez de enfrentar a questão da ruptura da coisa julgada, optam pela ampliação ou adaptação de outros conceitos, mediante formulações destinadas a sustentar que não haveria a coisa julgada.

De qualquer modo, o exame cioso da temática deve se realizar a luz da Constituição, portanto não é possível a adoção de critérios meramente estruturais. E a problemática não tem como ser reduzida à mera questão de compatibilidade hierárquico-normativa, nos moldes usualmente adotados para a lei e o ato administrativo.

Indispensável verificar os valores constitucionais envolvidos, e que a proporcionalidade não venha a ser fundamento adicional, um argumento de reforço, em favor da relativização da coisa julgada.

Cumpra igualmente investigar se tal balanceamento de valores fundamentais para a relativização da coisa julgada é exclusivo encargo do legislador ou, também, deve ser atribuída ao órgão jurisdicional. Cabendo também ao julgador definir a possibilidade de ruptura da coisa julgada e ainda, a identificação do instrumento processual pelo qual isso deve ser feito.

Genaro e Alejandro Carrió são doutrinadores argentinos que escrevem em 1983 a obra intitulada “*El recurso extraordinario por sentencia arbitraria – Em la jurisprudência da La Corte Suprema*” editada em Buenos Aires em dois volumes.

Desses doutrinadores destacamos algumas afirmações, no intuito de demonstrar a quebra do paradigma, com base em teorias científicas, esmaecendo o mito do absolutismo da sentença transitada em julgado, quando diretamente, oposta aos postulados, princípios e regras constitucionais, ou na afirmação contida na obra citada “sentença arbitrária”.

Carrió *et* Carrió se preocuparam com a noção de sentença arbitrária conforme *in verbis* por tradução livre: “No capítulo II tratamos de distinguir entre o âmbito de aplicação excepcional deste”. Esse último gira em torno da noção de sentença arbitrária. E nesse mesmo capítulo procurados dar certo enquadramento normativo ao recurso extraordinário¹⁵ por sentença arbitrária. Este é o remédio federal da Lei 48, art. 14, quando opera em seu âmbito de aplicação excepcional. O enquadramento normativo mais plausível, segundo a formulação da Corte, esta é a garantia da defesa em juízo (devido processo legal adjetivo).

Uma sentença arbitrária não satisfaz aos requisitos do devido processo adjetivo porque não é verdade que seja uma sentença nos termos da Constituição. Isto nos é permitido ver (capítulo III) que o que realmente faz a Corte quando utiliza como ferramenta da noção de sentença arbitrária e valendo-se desta, opera com o recurso extraordinário dentro do âmbito excepcional deste, é desqualificar pronunciamentos e decisões que venham rotulados como sentenças. “Os desqualifica como tais, porque o juízo da Corte reconhece que não chega a ser sentenças em termos que satisfazem os reclamos da Constituição Nacional.”

Assim existem sentenças que têm sido desqualificadas por serem arbitrárias em razão de: omitirem a consideração e resolução de certas questões oportunamente propostas; ou resolvem questões não pleiteadas; foram ditadas por juízes que ao fazê-lo, se arrogam o papel de legisladores e não se sentem limitados pela ordem jurídica; prescindem do texto legal sem dar razão plausível alguma; aplicam preceitos derogados ou não vigentes dão como fundamento pautas de excessiva amplitude na substituição de normas positivas diretamente aplicáveis.

¹⁵ O controle difuso de constitucionalidade é também exercido pelo STF pela via recursal extraordinária, e por isso, que incluído no tipo difuso, daí porque a decisão que se profere ser restrita ab initio aos litigantes da ação, embora que o critério de extensão do julgado (eficácia *inter partes*) não seja mais suficiente para discriminar do tipo concentrado, pois a aplicação da eficácia da decisão judicial *ultra partes* parece ser uma tendência do Direito Processual contemporâneo.

Ainda se definem por arbitrárias por: prescindirem de prova decisiva; o invocam prova inexistente; contradizem abertamente outras circunstâncias dos autos; ao estabelecimento do fundamento normativo do fundamento do feito, ao trânsito deles até a conclusão.

Definem-se como arbitrárias as sentenças onde haja afirmações dogmáticas que só constituem um fundamento aparente; incorrem em excessos formalistas em seus rituais; são autocontraditórias e pretendem deixar sem efeito decisões anteriores firmadas.

Em verdade as sentenças inconstitucionais são transitam em julgado, porque foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não existia a possibilidade jurídica do pedido.

Alguns doutrinadores aludem sobre a sentença proferida com base na lei que posteriormente sofreu a ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente, também examinam a sentença baseada na “não-incidência” de determinada norma posto que considerada inconstitucional *incidenter tantum*, e sentença posterior de procedência de ação declaratória de constitucionalidade e os embargos à execução com base na inconstitucionalidade¹⁶ da lei em que se baseia a sentença exequenda.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁷ e José Miguel Medina destacaram que o CPC não pode ser encarado como um sistema devido a sofrer profunda reforma e cujas feições definitivas ainda não se completaram, até porque a doutrina e a jurisprudência não amadureceram o suficiente.

Multiplicaram-se as zonas de penumbra e na velocidade da justa proporção referente à quantidade de alterações que foram sendo introduzidas ao texto da lei processual.

Dessa forma, é inconcebível a insistência em manter o raciocínio exclusivamente pelo método clássico de lógica. Uma das conclusões a que se chegou é a existência de um grupo de sentenças que seriam juridicamente inexistentes posto que padeçam de grave defeito intrínseco, que as desfigura como sentença, e maculam sua natureza, ou ainda, porque herdaram certos vícios processuais em que foram prolatadas (como por exemplo, a ausência de citação do réu, ou de um dos réus no caso de litisconsórcio necessário).

Felizmente boa parte da doutrina qualificada e boa parcela da jurisprudência tais sentenças não possuem aptidão para transitar em julgado e, portanto, não devem ser o objeto

¹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira em recente posicionamento principalmente em face das inovações no controle de constitucionalidade pelas Leis 9.868 e 9.882 de 1999 menciona que “o ato inconstitucional não é mais, como ensinavam a doutrina e a jurisprudência, nulo e írrito.” O que o fez concluir que não é mais rígida a Constituição federal brasileira.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13.

de ação rescisória, principalmente por estar ausente um dos principais pressupostos de cabimento da rescisória que consiste na sentença de mérito transitada em julgado.

De sorte que é pertinente a ação em rito ordinário, cuja propositura não se sujeita a limitação temporal. Flávia Sapucahy *apud* Delgado concluiu que as nulidades se perpetuam na sentença com o advento da coisa julgada em seu bojo. Porém, existem nulidades tão graves que não podem sobreviver no ordenamento jurídico, e são insanáveis, quanto menos perpetrar no mundo dos fatos, por essa razão, podem ser a qualquer tempo alegadas.

Seguir exatamente as regras constitucionais significa buscar sempre a verdade real e o direito justo sobre as formas processuais e preclusões.

Deve a concepção contemporânea de direito justo alterar o dogma da coisa julgada¹⁸, por vezes ampliando excepcionalmente, em casos específicos evitando o uso do recurso extraordinário e especial.

Deve-se ter tolerância no sentido do juiz de primeiro grau examinar a ação de *querela nulitatis* em sua competência. Deseja-se evitar os inúmeros recursos e, a jurisprudência brasileira entende acertadamente pelo sentido excepcional da relativização da coisa julgada.

Contudo, se a nulidade for arguida no momento devido, nada discutiríamos a respeito da relativização da coisa julgada. A verdade que o ideal é que o poder judiciário trabalhasse de maneira que as nulidades não ocorressem.

Fausto França Junior em seu artigo intitulado chamado “A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF” para atacar a coisa julgada inconstitucional, aponta as seguintes conclusões: a verdade é que a coisa julgada formada em contrariedade à Constituição não cumpre sua função, não gerando pacificação social gerando também revolta e desprestígio ao Judiciário.

E, *data venia*, o valor da segurança jurídica e a conseqüente força que põe fim ao litígio e não podem credenciar eternas injustiças e, ainda ferir o princípio da isonomia, entre outros.

Os primeiros mestres que enfrentaram a espinhosa temática refutaram a invocação da segurança jurídica, entre estes está José Augusto Delgado¹⁹ quando leciona que a injustiça, a

¹⁸ A coisa julgada formal corresponde à palavra final do judiciário no processo. Porém, se o julgamento for de mérito, a imodificabilidade da decisão projeta-se para fora do processo, impedindo nova discussão da matéria, mesmo em outro feito. Essa especial qualidade, denomina-se então, coisa julgada material.

¹⁹ José Augusto Delgado em brilhante conferência intitulada “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais” partiu com considerações sobre o princípio da moralidade, e enfrentou o tema da revisitação da coisa julgada, apontando que o instituto possui dupla proteção (na seara constitucional e na infraconstitucional) e ainda resume que o tratamento constitucional dado não possui o alcance que muitos intérpretes dão a seu

imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado, os valores absolutos como o da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor da segurança jurídica.

Aqueles são pilares, entre outros que sustentam o regime democrático de natureza constitucional, enquanto este é valor infraconstitucional oriundo naturalmente do regramento processual.

Porém, convém não defender o indiscriminado uso das ADPFs contra as sentenças transitadas em julgado vista como uma última impugnação ou mero recurso a mais. Conclui-se que a coisa julgada portando o vício da inconstitucionalidade é excepcional e surge em situações pontuais.

E, tal caráter extraordinário é identificado por doutrinadores de peso como Cândido Rangel Dinamarco que confirma o teor do art. 102, primeiro parágrafo da CF/1988 a utilização da APDF como meio hábil de desconstituição de coisa julgada violar preceito fundamental.

A teoria do processo assim como todo o direito público vem sofrendo rupturas paradigmáticas o que foi esmaecendo as rígidas e tradicionais concepções dando azo a certa flexibilização²⁰ nas formalidades com o objetivo de dar maior efetividade ao pronunciamento judicial.

A crescente constitucionalização do processo²¹ confirma que o sistema infraconstitucional deve obediência ao teor da Magna Lei, ratificando não só sua supremacia e também sua supralegalidade bem peculiar aos sistemas escritos e, que justifica plenamente o controle de constitucionalidade.

respeito. Enfim, “a lei não pode prejudicar a coisa julgada”, posto que não possa alterar o conteúdo do julgado, após a formação da coisa julgada, Resta imune o comando da sentença protegendo-a com a imutabilidade, e das possíveis alterações legislativas posteriores.

²⁰ É impossível não perceber que o CPC atual não mais pode ser pressuposto como algo que se assemelhe a um sistema, no sentido exato da expressão. Trata-se de lei que passa por profundo processo de reforma e de reformas sucessivas, dando feições definitivas que ainda não se completaram, posto que nem a doutrina e nem a jurisprudência amadureceram o suficiente para enfrentar as novidades e problemas por estas gerados.

²¹ Enfim a tese mais encorpada é a de que o fenômeno da inconstitucionalidade se reduz a uma relação de validade, assim: se o ato de poder – qualquer que seja este, é conforme à Constituição, é válido; se não o for, não será válido. Portanto é pelo mecanismo da nulidade que se resolve o problema da inconciliação entre o ato e ordem constitucional.

Lembremos que a coisa julgada representa um dos três pilares da segurança jurídica conforme previsão do art. 5º, inciso XXXVI e ainda a LICC, ou seja, o Decreto-Lei 4.657/42²².

Na LICC em seu art. 1º, *caput* determina que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. Enquanto que no seu art. 6º *caput* ainda prevê: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral respeitadas o ato jurídico perfeito, o adquirido e a coisa julgada”.

No seu primeiro parágrafo prescreve que se reputa ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou, sendo que no segundo parágrafo consta: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem”.

E, finalmente, chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso (terceiro parágrafo) e o CPC endossa em seu art. 467 que se denomina “coisa julgada material²³ a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

O Código de Processo Penal apesar de não conceituar propriamente a coisa julgada, se refere ao instituto ao disciplinar as exceções em seus arts. 95, inciso V e art. 110 e segundo parágrafo.

Somente poderá tal exceção ser oposta em relação ao fato principal que tiver sido objeto da sentença.

Não podemos olvidar a lição de Dinamarco²⁴ em seu artigo “relativizar a coisa julgada material” no qual depois de propor dois alicerces, a saber:

- a) que essa garantia não pode ir além dos efeitos a serem imunizados;

²² Passou a ser chamada por conta da redação dada pela Lei 12.376/2010, de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²³ Revela-se a coisa julgada material em ser a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença do mérito e que transcende a vida do processo e atinge as pessoas além dos litigantes. Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que esta projetou para fora deste e atingem as pessoas em suas relações sociais do instituto da coisa julgada material e que a Constituição assegura.

²⁴ Já ensinou o doutrinador Cândido Dinamarco (2003, p.13), quando escreveu que: [...] A doutrina moderna realça a justiça das decisões. Essa preocupação não é minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.).

b) que ela deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil.

Sem dúvida, o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela coisa julgada, que a doutrina define com imutabilidade da sentença e seus efeitos, com a vigorosa negação de que esta seja mais um dos efeitos da sentença (Liebman).

Em verdade, não existem dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal²⁵ e pela material, referem-se aos dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas, revelando finalmente que a imutabilidade é uma figura de duas faces e não dois institutos distintos.

A coisa julgada material significa a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito, e tal *status* transcende a vida do processo e atinge a vida das pessoas, já a intangibilidade das situações criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por estas próprias, nem por outro julgador, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido (Liebman).

Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que esta projetou para fora deste e atingem as pessoas em suas relações, e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inciso XXXVI) e a no CPC no art. 467 e ss.

Com essa missão e tal efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado somente ao direito processual. Esta tem um significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que se constitui como garantia constitucional.

É necessário um posicionamento da doutrina e também da jurisprudência, sobre o instituto da coisa julgada, quando viola a Constituição, em face da perplexidade que provoca a diversidade de julgados contraditórios, especialmente quando há, entre estes, uma afronta a Constituição.

De fato, concluiu a jurisprudência brasileira que a ação rescisória não é remédio suficiente e adequado para corrigir a decisão tida como inconstitucional, depois do trânsito em julgado. Devendo tal sentença afrontosa ser considerada inexistente, em face de sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente.

²⁵ Ensinou José Frederico Marques da impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais, ou porque este foi proferido por órgão do mais alto grau de jurisdição, ou porque transcorreu o prazo para recorrer sem que o vencido interpusse o recurso, ou finalmente, porque se registrou desistência do recurso ou a este se renunciou.

A forma de correção, mesmo sem a necessidade de reforma do CPC ou da Constituição, seria aceitar a rescisória²⁶ com fundamento da inconstitucionalidade do julgado e sem prazo de decadência, ou a forma mais prática e eficaz da ação declaratória de inexistência da coisa julgada inconstitucional, que poderia ser proposta em primeiro grau, ressalvando apenas os casos de competência originária dos tribunais. No entanto, a visão deve ser outra, pois não se pode aplicar o mesmo tratamento ao caso julgado que se coaduna com o texto constitucional, com a outra coisa julgada que é inconstitucional.

Os procedimentos são construídos a partir da combinação das diversas técnicas de cognição e que a coisa julgada material possui, como requisitos fundamentais para sua ocorrência: natureza jurisdicional do provimento, cognição exauriente, análise de mérito e a preclusão máxima (correspondente à coisa julgada formal)²⁷.

A coisa julgada comum caracteriza-se pela limitação *inter partes* de seus efeitos, pela inevitabilidade e por ser *pro et contra*. Assim as demandas coletivas possuem peculiar produção de coisa julgada material, sendo *pro et contra*, *secundum eventum probationis*, erga omnes e com a possibilidade de extensão, *in ulibus* e *secundum eventum litis*, pela ampliação *ope legis* do objeto do processo, dos efeitos da decisão, nas demandas coletivas em ações civis públicas, para as causas individuais.

Especial destaque merece coisa julgada material nas demandas de paternidade²⁸ é o comum, apesar da existência do exame genético de DNA. Sendo possível, no entanto, a rescisão de julgado, em demanda investigatória ou negatória, que se não tenha valido o exame genético pericial, com fundamento em violação a literal disposição de lei, ou prova falsa. Não é possível a rescisão com base em documento novo.

Portanto, indispensável, de lege ferenda, que se imponha às demandas investigatórias o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, como homenagem ao princípio da adequação.

Tanto o devido processo legal como o princípio da instrumentalidade das formas não podem ser vistos em si mesmos. Por isso o intérprete na qualidade de operador do direito a

²⁶ Importante sublinhar que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição da lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

²⁷ A coisa julgada formal conforme ensina Frederico Marques resulta da impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais seja porque já fora proferido por órgão de mais alto grau de jurisdição, ou porque transcorreu o prazo para recorrer sem que o vencido impugnasse, ou então, porque finalmente registrou-se sua resistência ao recurso ou sua renúncia.

²⁸ Cogita-se principalmente na anulação da coisa julgada principalmente quando o exame da paternidade era calcado no exame em tipagem sanguínea, que trazia grande margem de erro.

quem compete crítica visão e sistêmica, é chamado constantemente a exercer a sua sensibilidade ao valor do justo, do constitucional e do socialmente legítimo.

Salienta Dinamarco que os princípios devem conviver harmoniosamente na ordem constitucional e processual na busca de soluções equilibradas.

Há relevantes conclusões sobre a coisa julgada pois sendo princípio, pode ser relativizado quando em confronto com outro princípio constitucional de maior ou igual valor no caso concreto apresentado; apontou que o conceito contido no art. 467 do CPC correspondente ao de coisa julgada formal²⁹; enquanto que a coisa julgada material é conceito dado pela doutrina.

Não há a irrestrita e ampla liberdade sobre o conteúdo da coisa julgada e conseqüentemente, os modos de sua desconstituição sem que seja adequadamente preservado o núcleo constitucional mínimo do instituto; os relativistas entendem que o valor da justiça deve sempre prevalecer mesmo em face ou em prejuízo do valor da segurança³⁰;

Parte da doutrina reage contra o referido entendimento argumentando que se trata de falso silogismo e que, aquilo que se pretende ser a exceção inevitavelmente se tornará a regra, tornando ainda mais ineficaz a tutela jurisdicional prestada; não se pode admitir rescisória extemporânea, ou seja, fora do prazo legal de dois anos mesmo que fundada em inconstitucionalidade superveniente do julgado;

A ação rescisória fundada na inconstitucionalidade superveniente do julgado deverá ter como um de seus fundamentos a alegação de inaplicabilidade da Súmula 343 do STF³¹ em matéria constitucional.

²⁹ É verdade que a coisa julgada formal possui limitados efeitos e de caráter endopressual, bem peculiar do julgamento de “não-mérito” da causa e porque não resolve o litígio, não impedindo o retorno da matéria a apreciação do judiciário, outra vez provocado em novo processo.

³⁰ A segurança jurídica existe para que a justiça que é a maior finalidade do Direito se materialize. O indivíduo deverá se sentir seguro, também, por verificar no corpo dos textos jurídicos, a inclusão de princípios fundamentais, fruto de conquistas sociais da humanidade. Portanto, a segurança jurídica equivale a conceder aos indivíduos a necessária garantia para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito a certeza e previsão das conseqüências dos atos praticados.

Almiro do Couto e Silva preleciona que (...) “A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É esta, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”. (In: DUARTE, Paulo. **Coisa Julgada e Ação Rescisória**. Disponível em: http://www.gostodeler.com.br/materia/10709/coisa_julgada_e_acoes_rescisorias.html Acesso em 12.10.2012.)

³¹ **STF Súmula nº 343 - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Cabimento - Ação Rescisória - Ofensa a Literal Dispositivo Baseado em Texto Legal de Interpretação Controvertida nos Tribunais.** Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Entende ainda a doutrinadora que após o prazo da ação rescisória, serão cabíveis embargos à execução bem como ação declaratória de ineficácia (que é distinto de invalidade) do título judicial. Conclui advertindo que a relativização da coisa julgada evidencia tendência contemporânea irreversível de aproximar o direito processual do direito material, numa visível revisitação dos institutos processuais, movimento advindo das chamadas “ondas renovatórias do direito processual”.

Sob o prisma mais científico deve ser repensado o art. 485 do CPC de maneira a harmonizá-lo com novos paradigmas processuais caracterizados, notadamente pela economia, celeridade e efetividade da tutela jurídica processual jurisdicional a ser prestada pelo Estado-Juiz.

Pela concepção de Paulo Otero³², prestigiado doutrinador português em sua obra “Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional”, faz distinção entre a inexistência e inconstitucionalidade das decisões judiciais, centrando-se no alargamento do princípio a toda atividade do Poder Público, estabelecendo tipologias dos casos e da espécie, tipificando dentre as situações arroladas as principais modalidades de inconstitucionalidade do caso julgado, dando especial destaque a decisão cujo conteúdo viole direta ou indiretamente um preceito ou um princípio constitucional.

Portanto defende a destruição do caso julgado desconforme com a Constituição. Prevalendo a regra do caráter relativo da coisa julgada, sem desfigurar a segurança e a certeza da ordem jurídica.

O ilustre Dinamarco³³ desenvolve a sistemática e usando critérios objetivos ao apontar a prevalência de certos valores garantidos constitucionalmente “tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídico”.

³² O professor português Paulo Otero, um dos precursores a respeito da possibilidade de ser suprimida a coisa julgada em desconformidade com a Constituição, defende que o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes, Legislativo e Judiciário, por ser criado pela Constituição e devem respeitar seus princípios e normas. Pontua ainda que, uma vez que os atos inconstitucionais dos demais poderes estão sujeitos à revisão posterior, as decisões judiciais, também devem estar em consonância com a lei máxima, inclusive sendo passíveis de revisão no caso de serem constatadas inconstitucionalidades. (*In*: OTERO, Paulo Manoel Cunha da Costa. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 123. *Apud*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 4).

³³ Em seu artigo “Relativizar a Coisa Julgada Material” colocou em destaque a necessidade de produzir resultados justos, apontando que o bem comum é a síntese dos objetivos do Estado contemporâneo, onde o valor justiça representa-se como objetivo-síntese da jurisdição no plano social.

O estudo da coisa julgada delinquente na dicção de Eduardo Couture que se preocupava com a repercussão de fraude nas situações jurídicas das pessoas, ainda mais quando os resultados dessa fraude estivessem reforçados pela autoridade da coisa julgada.

II – Desenvolvimento

Ao consagrar a fraude dá-se o máximo desprestígio ao Direito, nega-se a justiça fere-se a carta da cidadania, e rompe-se com a legalidade peculiar do Estado Democrático de Direito.

Dinamarco enfatizou os precedentes jurisprudenciais, ressaltando que eram casos em que se questionavam indenizações a serem pagas pelo Estado, notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos.

Mas a temática ora em exame é mais ampla posto que a fragilização crescente da coisa julgada³⁴ tornando-a susceptível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Onde quer que se tenha uma decisão aberrante aos valores, princípios, garantias ou normas superiores, nascerão, *ipso facto*, os efeitos juridicamente impossíveis e, não incidirá a autoridade da coisa julgada porque não se imuniza o que agride a ordem jurídico-constitucional.

A ação proposta por Piero Calamandrei que é adequada contra a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual sem implicar em modificação no mundo jurídico, declarar-se-á o caráter negativo do conteúdo sentencial até o momento de sua concepção.

Deve ser repensado o princípio da imutabilidade da sentença a fim de não se eternizar injustiças. Os princípios que fundamentam a coisa julgada não são suficientes para mantê-la imutável, pois foi a Lei Maior que restou violada. Se fosse possível conceber esse anacronismo comprometer-se-ia todo sistema jurídico. A sentença passada em julgado é relevante e merece ser prestigiada, porém tornar-se vulnerável à própria atividade do Poder Judiciário.

³⁴ Frise-se que a coisa julgada não é instituto confinado ao direito processual, sendo seu significado político-institucional responsável pela firmeza das situações jurídicas, tanto assim que plenamente justifica erigir-se em garantia constitucional.

Assim, para que se cogite na tutela da intangibilidade da coisa julgada e, por conseguinte, na sua sujeição a um regime excepcional de impugnação, sendo indispensável que se verifique sua adequação à Constituição.

Há de se lembrar do ensino de Paulo Otero que o princípio da imodificabilidade do caso julgado fora criado em razão das decisões judiciais conformes com o Direito, ou as meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária.

A imodificabilidade da coisa julgada apenas pode concorrer em pé de igualdade com o princípio da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos quando essa imutabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente.

Em todas as restantes, o princípio da imodificabilidade do caso julgado não tem força suficiente para limitar ou condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais.

Existem vários autores que esquadriham novas configurações jurídicas³⁵ da coisa julgada inconstitucional ou quando proveniente de sentenças arbitrárias, nulas ou inexistentes.

Apesar do crescimento dessa corrente, há de ser examinado, o posicionamento daqueles que insistem em, por aplicação do princípio de segurança jurídica, defender a imutabilidade, em qualquer situação, da coisa julgada absoluta (a que não pode mais ser atacada pela via da ação rescisória).

É grande a intensidade da doutrina em focar, na época contemporânea, a coisa julgada apresentando alguns principais enunciados:

- a) O momento atual em que vivemos caracteriza-se pela incerteza;
- b) Notabiliza-se devido à ampla e compulsiva revisão, principalmente em razão da nova configuração das relações jurídicas na sociedade contemporânea;
- c) A modernidade faz com que o que seja sólida desmanche no ar³⁶ (essa frase é atribuída a Karl Marx);
- d) O cenário cultural da contemporaneidade é repleto de mudanças, não sendo surpresa que venha a coisa julgada antes sagrada nos primórdios da modernidade entrar em declínio (que também é fenômeno característico do mundo moderno) vindo assim melhor se adequar aos propósitos da modernidade, da moralidade, da justiça, da dignidade da pessoa humana e da valorização da cidadania.

³⁵ Vide http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_Edilson.pdf

³⁶ Há um livro de Marshall Berman intitulado “Tudo que é sólido desmancha no ar, a aventura da modernidade”, publicado pela editora Companhia das Letras em 1986 que retoma a interpretação esboçada no Manifesto Comunista de Karl Marx. Em verdade, o Manifesto de Marx seria uma formulação genial e criativa sobre a modernidade, sendo entendida como emaranhado contraditório de experiências de vidas compartilhadas pelas pessoas em todo mundo contemporâneo.

Reconheçamos que o dogma da coisa julgada serviu para dar a segurança jurídica e ser a âncora que possibilitou a construção do mundo industrial.

A fase contemporânea cada vez mais se revela em ser a da eterna mudança (Immanuel Allersstein) sob o império do racionalismo.

A contradição existente entre a exigência de segurança jurídica e a sua respectiva eliminação pela redução da coisa julgada deve ser ponderada.

É temerosa relativização da coisa julgada posto que tal posicionamento acabaria de vez com a *res judicata*. Não é o ideal da modernidade, desejar a desconsideração da coisa julgada por ser a sentença injusta. Por outro lado, exigir que a coisa julgada não se confronte com algum princípio constitucional ou com princípios de grau inferior é submetê-la a uma premissa impossível a ser observada.

Na doutrina europeia considera que a coisa julgada é o efeito, ou como quer Liebman a qualidade que se agrega à declaração contida na sentença, libertando os demais efeitos da imutabilidade que pretendia atribuir-lhes, o que permite, por exemplo, se aceitar a modificação da decisão que homologue a atualização do cálculo, na fase de execução da sentença, por não se ter a ofensa à coisa julgada.

Há necessidade, portanto, de ser ampliado o debate para revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados, como uma congruência determinada pela crise paradigmática.

Já Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria³⁷ apontam que as nulidades conforme observou Liebman pode suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo, e normalmente não são mais sanáveis se a sentença passou em julgado. Ratificando que a coisa julgada é a sanatória dos vícios do processo.

Há, contudo, vícios maiores e essenciais que sobrevivem mesmo à coisa julgada, atingindo a eficácia de seus efeitos. Havendo o vício da inconstitucionalidade, a coisa julgada é coisa vã, carente de efeitos no mundo jurídico.

Dá-se o que a doutrina denomina nulidade *ipso iure*, o que impede que a sentença passe em julgado, podendo a todo tempo se opor contra esta. Qualquer sistema processual contemporâneo por maior prestígio que tenha a coisa julgada é impossível recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo depois de esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária.

³⁷ Tais doutrinadores analisaram que se a inconstitucionalidade significa inexistência da lei e/ou ato, é possível cogitar-se em coisa julgada inconstitucional. E elaboraram outras indagações: se a decisão judicial que contrarie a Constituição faz coisa julgada? Diante da negativa resposta, não se pode crer em relativização ou flexibilização da coisa julgada, posto ser impossível flexibilizar o que simplesmente não existe.

Calamandrei destacou a verdade é que nenhuma legislação, nem as dominadas pelo princípio germânico da validade formal da sentença, nem tampouco as modernamente inspiradas na aceleração do término das lides e em alcançar com maior rapidez a certeza sobre fato podem sustentar-se as leves da razão e lógica; e obediência a estas, deve a ciência admitir, embora se a medida mais restringida que depois da preclusão dos meios de impugnação, subsistam sentenças afetadas por nulidade insanável.

Ovídio A. Baptista da Silva foi levado a concluir que a virtude sanatória dos recursos e da coisa julgada não credenciaria, por exemplo, tornar uma sentença contendo dispositivo impossível ou incerto, isenta de tal nulidade, de tal forma tornar-se indispensável o cabimento de ulterior ação ordinária de natureza declaratória, não sujeita a nenhum prazo, mesmo sendo vício ventilado no tema de recurso, não impedirá o recurso da ação de nulidade em qualquer tempo.

De fato, segundo pacífica orientação em sede doutrinária, a parte prejudicada pela sentença nula *ipso iure* ou inexistente, para se furtar aos seus devidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória.

Para tanto poderá: opor embargos quando a parte vencedora intentar a execução da sentença; ou propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, inclusive uma ação declaratória ordinária, como sobrevivência da antiga *querella nullitatis*.

Apesar de não defender o uso da rescisão para obter o reconhecimento do vício sério (nulidade) que contamina a decisão judicial³⁸, força é lembrar que não será correto omitir-se o tribunal de apreciar a questão, caso a parte lance mão da ação rescisória.

As nulidades podem ser declaradas incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, e até mesmo de ofício.

Chiovenda ao esclarecer sobre as sentenças constitutivas apontou que o objeto que passa em julgado não é o ato do juiz enquanto produz novo estado jurídico, mas enquanto afirma ou nega a vontade da lei, de que o novo estado se produza.

³⁸ Outra questão nos assombra se a decisão judicial inconstitucional é inexistente, nula ou anulável? Para Miguel Reale em suas lições preliminares de Direito são atos nulos os que carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete fatalmente. Enquanto que os atos anuláveis são aqueles que se constituem em desobediência a certos requisitos legais que não atingem a substância do ato, mas sim, a sua eficácia, tornando-os inaptos a produzir os efeitos que normalmente lhe deveriam corresponder. Enfim, os atos anuláveis são eivados tão-só de nulidade relativa.

Com maior clareza explicou Pontes de Miranda que indicou o que há de entender por eficácia da coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz, ou seja, a chamada força preponderante, ou efeito se junta à força específica da sentença.

Consiste a coisa julgada em vincular as partes, os litigantes à declaração. Consagra-se a coisa julgada como fenômeno típico e exclusivo da atividade jurisdicional, fazendo a lei no caso concreto.

Somente um novo ordenamento constitucional pode abalar o recrudescimento decorrente da coisa julgada. Possui um efeito negativo da coisa julgada, pois impede que o tema já decidido e que produziu coisa julgada venha novamente ser debatido; e opera também um efeito positivo posto que vinculasse os juízes de causas subsequentes à declaração proferida e transitada em julgado, no processo anterior.

A declaração judicial apta a receber a qualidade de coisa julgada material precisa ter a intensidade para se tornar definitiva. As decisões fundadas na provisoriedade como nas ações cautelares onde a cognição é sumária, ou rarefeita (conforme ocorre na jurisdição voluntária, ou no processo de execução) não são aptas a gerar a coisa julgada pois em sua essência não é definitiva.

A imutabilidade apenas se manifestará entre as mesmas partes perante as quais a declaração foi obtida e enquanto permanecem intactas e intocadas as circunstâncias fáticas e jurídicas o que caracteriza o mesmo caso concreto.

De forma que a objeção da coisa julgada veda que o órgão jurisdicional decida novamente alguma ação já julgada. E corrobora esse sentido o art. 301, terceiro parágrafo do CPC vigente: “Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recursos”.

A identidade da ação julgada se apura conforme o art. 301, segundo parágrafo do CPC (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir), é portanto, uma tríplice identidade (de sujeitos, de pedidos e da causa de pedir) na qual se define a extensão do caso julgado.

A imutabilidade protege a parte dispositiva da sentença (art. 469 do CPC) não é capaz de escudar a declaração ali constante contra qualquer espécie de declaração contrastante.

Convém recordar que a causa de pedir é o fato ou ato que resulta direta ou indiretamente o direito ou a obrigação que constitui o objeto da ação ou exceção. Enfim, a causa de pedir é o bastante fundamento para obtenção do resultado (efeito jurídico) pretendido a título do pedido na ação judicial perpetrada.

A dicção magistral do Regulamento 737 apontava que a petição inicial deveria conter “o contrato, a transação, ou fato dos quais resultar, segundo o Código, o direito do autor e a obrigação do réu” (art. 66, segundo parágrafo)³⁹.

A formação e individualização de uma causa de pedir residem precisamente na unção de pressupostos necessários e suficientes para ensejar certo efeito jurídico, que será exatamente o pedido formulado pelo autor na peça exordial.

Eventualmente pode haver diversos grupos de fatos jurídicos que permitam a realização do mesmo efeito jurídico; cada grupo de fatos deverá ser considerado como causa de pedir autônoma, capaz individualizar uma ação isolada.

Nesse caso, ainda que o pedido seja um só, a existência de pluralidade de causas de pedir revelará a possibilidade também de pluralidade de ações.

Resta evidente que a alteração completa da causa de pedir importa em nova ação, infensa a influência do resultado (e da imutabilidade decorrente) do primeiro julgamento.

A causa de pedir é um todo integrado por seus dois elementos e qualquer alteração de um destes elementos, importa na alteração da própria causa de pedir, gerando *ipso facto*, nova ação.

Fica evidente que a causa de pedir se alterada, implica em nova demanda e seu respectivo fundamento relativo aos fatos absolutamente desvinculados dos que foram alegados na primeira ação; portanto modificações fáticas induzem a um fundamento distinto.

A extensão objetiva da coisa julgada reporta-se à parte dispositiva da sentença, tornando imutável o seu efeito declaratório. Frise-se que mesmo a mera alteração de parcela da causa de pedir (ou seja, de um de seus elementos) importa em outra ação, uma vez que daí surgirá uma modificação evidente de causa de pedir, e por consequência da ação.

Como a fixação da lei do caso concreto que é a coisa julgada, somente se manifesta em relação às sentenças definitivas (que examinam diretamente o pedido do autor seja para acolher ou rejeitar).

É fato notório que não produzem coisa julgada material sobre as sentenças meramente terminativas, nem sobre as sentenças homologatórias (vide art. 269, II, III e V do CPC).

³⁹ Art. 66. A acção ordinaria será iniciada por huma simples petição que ,deve conter: . ' § 1.' O nome do autor e do' réo ; § 2.' O contracto, transacção, ou factio dos quaes resultar, segundo o Codigo. o direito do autor. e a obrigação do réu; (Vide em: <http://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-737-de-1850.pdf> , Acesso em 23/10/2012).

A imutabilidade referente à sentença homologatória em verdade consiste em ato jurídico perfeito homologado (seja renúncia, transação e, etc). É o ato jurídico perfeito que a sentença reconhece e opera sua chancela de estabilidade com *status* inclusive constitucional, idêntico à coisa julgada e, capaz por essa razão operar os mesmos efeitos no mundo das relações sociais.

Registre-se que não somente se opera a coisa julgada sobre o efeito declaratório da sentença, ou somente as sentenças proferidas em ação declaratória.

Também as sentenças condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais possuem carga declaratória em si, mesmo porque fixam cada qual, uma lei para o caso concreto. O mesmo se aplica à sentença de improcedência, já que também estas declaram a vontade do direito em face do caso concreto.

A coisa julgada é capaz de reger especificamente a situação deduzida em juízo, e sua imutabilidade atinge as duas partes originárias conforme o art. 472 do CPC preconiza que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando e nem beneficiando terceiros.

Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados a sentença produz efeito de coisa julgada em relação a terceiros.

Portanto, em princípio, tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes (e seus sucessores, por dedução lógica) ficam acobertadas pela coisa julgada.

A conotação mágica da norma fundamental faz admitir que nesta o ordenamento jurídico se unifica, e que nela o sistema se identifica e, obtém coerência e sem a qual se esfacelaria inevitavelmente.

Na matriz disciplina processual onde o processo civil é visto pelos doutrinadores como notável protagonista, e pregam sempre a prevalência da norma fundamental sobre todas as demais, preocupados com a produção das leis (pelo Legislativo) e a atividade administrativa, quando pouca atenção se devotava a coisa julgada inconstitucional pois era tida como dogma sagrado, que consolidava o julgamento judiciário e, somente se admitia a rescisão mediante casos específicos, poderia ser revisitada.

Fora das taxativas hipóteses legais da rescisão, não havia força jurídica capaz de desfazer, alterar ou desconstituir aquela situação.

Em sua origem, a sagrada coisa julgada residia na crença que como esta passara por um longo percurso de discussão, análise e debate, na sua formação com as plúrimas

oportunidades, a coisa julgada era resultante de várias etapas vencidas, e, portanto, merecia ficar imune aos futuros questionamentos.

Não havia inicialmente a preocupação pelo menos de forma expressa com a correção e o erro, a justiça, ou mesmo, a injustiça da decisão judicial, nem mesmo a sua adequação ou inadequação com os ditames e espíritos contidos na Constituição Federal vigente posto que tais aspectos fossem superados precisamente no iter de sua formação.

Desta forma, não se reverenciava o controle de constitucionalidade da decisão trânsita em julgado, sendo raríssimos os casos de discussão da eventual incompatibilidade de decisões judiciais consolidadas com a Carta Magna, ou não ser, evidentemente, como argumento (poderoso) durante o trâmite de ações e, excepcionalmente, por meio de rescisória.

Mas a existência de coisa julgada inconstitucional é antiga tanto que já era abordada pelo doutrinador português Paulo Otero⁴⁰ que fez uma monografia de grande prestígio (“O ensaio sobre o caso julgado inconstitucional”, Lisboa: *Lex*, 1993) onde lançou gritantes questionamentos sobre a prevalência dos preceitos constitucionais diante das decisões judiciais da Carta Política, propugnando que pelas prescrições e, anotando que as questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram totalmente esquecidas.

Inaceitável a mera recusa de discutir a coisa julgada⁴¹ sob a superficial alegação de que esta faz do preto branco, e do círculo um quadrado, posto que a supremacia da

⁴⁰ Em Portugal, o processo civil inicialmente abrigou tudo originário do direito romano especialmente, os institutos jurídicos que foram disciplinados pelas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

Na primeira fase do direito português, não se cogitava em coisa julgada inconstitucional pela absoluta inexistência do controle de constitucionalidade. **Paulo Otero** enfatiza: “Segundo o antigo direito lusitano, dizia-se expressamente que o monarca estava sobre a lei, daí que (...) somente ao Príncipe (que não conhece superior), é outorgado por direito, que julgue segundo sua consciência, não curando de alegações, ou provas em contrário feitas pelas partes (...)” adiante ainda acrescenta: (...) “O Rei é a Lei animada sobre a terra, e pode fazer Lei, revogá-la quando vir que convém fazer-se assim”. Atualmente analisando o direito português como um todo, a atividade do poder público está subordinada aos princípios constitucionais e a certo controle que resulta na declaração de inconstitucionalidade de seus atos. Ressalta o mesmo doutrinador que o Estado Constitucional submete toda atividade do poder público ao princípio da constitucionalidade, ainda que isso não implique sempre tal como século passado, na existência de mecanismos de controle e declaração da invalidade de todos os actos do poder público. (In LEITE, Gisele. Sobre a coisa julgada. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/colunistas/gisele01.htm> Acesso em 23/10/2012).

⁴¹ Também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas gerando decisões que não são fiéis à lei e desrespeitam os direitos individuais ou cujo conteúdo irá violar a Constituição. Considera-se o direito português processualmente incompleto, pois privado dos meios de garantia da Constituição perante decisões judiciais violadoras das suas regras e princípios, daí a polêmica contemporânea sobre a validade dos atos jurisdicionais inconstitucionais.

Observa-se igualmente uma evolução que passa a atribuir um maior encargo aos juízes, configurando os tribunais como guardiães da constitucionalidade e da legalidade da atividade de todos os restantes poderes públicos. (In LEITE, Gisele. Sobre a coisa julgada. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/colunistas/gisele01.htm> Acesso em 23/10/2012.)

Constituição precise ser afirmada e reafirmada, mesmo quando a infração decorra de um pronunciamento judicial consolidado.

Enfaticamente é necessário o reexame do problema de forma mais vertical que possível, pois a coisa julgada serve para assegurar *ad futurum* (e, ainda que de forma ilimitada) a força vinculante de uma solução jurisdicional dada em certa relação litigiosa concreta, desde que consagrada como definitiva, sem a possível revisão por via recursal ou mesmo rescisória.

Promovida como dogma, a coisa julgada para a religião processual (muito apegada à ritualística das formas) como bem diziam os juristas romanos: *res judicata sacra est*.

Lembremos que o fundamento deste axioma era a premente necessidade de estabilização das relações sociais e da pacificação dos conflitos, por via jurisdicional, garantindo ao litigante vitorioso na demanda a certeza da imutabilidade da sua vitória, em todo tempo do futuro assim lhe proporcionando a tão sonhada segurança jurídica que representa o grande pilar férreo que sustenta a coisa julgada.

O moderno cenário da coisa julgada bem como a discussão de seus significados remonta aos eruditos estudos de Savigny (1779-1861) que no século dezenove já demonstrava que a *exceptio rei judicata* do Direito Romano não possuía somente o efeito negativo de impedir a repositura de ação idêntica a uma anterior já julgada por isso que se tutelava desde priscas eras, o próprio conteúdo do julgado calcada no aforismo *res judicata pro veritate habentur*, isto é, valia eficazmente contra todos (*erga omnes*) embora se deixando suspensa a questão de ser a sentença uma proposição lógica, ou um ato de vontade (questão que perpetua-se em aberto em doutrina).

Com as posteriores contribuições de Carnelutti e Liebman que tiveram grande influência na conformação do sistema processual civil brasileiro com as doutrinas jurídicas reexplicativas da coisa julgada, algumas destas, atuando poderosamente na formação dos Códigos de Processo tanto na Itália como no Brasil, até o ousado advento contra a sacralidade da coisa julgada abalando sua intangibilidade e agregando fragilidades que redundaram enfim na relativização da coisa julgada que angariou adeptos e críticos ilustres nos mais refinados ambientes acadêmicos.

Entre os principais autores nacionais destacam-se o professor Celso Neves (1913-2006) que dedicou à *res judicata* uma monografia que se tornou referência “Coisa Julgada Cível” (São Paulo: RT, 1971) onde explicou os fundamentos históricos e sociológicos os seus aspectos culturais e a sua necessidade na função estabilizadora do Direito.

De igual forma, Egas Dirceu Moniz de Aragão estudou a fundo a coisa julgada produzindo a obra intitulada “Sentença e Coisa Julgada” (São Paulo: Editora Aide, 1992). Também o professor Ignácio Botelho de Mesquita foi incansável defensor das virtudes do processo civil, elaborando fecundo trabalho intitulado “A coisa julgada” (São Paulo: Editora Forense, 2006) criticando veementemente a estação de caça à coisa julgada, o derradeiro bastião em defesa das liberdades civis contra as arbitrariedades do Estado no exercício da função jurisdicional.

Os professores José Miguel Garcia Medina e Teresa Alvim Wambier também se ocuparam do tema produzindo obra sob o título “O Dogma da Coisa Julgada” (São Paulo: RT, 2003) registrando a pertinência que em passado recente a intangibilidade da coisa julgada se revestia de uma mística auréola de santidade.

O percurso histórico-evolutivo da coisa julgada em sua absolutista concepção (e consequente mistificação) trouxeram a indiscutibilidade e imutabilidade da *res judicata*, oriunda da respeitável tradição romana que a declamava sua eficácia em verso e em prosa.

Mas mesmo antes da portentosa expansão do império romano já se cogitava na existência da coisa julgada, e tal concepção fora recepcionada pelos sistemas jurídicos oriundos do *jus romanorum* e depois passaram para o fragmentário direito medieval da Europa continental conforme aduziu o historiador John Glissen.

A coisa julgada romana, mais propriamente, *res judicata* já se fundava em costumes e tradições e teve sua inicial recepção de forma acidental que se tornou constante e duradoura.

Cabendo fazer alusão a família jurídica chamada de *common law* que já em pleno século XIII contava em controle da prepotência dos príncipes. A superação da coisa julgada não surpreende se analisarmos a superação do consensualismo contratual e da autonomia da vontade reconhecidos por muito tempo como hábeis concepções jurídicas capazes de prover o bem-estar geral e, mesmo realizar a melhor justiça nas relações negociais e, de fato, representaram a pedra fundamental do liberalismo.

Portanto, a flexibilização da coisa julgada coaduna com a progressiva fragilização dos conceitos privatísticos que outrora foram considerados como intocáveis, vindo a redimensionar totalmente a teoria das obrigações principalmente pela doutrina tão mal impressionada com a submissão da pessoa do devedor à tirania do credor.

O direito civil constitucional veio juntamente com o novo direito privado desmistificar a ideia de contrato perfeito que acenava com a doce ficção da equidade existente entre o benefício do contrato e o consentimento do obrigado (devedor).

Para os juristas romanos era irrefutável que a coisa julgada tinha essencialmente significado negativo, ou seja, obstativo da reprodução de uma mesma ação muito embora se tenha procurado colocar função positiva ao vincular a proteção ao direito que fora reconhecido e proclamado na decisão.

Acreditava-se piamente, na época que o decisum criava o direito do caso concreto e, tinha nos limites da lide (portanto, dentro da questão de mérito) a mesma força que tem a lei, conforme positivasse o comando normativo.

Assim o contrato que representava a lei entre as partes, a lei e a decisão judicial transitada em julgado caso evidenciasse afronta aos valores constitucionais como justiça, a equidade ou a própria Constituição deve ser repensado e garantir que não exista sistema de liberdades que erijam direitos individuais olímpicos e absolutos onde possam ser alcançado pela realidade social ou restar a salvo de cotejos de outros direitos e deveres.

A ênfase veio em boa hora do aspecto positivo da *res judicata* deve-se a Savigny, mas é uma função auxiliar ao efeito negativo, e que tal positividade tida em menor conta pois o efeito impeditivo de repetição de demandas é o impulsiona ainda mais os estudos sobre a coisa julgada.

Sempre houve um superlativo enaltecimento da coisa julgada, atribuindo-lhe força vinculante e definitiva, até mesmo nas famosas Ordenações do Reino que perduraram tanto tempo em vigência no Brasil e traduziram a mais fiel e eloquente exaltação ao instituto que atualmente conta somente com uma previsão constitucional (art. 5º, XXXVI da CF/1988).

O CPC de 1973 de autoria de Alfredo Buzaid veio atribuir as notas de imutabilidade e indiscutibilidade conforme bem consigna o art. 467 concedendo a imunidade quanto ao tempo e aos eventos posteriores.

Mas é impossível esconder que quando a decisão judicial incide sobre relação de trato sucessivo, que se prolonga no tempo, fatalmente encontrarão inumeráveis e imprevisíveis alterações em suas bases fáticas e jurídicas.

O tempo não para e, ri zombeteiro das patranhas humanas que tentam aprisiona-lo, o tempo é o único problema metafísico⁴² do homem. De tal sorte que se no cenário das alterações históricas inevitáveis atuando a coisa julgada anterior a estas, questiona-se se a *res judicata* sobrepairará ao seu poder modificativo, permanecendo sublime diante do império voraz do tempo, poupando-se de sofrer todos os desgastes que atinge inexoravelmente todas

⁴² Vide Jorge Luís Borges (1899-1986) autor História da Eternidade, tradução de Heloísa Jahn, São Paulo, Cia. Das Letras, 2010.

as coisas criadas. Pois somente o senhor Tempo, está sempre imune à erosão que carcome todas as coisas e criaturas.

Obviamente a coisa julgada não é mera regra de processo, embora sob a proteção constitucional, sem dúvida, esta representa mais que um simples princípio constitucional.

Sendo indispensável ao discurso jurídico e ao exercício da jurisdição conforme bem esclarece Marinoni em sua obra “Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada” São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

A decisão judicial é elemento final do discurso jurídico realizado pelo Estado-juiz ao desempenhar sua função de tutelar os direitos e, por consequência, as pessoas.

É sabido que todo discurso, (prosegue Marinoni) necessita de regras para desenvolver-se de forma adequada, assim também o processo que permite a formação do convencimento do juiz e o desenvolvimento deste exige a disciplina sobre o tempo, o modo e o conteúdo da participação das partes e do juiz. E, tais regras se preocupam substancialmente com a legitimidade tanto do processo como da jurisdição.

A coisa julgada então representa uma condição para que o discurso seja institucional daí sua limitação no tempo que opera enfim um corte epistemológico necessário ao debate jurídico. Pois do contrário será incapaz de prover a estabilização, não podendo haver um eterno aberto debate e nem mesmo firmar-se em rígido discurso do poder estatal.⁴³

III - Conclusão

Desta forma, a coisa julgada antes de ser regra destinada a legitimar o processo tido como discurso jurídico, é igualmente regra crucial à sua própria existência.

O que reforça a tese de que a admissibilidade da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade e sobre a coisa julgada, além de contradizer o poder jurisdicional de

⁴³ A expressão constitucional vigente de coisa julgada particularmente contida no item VI do art. 301 do CPC desvincula-se de ser uma sentença transitada em julgado, irrecorrível e irretroatável. E, atualmente só seria sustentável afirmar que a sentença de mérito que transitou em julgado (título judicial) é garantida pelo instituto da coisa julgada constitucionalizada, e não mais fonte originária de coisa julgada constitucional conforme se egressa do julgamento da *res* merital do objeto mediato do pedido.

Rosemiro Pereira Legal então aponta por excêntricas e impróprias as expressões como "coisa julgada inconstitucional, coisa julgada relativa e ainda a relativização da coisa julgada. (*In*: LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012).

controle difuso da constitucionalidade, nega a existência do discurso jurídico que somente existe se for capaz de produzir decisão definitiva.

Em verdade, representa a coisa julgada uma regra formal do discurso jurídico, sendo sua fundamentação de cunho pragmático- transcendental. Os conflitos de interesses em sociedade cada vez mais plúrima e complexa o que torna cada vez mais a atividade jurisdicional essencial. Nenhum sistema de direito seja este fulcrado no precedente judicial ou no direito positivo pode ser tão perfeitamente moldado de modo a não deixar quaisquer espaços para as disputas. A lide⁴⁴ é pois inexorável.

Para agir corretamente segundo as normas, os homens devem não apenas ter oportunidade de aprender quais as normas, mas devem também ter assegurado, que em caso de disputa, sobre o significado dessas normas, haverá um método disponível para resolvê-las (*In Lon Fuller, The morality of law, 2.ed., New Haven, Yale University Press, 1969, p.56-57*).

Caso os conflitos, uma vez resolvidos pudessem rediscutidos, ou se a solução judicial fosse negada, de nada adiantaria a jurisdição. Portanto, a discussão judicial trântisa em julgado deve tornar-se imutável e indiscutível.

A decisão produzida no processo não é definitiva apenas porque pôs fim a lide e impedir a reabertura do litígio e do embate, mas sim, por constituir a afirmação estatal.

O enfraquecimento da autoridade da coisa julgada corresponde ao enfraquecimento da autoridade do Estado. Pois a decisão jurisdicional é também protegida contra outros setores estatais e mesmo em face do Executivo e do Legislativo que são impedidos expressamente em prejudica-la.

Sublinhe-se que a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecem as mesmas, inseridas que estão na causa de pedir da ação.

Sempre que as circunstâncias fáticas ou jurídicas da causa forem alteradas dá azo à composição de nova causa de pedir, ensejando uma nova ação, totalmente diferente da ação anteriormente proposta e decidida. E, por esta razão não afeta a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão.

Desponta a coisa julgada como corolário do direito fundamental de ação, ou seja, a tutela jurisdicional efetiva. Assim, o litigante vencedor em razão de seu direito fundamental

⁴⁴ A chamada Teoria do Processo como também o restante do Direito Público nessas duas últimas décadas do século passado vem sofrendo rupturas paradigmáticas, onde as concepções rígidas e tradicionais flexibilizaram, bem como se atenuou o rigor das formalidades, para enfim alcançar a mais célere efetividade judicial.

de ação, tem direito a uma tutela estável e que não possa ser modificada ou rediscutida por ato do próprio Estado.

Frise-se que a decisão dos juízes e tribunais sobre uma questão constitucional jamais poderá ser como se fosse uma lei inconstitucional ou simples aplicação, declaração ou atuação de uma lei inconstitucional ou nula.

No Estado Constitucional, o juiz não tem apenas a mera tarefa de atuar a vontade da lei, conforme ocorria no Estado Legislativo. Cabe-lhe o dever de interpretar a lei na medida da Constituição e de realizar o controle de constitucionalidade no caso concreto.

A coisa julgada como corolário do princípio da segurança jurídica⁴⁵ é resguardada expressamente no texto constitucional vigente e deriva diretamente do Estado de Direito. O Estado de Direito é sobreprincípio de ampla latitude e se correlaciona com outros princípios e pode ser analisado sob a dimensão objetiva e subjetiva.

No plano objetivo incide diretamente na ordem objetiva importando na irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais, bem como, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Já no plano subjetivo é o visto pelo prisma dos cidadãos em face dos atos do poder Público, aparecendo o princípio da confiança, que é indissociável à dignidade da pessoa humana.

Em verdade, a coisa julgada material é autêntico signo da tutela da confiança do cidadão nos atos estatais. A decisão de inconstitucionalidade proferida no STF na ação direta de inconstitucionalidade declara a inconstitucionalidade tendo eficácia *ex tunc*, ou seja, até o momento da edição de lei.

Não possuindo natureza desconstitutiva, mas apenas declaratória posto que reconheça a nulidade da lei. E, a doutrina pátria bastante influenciada pela norte-americana⁴⁶ acabou por definir que a inconstitucionalidade⁴⁷ equivale à nulidade absoluta da lei ou do ato normativo. O que reforça pela inconsistente existência da coisa julgada inconstitucional.

Chiovenda chegou a mencionar que não pode haver submissão à jurisdição senão onde haver sujeição da lei. Assim a jurisdição revela a vontade da lei e, esta o poder estatal.

⁴⁵ Na Alemanha, a proteção da coisa julgada *in albis* em seu texto constitucional possui seu fundamento no princípio do Estado de Direito que tem como componente principal a garantia da certeza do direito, que não exige somente o regular desenvolvimento do processo, mas também a estabilidade de sua conclusão. E, seguem essa linha Rosenberg, Schwab e Gottewald.

⁴⁶ Pedro Lessa informava que a jurisprudência norte-americana não julga mais nula a lei inconstitucional, apenas a julga sem efeito, sem lhe tarjar de inconstitucional, apenas desprezando-a.

⁴⁷ Mas Paulo Otero argumentou que a declaração de nulidade da lei, fulmina *ipso facto* a validade da coisa julgada e da decisão baseada na lei tida como inconstitucional.

Inspirado no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa separava radicalmente as funções do legislador e do juiz. Atribuindo a um a criação do direito e a outro a aplicação do direito.

Basta lembrar que no Estado Liberal ao juiz cabia simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Sustenta o ministro José Augusto Delgado que a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial, e assim, que o intérprete tem o dever de ao se deparar com o conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição, averiguar se a solução pela aplicação do superprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

A teoria pretende dar solução às questões do DNA e a supervalorização das indenizações na desapropriação mediante a contraposição de normas constitucionais com a coisa julgada, e aponta para o que chamam de superprincípio de proporcionalidade, utilizado como mecanismo de outorgar ao juiz o poder de escolher entre a norma constitucional que se alega violada e a coisa julgada.

Então, conclui Marinoni que a coisa julgada por não fazer parte do conteúdo material do discurso jurídico, não pode ser objeto de balanceamento. E, mesmo que se considere como parte do discurso, e assim passível de ponderação, a mesma já fora realizada pelo legislador, que optou por esta, diante do risco de eventuais injustiças. Em boa hora, o STJ em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, que “a rediscussão reiterada de matéria decidida e declarada por sentença transitada em julgado implica a pretensão de consagração da cognominada tese da “relativização da coisa julgada” postulado que se choca com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado, consagrada em todas as Constituições” (STJ, Resp 671182, 1ª. Turma, relator Min. Luiz Fux, DJ 02.05.2005).

Por fim, se uma coisa julgada se formou (seja injusta ou justa) a sua eficácia há de produzir os efeitos peculiares da sua natureza, e os deverá produzir até que essa aptidão seja estancada por outra coisa julgada, mas desde que formada em sede concentrada, cortando o fluxo da anterior, ou por meio de sua rescisão, contudo, os efeitos já produzidos (que deverão ser obviamente preservados), cessando a eficácia da *res judicata* somente para o tempo futuro, quando se referir à relação jurídica continuativa.

Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada**. São Paulo: Aide, 1992.

BARBOSA, Rui. **O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional**, 1910, vol.I. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1920.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar, a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BORGES, Jorge Luís. **História da Eternidade**. Tradução de Heloísa Jahn, São Paulo: Cia. Das Letras, 2010.

BORJA, Célio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. In *A Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1958.

DANTAS, Ivo. **A Coisa Julgada Inconstitucional**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/667/240> Acesso em 12.12.2012.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal: manifestações doutrinárias**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18540-18541-1-PB.pdf> Acesso em 20/10/2012.

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 3, 10.ed., Salvador: Editora Jus PODIVM, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FULLER, Lon. *The morality of law*. New Harven, Yale University Press, 1969.

GLISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, tradução de Antônio Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEITE, Gisele. **Sobre a coisa julgada**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/colunistas/gisele01.htm> Acesso em 23/10/2012.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A Eficácia da coisa julgada em face de mudança da jurisprudência constitucional. In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luis Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (org.). **Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha**, Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, v.3.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão (in) constitucional do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, Teresa Alvim Wambier e José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa Julgada inconstitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Cível**. São Paulo: Editora RT, 1971.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil III, - Meios de Impugnação das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Método. Rio de Janeiro: Grupo Gen. 2012.

OTERO, Paulo. **“O ensaio sobre o caso julgado inconstitucional”**, Lisboa: *Lex*, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora RT, 2001.

ATUAL MISSÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Current Mission Process Judicial

*Paulo Junior Trindade dos Santos**

Resumo: Demonstrar-se-á a atual missão do processo judicial supera até mesmo seu conceito tradicional aportando em si mesmo uma renovada dimensão de significado chegando transcender do que usualmente lhe é atribuído, pode-se dizer que o processo é antes de tudo um instrumento através do qual o poder é exercido.

Palavras-Chave: Atual; Missão; Processo.

Abstract: *It will demonstrate the current mission of the judicial process surpasses even its traditional concept in itself bringing a renewed dimension of meaning coming transcend what usually ascribed to it, we can say that the process is first and foremost an instrument through which power is exercised.*

key-words: *Current; Mission; Process.*

Sumário: *1 – Introdução; 2 – Atual Missão do Processo Judicial; 3 – Conclusão; Bibliografia.*

1 - Introdução

Atual Missão do Processo Judicial. Será em buscar nos ordenamentos jurídicos atuais quais são as suas tendências e influencias para com o processo, haja vista, como Satta alude o processo demonstrar-se como sendo um processo revolucionário. Portanto, é um procedimento público em que transforma-se politicamente em um espaço de debate democrático, assim redimensionando o indivíduo ao um renovado espírito participativo. Também, por ser o processo um procedimento ele passa a ser uma fonte normativa criada pelas sentenças que se realizam judicialmente. Superar-se-á o que se fala em procedimento na sequencia do ora trabalho.

Obeserva-se a compatibilização do Direito as Constituições democráticas mais especificamente no que se diz respeito ao Direito Processual, assim nascendo uma nova

*Mestrando e Bolsista CAPES pela Universidade de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo; Especialista em Direito Processual Civil e Trabalhista – Associação dos Magistrados da 12ª Região (AMATRA12) em parceria com a Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) - Xanxerê. Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: paulojuniortrindadedossantos@hotmail.com

realidade conformativa com a possibilidade de participação do cidadão (ação individual ou ainda por ações coletivas), assim faz-se com que a atual missão do processo judicial perpassa as conceituações e as formulações até hoje cunhadas

2 - Atual Missão do Processo Judicial

A atual missão do processo judicial^{1,2} supera até mesmo seu conceito tradicional³ aportando em si mesmo uma renovada dimensão de significado chegando transcender do que usualmente lhe é atribuído, pode-se dizer que o “...processo é, antes de tudo um *instrumento através do qual o poder é exercido*.”⁴ Portanto: “*El proceso, en tanto institución del ordenamiento jurídico, de por sí ya implica una forma de equilibrio de intereses públicos, privados y sociales.*”⁵ A atual missão torna real o processo revolucionário.⁶

Transcende profundamente o conceito de processo (ou melhor, supera as teorias que delimitam este ser o instrumento⁷ jurisdicional ou mera relação jurídica⁸) rumou integrado ao

¹Usar-se em substituição ao termo processo judicial o termo mais simples, sendo ele, processo.

²... exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades. La imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable.(RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004. P. 15.)

³En su acepción común, el vocablo "proceso" significa progreso, trascurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia.

Desde este punto de vista, el proceso jurídico es un cúmulo de actos, su orden temporal, su dinámica la forma de desenvolverse. De la misma manera que un proceso físico, químico, biológico, intelectual, todo proceso jurídico se desenvuelve, avanza hacia su fin y concluye.

Podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 122-123.)

⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 156.

⁵BERLOLMO, Pedro .L.. **El Derecho al Proceso Judicial**. Calle, Bogotá: Editorial Temis S. A., 2003. p. 26.

⁶SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 14.

⁷Tradicionalmente, vê-se a instrumentalidade do processo pelo seu **aspecto negativo**, ou seja, mediante a afirmação de que o processo é “mero” instrumento do direito substancial. (DINAMARCO, Cândido R.. **Escopos Políticos do Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 116.)

⁸Proceso como relação jurídica para Couture, que: Examinada esa unidad en sí misma, para poderla definir a través de su carácter esencial, de su contenido íntimo, se advierte que ella es una relación jurídica. Por relación jurídica se entiende el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber. La relación jurídica procesal consiste en el conflicto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí. (COUTURE, Eduardo

sistema jurídico via garantias processuais constitucionalizadas democraticamente, assim legitimou-se normativamente em sua jurisdicionalidade em que se *reveste pelo procedimento* que os Poderes Estatais instituídos lhes aufere.

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o processo não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é *instituição-eixo do princípio do existir do sistema aberto normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação no Estado que*, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional.⁹

Portanto, o processo como “*instituto do direito posto*” com valoração positiva no ordenamento jurídico constitucional democrático arquiteta-se em uma auspiciosa e complexa engrenagem carregada de particularidades e de universalidade que lhes dimensionam como uma grande realização que “...*consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso.*”¹⁰

Há de se ponderar que o “...ordenamiento jurídico tiene como predicado de su propia existencia el de «efectuarse» siempre y en todo momento”¹¹ conjecturando-se este pelo processo dito como revolucionário tendo por missão “... *hacer patente ante los ciudadanos la eficacia que la ley posee, y proteger en el caso concreto al particular*”¹², rearticulando-se com “*próprio significado e la própria validità soltanto in quanto si possa comprendere ed attuare l’esperienza del giudizio processuale.*”¹³

Sin dejar de reconocer el mérito y la utilidad de los estudios exclusivamente jurídicos – concepetuales o analíticos de las normas vigentes – sobre el proceso¹⁴, veja-se que as “...

J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 123)

⁹LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002. p 69.

¹⁰BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

¹¹recuérdese BRINZ; *Apud* BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.

¹²BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 16-17.

¹³<<Il diritto f ala sua apparizione soltanto nel momento del giudizio, quando cioè sorge lésigenza di valutare l’azione che s è compiuta, e di affermare in ordine ad essa l’ordinamento, nel momento cioè della giurisdizione, o, per esprimersi con il legislatore o col linguaggio comune, della giustizia. L’ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio>>. Cfr. S. Satta, Giurisdizione (nozioni generali), in Enciclopedia del Diritto, XIX, Giuffrè, Milado, 1970, p. 223; *Apud* MORO, Paolo (Org.). **Il Diritto come Processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista**. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 91.

¹⁴FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**.In: KAPLAN, Marcos (Compilador). **Estado derecho y sociedad**. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140.

orientaciones políticas recogidas normativamente en los textos constitucionales se reflejan, en alguna medida, en la regulación del desarrollo del proceso; sino que, además, éste, en tanto que fenómeno social, se encuentra condicionado por el sistema político en el que se produce.”¹⁵ Faz-se por necesario, sim observar esses demais elementos-aspectos, “... particularmente los concernientes a sus relaciones con el ordenamiento jurídico general, es sistema político y, más ampliamente, la sociedad.”¹⁶

Note-se aquí “... ser el proceso la garantía de la existencia del Estado mismo como unidad política organizada por el Derecho, la encontramos, con la entrega ejemplar de su vida, voluntariamente sacrificada a la idea de que el orden jurídico vale por sí, debe valer como orden, independientemente de la bondad o - maldad de su contenido ...”¹⁷

Com a evolução tanto das sociedades complexas ou leia-se plurais¹⁸ quanto das instituições, ambas compõe a estrutura Estatal que deve modelar o processo em sua realidade¹⁹, (“...en cuanto fenómeno social y cultural, es expresión del contexto en que se desarrolla ...”²⁰), pois é “... lo que le da su fisonomía típica, no es la ley procesal, sino la costumbre que la pone en práctica. El derecho escrito no constituye sino un contorno externo, cuyo relieve interior, con sus colores y claroscuros, lo proporciona la costumbre.”²¹

¹⁵FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**.In: KAPLAN, Marcos (Compilador). **Estado derecho y sociedad**. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 170.

¹⁶FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**.In: KAPLAN, Marcos (Compilador). **Estado derecho y sociedad**. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140.

¹⁷BERNAL, Antonio Martínez. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 15.

¹⁸La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales, etc., conviven en las grandes ciudades, fenómeno éste que tiende hacia la formación de la *ciudad universal*. La convergencia de esos componentes sociales ante los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquellos son portadores en los canales comunes de diálogo que representan los diversos procedimientos judiciales. (SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Proceso, Democracia y Humanización**. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. Disponible em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/rivero13.htm>>. Acessado em: 05-08-2012.)

¹⁹La vie collective d'un pays: también el proceso no es sino un aspecto de esta vida, y las leyes procesales no son otra cosa que una frágil red a través de cuyas mallas presiona y a veces desborda la realidad social. (CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 49.)

²⁰FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad**.In: KAPLAN, Marcos (Compilador). **Estado derecho y sociedad**. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140.

²¹CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 48-49.

Es claro que el proceso no es una simple abstracción, ni una entidad intemporal o ahistórica, sin dimensiones concretas. El proceso es, además de un instrumento jurídico, un fenómeno social sobre el que influyen, necesariamente, las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales del contexto concreto en el que se produce. Y en un mundo en el que las relaciones sociales y económicas se hacen cada vez más complejas (...). Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social.²²

Ainda, quanto a esta realidade *procesual la realidad del proceso está conformada de tal modo que se deja expresar tanto en uno como en otro tipo de construcción nacional, porque ambos son esenciales: necesaria la determinación de la esencia constitutiva del proceso y necesaria también la apreciación del momento del resultado, porque a través del resultado el proceso, como actuación de valor positivo, muestra su significado vital, su alcance formativo de experiencia.*²³

O processo não deve ser visto de forma rigorosa como mera abstração elaborada pelo Poder Legislativo, deve-se realmente ressaltar a sua realidade, que com esta faz nascer o direito que se representa como “... *meglio difendibile nella riflessione teoretica e nell’esperienza pratica una prospettica processuale*,”²⁴ onde os “... que participan en él en concreto, y que no son muñecos mecánicos construidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; estas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres.”²⁵

Conclui-se, que o processo encontra-se normatizado dentro do ordenamento jurídico como um instrumento que provem dos costumes perpassados pelos fenómenos sociais e devido essa complexidade político e social, portanto “... *el proceso nace a la par de ella, a su propio tiempo, como un imperativo político de seguridad, tan imperativo como la norma y tan político como la organización toda del Estado.*”²⁶

Se podría decir que la visión del proceso en su actividad constitutiva, o mejor, pela celebración del Derecho como valor positivo en la experiencia concreta, pasando así a ser es

²²FAVELA, José Ovalle. *Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad*. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). *Estado derecho y sociedad*. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 140.

²³BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 11-12.

²⁴MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 14.

²⁵CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 55-56

²⁶BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.

*verdaderamente el poder del individuo y del Estado, de obrar para alcanzar en la comunidad el fin común.*²⁷

Bernal asenta que a “missão grandiosa do processo”, “... *que excede de ser una simple institución jurídica para convertirse en «metajurídica» ...*”²⁸, convertendo-se assim em um “... *principio político fundamental que nace con el Estado organizado ...*”²⁹, tendo como função a soberania, “... *inmediata a su origen, que hace posible que el Estado se constituya como tal.*”³⁰ Dá-se a responsabilidade a esse fenômeno a neutralidade iluminista, que reduziu o político a jurídico substitui-se hoje a instrumentalização do jurídico pelo político.³¹

Transcende assim, o proceso de seu proprio conceito, sendo ele, “... *por su naturaleza público; políticamente es un espacio de debate democrático, y procesalmente un sistema jurídico en el que convergen situaciones jurídicas diversas ...*”³². Que pelas situações jurídicas de cargas passivas “... *para los sujetos procesales partes y los deberes-poderes para el sujeto procesal supraordinado, el juez, estando íncita la relación entre dichos sujetos en torno a un mismo objeto: la pretensión procesal.*”³³ E ainda, o proceso “... *es también desde la teoría del derecho, una fuente de creación de una norma jurídica, la sentencia judicial.*”^{34,35}

²⁷BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 12.

²⁸BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.

²⁹BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.

³⁰Assim defende WACH; *Apud* BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.

³¹SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 201.

³²BEDOYA, Julia Victoria Montaña. *Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano*. Disponível em: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pdf>. Acessado em: 09-06-2012. p. 3-4.

³³BEDOYA, Julia Victoria Montaña. *Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano*. Disponível em: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pdf>. Acessado em: 09-06-2012. p. 3-4.

³⁴BEDOYA, Julia Victoria Montaña. *Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano*. Disponível em: <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pdf>. Acessado em: 09-06-2012. p. 3-4.

³⁵El punto en que se cruzan la función del legislador y la,función del juez está marcado por el proceso, con el que se realiza la creación no del Derecho sino de una experiencia allí donde el Derecho quedaba fuera, por encima de la experiencia, flotando en el vacío, sin recoger en ese su sistema de permisiones y sanciones la relación de vida entablada. (BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943. p. 17.)

Por fim, deve-se refletir muito quanto a esta premissa: "... es un misterio, el misterio del proceso, *el misterio de la vida*."³⁶

3 - Conclusão

A missão atual missão do processo judicial, faz com que se transcenda tudo que lhe parece tê-lo legitimado como instrumento notadamente jurídico, tomando mais que isso a legitimação político-jurídica, desenterrando este daquela realidade em que habitava, desde sua formulação inicial em que era visto como mero instrumento de resolução de conflito, na atualidade o Estado demonstra evoluir aceleradamente desde seu amago até mesmo influenciando na reformulação de suas instituições e da sociedade. Tanto sociedade quanto as instituições foram submetidas a uma erosão submetida pelo pós-guerra surgindo as Constituições Democráticas submetendo-se a uma sua nova conjectura.

Bibliografía

BEDOYA, Julia Victoria Montaña. *Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano*. Disponível em: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pdf.

BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho*. Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943.

BERLOLMO, Pedro .L.. *El Derecho al Proceso Judicial*. Calle, Bogotá: Editorial Temis S. A., 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DINAMARCO, Cândido R.. *Escopos Políticos do Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

³⁶SATTA, Salvatore. *Derecho Procesal Civil III*. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973. p, 11-12.

FAVELA, José Ovalle. *Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad*. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). *Estado derecho y sociedade*. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo: Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Proceso, Democracia y Humanización**. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. Disponible em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/rivero13.htm>>.

SATTA, Salvatore. **Derecho Procesal Civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.