

COISA JULGADA E COGNIÇÃO *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*

Eduardo CAMBI*

Sumário: Introdução. 1. Coisa julgada: aspectos gerais. 2. A análise do mérito da causa pelo juiz e a conveniência política da coisa julgada material. 3. A técnica da cognição *secundum eventum probationis*. 3.1. Falta ou insuficiência de provas e ausência de manifestação sobre a questão de mérito. 3.2. Ausência ou insuficiência de provas e sentença de mérito sem autoridade de coisa julgada material. 4. Outros questionamentos e a análise da situação peculiar da admissibilidade da repetição da ação de investigação ou de negativa de paternidade em face da realização posterior do exame do DNA. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: A coisa julgada é um dos temas mais importantes da atualidade, porque está inserido na via, de mão dupla, entre a Constituição e o Processo. O texto procura focar a ligação entre o procedimento legal e os resultados que pode produzir no plano do direito substancial. Esta perspectiva instrumentalista permite visualizar uma nova forma de compreender o processo de conhecimento, pela técnica da cognição *secundum eventum probationis*. O nexó entre as questões de fato, que demandam a necessidade probatória, e a legitimidade da decisão judicial é analisado em diferentes situações presentes em nosso ordenamento jurídico. O processo civil, destarte, passa a ser pensado em conformidade com os valores que procura tutelar, aproximando-se de seu escopo essencial de melhor distribuição da justiça.

Abstract: *Res judicata* is one of the most important issues nowad because it is inserted between the Constitution and the Proceeding. The author emphasizes the connection between the legal proceeding and the results produced at the substantial law level. This perspective allows the visualizaion of the proceeding in a new way of knowledge through the technique *secundum eventum probationis* (according to the evidences produced). The link among the matters of fact, which demand the evidence production, and the legitimacy of the judicial decision is analyzed in different situations in our legal system. The civil proceeding, therefore, is thought according to the protected values, reaching its essential aim: a better distribution of justice.

Palavras-chave: Coisa julgada. Constituição. Processo. Processo civil. Cognição *secundum eventum probationis*.

Key-words: *Res judicata*. Constitution. Proceeding. Civil proceeding. Cognition *secundum eventum probationis*.

* Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual Civil da PUC/PR e dos Programas de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, campus da UNESPAR, e da UNISUL. Assessor jurídico do TJ/PR.

Introdução

A adequação do procedimento à natureza da causa é uma das tendências do processo civil contemporâneo, preocupado com a maior efetividade das decisões no plano do direito material.

Neste texto, pretende-se examinar o instituto da coisa julgada à luz do prisma extrapatrimonial, procurando indagar se direitos, como os relacionados às liberdades públicas¹, aos interesses transindividuais e os da personalidade, encontram resposta adequada na noção clássica da coisa julgada, desenvolvida, sobretudo, para a tutela processual dos direitos de natureza individual e patrimonial.

Esses questionamentos têm, como preocupação, a contextualização da coisa julgada material em relação aos demais valores, princípios e regras relevantes ao Estado Democrático de Direito e, igualmente, contemplados na Constituição Federal. Procura-se examinar o problema da superação da visão formalista da coisa julgada, tentando compreendê-la não como algo absoluto, embora de suma importância para o ordenamento jurídico.

Partindo dessas premissas, busca-se focalizar a problemática da sua relativização sob a ótica probatória, verificando a conveniência de se

¹ O termo “liberdades públicas”, por remontar conceitos liberais, tem sido menos utilizado contemporaneamente, apesar de ser adequado para expressar a *condição* ou o *estado livre* dos cidadãos frente ao Estado, os quais têm a faculdade ou o poder de agir segundo sua própria determinação, desde que sua conduta não viole os princípios e as regras jurídicas. Ser livre significa não estar submetido a nenhum poder, podendo-se fazer o que se deseja (p. ex., andar, associar-se, exercer qualquer profissão, professar qualquer religião, pensar etc), se o direito não prevê ser a conduta proibida ou contrária aos valores sociais relevantes: “No Direito Constitucional, as liberdades públicas, ou simplesmente liberdades, expressam os direitos liberais que são aqueles direitos fundamentais (também chamados direitos humanos ou individuais) a garantir o indivíduo da imiscuição na sua personalidade pelo Estado ou pelos integrantes da sociedade; através das liberdades, pretende-se reservar à pessoa uma área de atuação imune à intervenção do poder” (De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 490).

manter intocável a rigidez imposta pela autoridade da coisa julgada material, na hipótese do juiz, por ausência ou insuficiência de provas, ser compelido a aplicar a regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo), já que nosso sistema processual veda as decisões *non liquet*, o que significa que a causa deve ser julgada mesmo quando existam fundadas dúvidas a respeito das questões de fato controvertidas.

1. Coisa julgada: aspectos gerais

A expressão “coisa julgada” contrapõe dois aspectos de um mesmo fenômeno²: i) o *exaurimento* ou a máxima preclusão das impugnações relativas à sentença (o que se costuma referir ao seu “trânsito em julgado”; a propósito, o art. 6º, § 3º, da LICC assevera: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”³); ii) a *irretratabilidade* da sentença pelo órgão julgador da qual emanou (também denominada de *autoridade* da coisa julgada, que é um atributo dos efeitos da sentença resultante do esgotamento dos poderes das partes e dos deveres do juiz)⁴.

A autoridade da coisa julgada sempre produz efeitos no interior do processo do qual emanou a sentença ou o acórdão. Proferida a decisão, é defeso ao julgador voltar atrás, salvo se a relação jurídica for continuativa, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito (art. 471, inc. I,

² Cf. Elio Fazzalari. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992. p. 452. Para maiores esclarecimentos, sobre esta assertiva, vide nota 5, a seguir.

³ Esta noção pode ser ampliada, pois, nos casos de reexame necessário, previstos no artigo 475 do CPC, ainda que não haja a interposição de recurso, a sentença somente vai transitar em julgado, após a sua apreciação pelo órgão *ad quem*.

⁴ A *autoridade da coisa julgada* deve ser definida como sendo a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Porém, não se identifica apenas com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; vai além, devendo ser considerada uma qualidade mais intensa e profunda, porque reveste não somente o ato, em sua existência formal, mas também o seu conteúdo, tornando imutáveis quaisquer dos efeitos que produz. Cfr. Enrico Tullio Liebman. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 50.

CPC), para corrigir erros materiais ou de cálculo ou, ainda, para a integração, a elucidação ou eventual (e excepcional) modificação do julgado, mediante a interposição de embargos de declaração (463/CPC). A irretratabilidade da sentença se restringe ao interior do processo quando não há pronunciamento judicial sobre o mérito (art. 267/CPC). Nesta hipótese, a coisa julgada é apenas *formal*.

Por outro lado, quando cabe ao juiz analisar o mérito (art. 269/CPC), a eficácia da sentença se projeta para fora do processo, produzindo efeitos concretos na esfera jurídica dos litigantes, na medida em que alcança a realidade (ou a dimensão) fática objeto da causa discutida e julgada no processo. Como produz efeitos no mundo dos fatos, conformando-os à decisão a que as partes ficam sujeitas por imposição do Estado-juiz, a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão impedem, exceto excepcionalmente (art. 485/CPC), que a “coisa” que foi “julgada” seja novamente levada à apreciação do Poder Judiciário. Logo, a coisa julgada deixa de ser apenas formal, adquirindo uma qualidade mais intensa (um *plus*), que lhe permite ser denominada de coisa julgada *materias*⁵.

⁵ Enrico Tullio Liebman – depois de se referir à coisa julgada formal como um fenômeno endoprocessual atrelado à qualidade da sentença, que se torna irrecorrível por força da preclusão dos recursos, e à coisa julgada material, como uma eficácia específica e exterior (porque não perde a sua importância com o término do processo), embora condicionada à primeira, capaz de gerar a imutabilidade da sentença não apenas como ato judicial, mas também no que concerne ao seu conteúdo e aos seus efeitos – acaba por asseverar que toda a diferença se coloca no *comando* contido na sentença (isto é, se o julgamento é ou não de *mérito*) e nos seus efeitos, não na coisa julgada, em si própria, que permanece sempre a mesma. Cf. *Eficácia e autoridade da sentença*. Cit. p. 56-7. Cândido Rangel Dinamarco, também apoiado em Liebman, esclarece que a coisa julgada formal e a material não são dois institutos diferentes ou autônomos; são, apenas, dois aspectos do mesmo fenômeno da *imutabilidade*, que é uma figura de duas faces. Em síntese, a coisa julgada material é a imutabilidade dos *efeitos substanciais* da sentença de mérito; não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os *efeitos* que ela projeta para fora deste, a ponto de atingirem as pessoas em suas relações. Em contrapartida, a coisa julgada formal é a imutabilidade da própria sentença, tão-somente como um ato jurídico do processo. Cf. *Relativizar a coisa julgada material*. Conferência proferida, em 6.8.2.001, nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil (Fortaleza-CE), organizadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Texto inédito. p. 5-6.

A coisa julgada material – que é a imutabilidade do dispositivo da sentença de mérito e seus efeitos – torna impossível a rediscussão da causa, reputando-se repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor ao acolhimento ou a rejeição do pedido (art. 474/CPC). Por exemplo, se a ação foi julgada improcedente por falta de provas, transitada em julgada a sentença de mérito, não serão novas provas que vão possibilitar a renovação do pedido⁶.

Assim, é capaz de vincular todos os futuros juízos, o que significa dizer que, se uma ação idêntica àquela anterior, que já foi julgada por sentença de mérito, for ajuizada, o processo há de ser extinto mediante sentença terminativa (art. 267, inc. V, CPC) e, não sendo observada esta regra jurídica, caberá ação para rescindir o julgado (art. 485, inc. IV, CPC).

A coisa julgada material assume tal relevância no ordenamento jurídico a ponto de ser considerada uma *garantia constitucional*, a qual não pode ser restringida, inclusive, por lei posterior (art. 5º, inc. XXXVI, CF). A imunização das decisões judiciais, decorrente da coisa julgada material, confere ao Judiciário uma característica que o distingue dos demais poderes (executivo e legislativo), além de dar imperatividade aos casos julgados. Com isso, atribui-se aos juízes um mecanismo efetivo de controle jurídico das atividades administrativas e legislativas, bem como dos particulares, ficando, todos, sujeitos aos seus julgamentos. Desse modo, está voltada à *estabilização* das relações jurídicas, evitando que uma mesma questão seja permanentemente discutida, o que impediria à pacificação social dos conflitos de interesses.

Entretanto, a verdadeira segurança jurídica não decorre, por si só, de uma decisão de mérito, a qual não pode ser mais objeto de impugnação

⁶ Cf. Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 248. v. II.

ou questionamentos dentro e fora do processo do qual emanou, mas, sobretudo, de *como* esta sentença foi obtida. Com efeito, o resultado ou a certeza quanto aos fatos e aos direitos discutidos no processo estão diretamente ligados à *técnica de cognição* utilizada. Em outras palavras, o *iter* formativo da decisão implicará a melhor ou pior eficácia do julgado no meio social, sobretudo em razão da sujeição que decorre dos “efeitos petrificantes” da coisa julgada material.

Por outro lado, o valor da segurança jurídica, consubstanciado no instituto da coisa julgada material, não pode ser visto como absoluto, devendo ser compatibilizado com os outros valores, tão ou mais importantes para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito, como a justiça das decisões, a cidadania, a república e a dignidade da pessoa humana.

2. A análise do mérito da causa pelo juiz e a conveniência política da coisa julgada material

Fenômeno ligado, diretamente, com a coisa julgada material é o exame do mérito pelo juiz.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que existe uma *escalada de situações jurídicas*⁷, colocada da seguinte forma: i) todos têm garantido o acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF), uma vez que os cidadãos, de um modo geral, possuem o *direito de demandar*, que é incondicionado; ii) o direito de ação é circunscrito a quem é portador de uma pretensão que seja, em tese, admissível perante a ordem jurídica nacional, tenha uma qualidade pessoal apta a conduzi-la em juízo, em face de outro sujeito também legitimado, além do serviço jurisdicional ser necessário e a via

⁷ Cf. Cândido Rangel Dinamarco. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 820-3. v. II.

processual escolhida adequada para os fins pleiteados; iii) preenchidas as condições da ação e inexistentes os demais óbices previstos no artigo 267 do CPC, o titular do direito de ação tem direito a um pronunciamento sobre a pretensão deduzida (o *meritum causae*), que pode ser positiva (acolhendo essa pretensão) ou negativa (em caso contrário); iv) por fim, o *direito à tutela jurisdicional* é reservado, tão somente, ao litigante que tem razão, perante o direito material.

Não obstante a Exposição de Motivos do CPC tenha se valido do termo “lide” para designar o mérito da causa (Item 6, Cap. III), nem sempre o Código foi fiel a sua terminologia, como ocorre no artigo 70, ao referir-se a “denúnciação da lide” (quando, na verdade, há duas relações processuais há serem julgadas no mesmo processo) e no artigo 1.179, ao fazer referência ao “curador à lide” (em menção explícita não ao *meritum causae*, mas a defesa do interditando decorrente de interdição promovida pelo Ministério Público). Mais importante que estas questões terminológicas, são as controvérsias conceituais em torno do conceito de lide⁸, tendo Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC, considerado a definição que Francesco Carnelutti consignou, em determinado momento de sua intrincada obra, denominando-a de “il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro”⁹. Entretanto, ainda que se parta desta noção, parece inadequado identificar o conceito de lide com o de mérito, uma vez que é possível que o juiz dê uma sentença definitiva, mesmo não havendo resistência do réu (na hipótese de revelia), ou, ainda, lembrar que, nem sempre esta oposição é da essência do objeto do processo (p. ex., nas ações de separação

⁸ Sobre o assunto, cf. Piero Calamandrei. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, 1928; Francesco Carnelutti. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di Diritto processuale civile*, 1928; Francesco Carnelutti. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, 1928.

⁹ Cf. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936. p. 40.

consensual há questões de mérito a serem decididas, apesar de não haver lide).

Desse modo, pode-se afirmar que o objeto do processo é a *res in iudicium deducta*, que é delineada pelo autor, independentemente da resistência do réu, quando delimita a sua *pretensão*, isto é, ao manifestar a sua aspiração a certo bem ou a determinada situação jurídica, a qual, estando de acordo com o direito material e sendo acolhida pelo Estado-juiz, terá a capacidade de lhe produzir efeitos favoráveis. Conquanto a autoridade da coisa julgada material recaia apenas sobre o comando da sentença, já que o artigo 469 do CPC prevê quais são os seus limites objetivos (dentre os quais inclui a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença), além do *pedido*, a cognição do *meritum causae* também está interligada com a *causa de pedir*, que é um dos elementos da ação, cujo escopo é consignar os fundamentos de fato e de direito do pedido. Certamente, não haveria como bem analisar a *res in iudicium deducta*, se a ação fosse destituída de causa de pedir; aliás, por isso mesmo, a ausência da indicação do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido acarreta o indeferimento da petição inicial e, conseqüentemente, a extinção do processo sem julgamento de mérito (arts. 282, inc. III, 284, par. ún., e 267, inc. I, CPC)¹⁰.

No entanto, a exata compreensão da pretensão, pela mera indicação dos fatos que dão suporte ao pedido, se permite o julgamento de mérito, não gera o direito à tutela jurisdicional. Em outras palavras, mesmo estando regular a petição inicial, a simples alegação dos fatos, desacompanhada das provas correspondentes, não garantirá ao autor o julgamento favorável

¹⁰ Sobre o mérito da causa, verificar: Cândido Rangel Dinamarco. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232-76. v. I; Kazuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 71-82.

de sua pretensão. Afinal, *fato alegado, mas não provado, é o mesmo que fato inexistente*. Assume, pois, relevância a problemática introduzida pelo ônus da prova, uma vez que, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e sendo vedadas decisões *non liquet*, o magistrado, mesmo estando em dúvida (seja em decorrência da falta ou da insuficiência das provas produzidas pelo autor) será obrigado a decidir, devendo a decisão ser contrária à pretensão do demandante, quando não se desincumbir satisfatoriamente de seu *onus probandi* (art. 333, inc. I, CPC)¹¹.

Diante disso, surge a necessidade de *racionalizar* a problemática da *dúvida* no processo, avaliando as conseqüências negativas de decisões que, não obstante calcadas no ônus da prova em sentido objetivo (utilizado como *regra de julgamento*), geram maior instabilidade e insegurança sociais, porque, nesta hipótese, a coisa julgada material está assentada em uma situação incerta, a qual, se fosse mais bem investigada (i.e., caso existisse provas suficientes ou mais adequadas), poderia conduzir a um julgamento diverso, já que a circunstância da parte não ter fornecido as provas necessárias para comprovar as suas alegações não significa serem as suas afirmações não verdadeiras¹².

¹¹ Segundo explica Cândido Rangel Dinamarco, “para o juiz ‘fato não provado é fato inexistente’ (‘regra de julgamento’) e, uma vez finda a instrução, as afirmações, omissões e negativas referentes aos fatos de relevância para o julgamento serão interpretadas e conformadas à luz do resultado da experiência probatória” (*A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 203-4).

¹² Percebe-se, pois, que o ônus da prova, em sentido objetivo, não é um instrumento probatório, mas um mecanismo jurídico *subsidiário* para que o juiz, se estiver em dúvida, julgue em desfavor da parte que, apesar de ter afirmado um fato do qual deduziu a existência de seu direito, não conseguiu prová-lo. Trata-se de uma *solução jurídica* para o problema da dúvida, quanto à existência do fato, pois a solução lógica mais adequada seria não julgar. Francesco Carnelutti, há décadas, já salientou o problema: “se l’attore chiede, per esempio, l’adempimento di un contratto e la conclusione di questo non sia provata, è il diritto, non la logica che impone al giudice di respingere la domanda; la logica consiglierebbe invece l’unica soluzione, che il diritto non tollera più: quella che... non si giudichi” (Prove civile e prova penale. *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, p. 12).

Como a coisa julgada material inviabiliza a realização de outro processo para a rediscussão da mesma pretensão, o julgamento da primeira ação, na hipótese de falta ou insuficiência de provas, pode não somente eternizar uma situação injusta como também ser incapaz de gerar a segurança jurídica necessária à justa pacificação das controvérsias.

Com isso, surge à problemática da conveniência política de se manter uma decisão injusta, porque decorrente de um processo regular anterior em que o autor não se desincumbiu satisfatoriamente do seu ônus probatório, ou engendrar mecanismos de relativização da coisa julgada material para permitir que, em face de novas e melhores provas, a decisão judicial possa ser mais adequada à realidade dos fatos, acarretando maior grau de aderência aos direitos materiais e, conseqüentemente, atingir níveis mais elevados de legitimação social.

3. A técnica da cognição *secundum eventum probationis*

A técnica da cognição *secundum eventum probationis* foi utilizada pelo legislador brasileiro em diversos procedimentos, para, em razão da falta ou da insuficiência das provas, impedir que a questão seja decidida – remetendo-se as partes para as “vias ordinárias” ou para discussão a ser travada em “ação própria” – ou para permitir que a causa seja decidida sem caráter de definitividade, a fim de que não seja alcançada com a autoridade da coisa julgada material¹³.

No primeiro grupo, podem ser lembrados cinco exemplos: i) o existente no procedimento de inventário e de partilha, quando do exame de questões de mais alta indagação (arts. 984, 1.000, par. ún., 1.016, § 2º e 1.018, *caput*, CPC); ii) o que surge no procedimento de desapropriação para evitar discussões sobre certos assuntos (art. 34,

¹³ Cf. Kazuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. p. 89-90.

par. ún., do Decreto-lei 3.364/41); iii) no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, para o julgamento de causas complexas (art. 3º, da Lei 9.099/95); iv) no procedimento sumário, para a análise de questões que dependam de provas técnicas mais intrincadas (art. 277, § 5º, CPC); v) no mandado de segurança, quando não se puder verificar a liquidez e a certeza do direito (Lei 1.533/51, arts. 15 e 16).

No segundo grupo, deve-se mencionar a situação ocorrida em face da ação popular, da ação civil pública e das ações coletivas disciplinadas pelo *Código de Defesa do Consumidor*.

Cada uma dessas situações merece esclarecimentos, na medida em que influem na conformação do *meritum causae* e, por conseguinte, na dimensão da coisa julgada material.

3.1. Falta ou insuficiência de provas e ausência de manifestação sobre a questão de mérito

Há certos procedimentos que, sobretudo em razão da celeridade processual, limitam a cognição a certos meios probatórios, remetendo as partes para outros procedimentos, caso as questões discutidas, em razão da sua maior complexidade, dependam de cognição mais aprofundada. Com isso, fica impedida a apreciação e o julgamento do ponto controvertido pela via processual escolhida.

No procedimento especial de inventário e de partilha, as questões de fato de *alta indagação* não podem ser examinadas (arts. 984, 1.000, par. ún., 1.016, § 2º e 1.018, *caput*, CPC). Entende-se por questão de *alta indagação* aquelas em que não são suficientes as provas documentais (que são pré-constituídas), sendo necessária à produção de outras provas (pericial, testemunhal e inspeção judicial). São exemplos de questões de alta indagação: a comprovação das causas de deserdação (arts. 1.595,

1.744 e 1.745, CC)¹⁴; a invalidação de documentos públicos destinados à habilitação dos herdeiros no inventário¹⁵; a nulidade de venda de ascendente a um dos descendentes, sem a anuência dos demais¹⁶; a admissão de herdeiro que dependa de investigação de paternidade; o problema da anulação de testamento; e a ação de sonogados (art. 994/ CPC). Nestes casos, deve o juiz remeter as partes para os meios ordinários, deixando de apreciar a questão controvertida. Entretanto, isso somente deve ocorrer quando a produção de outras provas, além da documental, for imprescindível para o exame da matéria; se a questão for de indagação difícil ou de interpretação polêmica, mas puder ser analisada pelo magistrado, com base nas provas documentais, não deve ser considerada de *alta indagação*¹⁷, devendo ser resolvida no próprio procedimento de inventário e de partilha¹⁸.

No procedimento da desapropriação (art. 34, Decreto-lei 3.364/41), o levantamento do preço será deferido mediante prova da propriedade,

¹⁴ “A comprovação das causas de deserdação é questão de alta indagação que, se discutida no bojo do inventário, ainda que em autos apensados e sem resistência por parte do deserddado, causará tumulto. Além disso, só na via ordinária é que se poderá facultar o exercício de ampla defesa por parte dos interessados” (TJ/SP - AI 272.355-1/3 – 7ª C. – rel. Des. Souza Lima – j. 6.12.1995 – pub. *RT*, v. 726, p. 269-70).

¹⁵ “Processo civil. Inventário. Habilitação de herdeiros. Impugnação de documentos. 1. Na sede do processo de inventário não tem lugar ação de invalidar documentos públicos, tais como certidões de nascimentos destinadas à habilitação de herdeiros no inventário. 2. Adequação das vias ordinárias para tal entendimento, onde a amplitude das discussões permite contestar-se a validade dos documentos. 3. Improvimento do recurso” (REsp. 26.385-6-AM – 3ª T. – rel. Min. Cláudio Santos – j. 13.9.1993 – pub. *RSTJ*, v. 53, p. 165-6).

¹⁶ “Inventário. Bem vendido a descendente, sem o consentimento dos demais. Não contraria o art. 984 do CPC o acórdão que entendeu devesse a questão ser dirimida em ação direta, pelos meios ordinários” (STJ – 3ª T. – rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 10.12.1991 – pub. DJU, 17.2.1992, p. 1.372).

¹⁷ Cfr. Antônio Cláudio da Costa Machado. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1140-1.

¹⁸ “Consoante a doutrina de melhor tradição, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário, com desprezo da via ordinária” (STJ – Resp. N. 4.625-SP – 4ª T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 16.4.1991 – pub. DJU, 20.5.1991, p. 6.532).

de quitação de dívidas fiscais, que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros. Porém, se o juiz verificar que há fundada dúvida sobre o domínio, para evitar o pagamento indevido, o preço ficará em depósito, ressalvada *ação própria* aos interessados para disputá-lo (art. 34, par. ún., Decreto-lei 3.364/41)¹⁹. Com efeito, a discussão sobre o domínio²⁰ é incabível no procedimento de desapropriação direta²¹ e, caso não demonstrada durante a execução do julgado, ficam os supostos proprietários com a incumbência de, em ação própria, comprovar a propriedade, para, destarte, procederem ao levantamento do depósito.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a competência se restringe às questões de menor complexidade (art. 3º, da Lei 9.099/95). Antes de qualquer observação, é preciso esclarecer que as questões de maior complexidade são aquelas que envolvem *alta indagação*, não estando relacionadas com o valor da causa²². Logo, a causa pode ter valor inferior

¹⁹ “Desapropriação. Decreto-lei 3.365/41. Se houver dúvida sobre quem seja o titular do domínio do imóvel desapropriado, o juiz não tem como permitir o levantamento do preço, senão depois que tudo ficar esclarecido em ação própria” (STF – RE n. 69.958-MG – 2ª T. - rel. Min. Antonio Neder – j. 8.5.1972 – pub. DJ, 16.6.1972, p. 3.901).

²⁰ Além dessa hipótese, expressamente prevista no par. ún. do art. 34 do Dec.-lei 3.365/41, caso haja disputa entre o proprietário e terceiros que tenham direitos sobre o bem expropriado (sub-rogados na indenização), esta questão também será objeto de ação própria, não podendo ser discutida no bojo do procedimento da desapropriação: “Administrativo. Desapropriação. Disputa sobre o preço da indenização. Dec.-lei 3.365, de 1941 – art. 34, par. ún. A regra do art. 34, par. ún., do Dec.-lei 3.365, de 1941, se aplica também às hipóteses em que, embora não havendo fundada dúvida sobre o domínio, há disputa entre o proprietário e aqueles cujos direitos, na forma do art. 31, ficam sub-rogados na indenização. Recurso especial conhecido” (STJ – RE sp. 176.016 – 2ª T. – rel. Min. Ari Pargendler – j. 25.8.1997 – pub. DJU, 22.9.1997, p. 46.396).

²¹ Todavia, essa sistemática não se aplica à desapropriação indireta: “Administrativo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/41: Inaplicabilidade. Precedentes. Recurso provido. 1. O art. 34 do Decreto-lei 3.365/41 não se aplica às ações de indenização por desapropriação indireta, mas, sim, as ações de desapropriação direta. 2. Nas ações de indenização por desapropriação indireta, a questão de domínio deve ser resolvida no processo de conhecimento, nunca na execução do julgado” (REsp. N. 260-DF – 2ª T. – rel. Min. Adhemar Maciel – j. 15.12.1997 – pub. DJ, 2.3.1998, p. 50).

²² Cf. Horácio Wanderlei Rodrigues. Juizados Especiais cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes. *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*. p. 24. v. I.

a quarenta salários mínimos e, mesmo assim, ser considerada de alta complexidade. Interessante observar, também, que o procedimento discussão à prova documental (art. 32), embora, ainda assim, exclui da competência dos Juizados Especiais Cíveis as causas de maior complexidade. A razão desta limitação está nos princípios que orientam o processo nos Juizados Especiais (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), bem como na tentativa acentuada de composição da controvérsia mediante métodos alternativos (como a conciliação, a mediação e a arbitragem) e da participação de juízes não togados (art. 7º), inclusive na instrução (art. 37). Dessa maneira, quando, para a análise da causa, for necessária a produção de complicada ou intrincada prova pericial, bem como a oitiva de um número maior de testemunhas (já que o art. 34 admite que sejam ouvidas, no máximo, três para cada parte), o juiz deve declarar-se incompetente (de ofício ou a requerimento) e remeter as partes às vias ordinárias, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, em razão da inadequação procedimental assumida pela demanda após a infrutífera tentativa de conciliação²³. Exemplo de causa de maior complexidade: se determinado consumidor ajuíza ação de reparação de danos (materiais e morais), em face de determinado fabricante estrangeiro, alegando que produto químico utilizado em gênero alimentício é cancerígeno, sendo impróprio ou inadequado para o consumo; esta questão, para ser dirimida, vai depender de perícia intrincada, a qual não é compatível com a fase instrutória prevista no procedimento célere, simples e informal dos Juizados Especiais. Outro

²³ Cf. Joel Dias Figueira Jr. *Da competência nos juizados especiais cíveis*. São Paulo: RT, 1996. p. 59. Também, nesse sentido, o artigo 3º, do parágrafo 5º, da Lei 9.446/91, do Rio Grande do Sul, ao asseverar: “O juiz, depois de realizada sem êxito a audiência de conciliação, verificando eventual complexidade para a instrução ou a execução da causa incluída na relação do art. 3º, poderá extinguir o processo, encaminhando as partes ao juízo comum”.

exemplo de causa de maior complexidade: os pais de um menor, que veio a falecer, pela ingestão de material de limpeza, que continha componente tóxico, ajuíza ação de reparação de danos, em face do fabricante, alegando responsabilidade pelo fato do produto (i.e., que houve defeito no seu acondicionamento, por não dispor de um sistema de lacre adequado, e faltar, no rótulo, as informações suficientes sobre os riscos que poderia gerar, caso estivessem ao fácil alcance das crianças). Nessas hipóteses, em razão da complexidade do conteúdo da causa, os autos devem ser remetidos ao procedimento ordinário²⁴, onde a causa poderá ser discutida com mais intenso resguardo das garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como maior alcance do direito à prova²⁵.

O mesmo raciocínio deve ser estendido à exegese do § 5º do artigo 277 do CPC, o qual assevera que deve o juiz converter o procedimento sumário em ordinário, quando houver prova técnica de maior complexidade. No entanto, nesta situação, existem algumas peculiaridades que merecem relevo. Em primeiro lugar, o § 5º foi mal colocado no bojo do artigo 277²⁶, porque essa questão deve ser examinada após a tentativa frustrada de conciliação e, então, depois da apresentação da contestação,

²⁴ Precedentes jurisprudenciais têm, reiteradamente, assentado esse posicionamento: “Conflito de competência – complexidade proclamada pelo Juizado Especial – art. 16 da Lei 1.141/93. Havendo o Juizado Especial proclamado a inadequação do procedimento, em face da necessidade de perícia complexa em ação de indenização por danos morais, na forma do art. 16 da Lei 1.141/93; existindo, ademais, número razoável de testemunhas cujo depoimento demandará a expedição de diversas precatórias, mostra-se adequado proclamar-se à competência do juizado comum” (TJ/SC - Conflito de Competência n. 568 – rel. Des. Eder Graf – pub. DJE, 5.1.1994, n. 8.901, p. 1); “Competência – Juizado Especial Civil – Causa complexa. Nos termos do artigo 3º da Lei 9.099/95, a competência do Juizado Especial Cível limita-se à conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade. Sendo imprescindível à realização de prova pericial para melhor apuração dos fatos, a competência é da Justiça Comum” (TJ/DF - Ap. no Juizado Especial Cível ACJ 25.597-DF – Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF – rel. Haydevalda Sampaio – j. 9.12.1.997 – pub. DJDF, 17.2.1.998, p. 94).

²⁵ Quanto à extensão do direito à prova, cf. Eduardo Cambi. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

²⁶ Cf. Theotonio Negrão. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 366. Nota 277:25.

do despacho a respeito das preliminares e, por fim, da decisão sobre a admissibilidade e a relevância da prova técnica de maior complexidade²⁷. Ademais, questão interessante é saber se deve o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual, ou, em razão do princípio da economia processual, converter o procedimento sumário em ordinário, prosseguindo a instrução ampla da causa. Esta solução parece ser a mais adequada, na medida em que evita, pela repositura da mesma ação, a repetição dos atos processuais já realizados, em manifesta contra-marcha à celeridade processual.

Quanto ao mandado de segurança, o artigo 16 da Lei 1.533/51 dispõe que o “pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Em outras palavras, a Lei 1.533/51 constrói sobre o conceito de *direito líquido e certo* (arts. 1º e 6º) um procedimento célere e, para isso, limita a cognição no plano vertical, admitindo apenas as provas pré-constituídas (documentais), embora não se abra mão da cognição exauriente²⁸. Assim,

²⁷ “Procedimento sumário. Conversão para o rito ordinário. Momento adequado. Conforme preceitua o artigo 277, par. 4º e 5º, do Código de Processo Civil, o juiz pode converter o rito de sumário para o ordinário em face da natureza da demanda ou da necessidade de prova técnica de maior complexidade. O momento adequado para tal conversão é na audiência de conciliação e, se esta for prorrogada, facultando-se aos autores a sua réplica à contestação da ré, em seguida a esta, pelo que inexistente qualquer nulidade no fato de se ter convertido o rito após esta” (2º TACív./SP – Ap. s/Ver. 592.172-00/4 – 7ª Câmara – rel. Juiz Paulo Ayrosa – j. 24.10.2000).

²⁸ Segundo a sempre lembrada lição de Hely Lopes Meirelles: “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. (...). Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança. (...). Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança” (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. Atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35-6). (Grifos no original)

sendo necessária a produção da prova oral, torna-se inviável o exame do mérito e a sentença não produz coisa julgada material. Destarte, no mandado de segurança, a análise do *meritum causae* fica condicionada à presença de prova capaz de se depreender uma cognição exauriente; logo, quando a prova é insuficiente para o exame da *res in iudicium deducta*, a sentença não faz coisa julgada material. Essa é a tônica da técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, confirmada pela Súmula 304 do STF ao dispor que a “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”²⁹. Dessa forma, o procedimento do mandado de segurança não comporta a verificação de questões litigiosas cuja *complexidade probatória* não pode ser resolvida, exclusivamente, pela prova documental; por essa razão, por exemplo, não torna possível o exame do pedido de indenização por ato ilícito³⁰, bem como não é capaz de analisar e, por conseguinte, produzir efeitos patrimoniais em relação a situações pretéritas (art. 15 da Lei 1.533/51 e Súmula 271/STF). Com efeito, sendo imprescindível a produção de provas não admitidas no procedimento célere do mandado de segurança, o magistrado não deve apreciar o mérito, o que possibilita a renovação do pedido em ação própria³¹. Portanto, a sentença desfavorável, no mandado de segurança, somente produz coisa julgada material, quando o órgão julgador declara,

²⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 21-4; Luiz Guilherme Marinoni. *A antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 32-36; Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998. p. 258; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 99 e 103-104. v. V, Tomo I.

³⁰ Cf. Ovídio A. Baptista da Silva. O processo civil e sua recente reforma. *Genesis. Revista de direito processual civil*. p. 53. v. 7.

³¹ A propósito, o STJ já decidiu: “Se a prova ofertada com pedido de mandado de segurança mostra-se insuficiente, impõe-se o encerramento do processo, assegurando-se a renovação do pedido” (RMS 1.666-3-BA - 1ª T. – rel. Min. Humberto Gomes de Barros – unân. – j. 18.4.94 – pub. DJU, 30.5.94, p. 13.448).

com base em provas documentais - consideradas suficientes para examinar a pretensão - a inexistência do direito substancial pleiteado (ou seja, que não há direito líquido e certo, porque o ato impugnado não é ilegal nem foi praticado com abuso de poder)³².

3.2. Ausência ou insuficiência de provas e sentença de mérito sem autoridade de coisa julgada material

O ordenamento jurídico brasileiro prevê tratamento diferenciado e especial às tutelas coletivas e difusas, possibilitando que o juiz analise o mérito da causa, mas sem caráter de definitividade, quando está diante da situação da ausência ou da insuficiência de provas.

Este parece ser o vetor contemplado nas seguintes regras jurídicas:

a) o artigo 18 da Lei n. 4.717/65, que disciplina a ação popular, afirma que a

“sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”;

³² “A sentença desfavorável, na ação de mandado de segurança, declara, mas, se a decisão se fundou em que não havia certeza e liquidez, não há sentença sobre o mérito, mas sim sentença de inadmissibilidade da pretensão processual. O autor tinha a pretensão à tutela jurídica, exerceu-a, mas a pretensão processual não foi de admitir-se, porque são pressupostos da admissibilidade do remédio jurídico processual a certeza e a liquidez. Coisa julgada somente há quando a sentença desfavorável é sentença sobre o mérito da causa. A sentença desfavorável, na ação de mandado de segurança, pode produzir coisa julgada, e produzi-la quando o juiz ou tribunal decide que não há o direito, ou a pretensão, a ação ou a exceção de direito material” (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado das ações*. Tomo VI. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. p. 80). Verificar, ainda: Ivan Ordine Righi. Da coisa julgada em mandado de segurança. *Revista dos tribunais*. p. 21-6. v. 427; Celso Ribeiro Bastos. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 15-6; José da Silva Pacheco. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 239-40; Celso Agrícola Barbi. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Atualizada por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 184.

b) de modo idêntico, o artigo 16 da Lei n. 7.347/85, regulando a ação civil pública, afirma que a

“sentença civil fará coisa julgada ‘erga omnes’, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”;

c) igualmente, o artigo 103, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor assevera que, nas ações de que trata este Código, que versem sobre direitos difusos ou coletivos (art. 81, par. ún., incs. I e II, CDC), a sentença faz coisa julgada

“*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”

(*no caso dos direitos difusos*) ou “ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior” (*na hipótese dos direitos coletivos*).

Além dessas hipóteses expressas em lei, parece razoável estender o mesmo raciocínio ao mandado de segurança coletivo, porque, nesta ação, à semelhança das acima referidas, o escopo também é a tutela de direitos transindividuais³³.

³³ O artigo 5º, inc. LXX, da CF, apesar de não fazer menção expressa, não veda a utilização do mandado de segurança coletivo para a tutela dos direitos difusos, podendo-se sustentar que o constituinte se valeu de termo “coletivo”, como gênero abrangente das duas espécies: coletivo *strictu sensu* e difuso. Assim, sendo possível a violação de plano dos direitos difusos, cabível o mandado de segurança “coletivo”. Cfr. Lúcia Valle Figueiredo. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 29.

Nesses casos, o magistrado não fica submetido à rigidez da regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo), a qual implicaria considerar inexistentes os fatos incertos, uma vez que, com isso, a decisão estaria recoberta da autoridade da coisa julgada material, o que inviabilizaria o exercício posterior da mesma ação.

No entanto, nessas hipóteses, diferentemente das tratadas no tópico anterior, o procedimento não é limitado à discussão de causas de menor complexidade ou de baixa indagação probatória. Todas as provas são admitidas, sem restrição. A preocupação não é, pois, com a celeridade do procedimento, mas com as conseqüências decorrentes de uma ação coletiva mal proposta, já que, neste caso, por negligência ou falta de capacidade do legitimado ativo, uma questão relevante de direito transindividual se tornaria irretroatável, impossibilitando a sua discussão posterior.

Essa preocupação, aliás, é bastante pertinente no Direito brasileiro, onde, ao contrário do norte-americano, não há um controle judicial da representação adequada para o ajuizamento das class actions, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas³⁴. Por exemplo, para o ajuizamento da ação civil pública, são legitimados ativos o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, além de autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou por associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção do bem jurídico (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico etc) sobre o qual recai a demanda (art. 5º, da Lei 7.347/85). Por conseguinte, quaisquer destes

³⁴ Cfr. Ada Pellegrini Grinover [et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 577-8.

sujeitos têm legitimidade ativa para a propositura da ação, não se exigindo que somente os mais qualificados tecnicamente proponham a demanda, correndo-se o risco da ação ser ajuizada por quem não consiga, pelas mais diversas razões (v.g., complexidade da matéria, falta de recursos necessários etc), reunir provas suficientes e adequadas para a discussão da pretensão de natureza coletiva ou difusa.

Para evitar esses problemas, que poderiam trazer conseqüências negativas à tutela dos direitos transindividuais, o Direito Brasileiro criou a figura da coisa julgada secundum eventum litis. Isso significa que, dependendo do resultado do processo, diferente pode ser a implicação da coisa julgada material. Assim, pelo menos dois caminhos se abrem: i) sendo as provas suficientes e adequadas à elucidação das questões de mérito, a decisão, mesmo a que rejeita a pretensão, produz coisa julgada material, não se admitindo a propositura de ação posterior, para rediscutir a matéria; ii) não havendo provas suficientes e adequadas para a compreensão da *res in iudicium deducta*, a decisão, malgrado possa ser considerada de mérito (já que apta, pelo menos sob os aspectos formais, ao julgamento da pretensão), não se reveste da autoridade da coisa julgada material, porque não convém politicamente emitir um juízo fictício de certeza, fundado no rigoroso mecanismo do ônus da prova (objetivo) como regra de julgamento, o que teria como resultado a produção da coisa julgada material, inviabilizadora do ajuizamento de nova ação, com idêntico fundamento, mas com novas e melhores provas³⁵.

³⁵ Outro aspecto relevante, embora não pertinente à delimitação temática deste texto (que procura, apenas, relacionar a coisa julgada com as técnicas de cognição *secundum eventum probationis*), quanto à relativização da coisa julgada material, diz respeito às ações transindividuais que, apesar de terem sido julgadas com base em provas suficientes, percebe-se, posteriormente, que foram fundadas em provas falsas. Por exemplo, quando se verifica, posteriormente ao trânsito em julgado, que, em ação civil pública, a sentença – que declarou inócuas as emanações gasosas liberadas, por indústria, na atmosfera – foi baseada em perícia fraudulentamente realizada, a qual teria afirmado que determinado

Com efeito, para esta última hipótese, tem-se o paradoxo de uma sentença de mérito, mas sem a autoridade da coisa julgada material. A solução é, portanto, diferente da embutida no artigo 16 da Lei 1.533/51, o qual prevê que o juiz, não podendo examinar a certeza ou a liquidez do direito material pleiteado, por não estar demonstrado de plano, profere sentença de inadmissibilidade da “pretensão” processual, o que permite ao impetrante a renovação do pedido, por não ter a decisão denegatória apreciado o mérito. Na situação da tutela dos direitos transindividuais, a lei não delimita o exercício da demanda à existência de direito líquido e certo, não prevendo nenhum óbice formal ao exame do mérito³⁶.

resíduo não era poluente. Questiona-se, então, se prevalece à coisa julgada material, decorrente de cognição fraudada, ou se possibilita o reexame da questão, mesmo após o transcurso do prazo para o ajuizamento da ação rescisória (pela repropositura da mesma ação), relativizando a imutabilidade decorrente daquele instituto processual. Certamente, como o art. 225 da CF assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não é razoável supor que a coisa julgada, não obstante seja uma garantia constitucional, deva ser vista como um valor absoluto que não possa vir a ser flexibilizada diante da tutela de outros bens jurídicos igualmente contemplados na Constituição, já que a consequência disto seria a destruição do *habitat* do ser humano. Nesse sentido, cf. Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 450-2.

³⁶ Em outras palavras, entendemos que o conceito de direito líquido e certo tem *natureza processual*; havendo dúvidas sobre a comprovação dos fatos, por não ser suficiente à prova documental para esclarecê-los, o mandado de segurança não deve ser conhecido, por ser o instrumento processual inadequado à compreensão dos fatos jurídicos cuja tutela busca ser reconhecida pelo Judiciário. Correta, pois, a lição de Celso Ribeiro Bastos, que ensina que “direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Conseqüentemente, direito líquido e certo é *conditio sine qua non* do conhecimento do mandado de segurança, mas não é *conditio per quam* para a concessão da providência judicial. Nessa mesma linha de raciocínio, contudo, demonstrados os fatos, não pode o juiz abster-se de apreciar o mérito do pedido, sob o pretexto de envolver este ‘intrincada questão de direito’, ainda que a pretensão do impetrante não esteja albergada por texto expresso de lei, tornando, destarte, necessário valer-se das demais fontes admissíveis de direito. Não poderá igualmente furtar-se ao conhecimento da medida sob a alegação de que a suposta violência ao direito não afrontou a lei, mas, sim, a Constituição. Conhecida a segurança, a decisão nela proferida faz coisa julgada, se concessiva. A denegatória fá-lo-á, na medida em que se tenha dado plena cognição do mérito, antecedida de cabal convencimento do juiz quanto aos fatos” (*Do mandado de segurança*. p. 15-6). Verificar, ainda: Ada Pellegrini Grinover. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de direito público*, jan.-mar./90. p. 22. v. 93; Alfredo Buzaid. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 48.

Entretanto, ambas as situações acabam por se aproximar, gerando a consequência prática comum da admissibilidade da rediscussão da mesma questão em ação a ser posteriormente ajuizada (contudo, quanto às ações transindividuais, admite-se a propositura de ação idêntica, predispondo-se o autor a produzir novas e melhores provas, ao passo que, em relação à questão discutida no mandado de segurança, será necessário o ajuizamento de ação ordinária, quando o exame do mérito demandar outras provas, além das documentais).

Percebe-se, pois, que, para além da ginástica com os conceitos jurídicos, o fundamento político é semelhante, qual seja: - tutelar diferenciadamente os direitos transindividuais e aqueles que concernem às liberdades públicas dos cidadãos. Aliás, em termos de efetivação da tutela, essa engenharia jurídica é bastante adequada à proteção de direitos não patrimoniais, não devendo causar surpresas, ao menos, àqueles que se pretendem a evolução e o aperfeiçoamento do Direito, dedicando-se a repensar os clássicos conceitos, os quais foram engendrados para um direito processual civil que se destinava a ser mero apêndice de um direito civil, elaborado no século dezoito, para tutelar, quase que exclusivamente, as relações individuais e patrimoniais³⁷.

4. Outros questionamentos e a análise da situação peculiar da admissibilidade da repetição da ação de investigação ou de negativa de paternidade em face da realização posterior do exame do DNA

³⁷ A propósito, bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni: “A reformulação das categorias do processo é uma decorrência natural da evolução do tempo e de realidades que não mais se adaptam às conceituações pretéritas. Mais do que isso, o surgimento de novos conceitos é uma necessidade que advém da alteração dos valores e, portanto, da sensibilidade do doutrinador; a remodelação dos conceitos, em outras palavras, também é fruto da mudança dos valores que inspiram as criações teóricas” (*Tutela inibitória*. p. 14).

Um dos grandes dilemas do Direito é conciliar a justiça com a segurança, por se tratarem de dois valores fundamentais ao sistema jurídico³⁸.

O ideal é que esses dois valores merecessem igual proteção, o que não raro acontece, embora haja situações limites em que um deles acaba se sobrepondo ao outro.

O escopo fundamental da coisa julgada é dar *estabilidade* às relações jurídicas, impedindo que as questões sejam permanentemente discutidas, já que isso inviabilizaria a noção (ainda que aproximada) da *medida dos direitos*, gerando a instabilidade social, além de impossibilitar a harmonização dos interesses e a pacificação das controvérsias.

O direito processual prevê um conjunto de garantias e direitos, sintetizado na fórmula do *devido processo legal*, com o objetivo de possibilitar a ampla discussão da causa entre os sujeitos da relação jurídica processual, para que, ao término do processo, a decisão seja a mais adequada possível à realidade dos fatos controvertidos e as questões de direito envolvidas, atribuindo a tutela jurisdicional ao litigante que, em face da sua argumentação, consegue melhor convencer os órgãos julgadores de que tem razão.

Após todo um *iter* procedimental, que prevê mecanismos de controle e revisão dos julgados, o comando da decisão, sobre o mérito, está apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. No direito processual civil, depois da decisão definitiva passar em julgado, somente em hipóteses excepcionalíssimas, submetidas ao rigoroso regime da ação rescisória

³⁸ Robert Alexy, valendo-se do pensamento de Gustav Radbruch, explicou bem a dimensão dessa necessária ponderação de valores: “Nel valutare l’acceptabilità di um déficit minimo di certezza del diritto occorre tener conto del fatto che la certezza è sicuramente un valore supremo, ma non l’único. Il valore della certezza del diritto deve essere ponderato insieme a quello della giustizia materiale” (*Concetto e validità del diritto*. Trad. de Fabio Fiore. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997. p. 53).

(que inclui hipóteses taxativas de cabimento, o prazo decadencial de dois anos etc), ou ainda em situações bastante específicas (art. 463/CPC) o sistema admite reexaminar a justiça da decisão.

Esse método de abordagem dá margem a uma questão crucial: deve a decisão, quando injusta, ser mantida a qualquer preço? Em outros termos: descoberto um documento novo, após o prazo decadencial de dois anos (art. 495/CPC), seria conveniente relativizar a autoridade da coisa julgada material?

Subjacente ao problema da possibilidade jurídica desse questionamento, há uma motivação política, a qual gera outra indagação: a sentença injusta é capaz de gerar a segurança pretendida pela coisa julgada?

O problema da injustiça da decisão, petrificada pela coisa julgada (material), não passou despercebido a Eduardo J. Couture, o qual lembra os ensinamentos extraídos do julgamento de Sócrates:

“E quando la cosa giudicata è erronea, e va contro la legge? Prevale la cosa giudicata. Qui incomincia il discorso finale, ed immortale, di Socrate: ‘Credi che possa persistere, senza rovinarsi, quella città, nella quale le decisioni giudiziali nulla possono, e nella quale i singoli possono rifiutargli obbidienza?’”³⁹.

³⁹ Cfr. La tutela giuridica. Alcune proposizioni fondamentali di diritto processuale civile. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. p. 164. v. I. Entretanto, outra – e mais convincente – pode ser a explicação dada à morte de Sócrates. O filósofo grego era um questionador das idéias, valores, práticas e comportamentos que os atenienses consideravam certos e verdadeiros. Fazia o povo pensar, demonstrando que aquilo que parecia evidente nem sempre era indubitável. Por defender que não se devem aceitar todas as coisas como são, ou melhor, como nos dizem e nos fazem acreditar que são, passou a ser uma ameaça aos poderosos de Atenas, pois tinham medo que o povo pensasse, o que tornaria mais difícil a sua manutenção no poder. Por isso, acusaram-no de desrespeitar os Deuses, corromper os jovens e violar as leis. Levado à Assembléia, Sócrates não se defendeu, tendo sido condenado à morte, pela ingestão de veneno (cicuta). Perguntado sobre o porquê não se defendeu, teria respondido: “se eu me

Aqui, seria possível concluir, argumentando que hipóteses como essas são excepcionais e que esse sistema processual, ainda que contemple injustiças, tem mais virtudes que defeitos.

Porém, é necessário lançar outros questionamentos, sobretudo para evitar comodismos intelectuais e, com isso, quem sabe, extrair da análise das exceções uma boa crítica às regras, buscando exegeses e aplicações mais eficazes. Novamente, esse esforço é impulsionado pela tentativa de ver o processo civil não apenas pelo seu viés patrimonial e individualista, adequando os conceitos clássicos às novas discussões impostas pelo reconhecimento de outros direitos (como os da personalidade e do meio ambiente), cuja tutela adequada não se contenta com a mera conversão da obrigação em perdas e danos.

Tome-se, como ponto de partida, o exemplo do direito e do processo penal, cuja proteção, em relação ao direito e ao processo civil, muitas vezes, está mais próxima da pessoa humana (i.e., com a sua liberdade, intimidade, privacidade etc). O regime jurídico dispensado à coisa julgada penal é um tanto menos formal, porque se admite a revisão dos processos, a qualquer tempo, desde que, após a sentença, sejam descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena (art. 621, inc. III, e 622, CPP)⁴⁰.

defender, estarei aceitando as acusações, e eu não as aceito. Se eu me defender, o que os juízes vão exigir de mim? Que eu pare de filosofar. Mas eu prefiro a morte a ter que renunciar à Filosofia". Cf. Marilena Chauí. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 38.

⁴⁰ Sobre a flexibilidade da coisa julgada penal, em face da injustiça da decisão, observou José Frederico Marques: "Se o status libertatis é fundamental para a pessoa humana, constituiria atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, na realização da Justiça, a ponto de sacrificar-se um bem jurídico, tão relevante, como a liberdade. Tal sacrifício, se alicerçado em sentença injusta, seria ilícito e antijurídico" (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 84. v. III).

Sabendo-se que, no processo civil, também se discute valores tão ou mais caros à pessoa humana e à sociedade que no processo penal, nas situações em que isso se coloca, não existe razão para um tratamento diferenciado no que concerne a autoridade da coisa julgada.

Uma situação vem à tona: passado mais de dois anos do trânsito em julgado de um sentença proferida em ação de investigação de paternidade, fundada em provas testemunhais e em presunções, que afirma o vínculo de parentesco, determinada pessoa, que, na época não dispunha de recursos para a realização do exame do DNA (o qual também não era fornecido pelo Estado), se propõe a ajuizar ação de negativa de paternidade e a fazer o teste, com o intuito de dirimir a incerteza gerada pelo julgado. Certamente que outras nuances poderiam ser sugeridas, tal como a indignação do suposto filho, diante de sentença denegatória, ou a pretensão dos demais herdeiros em buscar a revisão do julgamento que foram parte e que lhes é desfavorável. Em síntese, o problema se resume à possibilidade de relativização da coisa julgada material, em face da obtenção de nova e melhor prova (o exame do DNA), que não foi utilizado no processo anterior, sem desídia da parte, passado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória⁴¹.

⁴¹ Caso a mesma questão fosse colocada, dentro do prazo de dois anos para o ajuizamento da rescisória, a solução poderia ser buscada no inciso VI do artigo 485 do CPC, o qual admite o cabimento desta ação, se fundada em documento novo, cuja existência a parte ignorava ou não pôde fazer uso, já que capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável. Esse entendimento, para fins de possibilitar a rediscussão da causa (e, com isso, dar tutela diferenciada aos direitos da personalidade), todavia, teria que contemplar uma noção mais flexível de *documento novo* que aquela consagrada por José Carlos Barbosa Moreira, em sua excelente obra sobre a matéria, onde escreve: “Por ‘documento novo’ não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo ‘novo’ expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento, que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 122. v. V). A propósito do repensar dos conceitos clássicos, Cândido Rangel

Ora, sendo o *direito à identidade pessoal* um direito da personalidade, pois todas as pessoas têm direito de saber quem são os seus genitores para conhecer a sua história, o que traz inúmeras repercussões na ordem jurídica⁴², é razoável admitir a rediscussão da matéria em ação⁴³, com idênticos fundamentos, mas acompanhada do exame do DNA, o qual tem o condão de fornecer um juízo de certeza elevadíssimo e que não pôde ser alcançado com as outras provas, utilizadas para afirmar ou não o vínculo de parentesco, na decisão passada em julgado. Afinal, no que concerne à certeza deste vínculo, a verdadeira segurança jurídica é a que pode resultar de um juízo calcado na prova científica do DNA, cuja realização não pode ser vedada em face de uma decisão que, embora tenha transitado em julgado, não reflete a realidade, vindo a negar os direitos que decorrem do laço biológico⁴⁴.

Dinamarco advoga o redimensionamento da ação rescisória e de seus limites, para que sirva de remédio a permitir a relativização da coisa julgada, na hipótese de se reconhecer a sua inconstitucionalidade. Cf. *Relativizar a coisa julgada material*. p. 40-1

⁴² Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, também ancorada no parecer do sub-procurador da República, Osmar Brina, em parecer proferido no REsp. n. 4.987-RJ (pub. na RSTJ, p. 382. v. 26), “a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos. Conhecer as próprias origens. Origens que são não apenas genéticas mas também culturais e sociais. O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais ou prever e evitar doenças hereditárias mas, responsabilmente, estabelecer descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias. A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. Com efeito, a propósito, já foi dito que ‘saber a verdade sobre a sua própria paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar’” (Recusa à realização do exame do DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Coord. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 187-8).

⁴³ Convém salientar que a ação de investigação de paternidade, pela Súmula 149 do STF, é imprescritível.

⁴⁴ Rolf Madaleno, argumentando que essa questão é tão importante quanto a revisão da liberdade, permitida pelo direito processual penal, bem conclui pela relativização da coisa julgada no processo civil, quando se está diante da prova pericial do DNA: “Não há o menor sentido prático em seguir negando a real identidade civil da pessoa humana pelo

Não obstante a questão seja controvertida, há precedentes jurisprudenciais que acolhem essa tese⁴⁵, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, merecendo destaque a posição tomada pela 4ª Turma deste Tribunal, no Recurso Especial n. 226.436-PR (j. em 28.6.2001), relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que é o *leading case* na matéria, o qual recebeu a seguinte ementa:

manto absoluto da coisa julgada, quando a ciência é capaz de fornecer métodos seguros para verificar a existência do liame biológico de filiação e resgatar os vínculos que foram juridicamente decretados pelos meios probatórios tradicionais. Beira à crônica incoerência resguardar a revisão da liberdade e externar repulsa ao reexame científico da parentalidade biológica, sob o argumento político da paz social a ser imposto justamente, entre protagonistas que por falta de segura prova pericial nunca alcançaram a paz interior” (A coisa julgada na investigação de paternidade. In: *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 301).

⁴⁵ Vale mencionar, à guisa de exemplos: “Civil e processo civil. Família. Investigação de paternidade. Coisa julgada. Registro público. 1. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infundáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. 2. A “coisa julgada” não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais” (TJ/DF – Ap. Cív. 4.640.097-DF – 1ª Turma Cível – rel. Valter Xavier – Ac. n. 103.959 – unân. – j. 9.2.1.998 – pub. DJ/DF, 23.4.1.998, p. 58). No mesmo sentido: “Processo civil. Coisa julgada. Ação de Estado. Investigatória de paternidade. 1. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é o seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real. 2. A lei não pode tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral. O processo não merece ser resumido a apenas um formalismo, sem qualquer compromisso com a substância das coisas” (TJ/DF - AI n. 19.980.020.024.464- DF – 1ª Turma Cível – rel. Valter Xavier – Ac. n. 115.354 – maioria - j. 12.4.1.999 – pub. DJDF, 30.6.1.999, p. 33). Em sentido contrário, verificar: TJ/DF – Ap. Cív. 3.064.293-DF – 2ª Turma Cível – rel. Getúlio de Moraes Filho – Ac. n. 70.885 – unân. – j. 11.4.1.994 – pub. DJ/DF, 22.6.1.994, p. 7.127; TJ/SP – Ap. Cív. N. 48.389-4 – 2ª Câmara de Férias de Direito Privado – rel. Cezar Peluso – j. 2.9.1.997; TJ/SP – Ap. Cív. 146.421-4 – 1ª Câmara de Direito Privado – rel. Ebertta Filho – j. 23.05.00.

“Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficiente para caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia de investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade. IV – Este Tribunal

tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum”⁴⁶.

Este julgado precisa ser salientado porque é um excelente exemplo da força criativa da jurisprudência⁴⁷. Demonstra que o Judiciário está aberto à revisão crítica dos instrumentos processuais, recusando a posição conformista do positivismo jurídico, para estar em consonância com a permanente evolução social e científica, a que o Direito não pode estar alheio⁴⁸. Ao abrir mão de formalismos injustificados e aproximar-se corajosamente de teses revisionistas e emancipatórias, consagradas na

⁴⁶ Porém, esse posicionamento não é pacífico no STJ, tendo a 3ª Turma (REsp. N. 107.248-GO – rel. Min. Carlos Alberto de Menezes Direito – j. 7.5.1.998 – pub. *RSTJ*, vol. 113, p. 217-220), julgado de modo diverso, em acórdão assim ementado: “Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido”.

⁴⁷ Sobre o assunto, cfr. Piero Calamandrei. *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*. In: *Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1957. p. 109. v. VI.

⁴⁸ Na fundamentação do REsp. n. 226.436-PR, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira lembra dois outros precedentes importantes do STJ, nessa linha de pensamento, sendo o primeiro deles também por ele relatado: i) “I – Na fase atual do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II – Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III – O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana” (REsp. N. 4.987-RJ – 4ª T. – j. 28.10.91 – pub. *RSTJ*, p. 378. v. 26); ii) “as normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como

melhor doutrina⁴⁹, em prol da realização da justiça da decisão, mantém-se como um verdadeiro e legítimo *canal de comunicação* com as expectativas e esperanças da sociedade⁵⁰.

Na hipótese, ao se dar oportunidade para se realizar a prova científica do DNA, substitui a verdade fictícia pela real, acabando por assentar que a identificação da paternidade biológica constitui um interesse público e essencial ao ser humano, não existindo tranqüilidade social fundada na imutabilidade da coisa julgada derivada de uma decisão baseada em provas frágeis e incapazes de atestar a verdadeira existência do vínculo de parentesco.

Por outro lado, não se pode perder a exata dimensão do problema, porque a relativização da autoridade da coisa julgada material deve ser *excepcionalíssima*, na medida em que, se a exceção virasse regra,

válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos” (REsp. n. 194.866-RJ – 3º T. – rel. Min. Eduardo Ribeiro – pub. DJ, 14.6.1999).

⁴⁹ O diálogo entre a doutrina e a jurisprudência é indispensável para o aperfeiçoamento do Direito, pois permite que os doutrinadores considerem as implicações que suas teorias têm naquilo que os juízes fazem (ou, pelo menos, deveriam fazer) e, ao contrário, possibilita que os magistrados se conscientizem das opções de princípio, a que suas decisões estão condicionadas, e as conseqüências que podem ter na prática cotidiana. Cf. Michele Taruffo. Il giudice e la “rule of law”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999. p. 943.

⁵⁰ “O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos, sendo humanamente impossível pensar no exercício da jurisdição imune de erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios para corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer. O juiz que racionalmente negar a autoridade da coisa julgada em um caso saberá que, se estiver errado, haverá tribunais com poder suficiente para reformar-lhe à decisão. Deixe a vaidade de lado e não tema o erro, sempre que estiver convencido da injustiça, da fraude ou da inconstitucionalidade de uma sentença aparentemente acobertada pela coisa julgada” (Cândido Rangel Dinamarco. *Relativizar a coisa julgada material*. p. 38).

milhares de ações seriam repropostas, instaurando o caos na já tão sobrecarregada justiça brasileira, a qual, além de não dar conta de mais esse pesado fardo, cairia no descrédito da população e, o que é pior, a segurança jurídica, conquistada a duras penas, no primeiro processo, seria apenas o prenúncio de um novo sofrimento. A *banalização* da coisa julgada traz a terrível conseqüência do enfraquecimento do Judiciário e da inviabilização do processo, que, apesar de todos os seus problemas, ainda é um dos instrumentos mais eficazes à promoção da democracia e à realização da justiça.

Ademais, a criação de um sistema que se pretendesse perfeito é utópico, pois, não sendo a ciência jurídica exata como a física ou a matemática, por melhor que fossem as técnicas processuais, estaríamos sempre esbarrando com as limitações próprias dos juízes, que, sendo meros seres humanos investidos da função de *dizer a palavra final*, não são infalíveis⁵¹.

Conclusão

O fio condutor da análise aqui desenvolvida buscou sustentar que há direitos, como aqueles que versam sobre as liberdades públicas, interesses transindividuais e da personalidade, que merecem um *tratamento processual diferenciado*. Por essa razão, asseverou a necessidade de se repensar os conceitos clássicos, perquirindo se a coisa julgada, tal como prevista no CPC, atende adequadamente a tutela desses direitos.

Ademais, as premissas desse raciocínio se inserem na contextualização sistemática, racional e equilibrada dos valores, princípios

⁵¹ Cf. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Jurisdição, psicanálise e o mundo liberal. In: *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996. p. 71.

e regras jurídicas. A garantia da coisa julgada material, ao contrário do que poderia ser encontrado em ensinamentos mais apegados ao fetichismo das formas, não é absoluta, não fazendo o preto virar branco nem o quadrado redondo. Por isso, deve ser examinada à luz de outros direitos e garantias igualmente acolhidos pela Constituição, tendo-se a preocupação finalística de se verificar os resultados que este instituto provoca, mesmo se às custas de não promover a justiça nem, tampouco, ser a tradução da segurança jurídica pretendida pelo Direito.

Os avanços já existentes na legislação processual civil extravagante (como na Lei do Mandado de Segurança, na Lei da Ação Popular, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor), bem como a jurisprudência que vem se formando em torno da admissibilidade da repositura da ação de investigação de paternidade, com base no exame do DNA, que não pôde – sem desídia das partes (v.g., inexistência do teste ou extrema dificuldade em realizá-lo⁵², à época do julgamento primeira demanda) – ser realizado anteriormente, demonstram haver uma nítida tendência de construção de novas balizas para a coisa julgada, em face da cognição secundum eventum probationis.

Contudo, é o momento de se pensar quais devam ser os novos contornos dessa coisa julgada, para que haja uma melhor harmonização

⁵² A procura, pela população, por exames de DNA e a sua realização é cada vez maior, porque a técnica passou a ser conhecida por um número maior de laboratórios, o que tem diminuído seus custos. No Paraná, segundo dados da Promotoria de Investigação de Paternidade, fornecidos ao jornal *Gazeta do Povo* (de 24.8.2001, 1º Caderno, p. 3), foram atendidas, no ano de 2000, 4.500 pessoas interessadas na realização dos testes de DNA e, até agosto de 2001, este número já era de 2.424. O exame leva um mês para ficar pronto e pode ser obtido por R\$ 600,00 (seiscentos reais), parcelados em seis vezes. Porém, neste Estado da federação, o sistema judiciário ainda não o disponibiliza aos beneficiários da assistência judiciária gratuita, o que tem sido um óbice ao acesso à justiça. No entanto, a Promotoria de Investigação de Paternidade, o Conselho Estadual da Criança e Adolescente e o Instituto de Criminalística estudam formas para que o exame venha a ser gratuito àqueles que não podem arcar com as despesas.

dos valores da segurança jurídica e da justiça da decisão⁵³. São esses *pontos de equilíbrio* que permitem a construção de técnicas de cognição mais efetivas à tutela dos novos direitos, voltados sobretudo à proteção de interesses extrapatrimoniais, sem desconsiderar a imperiosa necessidade de se dar estabilidade às relações jurídicas.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Concetto e validità del diritto*. Tradução de Fabio Fiore. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. atual. por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978.

BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, 1928

_____. La funzione della giurisprudenza nel tempo presente. In: *Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1957. v. VI.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. Prove civile e prova penale. *Rivista di diritto processuale civile*, 1925.

_____. Lite e funzione processuale (postilla). *Rivista di Diritto processuale civile*, 1928.

⁵³ A pretensão deste texto não foi exaurir a matéria, mas analisá-la, tão-somente, sob o aspecto da técnica de cognição adequada. Para um exame mais sistemático e completo, cf. Cândido Rangel Dinamarco. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 22.

_____. Lite e processo (postilla). *Rivista di diritto processuale civile*, 1928.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. I.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo liberal. In: *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

COUTURE, Eduardo J.. La tutela giuridica. Alcune proposizione fondamentali di diritto processuale civile. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. I.

_____. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. II.

_____. Relativizar a coisa julgada material. Conferência proferida, em 6.8.2.001, nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil (Fortaleza-CE), organizadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Texto inédito.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

FIGUEIRA JR., Joel Dias Figueira. *Da competência nos juizados especiais cíveis*. São Paulo: RT, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São

Paulo: Saraiva, 2000. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de direito público*, v. 93. jan.-mar./90.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. V, Tomo I.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *A antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. III.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. Atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Atual.

por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo VI.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame do DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Coord. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. V.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

RIGHI, Ivan Ordine. Da coisa julgada em mandado de segurança. *Revista dos tribunais*, v. 427.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Juizados Especiais cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O processo civil e sua recente reforma. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 7.

TARUFFO, Michele. Il giudice e la “rule of law”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.