



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CAIO ALVES TAVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE PROBATÓRIA E JUSTIÇA
SOCIAL COMO FUNDAMENTOS DE REEXAME**

Salvador

2018

CAIO ALVES TAVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE PROBATÓRIA E JUSTIÇA
SOCIAL COMO FUNDAMENTOS DE REEXAME**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Pós Graduação em Direito Previdenciário da Faculdade Baiana de Direito, em cumprimento as exigências para obtenção do título de Pós Graduado em Direito Previdenciário.

Salvador

2018

CAIO ALVES TAVEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
PREVIDENCIÁRIA: ANÁLISE PROBATÓRIA E JUSTIÇA
SOCIAL COMO FUNDAMENTOS DE REEXAME**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Pós Graduação em Direito Previdenciário da Faculdade Baiana de Direito, em cumprimento as exigências para obtenção do título de Pós Graduado em Direito Previdenciário.

Orientador :

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha família pelo empenho e cuidados em proporcionar-me tranquilidade para realizar meus objetivos como a conclusão de mais uma etapa de estudos para realização de meus propósitos pessoais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jesus pelo dom da vida e meus pais por compartilharem de momentos importantes em minha formação.

Agradeço aos familiares irmãos, amigos e colegas que compartilharam também de minha vida e de meus estudos, dando palavras de incentivo.

Agradeço a todos que de maneira direta ou indireta contribuíram para isso.

RESUMO

O instituto da coisa julgada, como base fundamental do princípio da segurança jurídica, funciona como capa protetora para as decisões judiciais. No entanto, no âmbito do direito previdenciário esse instituto deve ser interpretado de forma diversa, em face do caráter peculiar das normas processuais previdenciárias que protegem os segurados, sobretudo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito subjetivo dos segurados ao acesso aos benefícios da previdência social brasileira. No presente trabalho, aborda-se o percurso histórico do fenômeno da relativização da coisa julgada no direito romano, europeu e na doutrina nacional. A partir dessas considerações, preparam-se os conceitos, as espécies e a natureza jurídica dos institutos processuais da sentença e da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, para o correto entendimento das proposições conclusivas. E finalmente, sem desconsiderar que a coisa julgada não pode ser relativizada sob qualquer justificativa, expõe-se os argumentos referentes à relativização da coisa julgada material previdenciária, para justificar o reexame de uma matéria anteriormente julgada improcedente por meio da análise dos princípios constitucionais que protegem os segurados, a utilização das provas positivas do processo originário que beneficiam o segurado no segundo processo como concretude do princípio fundamental da produção de provas lícitas e, por fim, na adoção da teoria da não preclusão do direito previdenciário, sobretudo, das provas.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Sentença. Coisa Julgada. Relativização.

Processo Originário. Preclusão.

ABSTRACT

The institute of *res judicata*, as the fundamental basis of the principle of legal security, serves as a protective cover for judicial decisions. However, within the scope of social security law, this institute must be interpreted in a different way, in view of the peculiar nature of the procedural social security rules that protect the insured, above all, the principles of the dignity of the human person and the subjective right of the insured to the benefits of Brazilian social security. In the present work, the historical course of the phenomenon of relativization of the thing judged in Roman, European and national doctrine is approached. From these considerations, the concepts, the species and the legal nature of the procedural institutes of the sentence and of the thing judged in the Brazilian legal system, are prepared for the correct understanding of the conclusive propositions. And finally, without disregarding that the thing judged can not be relativized under any justification, the arguments regarding the relativization of the thing judged social security material are presented, to justify the reexamination of a matter previously considered unfounded by means of the analysis of the constitutional principles that protect the insured, the use of positive evidence of the original process that benefits the insured in the second process as concreteness of the fundamental principle of the production of licit evidence, and finally, in adopting the theory of non-preclusion of social security law, especially evidence.

Keywords: Social Security Law. Verdict. Thing judged. Relativization. Original Process. Preclusion.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 DO PERCURSO HISTÓRICO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA..... | 11 |
| 2 DA SENTENÇA E DO INSTITUTO DA COISA JULGADA..... | 19 |
| 2.1 DA NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA..... | 19 |
| 2.2 DOS ELEMENTOS DA SENTENÇA..... | 20 |
| 2.2.1 Dos elementos formais da sentença..... | 21 |
| 2.2.2 Dos elementos essenciais da sentença..... | 22 |
| 2.3 DA NATUREZA JURIDICA DA COISA JULGADA..... | 23 |
| 2.4 DA COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL..... | 28 |
| 2.5 DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA..... | 29 |
| 2.6 DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA..... | 31 |
| 2.7 DA PRECLUSÃO MÁXIMA DO PROCESSO..... | 34 |
| 3 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PREVIDENCIÁRIA..... | 36 |
| 3.1 DOS VALORES CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O REEXAME DA COISA JULGADA PREVIDENCIÁRIA..... | 38 |
| 3.2 DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS PREVIDENCIÁRIAS COMO FUNDAMENTOS PARA O REEXAME DA COISA JULGADA MATERIAL..... | 40 |
| 3.2.1 Das provas negativas do processo originário..... | 43 |
| 3.2.2 Das provas positivas do processo originário..... | 45 |
| 3.3 DA EFICÁCIA NÃO PRECLUSIVA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO..... | 49 |
| 3.4 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: AS ÚLTIMAS PONDERAÇÕES..... | 53 |
| CONCLUSÃO..... | 57 |
| REFERÊNCIAS..... | 59 |

INTRODUÇÃO

Os nossos tribunais já se pronunciaram que a renovação da lide previdenciária pressupõe um novo requerimento administrativo e a apresentação de novas provas. Porém, na verificação da ocorrência da coisa julgada no segundo processo, é razoável excluir as provas positivas e negativas que instruíram o processo originário julgado improcedente? Ainda, diante do conflito entre a segurança jurídica – representada pela coisa julgada – e, o direito subjetivo ao acesso aos benefícios da previdência social – representado pela justiça social -, qual solução será mais justa e condizente com os direitos e garantias constitucionais ?

O fenômeno da relativização da coisa julgada não é um processo atual, pelo contrário, constata-se a sua origem no direito romano, seu aperfeiçoamento pela doutrina europeia e, por último, sua reprodução pela doutrina nacional. No capítulo inicial, trataremos de investigar as origens do fenômeno da relativização, bem como os primeiros casos de incidência do referido instrumento de reexame da coisa julgada.

No capítulo seguinte, estabeleceremos uma abordagem normativa sobre a natureza jurídica e os conceitos sobre os institutos da sentença e da coisa julgada na doutrina processual civil brasileira e, notadamente, pela doutrina europeia. É nesse momento que demonstra a evolução da processualística civil sobre as teorias que tentaram explicar a autoridade da coisa julgada, até as preposições preponderantes de Liebman (1981) e a teoria da qualidade dos efeitos da sentença.

Por derradeiro, verificam-se quais os fundamentos que podem justificar a relativização da coisa julgada previdenciária, com base nos princípios constitucionais que garantem os direitos fundamentais dos segurados, bem como a análise da instrução probatória do primeiro processo por meio das provas positivas ou negativas tendentes a beneficiar ou prejudicar os segurados na renovação da lide.

Assim, o processo previdenciário deve ser guiado por ideais que o aproximem da Carta Magna de 1988. É legítimo privar os segurados do mínimo existencial sobre a alegativa positivista de observância as formalidades processuais? Nesse intuito, o presente trabalho busca expor as causas que justificam uma leitura diferenciada da coisa julgada dentro do processo previdenciário, tomando por base uma análise histórica, doutrinária e jurisprudencial, contribuindo com a prática forense

previdenciária e com efetividade do acesso aos benefícios da previdência social brasileira.

Este estudo foi apresentado por uma análise bibliográfica de casos pertentes a temática com apresentação da jurisprudência.

1 DO PERCURSO HISTÓRICO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada é a qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional. Doutra forma, a relativização da *res judicata* é a possibilidade dada aos jurisdicionados de usar de meios processuais para o reexame de uma questão anteriormente decidida. Antes, faz-se necessário a análise do percurso histórico que rodeia a coisa julgada e o fenômeno da relativização.

E o ponto de partida será um direito romano, que embora no âmbito do processo a contribuição seja limitada, mas de grande importância (BARRETO, 2014). Primitivamente, a sentença e a coisa julgada eram tratadas de formas diferentes dos moldes que se encontram hodiernamente, tanto na perspectiva pragmática quanto na conceitual.

Originariamente, a tutela dos direitos nos primórdios de Roma era bem primitiva, uma vez que a aplicação da justiça não era institucionalizada pelo Estado, na qual prevalecia a chamada justiça privada, em que a reparação do dano era executada pelo próprio ofendido (NOBREGA, 1976).

Em Roma, havendo a violação de um direito específico, surge para o seu titular o direito subjetivo, Esse era o exercido pelas ações, uma vez que sempre andaram atrelados, ou seja, dos direitos sempre foram impulsionados pelas ações nos dizeres de Pinto (2003). A ação, para os romanos, correspondia um dos elementos essenciais do direito subjetivo. Para eles, para cada direito correspondia uma ação típica e específica. Para isso, afirma Alves (1978) “que em Roma, não se conheceu a *actio* (ação), mas, sim, as *actiones* (ações).

A doutrina romanista reconhece, sucessivamente, três etapas do direito processual civil, quais sejam: o da *legis actiones* ou ação da lei, o *per formulas* e o *extra ordinem* ou extraordinário (ALVES, 1978, p. 245). E para cada uma dessas etapas processuais, a sentença e a coisa julgada eram tratadas de forma diversa, decorrendo de um longo paulatino percurso evolutivo.

A etapa da *legis actiones* é caracterizada pela divisão do processo em duas partes, *in iure*, iniciava com o *jus actiones* (direito subjetivo do cidadão romano) e a *apud iudicem*, na qual o juiz comandava o processo, e uma vez convencido, proferia a sentença (PINTO, 2003, p. 347).

A apreciação do instituto da *res judicata* está na penúltima fase da trâmite

processual do sistema das ações da lei. Uma vez convencido, magistrado proferia a *sententia ou judicatum* e encerrava-se o feito, com a chamada *res judicata*. Esta era tida como verdade absoluta: *Res judicata pro veritate habetur* (ULPIANO apud PINTO, 2003). Assim, após a *res judicata*, não haveria mais nenhuma possibilidade da matéria ser novamente discutida ou inexistia qualquer recurso ou apelação a uma autoridade superior, em face da inalterabilidade e definitividade das sentenças (KASER, 1999).

Na etapa do *per formulas* ou formular, ocorreu um aperfeiçoamento do processo civil romano no que diz respeito à substituição da oralidade pelo processo escrito, menos formalista e com uma maior participação do juiz (POLETTI, 1996, p. 118). Assevera Barreto (2014) que nesta etapa, a coisa julgada em nada fora modificada, permanecendo com uma verdade inquebrantável, independentemente da aplicação da justiça ao caso em apreço.

Como nas ações da lei, na etapa processual formular inexistia a possibilidade da impetração de qualquer recurso contra a decisão do juiz (*arbiter* ou *judex*). Com a sentença que podia ser condenatória ou absolutória, extinguiu-se o feito, que passava a ser *res judicata* (MODESTO apud PINTO, 2003, p. 353).

Já Cretella Junior (1995) acredita que as sentenças e a *res judicata* não eram absolutas, que embora inexistisse recursos para o reexame das decisões, existiam meios excepcionais para combater a sentença. Ele aponta que para isso os romanos se utilizavam da *intercessio*, a *revocatio in duplum* e a *restitutio in integrum*.

Foi somente na etapa da *extra ordinem* ou processo extraordinário que, efetivamente a tese que considera a coisa julgada como uma verdade absoluta e inquebrantável começa a sofrer um profundo golpe. Pouco a pouco foi se institucionalizado a prática de recorrer das sentenças, por meio da apelação ou *appellatio* (PINTO, 2003).

Nessa perspectiva, houve uma mudança fundamental quando se trata de processo. Não há mais a ideia de absolutariedade da sentença, como era tratada nas ações da lei e no processo formular. Nesse sentido, surge um sistema recursal, onde inconformado com a sentença, admitia-se a possibilidade de haver um recurso à instância superior, podendo chegar até o próprio imperador.

Resumiu com muita propriedade, Kaser (1999, p. 468) ao descrever da seguinte forma:

A apelação apresenta-se ao tribunal de cuja decisão se recorre. Este dá ao apelante um parecer por escrito (*litterae dimissoriae, apóstoli*), que ele apresenta à instância superior. A apelação suspende a execução até decisão definitiva do litígio. O juiz da apelação pode proceder a um novo debate sobre o caso e tomar em consideração novas alegações das partes (mas não novas pretensões). A sentença da apelação pode ANULAR a sentença impugnada, tornando necessário um novo processo, ou SUBSTITUINDO a sentença por outra.

Embora esteja evidente toda a evolução do processo romano, com reflexos no instituto da *res judicata*, os romanos contribuíram apenas com a praticidade do processo, preocupando-se em resolver questões eminentemente práticas. Por essas razões, a doutrina entende que no período romano vigorou a teoria da presunção da verdade.

Nesse sentido, Barreto (2014, p. 16) escreveu que:

Chiovenda, analisando a evolução histórica da *res judicata*, prefere dizer que os romanos não se preocuparam em dizer a qualidade desta coisa julgada, buscando avocar questões meramente prática da estabilização das relações sociais. Seria este, somente, o fundamento político e social da coisa julgada: a necessidade de harmonia na sociedade, não importando a justiça ou injustiça que resumisse a sentença.

Para o direito romano, ensina Cretella Junior (1995, p. 441), “a *res judicata* encerra uma presunção de verdade (*pro veritate habetur*”). Por princípio, os juízes não erram, ficando acima de qualquer dúvida ou discussão o ponto resolvido”. Assim, os romanos não se preocupavam em saber se as sentenças eram justas ou injustas, mas apenas em estabilizar relações sociais postas em juízo.

Com isso, a questão da relativização não é um tema atual, como muitos propõem. Os romanistas já criaram institutos para, primitivamente, reexaminar as sentenças como, por exemplo, no instituto da *appellatio*, como propõe Pinto (2003) e com os institutos da *intercessio*, a *revocatio in duplum* e a *restitutio in integrum*, nos dizeres de Cretella Junio (1995).

A título de evolução do pensamento, merece destaque a concepção do processualista latino americano Eduardo Juan Couture sobre a relativização da coisa julgada. Segundo Leal (2007, p. 227) “é possível vislumbrar nos estudos que Couture desenvolveu sobre os limites subjetivos da coisa julgada um tratamento da possibilidade de revisão de sentenças transitadas em julgado.

Couture escreveu sobre a revogação dos atos processuais fraudulentos

quando já estavam acobertados pelo manto da coisa julgada material (GOES. 2008). Tomou por análise um processo originário de investigação de paternidade na qual a sentença inicial foi baseada na fraude de uma das partes, gerando, assim, um resultado diverso da realidade e sob a proteção da coisa julgada. Nessa perspectiva, Dinamarco (2001, p. 17-18) reproduz a sua tese:

Couture examinou o caso do fazendeiro tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para formar-se as responsabilidades de pai, induziu esta a constituir um procurador, pessoa da absoluta confiança dele, com poderes para promover à ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou vigorosamente todos os fatos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado, a consequência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluído não recorreu. Mais tarde, chegando à maternidade, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade quando então surgiu o problema da coisa julgada. O caso terminou em acordo, lamentando-se não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o importantíssimo tema.

A propósito do reexame de um processo originário fraudulento como expõe Couture, afirma Góes (2008, p. 170) que “logo, ele, próprio. Couture, não desconsiderou a coisa julgada. Apenas insinuou que, nos casos de colusão e fraude, deve meios processuais para se combater o ato processual viciado, ainda que já sob o manto da coisa julgada [...]”. E mais adiante, conclui o doutrinador latino americano dizendo que “a coisa julgada e, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica, não é de razão natural, mas sim de exigência prática” (CÂMARA, 2008, p. 6).

O português Paulo Otero, por sua vez, foi um dos precursores do relativismo da coisa julgada, pois introduziu as sementes para a chamada relativização da coisa julgada inconstitucional. Aduz o jurista que o princípio da constitucionalização deve ser observado por todas as esferas do Estado. Otero reconhece a importância da coisa julgada como segurança das relações sociais postas a juízo, mas ainda assim defende a relativização da coisa julgada, quando a decisão não guarda observância aos preceitos legais previstos na constituição.

Paulo Otero (1993 apud ALMEIDA; BRITO, 2010, p. 200 assim preleciona dizendo:

A ideia da defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constituem princípios fundamentadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como fator autônomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição.

Na doutrina nacional, o movimento relativista ganhou força a partir dos anos 2000. Teve como principais expositores os arcaouços teóricos do Ministro José Augusto Delgado, também adepto as Teorias de Paulo Otero. Humberto Theodoro Junior e os novos argumentos de Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros (GÓES, 2008).

O primeiro jurista a disseminar pelo Brasil a relativização da coisa julgada, no que tange a inconstitucionalidade das sentenças, foi o Ministro José Augusto Delgado, nas quais as teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas com os demais princípios regidos pela Constituição, não podendo a coisa julgada ser instrumento de injustiças. (GÓES, 2008).

No interior de REsp 240.712/AS (BRASIL, 2000), onde José Delgado expôs suas ideias, O Estado de São Paulo requereu anulação da sentença de uma ação desapropriatória, na qual alegou que o ato era juridicamente impossível, pois a Fazenda Estadual tinha o domínio da extensão e que as quantias pagas fossem devolvidas.

Os recorridos, por sua vez, pediram o acolhimento dos efeitos da coisa julgada na ação desapropriatória, sob a justificativa da necessidade de segurança jurídica. No precedente, o Ministro Delgado (BRASIL, 2000, p. 8-9) assim fundamentou seu voto:

Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer o caráter absoluto da coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. [...] proteger essa situação processual, com suspensão do pagamento das parcelas assumidas pelo Estado de São Paulo, até a decisão definitiva da querela, é missão que se impõe ao poder judiciário, em benefícios dos princípios da segurança jurídica, da moralidade, da proteção das partes e da real missão de justiça”.

Sob esse argumento, a tendente ideia de afastar a absolutariedade da coisa julgada material ganhou força, como pressuposto a invocação de outros princípios constitucionais levados à discussão. As preposições de José Delgado é deveras importante a ponto de chegar a dizer que “as sentenças que ofendem a constituição nunca terão força de coisa julgada”, podendo, a qualquer tempo ser desconstituídas “no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à constituição e da entrega a justiça” (DELGADO apud CÂMARA, 2008, p.24).

Theodoro Jr e Juliana Faria, foram outros dois destaques de renome nacional, que adeptos as teorias da coisa julgada inconstitucional, influenciaram a decisão do Ministro José Delgado, sobretudo, os ideais do primeiro. Asseveram que houve um processo de concretização do mito da impermeabilidade das decisões judiciais, mesmo que esta agasalhe inconstitucionalidade ou ultrapasse o prazo para as impugnações (THEODORO JR E FARIA, 2008).

Nessa ideia, a coisa julgada passaria a prevalecer sobre os demais preceitos constitucionais, uma vez que ao considerar o princípio da intangibilidade da coisa julgada como instituto de caráter indiscutivelmente absoluto, por muito tempo. No entanto, buscando as essências no constitucionalismo de Paulo Otero, esclarece Theodoro Jr e Faria (THEODORO JR E FARIA, 2008, p. 182) que:

Contudo, não se pode olvidar que, segundo bem lembra Paulo Otero, “como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponde de violar a Constituição”.

Assim conclui Theodoro Jr e Faria (2008, p.184) “nesse cenário, torna-se imprescindível repensar-se o controle dos atos do Poder Público em particular da coisa julgada inconstitucional, na busca de soluções que permitam conciliar os ideais de segurança e os anseios de justiça”. (grifo dos autores). Assinalam ainda que “a coisa julgada não pode suplantar a lei, em teme de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-lo em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria constituição” (THEODORO JÚNIOR; FARIA apud CÂMARA, 2008, p.28).

Na doutrina brasileira merece destaque a de Cândido Rangel Dinamarco, pois usando as técnicas de hermenêutica constitucional, não reconhece a absolutariedade da coisa julgada nem sua sobreposição frente aos demais

princípios, chegando a afirmar que:

Proponho a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que “nenhum princípio constitui um objeto em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa) (DINAMARCO, 2001, p.9)

Dinamarco (2001, p.9) aduz que “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”. Assim propõe que a coisa julgada não venha apenas estabilizar as decisões judiciais, mas também apresentar resultados justos desde que em conformidade com as outras normas de caráter constitucional, gerando um equilíbrio entre os valores em litígio.

Já Nelson Nery Junior tem outra opinião a respeito da relativização da coisa julgada material, pois busca fundamentos políticos para basear suas ideias, nos dando, por sua vez, subsídios, para argumentar como era tratada a coisa julgada no Estado Alemão Nazista.

Para Nery Junior (NERY JR, 2008) não podem buscar nos valores da democracia e no Estado Democrático de Direito os fundamentos para a relativização da coisa julgada, pois a primeira em nada tem a ver com a segunda, na medida em que essa prática e instrumento dos totalitaristas, sejam elas de esquerda sejam de direita. Assim, afirma que “desconsiderar a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º caput)”. (NERY JR, 2008, p. 296).

A ditadura totalitária do nacional socialismo alemão, desta feita, ousou em criar um novo caso que justificasse o enfrentamento das sentenças de mérito já transitadas em julgado e com incidência da coisa julgada material, fundamentando-se na injustiça das sentenças. Seguindo essa linha, ensina Hans Popp (1986 apud NERY JR, 2008, p. 295-296) que:

Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao parquet para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão (art. 2º da Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen [StAMG] – RGBI I, p. 383). Se o Ministério Público alemão entendesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (Wieder aufnahme des Verfahrens)

para que isso fosse reconhecido.

Com isso, embora o Estado Alemão Nazista fosse essencialmente totalitarista, não fundada no Estado Democrático de Direito, os nazistas não ousaram em desconsiderar a coisa julgada, o que fizeram foi criar uma hipótese na qual a coisa julgada poderia ser revista, em face da constatação de alguma injustiça, nos dizeres de Nery Junior (2008).

Diante disso, podemos perceber que a relativização da coisa julgada *lato senso* é um processo evolutivo inesgotável. Desde o direito romano até a doutrina nacional, observamos que foram utilizados diversos fundamentos de ordem processual e constitucional para dar ensejo a relativização da coisa julgada. Embora haja o posicionamento dos autos supracitados, não houve o esgotamento de todas as vertentes históricas do relativismo da coisa julgada.

2 DA SENTENÇA E DO INSTITUTO DA COISA JULGADA

2.1 DA NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA

Os jurisdicionados possuem o direito subjetivo constitucional de ação perante o poder judiciário, em face de possíveis violações a direitos previamente estabelecidos na lei e do dever institucional conferido ao Estado de dar fim às lides, por meio da jurisdição. E assim o Estado-Juiz faz por meio da sentença, no seu sentido estrito.

Pontes de Miranda (1974 apud THEODORO JR, 2005, p. 541) conceitua sentença, “é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, insto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica”.

O art. 203, §1º do Código de Processo Civil – CPC conceitua sentença, como sendo “[...] o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamentos nos art. 485 e 487, põe fim a fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (BRASIL, 2015). No entanto, dada às implicações jurídicas que respaldam a aplicação da coisa julgada, há de se classificar os tipos de sentenças, entre os pronunciamentos que dão resolução da lide e os que não alcançam a qualidade de coisa julgada.

Os pronunciamentos que não põem fim ao processo, ou seja, por força de alguma circunstância previsto no art. 485 do CPC não resolvem o mérito, sendo chamadas de sentenças terminativas e, como consequências jurídicas não estão sobre a incidência da coisa julgada material, como qualidade dos efeitos da sentença (THEODORO JR, 2005). Os pronunciamentos que averiguam o mérito dos questões, por seu turno, são classificados como sentenças definitivas, na qual esgotam a função do juiz e, pois, sujeitas a incidência da aplicabilidade da coisa julgada e seus efeitos (SANTOS, 2003).

Além disso, muito se discute se as sentenças devem ter apenas um ato de inteligência racional do Juiz, na qual ele colocaria seus ideais e valores pessoais à disposição para tornar a decisão ou teria o juiz penas uma saída, a de cumprir a vontade do Estado reproduzida por meio da lei. Para a solução dessa celeuma, algumas teorias foram aperfeiçoadas na tentativa de buscar a melhor resposta.

Uma primeira corrente defende a ideia que os juízes, como emissor de uma decisão de mérito, deve se utilizar da sua experiência para emitir o seu decisório. Santos (2003, p. 10) afirma que “uma parte da doutrina (Ugo Rocco, João Monteiro) atribui à sentença a natureza de simples ato de inteligência. A sentença é o resultado de um trabalho lógico do juiz, é, pois, um ato lógico, e, portanto, um ato de inteligência”.

Em contrapartida, a doutrina dominante é a que afirma que a sentença contém um ato de inteligência, mas nela também se encontra um ato de vontade. Um dos precursores desse entendimento é o próprio Chiovenda, na sua famosa teoria da vontade do estado. Sobre a participação de Chiovenda na doutrina dominante que entende ser a sentença um ato de inteligência do juiz e um ato de vontade, Santos (2003, p. 11) ensina que:

Daí ensina Chiovenda, e com ele grande parte da doutrina, que a sentença é a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto. A lei possui uma vontade, uma ordem, um imperativo. Essa vontade, ordem, imperativo, que em abstrato se contém na lei, é posta pelo juiz em situação de ser aplicada ao caso decidido. Assim, o preceito contido na sentença é a afirmação da vontade da lei, declarada pelo juiz, como órgão do Estado. Aplicando a lei à espécie, o juiz, como órgão estatal, emite um preceito, uma ordem, ou seja, na técnica de Carnelutti, um “comando”, que qualifica a sentença e lhe confere o caráter de ato de vontade, vontade do juiz, como órgão do Estado, em face daquilo que a lei exprime.

Assim, sobre a natureza jurídica da sentença, pode-se dizer que ela pode ser classificada em sentenças terminativas e definitivas, na qual o juiz exprime o seu juízo de valor como ato de inteligência, mas também como vontade do estado previsto na lei, segundo as teorias de Chiovenda e outros.

2.2 DOS ELEMENTOS DA SENTENÇA

A eficácia da sentença depende da aferição de alguns elementos – nomenclatura adotada pelo CPC – intrínsecos e formais, em obediência ao princípio fundamental ao devido processo legal e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. As formalidades prescritas no art. 489 CPC devem ser observadas, de maneira que a sua inobservância leva a nulidade da sentença.

Abordando as explicações a pouco formuladas e esclarecendo sobre a eficácia da sentença, Liebman (1981, p. 142) revela que:

A sentença pode ser contrária à lei por motivos muito diferentes. Antes de tudo, o juiz lhe pode ter violado as disposições, no cumprimento de sua atividade, o que se verifica, entre outras coisas, quando a tenha pronunciado, não obstante a falta de pressupostos processuais, além disso, pode ter deixado de observar as prescrições de forma relativa a própria sentença [...], em todos esses casos ocorre nulidade da sentença. (grifo do autor)

Neste ensejo compreende-se que a sentença pode não apresentar os resultados esperados, mas existe a possibilidade de recorrer quando for necessário.

2.2.1 Dos elementos formais da sentença

Os elementos formais da sentença não estão previstos no CPC, mas a doutrina se incumbiu de conceituá-los. A essa situação, Theodoro Jr (2005, p. 548) relata que “tão lógica é essa exigência que o novo Código nem sequer mencionou diretamente”. A sentença como ato de inteligência e de vontade do estado não deve dar margem para interpretações diversas que prejudique a resolução da lide ou o seu cumprimento. A clareza e a precisão são os elementos formais da sentença.

Uma sentença deve ser clara quando apresenta um ato processual inteligível e insuscetível de interpretações ambíguas ou equívocas, na qual propõe o emprego de uma linguagem simples, em bom vernáculo, aproveitando, quando for o caso, a palavra técnica do vocabulário jurídico. (SANTOS, 2003).

Uma sentença incompreensível é uma sentença inexistente. Segundo Kemmerich (2002 apud DIDIER JR; BRAGA E OLIVEIRA, 2015, p. 387) “admitir que um texto incompreensível, pelo simples fato de ter sido assinado por um juiz, seja uma sentença é praticamente o mesmo que considerar um suspiro do juiz como sendo uma sentença”.

A sentença precisa, por seu lado, é aquela que é certa e limitada. A sentença é incompatível com a dúvida (THEODORO JR, 2005). Nesse sentido, o juiz não pode conceder mais do que foi pedido, nem dar o que não foi pedido, muito menos deixar de decidir nos parâmetros do pedido. A ausência dos elementos formais da sentença não gera nulidade da sentença, mas poderá ensejar o recurso de

embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil.

2.2.2 Dos elementos essenciais da sentença

O art. 489 do CPC estabelece os elementos essenciais a todas as sentenças, isto é, as partes que devem embasar estruturalmente as sentenças, sendo eles: o relatório, os fundamentos e a parte dispositiva. Cabe aqui ressaltar, que esses elementos são imprescindíveis, pois sua inobservância também poderá gerar a nulidade da sentença.

O relatório da sentença é um resumo da demanda, na qual serão indicados quais são as partes, uma breve summa do pedido, uma breve summa da defesa e a indicação dos principais atos realizados no processo (NEVES, 2016). Assim, a finalidade do relatório é demonstrar que o magistrado tomou pleno conhecimento da demanda para, posteriormente, proferir sua decisão. “O relatório é o histórico do que de relevante aconteceu no processo”. (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 312).

Alguma parte da doutrina entende que a ausência do relatório poderia gerar nulidade absoluta da sentença. Porém, Neves (2016, p. 806) entendendo de modo diverso diz que “[...] só tem sentido anular a sentença se restar demonstrado concretamente o prejuízo, ou seja, que o juiz realmente não tinha o conhecimento pelo da demanda”, ressaltando ainda a dispensa do relatório previsto no art. 38 da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

A fundamentação ou motivação, doutra forma, é essencial a sentença, uma vez que tem expressa previsão legal no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 – CF/88. Mesmo não havendo disposição constitucional tratando sobre a obrigatoriedade da motivação das sentenças, o jurisdicionado não ficaria sem a correspondente proteção, uma vez que essa regra é o valorativo mínimo do devido processo legal (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 314).

A Fundamentação será a ponte para a parte dispositiva da sentença, onde o magistrado enfrentará todas as questões, de fato ou de direito, relevantes ao *decisum* da questão. Segundo Theodoro Jr (2005, p. 547) “o relatório prepara o processo para o julgamento. Mas, antes de declarar a vontade concreta da lei frente ao caso dos autos cumpre ao juiz motivar sua decisão”.

Em outras palavras, não basta que o juiz esteja convencido, deve ele apresentar quais as razões para o seu convencimento. Isso também permite o controle da atividade jurisdicional, tanto pelas próprias partes, quanto pelo povo nos órgãos de segunda instância, ao compreender quais as convicções do juiz que proferiu a sentença de primeiro grau.

A falta de motivação ou fundamentação acarreta a nulidade da sentença, devido a expressa disposição constitucional do art. 93, IX da CF/88. Essa posição é da doutrina dominante de Frederico Marques, Lopes da Costa e Gabriel de Rezende Filho, na qual adoramos nesse trabalho. (SANTOS, 2003).

Por fim, a parte dispositiva da sentença é a conclusão decisória da sentença, em que o juiz vai escolher pelo acolhimento ou não do pedido do autor, sendo esse elemento o responsável por gerar efeitos práticos da sentença. (NEVES, 2016). É também na parte dispositiva que o juiz determina o que deve ser feito pelas partes para que o direito material seja efetivamente posto em prática.

Assim, adota um conceito mais amplo, Didier Jr, Braga e Oliveira (2015, P.349) entendem que o dispositivo é o elemento nuclear da sentença, dizendo: “dispositivo é a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito normativo, concluindo a análise acerca de um (ou mais de um) pedido que lhe fora dirigido. Constitui, [...] um dos elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato decisão judicial”.

A ausência da parte dispositiva da sentença gera um vício, já que ela é a parte que vai ficar revestida a autoridade da coisa julgada. Sem esse comando, a sentença será inexistente (DIDIER JR, BRAGA E OLIVEIRA, 2015), de forma que uma sentença sem dispositivo não é efetivamente uma decisão, pois nada existe e nada se decide.

2.3 DA NATUREZA JURIDICA DA COISA JULGADA

O estudo sistemático da res judicata é contribuição dos europeus, mais notadamente dos italianos, que produziram uma teoria do processo e diversos institutos que não eram concebidos no antigo direito romano. A doutrina italiana influenciou, inclusive, o estudo da coisa julgada no direito brasileiro. (LEAL,2007).

A coisa julgada para Marques (1999,p.345) “trata-se de uma exigência de

ordem pública, para que a tutela das relações sociais seria o fundamento político da autoridade da coisa julgada. Porém, quanto a ordem jurídica, a doutrina não é unânime e apresenta diversas teorias para justificar a incidência da coisa julgada nas sentenças de mérito, que tornem a ser definitivas.

A primeira teoria a expor foi a do Romanista Savigny, que atrelado aos ideais romanos da presunção de verdade da *res judicata*, não se importava com a justiça ou injustiça das decisões judiciais, formulou a teoria da verdade fictícia das sentenças, na qual reconhece que poderá haver sentenças justas e injustas. Esta última, por sua vez, mesmo sendo fruto de um raciocínio incoerente e contrário a lei, será submetida aos efeitos da coisa julgada e terá qualidade de ficção de verdade, não podendo deixar de ser considerada como verdadeiro o que fora decidido na sentença, mesmo quando evidente injustiça.

Assim fundamenta Marques (1999,p.346) sobre a específica teoria da ficção da verdade de Savigny:

SAVIGNY formulou a teoria da ficção da verdade, a qual protege a sentença que passou em julgado. Atribui-se, a sentença, uma verdade fictícia, para que esta venha a possuir a autoridade de coisa julgada e realizar assim o objetivo maior de assegurar a estabilidade das relações jurídicas. Em POTHIER, a sentença passada em julgado constitui presunção *juris et de jure* da verdade, no tocante aos fatos constantes da lide. Sua doutrina passou para o Código de Napoleão.

Neste raciocínio, mesmo quando a sentença tratava de aberrações jurídicas ou morais, deveria estar sujeita aos efeitos da coisa julgada, sem ser desconsiderada. A autoridade da coisa julgada está na aparência verdadeira da sentença, mesmo que nesta não seja verdade. (SANTOS, 2003).

O italiano Chiovenda deu grande contribuição ao instituto da coisa julgada, tendo influenciado fortemente Liebman, na elaboração das suas convicções sobre a coisa julgada. Também foi Chiovenda (apud LIEBMAN, 1981,p.46-47), seria a coisa julgada “ a afirmação indiscutível e obrigatória para os juízes de todos os processos futuros, de uma vontade concreta da lei, a qual reconhece ou nega um bem da vida a uma das partes”.

As contribuições de Chiovenda para a evolução processual do instituto da coisa julgada foi a formulação da teoria da vontade do estado, na qual conceituou a coisa julgada em sentido substancial na expressão: “consiste na indiscutibilidade da

existência da vontade concreta da lei afirmada”. (LEAL,2007). Segundo Santos (SANTOS,2003,p.53) “a teoria que vê na vontade do Estado o fundamento da coisa julgada, de grande aceitação na Alemanha, teve em Chiovenda, entre os povos língua latina, seu mais ilustre defensor”.

Assim, a vontade do Estado seria o fundamento primordial na busca ao bem da vida levado ao judiciário, uma vez que sua decisão, por meio dos juízes, seria uma vontade estatal com força obrigatória e imutável. Nesse sentido, conclui Santos (2003,p.53) sobre a teoria da vontade do Estado de Chiovenda.

[...] esse parecer conclui um comando, uma decisão. Nessa decisão interfere o Estado, dando-lhe autoridade. Por provir do estado, a conclusão se transforma num comando com força obrigatória. E o Estado que dá a sentença a força obrigatória, não encontrável no parecer do juriconsulto. A sentença tem força obrigatória por nela intervir a vontade do Estado. Sentença, na conceituação de Chiovenda, consiste na afirmação ou negação da vontade do Estado, que garante a alguém um bem da vida.

Na perspectiva de Chiovenda, a decisão dos juízes é lastreada pela vontade soberana do Estado, na qual impõe sua autoridade na resolução dos conflitos, independentemente da justiça social no caso concreto. Com isso, não era concebido nenhum instrumento de relativização da res judicata, pois atribuíam-se a sentença um comando imutável e irretratável com efeitos em processos futuros, pois seu dispositivo era baseado na lei. (SANTOS,2003).

Theodoro Júnior (2005,p.573), disserta com propriedade a teoria da vontade do Estado, da seguinte forma: “para Chiovenda, a sentença traduz a lei aplicável ao caso concreto”. Vale dizer que “na sentença se acha a lei, embora em sentido concreto. Proferida a sentença, esta substitui a lei”. (SANTOS apud THEODORO JÚNIOR,2005,p.573).

Ao contrário das diversas teorias sobre a autoridade da coisa julgada, Liebman idealizou a teoria da qualidade dos efeitos da sentença, que até hoje, majoritariamente, é adotada pelos mais conceituados juristas e pelas legislações, o que mostra quão grande foi a sua influência na produção e aperfeiçoamento do instituto.

Em suas próprias palavras, Liebman (1981,p.40) diz que “[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifesta-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a

esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforça-los em sentido bem determinado”.

Para este autor, deve-se haver uma distinção essencial entre os efeitos da sentença e sua imutabilidade. Entende que as sentenças, mesmo que proferida em sede de instância inicial e pendente os recursos, pode estabelecer um comando, com a finalidade de resolver as relações jurídicas. A sentença, para Liebman, pode, por si só, ter eficácia. Mas isso não quer dizer que essa sentença seja imutável, uma vez que é suscetível de recursos, podendo o conteúdo da sentença da instância inferior ser modificado por um órgão superior do Estado (LIEBMAN, 1981).

Nesse sentido, embora a sentença seja um comando com eficácia para resolver as questões postas a juízo, condenando, constituindo ou declarando uma relação jurídica, somente com a preclusão de todos os seus recursos é que torna-se imutável. Observa-se que somente com a preclusão máxima é que a sentença poderá ser reformada pela coisa julgada, como qualidade especial dos efeitos da sentença já operados desde o comando inicial.

Com isso, somente com a prolação da sentença, tornado esta eficaz, não é suficiente para uma questão ser indiscutível por uma instância superior. Faz-se necessário que a sentença seja reforçada pela coisa julgada. Esta, por sua vez, deve ser interpretada como qualidade dos efeitos sentença e não como efeito da própria sentença. Neste propósito, Liebman (1981, p 53-54) advertiu que:

Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. [...] tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado a sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.

E ainda vai mais longe Liebman (1981, p.54) sobre a autoridade da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença e não como próprio efeito da sentença aduzindo que:

A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decido. Essa imutabilidade característica do comando, nos limites que é disciplinada por lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalidade o mister de estabelecer, interpretar ou aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a normação concreta da relação, a

qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada.

Do que procede, Liebman ao qualificar autoridade da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença e não como um efeito autônomo da sentença, o faz examinando as questões meramente processuais e pragmáticas. Se a sentença tem efeitos constitutivos, declarativos e executórios, estas podem produzir efeitos a partir da decisão inicial, mutáveis com o reexame de instâncias superiores.

A coisa julgada, como qualidade dos efeitos da sentença somente terá a função de dar aos efeitos da sentença a qualidade de imutabilidade, após o decurso dos recursos disponíveis no processo. Historiando a teoria de Liebman, Dinamarco (2001, p. 304) ensina que “a coisa julgada é somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações caso ela não existisse [...]”.

O instituto da coisa julgada está, efetivamente, tratada em diversos instrumentos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI, estabelecendo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988).

Indubitavelmente, a legislação brasileira eleva a status de direito fundamental o respeito às decisões judiciais já transitadas em julgado, para que atos posteriores não possam retroagir para alterá-los, causando graves prejuízos. Dessa perspectiva, podemos dizer que o Estado busca proteger a segurança jurídica das relações, como premissa fundamental.

Sobre a conotação constitucional da coisa julgada, diz Didier Jr; Braga e Oliveira (2015, p.517):

A coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica. A coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, consolidando um “direito adquirido” reconhecido judicialmente. Há, ainda, uma dimensão objetiva de proteção da segurança jurídica que se relaciona com a coisa julgada: a coisa julgada é inviolável por lei; a inviolabilidade da coisa julgada por lei é um direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF/1988).

A autoridade da coisa julgada, assim, consiste na garantia constitucional da imunização dos efeitos da sentença. Segundo Dinamarco (2001, p.302) “[...] ela tem acima de tudo um significado político-institucional de assegurar a firmeza das

situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional”.

Nesse enfoque, para melhor compreensão dos elementos que circundam a coisa julgada, faz-se necessário o aprofundamento dos institutos que compõem o percurso para a definição da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença. Posto isso, trataremos da coisa julgada no aspecto formal e material, bem como os seus limites objetivos e subjetivos e, por fim, os seus efeitos preclusivos.

2.4 DA COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

Há, na doutrina processualista, dois tipos de coisa julgada. A formal e a material. Porém, o art. 502 do CPC limitou em conceituar a coisa julgada material, embora a coisa julgada formal, seja imprescindível à formação da primeira. Assim definiu a coisa julgada material como sendo “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015).

De início, cumpre ressaltar, que não há uma discordância conceitual na distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Para Liebman (1981) a coisa julgada formal é a qualidade da sentença, quando já exauridos os recursos por força da sua preclusão. A coisa julgada material, por sua vez, seria uma eficácia específica, atuando como a própria autoridade da coisa julgada, estando esta última condicionada à existência da primeira.

Santos (2003, p. 46) comunga com o mesmo entendimento:

Pode-se dizer, com Liebman, que a coisa julgada formal e a coisa julgada material são degraus de mesmo fenômeno. Proferida a sentença e precluso os prazos para recursos, a sentença se torna imutável (primeiro degrau – coisa julgada formal); e, em consequência, tornam-se imutáveis os seus efeitos (segundo degrau – coisa julgada material).

Continua a linha de argumentação, Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p.310) reiteram que:

A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa material torna imutável os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo.

Assim, enquanto a coisa julgada formal acontece dentro do aspecto processual, a coisa julgada material estabelece os efeitos para muito além da relação processual, relacionada com a imutabilidade efetiva da decisão judicial para as partes estranhas a relação processual. Segundo Theodoro Jr (2005, p. 570) “na verdade a diferença entre a coisa julgada material e formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença”.

A maciça maioria dos doutrinadores classifica a coisa julgada formal em um fenômeno endoprocessual, uma vez que seus efeitos consistem na preclusão máxima do processo, impedindo a modificação da decisão por qualquer meio processual (NEVES, 2016). Por outro lado, a coisa julgada material projeta-se para além do processo. É o que propõe Marques (1999, p. 353) que:

A coisa julgada formal consiste na preclusão máxima de que fala a doutrina, visto que impede qualquer reexame da sentença como ato processual, tornando-a imutável dentro do processo. A coisa julgada material imprime imutabilidade ao comando emergente da sentença e projeta-se, por isso, fora do processo.

A coisa julgada nos aspectos, formais e materiais, além de ter um substrato processual, diante das ciências jurídicas e por isso requer intima atenção, também significa um valor ético-político da estabilização das decisões judiciais, indispensáveis à paz em sociedade (DINAMARCO, 2001, p. 303)

Por último, cumpre ressaltar, que nem todas as decisões formalmente transitadas em julgado estão sujeitas aos efeitos da coisa julgada material, uma vez que apenas as de mérito poderão ser atingidas. É a tese sustentada por Theodoro Jr (2005, p. 571), na qual “a formal pode existir sozinha [...], como ocorre nas sentenças terminativas. [...] Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente”.

2.5 DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Elencar os limites objetivos é responder quais são as partes da sentença que estarão aptas a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. A sentença é composta de três elementos essenciais, sendo eles: o relatório, a fundamentação ou

motivação e a parte dispositiva, como já tratada em tópico específico, cabe agora estabelecer quais desses elementos irão sofrer a incidência da res judicata, esta entendida como qualidade dos efeitos da sentença. A matéria requer discussão, uma vez que não há unanimidade na doutrina, ainda mais em razão do art. 504 do CPC.

Evidentemente, que a atividade jurisdicional será encerrada com a sentença, resolvendo a lide, onde ou rejeita o pedido do autor. Porém, a sentença deve conter limites entre as partes processuais, nos termos dos pedidos feitos pela parte que propôs e pela parte que contestou (SANTOS. 2003. P. 64). É efetivamente por isso que a “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503 do NCPC).

A res judicata não incide sobre a sentença na sua integralidade, pois não se inclui na coisa julgada, os motivos apresentados no relatório da sentença, mesmo que relevante ao *decisium* da questão. Inteligência do art. 504, inciso I do CPC, não havendo dúvidas de que o relatório não será envolvido pela coisa julgada.

Segundo Theodoro Jr (2005, p. 582):

Os motivos, ainda que relevantes para a fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da res judicata. O julgamento, que torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.

Os motivos podem ajudar no alcance da decisão, ou seja, do dispositivo da sentença, mas não estão sujeitas ao crivo da coisa julgada. É a tese sustentada por Ronaldo Campos Cunha (apud THEODORO JR, 2005, p. 583) dizendo que “a invocação do fato jurídico básico será a razão da sentença e, assim, estará alcançada pelo dispositivo dela e protegida pela res judicata. Já os fatos simples, que apenas serviram à formação da convicção do julgador, estes são os motivos da sentença, que nunca passam em julgado”.

Também não faz coisa julgada verdade dos fatos, que resultante da análise probatória, se insere entre os motivos da sentença. Essa é a previsão do art. 504, II do NCPC em que não faz coisa julgada “a verdade dos fatos, estabelecidos como fundamentos da sentença”. Ainda respalda na ideia de que somente passa em julgado o dispositivo da sentença, não alcançando os motivos.

Na oportunidade, esse é o posicionamento de Liebman (1981, p. 55):

Todavia, razões de oportunidade, assim como determinaram a adoção do instituto, também traçam à sua aplicação dos limites precisos [...]: limites objetivos que a definição dada há pouco da autoridade da coisa julgada ajuda a entender, visto como é só o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão.

Questão relevante é a perspectiva trazida pelo novo código de processo civil no que tange a incidência da coisa julgada nas questões prejudiciais. No CPC de 1973, a coisa julgada não alcançava as questões prejudiciais, sendo obrigatória a postulação da ação declaratória incidental, nos termos do art. 470 do antigo código.

O Código de Processo Civil atual dispensa a ação declaratória incidental, fazendo com que as questões prejudiciais façam coisa julgada automaticamente, se estendendo as questões que influenciam diretamente a resolução da lide. Segundo Gonçalves (2016, p. 545):

“[...] poderá surgir questões prejudiciais, isto é, questões controvertidas de cujo deslinde depende o resultado final, como a questão da paternidade na ação de alimentos, em que ela é contestada. Essas são as prejudiciais, sobre os quais poderá recair a autoridade da coisa julgada material”.

Assim, o art. 503, § 1º do CPC prevê a incidência da coisa julgada na solução das questões prejudiciais incidentalmente no processo, desde que preenchidos os requisitos legais, em razão de que a questão prejudicial faz parte da fundamentação da sentença, mas poderá produzir e ser protegida pelo manto da coisa julgada material.

2.6 DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

O problema agora consiste em verificar quais as pessoas serão alcançadas pela coisa julgada. Se atingirá apenas as partes da relação processual ou poderá atingir a terceiros fora dessa mesma relação. A premissa geral que domina a matéria é a de que a imutabilidade dos efeitos da sentença como decorrência fundamental a autoridade da coisa julgada, só alcança as partes da relação processual (MARQUES, 1999).

Mas não quer dizer que os estranhos da relação processual possam ignorar a

coisa julgada. A verificação desse fenômeno levou o direito processual a construir doutrinas e terias para fixar a extensão dos efeitos subjetivos da *res judicata* e sistematizar, dessa maneira, todas as múltiplas questões dele resultantes (MARQUES, 1999, P. 375).

Os romanos já consagravam a limitação da coisa julgada às partes do processo, pois era estabelecida que na *litis contestatio* as partes se obrigavam a aceitar o que fora decidido, e assim, submetendo-se a decisão, somente elas eram atingidas pelos efeitos da *res judicata*. Para os romanos, a premissa da coisa julgada atingindo somente as partes, não a terceiros era tratada como princípio fundamental, como justificativa essencial do sentimento de justiça.

Segundo Santos (SANTOS, 2003, p. 72-73)

Vários textos romanos consagram essa doutrina, tais o de ULPIANO (D. 44. 2, 1.): *cum res inter alios judicata nullum aliis praeiudicium facient* – a coisa julgada não produz nenhum prejuízo a terceiros; o de MACER (D. 44. 1. 63): *res inter alios judicata non praeiudicare* – a coisa julgada não prejudica terceiros; o de PAULO (D. 3. 2. 21): *non apporet ex sententia sive iustasive iniusta, pro alio habita alium pregavari* – a sentença produzida entre as partes, seja justa ou injusta, não deve atingir terceiros.

De forma diferente, Savigny elaborou a teoria da representação na qual a extensão da coisa julgada irá além das partes na relação processual, pois o terceiro estaria de alguma forma ligado a lide e representado pelas partes no processo, exemplificando uma ação contra um condomínio, atingindo todos os condôminos, terceiros na relação processual. Mas essa teoria perdeu projeção ainda na metade do século passado (SANTOS, 2003, P. 74).

Já Chiovenda, ao mesmo tempo em que admite que a autoridade da coisa julgada é a vontade do Estado previsto na lei, reconhece a possibilidade da coisa julgada atingir a terceiros da relação processual, existindo e valendo contra todos (BARRETO, 2014, p. 65). Assim, segundo Marques (1999) Chivenda difundiu o entendimento do que todos “são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes, não podem, porém, ser prejudicados. Mas por prejuízo não compreende um prejuízo de mero fato, mas sim, um prejuízo jurídico” (grifo do autor). Nesta medida, os terceiros estão submetidos à autoridade da coisa julgada, embora não lhes possa prejudicar.

Já Liebman, entende que a sentença produz efeitos contra todos, mas a

autoridade da coisa julgada, isto é, sua proteção imutável, só se opera entre as partes, dizendo que o desacerto das outras se dá em considerar a coisa julgada como um efeito autônomo da sentença e não como uma qualidade dos efeitos da sentença, como propõe.

Neste sentido, Marques (MARQUES, 1999, p. 376) comunga com essa ideia, dizendo que:

Pedro Batista Martins, estudando o problema dos limites subjetivos da coisa julgada, disse muito bem que, depois do trabalho de Liebman sobre a “autoridade e eficácia da sentença”, aquele assunto perdeu “a sua habitual complexidade para se tornar simples e claro; a eficácia da coisa julgada é restrita exclusivamente às partes; só a eficácia da sentença é que, potencialmente, se estende a terceiros.

Com muita maestria Liebman (1981, p. 79) diz que: “a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada pode ter, por fim, grande importância para a revisão da doutrina sobre fenômeno muito complexo, e da influência que uma sentença pode exercer relativamente a terceiros”. Ainda, distingue eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada, de tal modo que a primeira vale para todos (erga omnes) e a segunda vale apenas para as partes, não atingindo os terceiros da lide. Nessa perspectiva, Alda Pellegrini Grinover (LIEBMAN, 1981, p. 130) expõe seu entendimento sobre a obra de Liebman diz que:

Iniciando a segunda parte de sua obra, LIEBMAN analisa o problema dos limites subjetivos da eficácia natural da sentença, independentemente da autoridade da coisa julgada, chegando à conclusão de que os seus efeitos se estendem a todos. Completa-se, assim, a distinção entre coisa julgada e eficácia natural da sentença: a primeira, rigorosamente limitada às partes; a segunda, sujeitando aos terceiros, em virtude da idoneidade natural dos atos estatais.

O novo código de processo civil, acertadamente, alterou o a impropriedade estabelecida no art. 472, última parte do CPC/1973, adotando a distinção entre eficácia natural da coisa julgada e autoridade da coisa julgada exposto por Liebman e afastar do ordenamento processual brasileiro, qualquer ideia que confundia eficácia e imutabilidade.

Diz o art. 506 do NCPD que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Este dispositivo está baseado nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, pois ninguém poderá estar sujeito a sentença transitada em julgado, onde não seja oportunizado o acesso

a defesa, nem a oportunidade do contraditório, na aceopção essencial do devido processo legal. (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015).

2.7 DA PRECLUSÃO MÁXIMA DO PROCESSO

A preclusão do processo também consiste na impossibilidade da alteração da prestação jurisdicional contida na sentença, contra o qual não caibam mais recursos. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. Esta é a disposição do art. 508 do NCPC.

Nisso consiste o fenômeno da preclusão máxima do processo, na qual nenhuma matéria poderá ser discutida, modificada ou anulada após a coisa julgada formal e a preclusão máxima do processo. A finalização do processo se opera pela impossibilidade de um novo pronunciamento dentro do mesmo processo. Isso se dá por força da preclusão, também chamada de preclusão máxima do processo, por guardar semelhanças com a coisa julgada formal.

Trata-se de uma exigência de ordem jurídica, na qual prepara a sentença para a produção da proteção imutável dos efeitos da sentença com força de lei, como propõe o art. 503 do NCPC dizendo que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (BRASIL, 2015).

Ensina Marques (1999, p. 344) que:

O encerramento do processo se opera em virtude de se tornar impossível, dentro dele, **por força da preclusão**, novo pronunciamento sobre *meritum causae*. Isso significa diz LIEBMAN – “que a sentença não corre mais o perigo de ser impugnada, e, portanto, modificada ou anulada”, podendo, assim, ser considerada “inatacável e irrevogável”; e tornada imutável a sentença, “imutáveis se tornam seus efeitos, na medida e forma em que se possam troná-los em razão de sua natureza”. (grifo nosso)

Em sentido contrário, a eficácia preclusiva da coisa julgada não deve ter caráter absoluto, face às consequências que produzem. Afirma Neves (2016, p. 854) “a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge tão somente as alegações referentes à causa de pedir que fez parte da primeira demanda, porquanto alegado outro fato jurídico ou outra fundamentação jurídica, não presentes na

primeira demanda [...]”. Deveras, a preclusão no processo previdenciário deverá ser verificada sob outra ótica por causa das peculiaridades das normas protetivas aos segurados da previdência social brasileira, como veremos adiante.

3 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PREVIDENCIÁRIA

Ante as considerações históricas do fenômeno da relativização da coisa julgada e, posteriormente, dos conceitos que guarnecem o instituto da sentença e da coisa julgada lato senso, somente agora podemos tratar sobre os fundamentos que justifiquem o seu reexame nas ações previdenciárias.

A relativização da coisa julgada material no âmbito direito previdenciário é a possibilidade dada aos segurados da utilização de mecanismos processuais que propiciem o reexame, por meio de uma nova ação, a um direito indevidamente negado em um processo antecedente julgado improcedente.

É bem verdade que a sentença que transita em julgado, impede a propositura de uma nova demanda tendente a reexaminar a relação nela definida, pouco importando se o resultado decorreu ou não da insuficiência de provas ou da justiça ao caso concreto. É nesse sentido, que Amado (2017, p. 71) propõe a chamar o CPC de individualista, “não se importando com o sucesso ou a derrota das partes por inexistência de direito ou por insuficiência de provas”.

Isso se deve ao antigo fato da necessidade de se constituir uma resposta definitiva e imutável sobre determinados litígios, dando às sentenças a proteção de autoridade da coisa julgada e conferindo-lhe solução estável, indispensável à pacificação social. Essa imutabilidade se dá em face das sentenças de mérito, impedindo discussão posterior.

Porém, o princípio da segurança jurídica não é um fim em si próprio, pois permitir a segurança jurídica de uma sentença injusta, sobretudo, de evidentes lesões diretas a unidade axiológica da constituição, é permitir varrer para debaixo do tapete as inseguranças sociais em nome da observância das técnicas processuais e da segurança jurídica. (SILVA apud CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 677).

A discussão aqui exposta vai pôr em confronto dois valores de grande importância para qualquer ordenamento jurídico: a segurança jurídica – que está representada pela coisa julgada – e a justiça, que servirá como fundamentos para as propostas da relativização da coisa julgada previdenciária (CÂMARA, 2008).

Por diversas vezes o processo originário foi julgado improcedente pelas seguintes ordens de razões: a) ou porque o segurado que ajuizou a demanda é desprovido de informação, o que perfeitamente pode acontecer em um país com

altos índices de analfabetismo: b) ou porque o advogado que lhe assiste não o orientou de forma correta, instruindo o processo originário com provas insuficientes: c) ou porque no ajuizamento do processo originário, temporariamente, as provas eram impossíveis de serem produzidas pelo segurado. d) por fim, que o segurado não estava realmente incapacitado no momento da primeira ação.

Nestas circunstâncias, não é racional pensar que a discussão termine com a sentença transitada em julgado pelo exaurimento do prazo recursal ou pelo não uso, incidindo, assim, a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade do instituto da coisa julgada aos efeitos da sentença, como propõe Liebman e as disposições individualistas do CPC. Se assim fosse, seriam situações extremamente maléficas aos segurados da previdência social, que nessas situações estariam impedidos de buscar nova análise judicial do seu direito sob a alegativa de observância das formalidades processuais.

Segundo Savaris (2011, p. 88):

Não há aqui o mero interesse em uma solução que formalmente ofereça pacificação social. Mais do que isso, percebe-se que as situações de indevida ausência de proteção são especialmente maléficas. Em outras palavras, quando o indivíduo não recebe do Judiciário provimento jurisdicional que determine a concessão de benefício a que, na verdade, faz jus, persiste indevidamente a situação de ameaça à subsistência e à dignidade humana.

Assim, não é tarefa fácil a verificação da ocorrência da coisa julgada, em face da possibilidade de alteração da causa de pedir ou do conjunto probatório levado ao segundo processo (AMADO, 2017). Além disso, as relações previdenciárias são classificadas como relações jurídicas continuativas, que nos dizeres de Pontes de Miranda (apud Santos, 2003, p. 59) “são as reguladas por regras jurídicas que protejam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos”.

Conseqüentemente, como a pretensão desse trabalho é apresentar os fundamentos que justifique, o reexame de uma matéria previdenciária já protegida pela autoridade da coisa julgada material, trataremos de fazer isso com três teses que se completam. A primeira será a avocação dos princípios constitucionais que asseguram a revisão da coisa julgada, como premissa maior dos ideais de justiça. A segunda é a análise da importância das provas do processo originário julgado improcedente, que darão subsídios para o magistrado verificar incidência da coisa

julgada. E por fim, a adoção do entendimento da não preclusão do direito previdenciário, face o caráter eminentemente fundamental na busca da concretude do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de acesso as prestações da previdência social brasileira.

3.1 DOS VALORES CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O REEXAME DA COISA JULGADA PREVIDENCIÁRIA

Nos ordenamentos jurídicos modernos, o pressuposto de eficácia da aplicação do direito é delinear a observância dos princípios fundamentais estabelecida pela Constituição Federal. A proteção dos direitos fundamentais é função primordial de todas as instâncias da sociedade, seja o Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo, seja a sociedade civil organizada e a iniciativa privada.

Os segurados também devem ser protegidos pelas constituições, na medida em que ampliar os direitos fundamentais à previdência social é tornar efetivo a proteção, condizente com os movimentos neoconstitucionalistas (IBE, 2012). Assim, considerando a previdência social como direito fundamental, que busca repassar aos segurados um patrimônio mínimo, não se justifica que uma medida processual possa acobertar um caso concreto de evidente injustiça, prevalecendo sobre a proteção constitucional conferida aos segurados.

A verificação sobre a concessão de uma prestação previdenciária não deve tão somente ser analisada numa perspectiva positivista, com critérios milimétricos estabelecidos pela legislação previdenciária, como expressa um modo matemático, afirma Savaris (2011, p. 47). Na esfera administrativa do Instituto Nacional do Seguro social – INSS, as concessões dos benefícios podem até estar intimamente ligadas ao cumprimento dos requisitos legais, sem espaço para interpretações. Porém, na esfera judicial, as ponderações deverão ser diferentes, com a amplitude das interpretações. Porém, na esfera judicial, as ponderações deverão ser diferentes, com a amplitude das interpretações ligadas aos direitos fundamentais.

Esse é o posicionamento de Savaris (2011, p. 47) afirmando que:

Mas não deve ser assim no processo judicial previdenciário, onde temos a figura do juiz como órgão jurisdicional chamado a examinar, na instância derradeira (judicial), o direito da pessoa a subsistir por intermédio da proteção social. O processo judicial é o

campo próprio para as soluções de equidade, afastando-se do método cartesiano de reputar falso o que é apenas provável.

Expostas tais premissas, abordaremos os princípios constitucionais que vêm sendo considerados como fundamentos justificadores da relativização da coisa julgada material previdenciária. A aplicação do direito processual previdenciário deve ser pautada na justiça das prestações jurisdicionais e no acesso a uma ordem jurídica justa, como efetividade dos direitos fundamentais.

Dinamarco (2001, p. 3) propõe que:

A partir dessas ideias, em uma obra ainda inédita proponho a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que “nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meio de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil”, com a consciência de que “os princípios existem para servir a justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”.

E tais são os princípios de devido processo legal e do acesso aos benefícios da previdência social como direito subjetivo dos segurados por meio de uma prestação jurisdicional justa. Esse último, no que lhe concerne, já foi objeto de discussão no âmbito dos tribunais superiores, tendo sido considerado como corolário da função social do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Para o Ministro Napoleão Nunes, relator do representativo REsp². 1.352.721/SP (BRASIL, 2015), “[...] a concessão de benefício concedido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia a função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração à previdência [...]”. Assim, ante o caráter social que permeia o direito previdenciário, a coisa julgada não se opera diante da renovação do pedido com novas provas e novas circunstâncias, na medida em que efetivo será o direito constitucional dos segurados ao acesso aos benefícios do regime securitário.

Além disso, face o caráter supremo da constituição federal, as normas infraconstitucionais devem observância aos preceitos fundamentais. A coisa julgada

não pode ser interpretada de forma absoluta, infringindo os direitos fundamentais. Nesse propósito, Câmara (2008, p. 30) alerta que “ora, não se deve ler a Constituição à luz da norma infraconstitucional, mas exatamente o contrário!”.

No que corresponde ao devido processo legal, devemos nos distanciar do processo civil clássico, na qual estabelece a imutabilidade da coisa julgada. O direito a uma adequada tutela jurisdicional requer um processo voltado para a segurança social do cidadão brasileiro. O processo civil comum, voltado para os ideais positivistas, com a única e exclusiva observância aos ditames da lei, segundo Savaris (2011) “[...] nos levará, em muitos casos, a erros judiciais e injustas decisões que representam o que se tem por ‘privação perpétua’ do bem-estar”.

Por isso, afirma Roberti Jr (2010, p.1) que:

Negar ao povo trabalhador, na sua grande maioria pobre e sofrido, a oportunidade de valer-se de um mecanismo processual que lhe propicie rever, por meio de uma nova ação judicial, o direito previdenciário indevidamente negado em um processo procedente, essencialmente ficto, é atribuir-lhe, sem compaixão à dignidade da pessoa humana, mais pobreza e sofrimento.

Dessa forma, observar a real condição dos trabalhadores brasileiros, considerando a sua qualidade de hipossuficiência e adequá-los ao direito processual previdenciário mais benéfico e não ao texto rígido do direito processual comum. Segundo Dinamarco (2001, p. 2) a autoridade da coisa julgada “[...] deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídico conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil”.

Desta feita, as prestações previdenciárias têm por objetivo finalístico a preservação da dignidade da pessoa humana, ao repassar para os segurados um mínimo existencial. O Estado não deve prestigiar apenas a segurança jurídica, mas também a dignidade humana de ter um benefício auferido, no exercício legal do direito ao acesso aos benefícios da previdência social brasileira.

3.2 DA UTILIZAÇÃO DAS PROVAS PREVIDENCIÁRIAS COMO FUNDAMENTOS PARA O REEXAME DA COISA JULGADA MATERIAL

A reunião do conjunto probatório tendente a comprovação da atividade rural

ou a comprovação do efetivo exercício de atividade laboral urbana ou comprovação da incapacidade para o trabalho, dentre outros, são assuntos tormentosos para os segurados, que sempre estarão presentes nas ações previdenciárias. Savaris ([entre 2005 e 2007], p. 218) chega a afirmar que “a existência de prova material é uma pedra de tropeço no caminho que liga o segurado ao benefício, um obstáculo à comprovação de que ele tem direito”.

Diante disso, aqui também hospeda a divergência entre dois direitos fundamentais o direito processual a produção de provas lícitas e favoráveis aos segurados e o direito material a previdência social (SAVARIS, 2011). Reiteramos que relevante temática da prova no direito processual previdenciário é essencial para a relativização da coisa julgada, pois é por meio da valoração das provas que o juiz decidirá sobre a incidência ou não do instituto processual.

O direito a cobertura previdenciária pressupõe o preenchimento de requisitos inerentes a cada benefício, que variam conforme a prestação cujo reconhecimento é solicitado. E isso deve ser comprovado por meio das provas disponibilizadas pelas partes. No que tange a produção de provas, os segurados devem se valer de todo o regramento disponível pela legislação previdenciária específica, sem exclusão do regramento disposto no CPC.

Inicialmente, cumpre destacar que embora o direito a prova não seja expressamente previsto na constituição, ele é considerado como um conteúdo fundamental ao contraditório e a ampla defesa. Por consequência, o direito a prova também é um direito fundamental, como acepção básica do princípio da inafastabilidade da jurisdição. (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015).

Fortalece essa ideia Savaris (2011, p. 227) ao afirmar que:

Se o direito de produzir provas é irradiação do devido processo legal e por seu conteúdo intrínseco já manifesta superior dignidade, quando a prova se faz instrumento para a satisfação de um direito fundamental intimamente ligado a dignidade da pessoa humana ela se demonstra de importância singular. É um direito fundamental como meio de satisfação de um bem da vida também fundamental. A missão da prova não poderia ser mais nobre. E a violação desse direito, por consequência, é algo extremamente gravoso.

E no âmbito previdenciário essa premissa não poderá ser diferente, sendo as provas levadas ao processo um direito fundamental dos segurados. Acentua, ainda, Savaris (2016 apud CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 667) que:

Também no direito previdenciário o postulado do devido processo legal assegura os litigantes, como pressuposto de defesa e exercício do contraditório, o direito constitucional à produção de provas lícitas. É um direito fundamental que somente pode ser restringido por lei e na medida em que essa restrição seja proporcional.

Sendo assim, a instrução probatória como direito fundamental do segurado deve ser diversificado, conforme a qualidade que ostentam perante a previdência social e da de espécie de benefício a ser postulado. A atribuição de um direito previdenciário requer a difícil tarefa de exame de provas, na qual se provará a incapacidade, a qualidade de segurado especial, a qualidade de segurado urbano e a comprovação do desemprego para fins de prorrogação do período de graça ou o agravamento da doença, dentre outras.

Com muita propriedade, ensina Savaris ([entre 2005 e 2007], p. 214) que:

Ação previdenciária é então sinal de exame de prova. E a carga emocional de um processo previdenciário é manifesta. Isso porque “índole alimentar”, “mínimo social”, “dignidade da pessoa humana”, “proteção ao idoso e ao portador de deficiência”, “trabalhadores rurais”, cidadão de segunda categoria, viúvas e menores desprotegidos, mulheres e homens sem acesso às mínimas manifestações de bem-estar social, são noções e apreensões que rondam o dia-a-dia do processo previdenciário e reclamam efetividade., concretude de direitos e um basta à espera indefinida pela satisfação de um direito constitucional fundamental (direito à segurança social).

A partir desse ponto, percebe-se que os elementos probatórios que são chamados para fundamentar o direito dos segurados e para intervir na atividade do magistrado, por meio da verificação da ocorrência da coisa julgada, se resumem a aquelas provas que foram colacionadas no processo originário que prejudicam os segurados ou aquelas que beneficiam os segurados, influenciando o magistrado no seu decisum.

Percebe-se que nesse ponto, o que justifica a relativização da coisa julgada é justamente a valoração das provas que se encontram em jogo, que associado com o caráter eminentemente social da previdência brasileira, a decisão deve ser pautada na melhor solução que se aproxime dos ideais protecionistas da carta magna de 1988.

3.2.1 Das provas negativas do processo originário

As provas negativas do processo originário são aquelas que foram produzidas ou constituídas com algum vício de legalidade ou, legais, não conduzem com a realidade a que o segurado quer comprovar para o acesso aos benefícios ou serviços solicitados por meio do requerimento administrativo e, posteriormente, por meio da postulação inicial perante o Poder Judiciário.

Pela rigidez do sistema processual, a improcedência do processo originário obriga o segurado a pleitear um novo processo administrativo e, posteriormente, no caso do indeferimento da primeira esfera, postular um novo processo judicial para ter o seu direito novamente analisado. Esses são os dois pressupostos para nova postulação: a renovação administrativa e a instrução do processo com novas provas. Neste sentido é o Enunciado nº 164 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF (BRASIL, 2016), ora vejamos:

Julgado improcedente pedido de benefício por incapacidade, no ajuizamento de nova ação, com base na mesma doença, deve o segurado apresentar novo requerimento administrativo, demonstrado, na petição inicial, o agravamento da doença, juntando documentos médicos novos.

Porém, a análise da incidência da coisa julgada previdenciária, necessariamente, não deve passar somente pelas “novas provas”, mas também pela análise das provas levadas ao primeiro processo. O magistrado, assim, deverá ter cautela, pois nem poderá deixar de tutelar os direitos dos segurados, mas também não poderá deixar de observar o princípio da supremacia do interesse público na decisão que concede um benefício previdenciário.

Com isso, poderá haver provas negativas no processo originário – julgado improcedente – que possam prejudicar o segurado no novo processo, conferindo ao magistrado um juízo de valor para o acolhimento da coisa julgada, seja ex officio ou pela arguição de preliminar de coisa julgada alegada pelo órgão competente que assiste os interesses da autarquia previdenciária.

Não são todas as vezes que as provas levadas ao processo originário terão sua credibilidade conferido pelo magistrado. Diversas vezes, os segurados tendem a instruir os seus processos com provas fraudulentas, falsificadas ou adulteradas, usando da má-fé para pretender a percepção de um benefício previdenciário, e o

que é pior, sobre, sobre os auspícios do Poder Judiciário.

Essa hipótese poderá, perfeitamente, acontecer na praxe previdenciária processual. Por exemplo, no caso de um segurado urbano, que durante toda a sua vida, laborou sem a assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS e ao tempo de aposentar-se, pleiteia judicialmente a referida prestação, ao instruir o processo originário com provas falsificadas. O processo, assim, fora julgado improcedente.

Exemplifica com uma perfeição indiscutível sobre essa problemática, Savaris ([entre 2005 e 2007], p. 218) afirma:

É o caso, por exemplo, na comprovação do tempo de serviço rural para aposentadoria por idade, mediante determinados documentos tais como notas fiscais, contratos de arrendamento e vários outros que se indicam uma condição divorciada do que ordinariamente ocorre, já que, repostando-se a uma época que em muito se distancia do esplendor da forma do trabalhador, isto é, referindo-se a um tempo em que o trabalhador já se encontra com idade avançada, sinalizam para uma produção elevada e, bem, assim, com um extraordinário volume de mercadorias comercializadas.

As provas do processo originário constituídas com vícios de legalidade podem levar o magistrado a entender pelo acolhimento da coisa julgada. E se isso não acontecer, há uma grande possibilidade dos procuradores federais se utilizarem dessas provas para basear o pedido de acolhimento de preliminar de coisa julgada.

Para o posicionamento acerca das provas negativas oriundas do processo originário, nunca é demais lembrar que a prova, como direito fundamental, é corolário do caráter alimentar do bem da vida em discussão, destinado a prover o mínimo existencial dos postulantes e prove-lhes a dignidade da pessoa humana. Porém, aos segurados não é lícito usar da sua própria torpeza – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – com o objetivo de percepção de um benefício previdenciário, amparado pelo poder judiciário.

Para Savaris (2011) nessas situações o que temos é a colisão entre o bem coletivo constitucional de dar maior segurança na concessão dos benefícios previdenciários e um direito fundamental à produção de provas lícitas, o que implica na restrição implícita e recíproca dos princípios que lhes estruturam. E isso deve ser verificado por meio do princípio da proporcionalidade, onde prevalece a ideia de sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos, e se verificado que o processo originário foi instruído com provas fraudulentas, falsificadas ou alteradas, o

direito fundamental a prova não deve prevalecer, pois sua aceção é limitada as provas lícitas e permitidas pelo ordenamento jurídico.

Roberti Jr (2010, p. 3) exemplifica com perfeição e justifica que as provas rechaçadas do processo originário não podem dar ensejo a renovação da lide:

Se na primeira demanda os anos de tempo de serviço não foram reconhecidos porque os documentos foram rechaçados pelo julgador, a nova documentação, para permitir a deflagração da nova ação judicial, não poderá encaixar-se no tipo documental rejeitado no feito primitivo, cujo pronunciamento de não aceitação foi exauriente, não se podendo reabrir discussão sobre ela por motivo de convicções distintas de apreciação.

Por fim, seguindo os fundamentos supracitados e na aplicação do princípio da proporcionalidade, entendo que as provas negativas do processo originário devem ser afastadas pelo juiz para que quaisquer medidas ilegais e contrárias ao direito pátrio não sejam favorecidas sobre a premissa de relativiza a coisa julgada a qualquer custo. Com isso, as provas negativas não deverão ser fundamentos para o reexame da coisa julgada previdenciária, como premissa maior dos ideais de justiça.

3.2.2 Das provas positivas do processo originário

As provas positivas do processo originário, doutra forma, são aquelas que foram constituídas por meio do exercício legal do direito fundamental a produção de provas lícitas conferido pelo ordenamento jurídico. Ademais, são as que que independentemente da improcedência de um primeiro pedido, sempre serão consideradas para fins de comprovação de alguma situação jurídica perante a previdência social e, por seu turno, nem o próprio Estado poderá negá-las.

Embora o segurado tenha levado ao processo originário provas legais, no exercício do seu direito fundamental, o processo originário fora julgado improcedente. Desta forma, é razoável a possibilidade de análise do conjunto probatório a ser realizada também após o transito em julgado da sentença. O exaurimento cognitivo do magistrado deve atender ao postulado da verdade dos fatos, consubstanciados em documentos lícitos apresentados em momento anterior.

Sobre esse entendimento, a utilização das provas positivas no novo processo deve ser disciplinada pelo princípio de que “as partes têm o direito de empregar

todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”, na inteligente previsão do art. 369 do NCPC (BRASIL, 2015).

Daí a necessidade de ser verificado se no processo originário existem provas que beneficiem o segurado. E afirmativa a verificação, o juiz não deve acolher de plano a coisa julgada, mas sim dar o regular andamento do feito, como acepção fundamental do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A Turma Nacional de Uniformização – TNU originou um precedente que pode fundamentar tais considerações, ao flexibilizar a coisa julgada do Juizado Especial Federal com base na prova velha em favor do segurado que não fora utilizada no processo originário, por impossibilidade de ser apresentada naquele primeiro momento.

Neste sentido é o entendimento da TNU, no Acórdão nº 0031861-11.2011.4.03.6301 (BRASIL, 2015):

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE, EXTINÇÃO DO PROCESSO.COISA JULGADA. RENOVAÇÃO DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NOVOS DOCUMENTOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA TNU 43. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PRIMAZIA DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 10. Em conclusão, em primeiro lugar está a regra constitucional da proteção previdenciária, permitindo, em determinadas hipóteses, a desconsideração da eficácia plena da coisa julgada, como no caso dos autos, ante a apresentação de novas provas pela autora (CTPS e documentos médicos acerca da continuidade do tratamento de suas moléstias). Interpretação diversa implicaria obstáculo ao princípio do acesso à justiça ao hipossuficiente, o que representa um contrassenso ao princípio da instrumentalidade das formas. 11. Assim, excepcionalmente, conheço e dou parcial provimento ao pedido de uniformização da parte autora para afastar a coisa julgada e anular o acórdão recorrida e a sentença, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para reabertura da instrução probatória a fim de se averiguar a idoneidade do registro em CTPS. No caso procedência do pedido, os efeitos financeiros devem retroagir a data do segundo requerimento.

Neste caso, entende Amado (2017) que “no caso em apreço, não se cuida de prova nova, pois a CTPS já existia e estava anotada, mas não havia sido juntada na primeira ação para provar a qualidade de segurado, o que gerou o indeferimento do

auxílio-doença”. Tomando por base esse posicionamento, se a jurisprudência permitiu a utilização de provas velhas para relativizar a coisa julgada, o mesmo sentido deve ser adotado quanto á consideração das provas positivas do processo originário que possam beneficiar o segurado e dar mais subsídios probatórios ao julgador do segundo processo.

A renovação da lide que pretende reexaminar um direito previdenciário entendido como improcedente na ação originário deve, obrigatoriamente, apresentar as novas provas que possam fundamentar o seu novo pedido. Mas não só poderá trazer ai segundo processo as novas provas como também poderá se utilizar das provas anteriores favoráveis ao segurado no novo processo, como também deve robustecer o pedido.

Nesse sentido Roberti Junior (2010, p. 5) afirma que:

Nesse diapasão, se a improcedência da ação primitiva fundou-se na precariedade (insuficiência e/ou deficiência) ou na ausência do início de prova material, o subscritor da inicial estará impingido a juntar a ela o documento de índole inovadora, cujas características não foram rechaçadas na ação originária, vocacionado a suprir o desfalque ou a robustecer o painel documental cuja precariedade motivou a improcedência definida da demanda originária.

Para fortalecer o seu novo pedido é fundamentalmente importante que o segurado possa se basear nas provas do primeiro processo que, eventualmente, não tenham sido desconsideradas pela autarquia previdenciária ou pelo juízo que proferiu a primeira sentença. O segurado deve demonstrar novas provas, como requisito de não incidência da autoridade da coisa julgada. Porém também poderá fazê-lo quando juntar ao novo processo as provas benéficas do processo originário quando incontroversas do direito do segurado.

Para exemplificar, temos um segurado especial que juntou no primeiro processo os comprovantes de pagamentos do programa garantia-safra do Governo Federal no período de 10 (dez) anos, na qual foi considerada como início de prova material. No entanto, analisando as provas, o magistrado entendeu que o segurado não havia cumprido como o requisito da carência, qual seja, de 180 (cento e oitenta) meses de efetivo exercício da atividade rural. E assim, entendeu pela improcedência do processo.

Nesse diapasão, a improcedência da ação primitiva fundou-se na insuficiência de provas que pudesse comprovar que o segurado trabalhou pelo período de 180

(cento e oitenta) meses. Não há nenhum obstáculo processual que limite a utilização desses mesmos comprovantes do programa garantia-safra na futura ação. Pelo contrário, o que há é a proteção ao do direito fundamental a produção das provas lícitas, como verdadeira acepção da dignidade da pessoa humana. Aqui prevalece o princípio segundo “o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, nos termos do art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988. (BRASIL. 1988).

Ademais, a improcedência do processo originário se deu pela “insuficiência de provas” que pudesse comprovar que o segurado tivesse trabalhado pelo período mínimo de 180 (cento e oitenta) meses e não pela “ausência de provas”. Entendimento análogo é o de Roberti Junior (2010) segundo o qual as provas não serão apenas aquelas que surgiram após o resultado definitivo do processo denegatório, mas também as que foram utilizadas antes da sentença revestida da autoridade da coisa julgada, não podendo ser aniquiladas.

A posição que se encontram os segurados na relação jurídica previdenciária também poderá dar ensejo ao entendimento de que as provas positivas do processo denegatório possam ser utilizadas no novel processo. A tendência é construir um processo previdenciário voltado para a justiça e, sobretudo, para o ser humano. Nesse sentido Savaris (2011.p. 90) afirma que: “mais ainda, não se pode esquecer que o indivíduo agravado como a sentença de não proteção se presume hipossuficiente (em termos econômicos e informacionais) e sofrendo ameaça de subsistência pela ausência de recursos sociais”.

Ao buscar na hipossuficiência dos segurados para justificar a utilização das provas positivas do processo originário, remonta as lições de Savaris (2011,p.47):

Na discussão dos fatos, inspira-nos o princípio *in dubio pro misero*. [...] Um juízo de equidade se faz necessário e pode conduzir a aplicação da solução *pro misero*, da mesma forma que o direito do trabalho comporta a solução *in dubio pro operário*. Mais do que isso, o valor fundamental do direito a previdência social reclama, tanto quanto o direito à liberdade, um exame a qualquer tempo, mesmo quando o interessado tenha sofrido do juízo de improcedência por insuficiência de provas. Esse é um pensamento que também justifica o consagrado entendimento de que o fundo do direito previdenciário é imprescritível. (grife do autor).

As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal, que prima pela proteção ao trabalhador

segurado da previdência social, motivo pelo qual as interpretações nos pleitos previdenciários devem ser julgadas no sentido de amparar a parte hipossuficientes e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais.

Posição análoga adota Savaris (2011,p.91) ao tratar sobre a relação entre os segurados e o processo previdenciário:

Eis um caminho para o processo previdenciário. Quando nos referimos as exigências de normatividade própria do direito processual previdenciário, propusemos que a lógica da preservação da vida do hipossuficiente deve inspirar o legislador na elaboração de normas processuais previdenciárias e orientar o juiz na busca de soluções para questões abertas pela insuficiência do processo civil comum.

A hipossuficiência dos segurados perante a previdência social brasileira traz uma perspectiva inovadora pautada nos ideais neoconstitucionalista, ao ser o caminho para as interpretações mais benéficas aos segurados, como justificativa da entidade pública tão somente em operar a melhor aplicação do princípio da legalidade, quando dar ao indivíduo aquilo que, desde o primeiro processo, lhe era devido pela lei. (SAVARIS, 2011).

Assim sendo, não há como negar a utilização das provas positivas do processo originário. O resultado não só beneficia o segurado, mas dará um arcabouço probatório para que o Estado preste o serviço jurisdicional com eficiência. As provas positivas do processo originário não poderão ser desconsideradas na análise da incidência da coisa julgada, pois também servirão para a instrução probatória do segundo processo, no exercício regular do direito de produzir provas lícitas amparados pela Carta Magna de 1988.

3.3 DA EFICÁCIA NÃO PRECLUSIVA DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O fortalecimento do que fora exposto anteriormente deve ser ratificada com a adoção da ideia de que há, em determinados casos, a impossibilidade de preclusão do direito previdenciário e, em especial, do conjunto probatório. Esta, por sua vez, é a negativa de incidência da coisa julgada formal e da eficácia preclusiva das matérias previdenciárias previstas no art.508 do CPC, devendo ser interpretada de modo diverso no âmbito previdenciário como já vem reconhecendo as jurisprudências dos nossos tribunais superiores.

O direito previdenciário adota a processualística civil comum para regular os seus procedimentos, porém, não se devem esquecer as peculiaridades das ações previdenciárias, o que pode justificar a relativização da metodologia rígida do direito processual e, sobretudo, do instituto da coisa julgada (BRASIL, 2015).

A regra constitucional de proteção previdenciária permite a possibilidade de que a matéria previdenciária possa ser novamente analisada pelo Poder Judiciário, em detrimento da dignidade da pessoa humana e da concretude dos princípios constitucionais. O valor maior – dignidade – deve prevalecer sobre o menor – segurança jurídica-, como acepção básica de uma ordem jurídica justa.

Segundo Savaris (2011, p. 91):

A lógica da preservação da vida, fundamento do direito material previdenciário, nos leva ao princípio processual da não preclusão do direito previdenciário. Este, por sua vez, reclama concretização dos princípios constitucionais do devido processo legal e do direito a uma ordem jurídica justa na condução do processo previdenciário, para o efeito de afastar os efeitos plenos da coisa julgada.

Assim, embora o processo civil comum adote para o fechamento predominantemente da indiscutibilidade da coisa julgada, o processo previdenciário se fundamenta no princípio constitucional do devido processo legal com a essencialidade da não preclusão do direito previdenciário. Não é razoável privar os segurados da previdência social com medo e insegurança perpétua de não ser reconhecido a cobertura previdenciária a que, na realidade, faz jus. Em troca de que, precisamente (SAVARIS, 2011).

Roberti Jr (2010,p.3) alerta sobre a perigosa problemática da preclusão no processo previdenciário, dizendo:

Pensar o contrário acarretaria o reconhecimento de que o segurado tem uma única oportunidade processual de ver o seu direito reconhecido e de que, se esta estiver sob a condução de advogado pouco diligente, que não tem a iniciativa de reunir documentos mínimos para instruir devidamente a ação, o trabalhador de uma vida inteira poderá, por exemplo, nunca se aposentar, dada a provável improcedência da demanda em referência, que com o trânsito em julgado se perpetuaria, o que reforça o convencimento de que a coisa julgada da demanda previdenciária deve ser mitigada em atenção a precariedade da prova documental que motivou a denegação do direito.

Desta forma, se o pleito originário foi julgado improcedente por ausência de um conjunto probatório que pudesse comprovar o direito do segurado, o transito em

julgado do processo não pode, por si só, ser obstáculo processual para a renovação da lide, desde que cumpra os requisitos para a renovação.

Inovador posicionamento da 5ª turma do Tribunal Regional Federal – TRF da 4ª Região, no AC nº 2001.04.01.075054-3 (BRASIL, 2002):

O princípio de prova material e pré-condição para a própria admissibilidade da lide. Trata-se de documento essencial, que deve instruir a petição inicial, pena de indeferimento (CPC, art.283 c.c. 295, VI). Consequentemente, sem ele, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267. I). E assim deve ser, porque o direito previdenciário não admite a preclusão do direito ao benefício, por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão. Portanto, não cabe, na esfera judicial, solução diversa, certo que o Direito Processual deve ser enfocado, sempre, como meio para a realização do direito material.

Ainda neste contexto, a 1ª seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ tratou de flexibilizar a autoridade da coisa julgada material previdenciária, ao ratificar o entendimento do TRF da 4ª região supra. O colendo tribunal confirmou a extinção do processo originário sem a resolução do mérito, quando a documentação do segurado não for suficientemente capaz de comprovar o direito a percepção do benefício solicitado, o que permitirá a repropositura da ação com os primeiros documentos, fortalecido com os novos documentos.

O STJ, no REsp nº 1.352.721/SP (BRASIL, 2015) se manifestou da forma a seguir emendada:

APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO. 2.[...] Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental a prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 5.[...] A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art.283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art.267, IV do CPC) e a conseqüente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art.268 do CPC), caso reúna os elementos necessários a tal iniciativa. 6. Recurso Especial do INSS desprovido. (grifo nosso).

De forma diversa, Roberti Jr (2010,p.3) entende que a extinção do processo sem resolução do mérito e inadequada, na medida em que houver um juízo de valor sobre as provas ao verificar que são insuficientes. Se estiver, a partir da análise probatória, apreciando o mérito da causa e, sendo o exame desfavorável, deve-se optar pelo julgamento de mérito da causa, dando improcedência do pleito, devendo ser fiel as técnicas processuais.

E aqui que o argumento das provas positivas do processo originário obtém força, uma vez que as conclusões de Roberti Jr vão a fundamentar o pensamento defendido a pouco, de que as provas positivas do primeiro processo devem ser usadas pelo segurado no segundo processo, como acepção legal do direito ao acesso dos segurados aos benefícios da previdência social brasileira.

Assim, Roberti Jr (2010,p.3-4) conclui:

Nesse sentido, ao se deparar com processo previdenciário que contenha provas documentais precárias ou simplesmente não contenha qualquer início de provas material, o juiz não pode deixar de julgar o mérito da demanda, ele deve ser fiel a técnica processual, posicionando-se sobre o direito em litigio e firmando a sua improcedência, se for o caso. Sua preocupação em fazer justiça deve cingir-se a fundamentar com clareza que a improcedência do pedido se baseou na ausência ou na deficiência documental, permitindo, assim, que a coisa julgada material formada na ação possa ser revista a partir da apresentação de novos documentos que supram a carência material apontada como motivo da rejeição do pleito. (grifo nosso).

Nesta toada, se deparando com um processo de insuficiência de provas ou ausência de provas, o magistrado poderá extinguir o processo sem resolução do mérito com fundamentos na teoria da não preclusão do direito previdenciário ou ainda poderá resolver o mérito, mas desde que justifique na sentença seu posicionamento e reconheça as provas favoráveis ao segurado, a fim de que estas possam ser utilizadas em uma nova ação.

A sentença de improcedência do processo originário de não proteção, por si só, não pode significar absolutamente a última decisão jurisdicional. E extremamente relevante que o direito processual previdenciário permaneça no constante processo de adequação com os princípios constitucionais protetivos e com as ideias de justiça.

3.4 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: AS ÚLTIMAS PONDERAÇÕES

Uma coisa resta-nos depois dessa longa jornada, a saber, quais os posicionamentos contrários a relativização da coisa julgada, com a finalidade de ponderarmos os posicionamentos. A perspectiva é enfatizar que o fenômeno da relativização da coisa julgada lato sensu, com reflexos na seara previdenciária, não pode ser interpretado ilimitadamente e irrestritamente.

Por mais que a relativização da coisa julgada previdenciária tenha suas razões jurídicas, morais e sociais, não podemos desprezar a importância processual do instituto da coisa julgada, como valor securitário do sistema processual brasileiro, chegando Leonardo Greco (2008, p.255) a afirmar que a coisa julgada “é uma garantia essencial do direito fundamental a segurança jurídica”.

Sufraga a mesma opinião Roberti Jr (2010,p.1) dizendo que “é claro que a flexibilização da segurança jurídica não deve ser adotada irrestritamente. Sua aplicação deve cingir-se a casos em que realmente se denote justa causa para revisão do que foi acertado de maneira definitiva pelo Poder Judiciário”. Nessa perspectiva, os casos deverão ser bem limitados, pois as lides previdenciárias não poderão se perpetuar por qualquer justificativa.

O principal empecilho defendido pela doutrina contrária a relativização da coisa julgada é o valor segurança jurídica, aqui entendida como direito fundamental tutelado pela Constituição Federal de 1988. Para essa corrente, deve o Estado, ao tomar para si a resolução dos conflitos por meio da jurisdição, decidir com base na lei pré-estabelecida e dar aos seus julgados a qualidade de definitividade e imunizá-lo.

A esse respeito, Greco (2008,p.254) afirma que:

Toda via, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

Assim, para o referido doutrinador, é inadmissível a relativização da coisa julgada, por ser esta decorrente de uma garantia fundamental de dar segurança jurídica para as questões postas ao Poder Judiciário, estabelecido no art.5º da

Constituição Federal de 1988 (CÂMARA,2008).

Não é somente esse autor que se posiciona contrário a relativização e, por sua vez, contrário ao nosso entendimento. Merece destaque as contribuições de Guilherme Marinoni e Nery Jr, no sentido de afirmar que a coisa julgada é atributo do Estado Democrático de Direito, sendo, pois, seu elemento de existência (GÓES,2008). Inicialmente, Marinoni (2008) reconhece que não há ainda uma solução ideal para a questão da relativização da coisa julgada tratando-se de uma tensão entre justiça e segurança.

Deveras, Marinoni ensina que a jurisdição deve zelar pela importância da coisa julgada material, uma vez que de nada adiantaria falar em direito ao acesso à justiça sem dar ao postulante o direito de ter o seu problema resolvido definitivamente. Assim, conclui o referido autor que “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e a efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento”. (MARINONI,2008,p.266).

Está claro a posição de Marinoni (2008,p.282) ao afirmar que:

Está claro que as teorias que vêm se disseminando sobre a relativização da coisa julgada não podem ser aceitas. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. [...]. O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.

Comunga com o mesmo entendimento Nery Jr (2008) ao afirmar que a natureza jurídica do sistema processual brasileiro e instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual pressupõe a observância das normas processuais efetivamente positivadas pelo Estado. Busca ainda justificar a discordância com a desconsideração da coisa julgada por meio de um argumento político e filosófico.

Desta forma pensa Nery Jr (2008,p.295):

O subprincípio da segurança jurídica, do qual a coisa julgada material é elemento de existência, é manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito, conforme reconhece a doutrina mundial. Desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria

desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo. (grifo do autor).

Nessa perspectiva, para o autor supra não há a relativização da coisa julgada, mas sim a descon sideração da coisa julgada, podendo este último ser perigoso para o próprio Estado Democrático de Direito, chegando Góes (2008,p.169) a afirmar que “Sob o rótulo de relativização, na realidade, o que pretendem os autores favoráveis é a pura descon sideração da coisa julgada. Trata-se do aniquilamento da coisa julgada”.

Outros, porém entendem que a relativização da coisa julgada atenta ao princípio da duração razoável do processo, previsto no art.5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 Góes (2008.p.175) chega a fazer a seguinte indagação: “resolver o processo sem prazo significa razoável duração do processo ¿

Por fim para demonstrar o descontentamento com a produção científica da relativização da coisa julgada, Nery Jr (apud GÓES, 2008,p.175) ensina que “não se pode interpretar o direito contra preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos, porque isto seria ato de sabotagem, de ação revolucionária, mas não método de busca científica. O jurista não pode semear discórdia, incerteza, desigualdade e desequilíbrio social”.

Em suma, para os referidos autores, a relativização da coisa julgada faz nascer a insegurança jurídica. Essas indagações também devem ser feitas quando tratamos da relativização na coisa julgada previdenciária, uma vez que o reexame da matéria previdenciária denegada anteriormente deve ser observado sobre o primado da justa causa, como propõe Roberti Jr.

Os fundamentos de reexame aqui apresentados não buscam a descon sideração da coisa julgada, mas apenas dar aos segurados o direito de ter seu pleito novamente analisado, com base em fundamentos que prevaleçam sobre o instituto processual da coisa julgada, quando chamados a cobrir uma relação jurídica maléfica ou prejudicial a própria dignidade dos segurados.

Aplicação análoga e o entendimento de Ibe (2012,p.11) ao afirmar que “não se pretende, apesar disso, generalizar e desconstituir a coisa julgada para toda e qualquer circunstância em que o direito mínimo a Previdência seja ameaça, mas tão somente nos casos onde se produziu o instituto da coisa julgada através das regras do ônus probatório[...]”.

Diante do exposto, na análise da incidência da coisa julgada, o juiz do segundo processo não pode se limitar a análise das novas provas acostadas na renovação da lide. As provas positivas do processo originário devem ser consideradas na verificação da coisa julgada material previdenciário fundamental dos segurados, bem como não haver, em determinados casos, a preclusão do direito previdenciário.

CONCLUSÃO

O instituto da coisa julgada previdenciária não deve ser interpretado isoladamente, pensar desta forma é retomar a aplicação das teorias preponderantes no período romano, onde as sentenças eram absolutas, independentemente da justiça ou injustiça da decisão. Ainda fomentar a ideia de que os segurados dispõem apenas de uma oportunidade de ver o seu direito previdenciário assegurado, após uma vida inteira de trabalho, é o mesmo que conceder-lhe uma sentença de indignidade.

Os princípios de devido processo legal, moldado no processo previdenciário, o direito fundamental de ter acesso aos benefícios previdenciários e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana são suficientemente capazes de proporcionar a renovação da lide, ao possibilitar o deferimento de uma prestação previdenciária que fora denegada injustamente em um processo antecedente.

Ademais, em face da omissão jurisprudencial, há de ser razoável que as provas que instruíram o processo originário julgado improcedente devem ser utilizadas tanto para a verificação da ocorrência da coisa julgada quanto para a instrução do segundo processo, dando ao magistrado um robusto substrato probatório para o seu decisum. Com o intuito de não desconsiderar a importância da coisa julgada, se verificando que o processo originário foi instruído com provas negativas ao segurado, o magistrado deve acolher o instituto da coisa julgada, pois não pode-se permitir a relativização a qualquer custo, e o que é pior, sob os auspícios do Poder Judiciário.

Doutra forma, se verificando que o processo originário fora instruído por meio do exercício fundamental a produção de que provas lícitas, o magistrado deve analisar as provas positivas do processo originário benéficas aos segurados, uma vez que vigora no processo previdenciário a teoria da não preclusão do direito previdenciário. Ainda, agindo dessa maneira, o magistrado do segundo processo contribui para a concessão de uma prestação jurisdicional justa, que atende aos princípios constitucionais.

Assim, além de renovar a solicitação do benefício por meio de um novo requerimento administrativo, é razoável que os segurados instrua o segundo com provas benéficas utilizadas no primeiro processo, uma vez que as novas provas irão

robustecer as provas anteriores consideradas benéficas, porém insuficientes naquele primeiro momento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. J. A. D.; BRITO. T. C. D. S. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. **Rev. Fac. Direito de UFMG**, Belo Horizonte, n. 1º, p. 200. Jul Dez 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/130;121>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

ALVES. J. C. B. **Direito Romano**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

AMADO. F. **Prática previdenciária processual nos juizados especiais federais**. Salvador: Juspodvm, 2017.

BARRETO. J. E. P. P. **A mentira na verdade jurídica: fundamentos para a relativização da coisa julgada**. 1ª ed. Crato: RDS, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 240.712**. Relator: Ministro Jose Delgado. Brasília. DF, 15 de fevereiro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199901097320&dt_publicacao=24-04-2000&cod_tipo_documento=3. Acesso em: 09 de novembro de 2017.

_____. **Código de Processo Civil. Lei Ordinária nº 13.105/2015**. Brasília, DF Senado Federal. 2015.

_____. Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF. **Enunciado nº 164**. Brasília/DF, 19 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.ajufe.org/images/compilados/enunciados/FONAJEF-enunciados.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2017.

_____. Turma Nacional de Uniformização – TNU. Acórdão nº 0031861-11.2011.4.03.6301. Requerente: Nelinda Duda da Cruz. Requerido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Juiz Federal João Batista Lazzari. Brasília, DF, 07 de maio de 2015. **Pedido de Uniformização. Previdenciário. Benefício por Incapacidade. Extinção do Processo. Coisa Julgada**. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/xelrgd16.pdf>. Acesso em 13 de dezembro de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal. 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Apelação Cível nº 2001.04.01.075054-3**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelada: Silvarina Fonseca Ortiz. Relator: Desembargador A A Ramos de Oliveira. Porto Alegre, RS, 18 de agosto de 2002. Porto Alegre. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8654831/apelacao-civel-ac-75054-rs-20010401075054-3/inteiro-teor-102691250#>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.352.721.

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Aparecida Martini dos Santos. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 07 de outubro de 2015. **Direito Previdenciário. Aposentadoria Por Idade Rural. Ausência de Prova Material Apta A Comprovar O Exercício da Atividade Rural. Extinção do Feito Sem Resolução do Mérito de Modo Que A Ação Prosa Ser Re proposta. Recurso Especial do INSS Desprovido.** Brasília. 16 dez 2015. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339874216/recurso-especial-resp-1352721-sp-2012-0234217-1/inteiro-teor-339874217>. Acesso em 13 de dezembro de 2017.

CÂMARA. A. F. **Relativização da coisa julgada material.** In: DIDIER JR. F. Relativização da coisa julgada. 2ª ed. Salvador: Juspodvm. 2208. Cap. I. p. 17-39.

CASTRO. C. A. P. D., LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário.** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

CINTRA. A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRETELLA JR, J. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro.** 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JR. F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de direito processual civil.** 10ª ed. Salvador: Juspodvm, v. 2, 2015.

DINAMARCO, C. R. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, p. 7-45, Jul/dez 2001. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20535>. Aceso em 04 de dezembro de 2017.

GÓES, G. S. F. A “relativização da coisa julgada: Exame crítico (Exposição de um ponto de vista contrário). In: _____. **Relativização da coisa julgada.** 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2008. Cap. IV, p. 163-177.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito processual civil esquematizado.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, L. Eficácia da Declaração era omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: _____. **A relativização da coisa julgada.** 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2008. Cap. IX, p. 251-261.

IBE, M. B. A relativização da coisa julgada no direito previdenciário. **Intertem@s**, América do Norte, v. 22ª, p. 82, 07 fev. 2012. ISSN 1677.1281. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2855/2634>. Acesso em: 13 de dezembro de 2017.

KASER, M. **Romisches privatrecht.** Tradução de Samuel RODRIGUES e Ferdinand

HÄMMERLE. Lisboa: Fundação calouste gulbenian, 1999.

LEAL, R. P. **O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Derley, 2007. 346 p.

LIEBMAN, E. T. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid: Benvindo Aires e tradução de textos posteriores a edição GRINOVER. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARINONI, L. G. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: _____. **A relativização da coisa julgada**. 2ª. Ed. Salvador: Juspodvm, 2008. Cap. X, p. 263-285.

MARQUES, J. F. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999.

NERY JR, N. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: _____. **Relativização da coisa julgada**. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2008. Cap. XI, p 287-306.

NEVES, D. A. A. **Novo código de processo civil comentado**. 5ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016. 1904 p.

NOBREGA, V. L. **Compêndio de direito romano**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1976.

PINTO, A. T. **Direito Romano**. 2ª. Ed. Fortaleza: Fa7, 2003, 380 p.

POLETTI, R. **Elementos de direito romano público e privado**. 1ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

ROBERTI JR, J. C. B. A relativização da coisa julgada material nas ações previdenciárias: justiça e sensibilidade social como fundamentos de revisão. **Revista de Doutrina TRF 4**, Porto Alegre, Abril 2010. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/joao_riberti.html. Acesso em 4 de dezembro de 2017.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direitos processual civil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2003.

SAVARIS, J. A. Algumas considerações sobre a prova material previdenciária. **Revista da AJUFERGS – Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 03ª, p. 213-238, [entre 2005 e 2007]. Disponível em <http://www.ajufers.org.br/arquivosrevista/3/algumasreflexsobreaprovamaterialprevidenciaia.pdf>. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

_____. **Direito processual previdenciário**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. 552 p.

THEODORO JR, H. **Curso de direito processual civil**. 43ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JR, H.; FARIA, J. C. O tormentoso problema da inconstitucionalidade

da sentença passado em julgado. In: _____. **Relativização da coisa julgada**. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2008, Cap. VII, p. 179-223.