

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros

Os juízos de admissibilidade, rescindente e rescisório da ação rescisória: uma abordagem a partir da ponderação dos princípios da segurança jurídica e acesso à justiça

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros

Os juízos de admissibilidade, rescindente e rescisório da ação rescisória: uma abordagem a partir da ponderação dos princípios da segurança jurídica e acesso à justiça

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Livre Docente Teresa Arruda Alvim Wambier.

SÃO PAULO

2008

RESUMO

A ação rescisória é meio para desconstituição da coisa julgada material. Uma vez que a coisa julgada é instituto previsto expressamente no texto constitucional, no seu art. 5º, inciso XXXVI, a interpretação que se costuma dar às regras infraconstitucionais, que disciplinam a ação rescisória, é restritiva, voltada à idéia prevalecente da segurança jurídica, vista como subprincípio do Estado Democrático de Direito. Ocorre que o acesso à justiça, que também é subprincípio do Estado Democrático de Direito, foi redimensionado, a partir da Constituição Federal de 1988, alargando-se seu sentido e alcance. Nesse contexto, o acesso à justiça deixou de ser visto apenas como o direito de pedir a prestação da tutela jurisdicional. Seu conteúdo é mais abrangente, envolvendo o direito de obter uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz, que aproxime os dois planos: aquele da realidade criada como resultado do processo e o outro que decorre do direito material. Em síntese, o acesso à justiça compreende o direito de obter uma decisão fundada no Direito. Espera-se do juiz que, compreendendo as particularidades do caso concreto, encontre, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os Direitos Fundamentais. A ação rescisória, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade, é uma segunda oportunidade para se viabilizar a realização desse fim. Com base nessa premissa e procurando compatibilizar os valores em jogo, quais sejam de um lado, a coisa julgada e a estabilidade que inspira e, de outro, o acesso à justiça e a confiança do jurisdicionado de que será aplicado o Direito, buscou-se, neste trabalho, a partir da doutrina e da jurisprudência, dar sugestões para uma interpretação mais flexível das regras infraconstitucionais que regulamentam a ação rescisória na sistemática processual civil brasileira, seja no que concerne ao juízo de admissibilidade, seja quanto aos juízos rescindente e rescisório, de forma a que essa ação de impugnação autônoma cumpra seu relevante papel no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: ação rescisória; acesso à justiça; flexibilização da interpretação das regras infraconstitucionais; estado democrático de direito.

ABSTRACT

The action seeking rescission is the remedy by means of which the material thing judged may be annulled. Because the thing judged is an institution expressly provided in the Brazilian constitutional text, in its art. 5, item XXXVI, the interpretation that is usually given to the rules under the constitution, which govern the action seeking rescission, is restrictive and focused on the prevailing idea of the juridical security, seen as a sub-principle of the Democratic Rule of Law. The reality is that the access to justice, which is also a sub-principle of the Democratic Rule of Law, was given a new dimension with the enactment of the 1988 Brazilian Constitution, and both its meaning and scope were broadened. In this context the access to justice was no longer seen merely as the right to request provision of the judicial protection. Its content became more comprehensive, involving the right to obtain the effective and efficacious juridical protection, which puts the two perspectives closer: the one of the reality established as a result of the lawsuit and the other consequent of the material right. In summary, the access to justice comprises the right to obtain a decision on the grounds of Law. By becoming aware of the particulars of the actual case, the judge is expected to find, in the general and abstract rule, a solution that conforms to the constitutional provisions and principles, as well as to the Fundamental Rights. The rescission action, provided that the admissibility requirements are met, is a second opportunity to make feasible the accomplishment of such goal. Based on such premise and seeking to make compatible the values at stake (namely, on one side, the thing judged and the stability that it inspires and, on the other side, the access to justice and the trust of the person under judicial protection that the Law will be enforced), this paper seeks to give suggestions based on doctrine and jurisprudence for a more flexible interpretation of the rules below the constitution, which govern the rescission action in the civil procedural system both with respect to the judgment of admissibility, and to the judgments making the previous judgment null (*rescindente*) and handing down a new decision on the action (*rescisório*), so that the rescission action of independent impugnation may serve its relevant role in the Democratic Rule of Law.

Key-words: rescission action; access to justice; flexibilization of the interpretation of the rules under the constitution; democratic rule of law.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| RESUMO | 3 |
| ABSTRACT | 4 |
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 1.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 6 |
| 1.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 17 |
| 1.3 A JURISDIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO ACESSO À JUSTIÇA | 29 |
| 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A COISA JULGADA | 45 |
| 2.1 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL | 45 |
| 2.2 TRÂNSITO EM JULGADO | 64 |
| 2.3 COISA JULGADA: FUNÇÕES, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO | 65 |
| 2.3.1 A Antecipação de Tutela e a Coisa Julgada | 73 |
| 2.3.2 As Tutelas de Urgência e a Coisa Julgada..... | 85 |
| 2.3.3 A Fase do Cumprimento de Sentença e a Coisa Julgada..... | 98 |
| 2.3.4 A Execução e a Coisa Julgada..... | 106 |
| 2.4 LIMITES OBJETIVOS, TEMPORAIS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA | 120 |
| 3 A AÇÃO RESCISÓRIA COMO MEIO TÍPICO DE IMPUGNAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS DE MÉRITO TRANSITADOS EM JULGADO | 134 |
| 3.1 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO RESCISÓRIA | 134 |
| 3.2 OS JUÍZOS PELOS QUAIS PASSA A AÇÃO RESCISÓRIA | 147 |
| 3.3 OS EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA..... | 149 |
| 4 DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE | 150 |
| 4.1 DO OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA | 150 |
| 4.2 DO PRAZO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA | 152 |
| 4.2.1 O Prazo é Decadencial..... | 152 |
| 4.2.2 O Termo <i>a quo</i> | 153 |
| 4.2.2.1 Competência | 156 |
| 4.2.2.2 Procedimento | 166 |
| 5 DO JUÍZO RESCINDENTE E SUA RELAÇÃO COM O JUÍZO RESCISÓRIO: | 170 |
| 5.1 PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO OU CORRUPÇÃO DO JUIZ..... | 170 |

| | |
|--|------------|
| 5.2 IMPARCIALIDADE DO JUIZ..... | 172 |
| 5.3 INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA | 175 |
| 5.4 DOLO E COLUSÃO..... | 176 |
| 5.5 COISA JULGADA..... | 178 |
| 5.6 VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI..... | 180 |
| 5.7 PROVA FALSA | 185 |
| 5.8 INVALIDADE DE CONFISSÃO, RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO, RENÚNCIA E TRANSAÇÃO..... | 186 |
| 5.9 DOCUMENTO NOVO | 187 |
| 5.10 ERRO DE FATO..... | 189 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 192 |
| REFERÊNCIAS | 194 |

1 INTRODUÇÃO

1.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo da ação rescisória está intrinsecamente ligado ao instituto da coisa julgada material, uma vez que aquela é meio de impugnação da sentença de mérito que transita em julgado, cujo comando, em função da autoridade da coisa julgada material, torna-se imutável.

Por sua vez, a coisa julgada material é, como se afirma reiteradamente nos trabalhos doutrinários a seu respeito, vinculada ao Estado Democrático de Direito.¹

Reputa-se indispensável, então, compreenderem-se as linhas gerais a respeito do que é o Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição de 1988, segundo o qual:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúveis dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político.

¹ Nesse sentido, dentre os constitucionalistas, destaca-se o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem: “A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o caso julgado. O instituto do caso julgado assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – caso julgado formal -, quer porque a relação material controvertida (‘questão de mérito’ ‘questão de fundo’) é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – caso julgado material. [...] Embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja previsto, expressis verbis, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional [...] e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 265). Na doutrina pátria, dentre os processualistas, assim se manifestam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “O princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito e desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim Gomes Canotilho, em torno de dois conceitos basilares: o da estabilidade das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, através de procedimentos legalmente exigidos; o da previsibilidade, que ‘se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos’. Como se disse, trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja este plenamente configurado é imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança de orientação e realização do Direito. Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada – muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, no art. 5º, inc. XXXVI, no sentido de não se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada – porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22).

Também Luiz Guilherme Marinoni e Nelson Nery Junior fazem essa vinculação (MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2006d. p. 233) e (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a. p. 38).

A trajetória histórica até o atual Estado Democrático de Direito compreende o Estado Liberal de Direito e o Estado Social. A transformação do Estado Liberal em Estado Social e deste em Estado Democrático de Direito, como aparece na Constituição de 1988, não se deu pela recusa dos direitos reconhecidos pelos primeiros, mas pela incorporação de direitos, reflexo das novas demandas econômicas e sociais que marcaram o Ocidente ao longo dos séculos XIX e XX, e que são essenciais para compreender o Estado contemporâneo e suas funções.²

Segundo ensina Paulo Bonavides, a primeira noção de Estado de Direito nasceu da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca. Nas palavras do constitucionalista, “precisava-se sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, o feudalismo e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a liberdade moderna.”³

Marco decisivo, na formação e consolidação desse Estado de Direito, foi a Revolução Francesa de 1789, que investe no poder a burguesia.

Enquanto o absolutismo caracterizava-se pela ausência completa de limitações ao exercício do poder pelo soberano, o Estado Liberal de Direito visa a impedir essa tendência monopolizadora do poder, estabelecendo uma porção de freios destinados a garantir a liberdade dos indivíduos contra ingerências injustificáveis.

A atuação do Estado, neste momento histórico, deve se restringir ao mínimo necessário para garantir os direitos conquistados pela burguesia.

Para tanto, o Estado Liberal de Direito erige como fundamento o princípio da legalidade. A partir dele, governantes e governados estão submetidos ao império da lei.

José Afonso da Silva, a respeito, ensina:

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências

² Conf. Ingo Wolfgang Sarlet, “com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância [...]”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54).

³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal. Evocavam-se, à época, a igualdade de todos (com o fim dos privilégios de nascimento), a liberdade, a propriedade.⁴

José Afonso da Silva, porém, destaca que houve concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito.

Por isso, segundo ele,

Cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra Direito e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra “Estado”. Assim [...] há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material.
[...]
Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.⁵

Nesse Estado legislativo – que é uma visão reduzida e deformante do Estado de Direito – o parlamento assume nítida posição de superioridade, reservando a si o poder político da elaboração das leis, com vistas a conter os abusos da administração e da jurisdição.

Ocorre que, uma vez que o direito foi resumido à lei e a análise de sua validade era feita exclusivamente com base na autoridade da fonte da sua produção, restou impossível controlar os abusos da própria legislação. Além disso, porque os valores perseguidos à época eram a liberdade e a igualdade [formal], para não violá-las, entendia-se que as leis deveriam caracterizar-se pela generalidade e abstração. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico, nem ser elaborada com vistas a uma determinada situação.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni,

⁴ Conforme explica Luciano Gruppi, embora, nessa concepção liberal se fale em povo, há, dentro desse povo, uma distinção entre quem pode exercer direitos civis por ser independente – no sentido de proprietário, por conseguinte capaz de um pensamento independente – e quem não pode. O direito fundamental de propriedade é defendido com a liberdade de palavra, de associação e com a representatividade do Parlamento. (GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 10. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 16).

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-114.

A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder perante os cidadãos – que, por serem “iguais”, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico. A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não-discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais.⁶

Os movimentos sociais do século XIX puseram em xeque o liberalismo, com sua idéia de Estado de Direito meramente formal, neutro e individualista, tornando nítida a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social.

O Estado Liberal de Direito, então, transforma-se no Estado Social de Direito, que se revela como um tipo de Estado que visa a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Trata-se da correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.⁷

Como assinala Paulo Bonavides,

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.⁸

O Estado Social implicou uma releitura dos direitos de igualdade, liberdade e propriedade, visando à sua concretização, por meio de um comportamento ativo do Estado.

Ocorre que, tal como aconteceu em relação ao Estado Liberal de Direito, também em relação ao Estado Social de Direito, pela própria ambigüidade do termo **social**, que comporta várias interpretações⁹, surgiram concepções deformadoras. Nesse sentido, Paulo Bonavides refere-se ao desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado contemporâneo**. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 16-17.

⁷ DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973.

⁸ BONAVIDES, 2007, p. 186.

⁹ A Alemanha nazista e a Itália fascista foram Estados sociais, conforme observa Ibid., p. 184.

o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação de o utilizarem a favor próprio [corrupção e plutocracia] ou no interesse do avassalamento do indivíduo [totalitarismo].¹⁰

Constata-se que a atuação assistencialista do Estado, ao invés de ensejar a formação de cidadãos conscientes de seu papel na esfera pública, propiciou uma relação paternalista e dependente entre o indivíduo e o Estado.

Outros dois fatores provocaram o desgaste do Estado Social de Direito.

Um deles diz respeito ao quadro econômico, na medida em que o Estado Social, que é interventor, necessita de constante crescimento econômico que propicie arrecadação de impostos para que possa executar seus programas sociais. Qualquer desaceleração da economia, portanto, repercute na atuação estatal.

O outro fator refere-se ao próprio perfil da sociedade, que se torna mais complexa e passa a formular pretensões de reconhecimento e satisfação de novos direitos.

Primeiramente, é preciso ressaltar que o desvirtuamento e desgaste não são razões, assim como não o foram em relação ao Estado Liberal de Direito, para deixar de se reconhecer o Estado Social de Direito como uma importantíssima conquista da civilização.

Mas as deformações que sofreu e o surgimento de novas reivindicações do ser humano, relacionadas, por exemplo, ao meio ambiente e à qualidade de vida, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, levaram ao Estado Democrático de Direito.

Esclarecendo a razão pela qual o constituinte de 1988 reputou necessário acrescentar o adjetivo “Democrático” ao termo “Estado de Direito” consagrado pelas demais constituições nacionais, Miguel Reale ensina que se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, diferentemente do que ocorrera no período imediatamente anterior, da ditadura militar.¹¹ Além disso, pretendeu-se indicar o propósito de se passar de um Estado de Direito meramente formal para um Estado de Direito e de Justiça Social, “instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade”¹², dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao pluralismo político.

¹⁰ BONAVIDES, 2007, p. 203.

¹¹ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2-4.

¹² Rodrigo Brandão chama atenção no sentido de que o pluralismo das sociedades contemporâneas é bem ilustrado pelo caráter compromissório da Constituição brasileira de 1988, em cujo âmbito não se verifica a consagração jurídica de uma ideologia ou visão de mundo dominante, senão o compromisso possível entre forças sociais e políticas distintas que atuaram nos respectivos processos constituintes. Isso se vê claramente do *caput* e incisos do art. 170 da CF, que prevêem princípios tipicamente liberais (livre iniciativa, propriedade privada etc) ao lado de princípios de nítida inspiração social-democrata (justiça social, função social da propriedade etc).

Para Paulo Bonavides, o Estado social das democracias ampara-se na idéia de conciliação da personalidade com a justiça social.¹³ É, segundo o doutrinador, o

Estado social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e a igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno.¹⁴

Essa trajetória histórica, brevemente relatada, do Estado Liberal para o Estado Social e deste para o Estado Democrático de Direito evidencia a íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais.¹⁵

Vê-se que, ao longo do tempo, os direitos fundamentais passaram por transformações, apresentando-se em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.¹⁶ Daí aludir-se, na doutrina¹⁷, a três dimensões ou gerações de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração são aqueles decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII. São os direitos do indivíduo frente ao Estado.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, apresentam-se “como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos

(BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 132).

¹³ Esse doutrinador não utiliza a expressão Estado Democrático de Direito, mas Estado social das democracias. (BONAVIDES, 2007, p. 24).

¹⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵ É importante ressaltar que essa trajetória não se deu, ao longo da História, e nos diversos países, de maneira linear e plana. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal, no seu artigo 1º, afirma que se está em face de um Estado Democrático de Direito. No entanto, o cenário político nacional evidencia que, em vários setores, sequer o princípio da liberdade, consagrado já no Estado Liberal de Direito, concretizou-se de forma plena. Nesse sentido, Judith Martins-Costa assinala que “As categorias libertadoras da modernidade iluminista ainda não chegaram para muitos: a escravidão, por exemplo, ainda é uma realidade neste país; as pessoas são ainda hobbesianamente estatutárias, valem pelo status, pela classe, pelo cargo; diante dos indicadores sociais e econômicos, percebe-se que o Estado de Direito existe como estrutura formal, e não real, ou substancial”. (Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 138). Isso significa que o desafio, no Brasil, é ainda mais difícil do que para aqueles países que já lograram um patamar satisfatório de efetivação dos direitos fundamentais de primeira e segunda gerações e empenham-se, agora, na estruturação de um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais que consolidem a efetivação dos direitos de terceira geração. O desafio se potencializa se se considerar o processo de globalização econômica.

¹⁶ Conf. SARLET, 2007, p. 54.

¹⁷ Nesse sentido, dentre outros, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562-572 e *Ibid.*, p. 54-68.

poderes públicos, sendo, nesse sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’.”¹⁸

Compreendem os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, bem como um leque de liberdades, tais como a liberdade de expressão, de associação, de imprensa, reunião etc e direitos de participação política.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração são aqueles reconhecidos pelo Estado Liberal de Direito.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, por sua vez, estão relacionados aos movimentos ocorridos no século XIX e início do século XX, que fizeram surgir o Estado Social de Direito. São direitos de cunho positivo, ou seja, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho.¹⁹ Compreendem, ainda, as liberdades sociais, relacionadas, por exemplo, à sindicalização, direito de greve, garantias trabalhistas.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, segundo Ingo Wolfgang Sarlet

Também denominados de direitos de fraternidade e solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem –indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa.²⁰

São, por exemplo, os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, à comunicação.

De acordo com Paulo Bonavides,

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o **gênero humano**

¹⁸ SARLET, 2007, p. 56.

¹⁹ No que se refere à sua multifuncionalidade, os direitos fundamentais podem ser direitos de defesa ou direitos a prestações. Os primeiros dizem respeito ao direito de o particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica [são os direitos de primeira geração]. Quanto aos outros [direitos de segunda geração] são subdivididos em direitos à proteção; à participação na organização e através de procedimentos; e às prestações sociais. Em síntese: o indivíduo possui o direito de impedir a intromissão, mas também o direito de exigir ações positivas do Estado.

²⁰ SARLET, op. cit., p. 58.

mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.²¹ (grifo nosso).

Seu surgimento corresponde à formação do Estado Democrático de Direito, como resposta à banalização do mal e à descartabilidade do ser humano. Na Europa, pode-se afirmar que esse movimento tem início com o término da Segunda Guerra. No Brasil, com o fim da ditadura militar.

Reitere-se que essas dimensões dos direitos fundamentais se **complementam**, ou seja, o Estado Democrático de Direito, a que adere a Constituição Federal de 1988, consagra não só os direitos fundamentais de terceira geração, mas também aqueles da primeira e segunda gerações, adaptados, é claro, às exigências do homem contemporâneo.

Assim, o princípio da legalidade, cujo significado à época do Estado Liberal de Direito era de observância, de governantes e governados, à norma jurídica editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular, de cunho abstrato e geral, atualmente, no Estado Democrático de Direito tem nova feição, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal, contemporaneamente tem conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei aos princípios constitucionais e direitos fundamentais.²²

Em cada uma dessas fases históricas, o Estado e a Constituição desempenharam um papel.

O Estado começou liberal, com funções mínimas, em uma fase de afirmação dos direitos políticos e individuais²³. Como ensina Ana Paula de Barcellos, o indivíduo é o centro e o fim de todas as construções humanas e a Constituição, nessa fase,

Era uma norma dirigida basicamente aos poderes constituídos e principalmente ao Legislativo, cabendo a este sua interpretação e implementação. Salvo pelos direitos individuais que limitavam a ação do Executivo e podiam contra ele ser opostos, a Constituição não era uma norma jurídica como as demais; o acesso a ela não estava franqueado aos indivíduos e ao juiz.²⁴

²¹ BONAVIDES, 2004, p. 569. Paulo Bonavides menciona, ainda, a existência de direitos fundamentais de quarta geração, decorrentes do que o autor chama de globalização política e que dizem respeito à democracia, ao direito de informação e ao direito ao pluralismo. (Ibid., p. 571).

²² Conf. MARINONI, 2005, p. 26.

²³ Conf. BARROSO, Luís Roberto. **Interesses públicos versus Interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Prefácio.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 22.

Posteriormente, o Estado tornou-se social, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Ainda de acordo com Ana Paula de Barcellos,

Em vários momentos e por várias razões, o homem foi não apenas funcionalizado, como também imolado brutalmente nos altares do Estado-nação, do Estado-partido, da ideologia da segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal.²⁵

Contemporaneamente, o Estado Democrático de Direito tem, segundo Willis Santiago Guerra Filho, o compromisso básico de promover

A harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros.²⁶

A Constituição, conforme ensina Luís Roberto Barroso, passou para o centro do sistema jurídico e à sua supremacia meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos seus princípios. A Constituição passa a ser compreendida como uma ordem objetiva de valores e um sistema aberto de princípios e regras, transformando-se no filtro através do qual deve ser lido todo o direito infraconstitucional.²⁷

Essa idéia de abertura, que passou a nortear a Constituição, compreende outras duas: a de incompletude, uma vez que a Constituição não tem a pretensão de disciplinar todos os temas e, em relação àqueles que disciplina, assim o faz instituindo os grandes princípios e a de indeterminação de sentido, que permite a integração de suas normas pela atuação do legislador e do intérprete.²⁸

Este fenômeno contemporâneo da “constitucionalização do direito [é identificado pelas expressões] pós-positivismo [ou] principialismo.”²⁹

²⁵ BARCELLOS, 2002, p. 23.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: C. Bastos, 1999. p. 28.

²⁷ BARROSO, 2007.

²⁸ Ibid.

²⁹ Para Luís Prieto Sanchís, as características dessa proposta neoconstitucionalista são: “Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços imunes em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de

Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

[...]

A constitucionalização do direito infraconstitucional não se confunde com a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional. E indireta, quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a)- antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b)- ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.³⁰

Uma última observação deve ser feita e diz respeito ao papel da jurisdição ao longo da trajetória histórica do Estado Democrático de Direito.

Segundo Pietro Costa, são pontos cardeais do Estado de Direito: o poder político (a soberania, o Estado), o direito (o direito objetivo, as normas), os indivíduos.

Conforme o professor de História de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, “o Estado de Direito apresenta-se, em suma como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos.”³¹

Em todo o curso da sua história, ainda segundo Pietro Costa, o Estado de Direito se mostra como uma tentativa de frear o poder, exercendo o controle sobre ele.

Inicialmente, o Direito põe ao Estado limites formais e procedurais, com vistas a assegurar, fundamentalmente, a liberdade e a propriedade. Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos e na propriedade, deveria haver lei nesse sentido.

Posteriormente, o Direito passa a exigir a ação do Estado. No entanto, é preciso pôr limites a uma atuação estatal que tende a ser muito intervencionista em relação à liberdade e à propriedade.

uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas”. (SANCHÍS, Luís Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 131-132).

³⁰ BARROSO, 2007.

³¹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 96.

Numa fase seguinte, ampliam-se os direitos aos quais o Estado está funcionalmente ligado e a proteção a esses direitos, que passam a compor a própria Constituição. É preciso se exercer o controle sobre os atos do Estado, visando a proporcionar a segura tutela desses direitos.

Em todo esse percurso, é recorrente, conforme se afirmou, a idéia de, por meio do Estado de Direito, frear e exercer o controle sobre o poder.³² É recorrente, também, o meio proposto para tanto: pôr limites ao Estado significa submeter as suas decisões ao controle do juiz. A jurisdição, conforme afirma Pietro Costa, é o poder chamado para frear o poder.

Ocorre que, num primeiro momento, à luz do positivismo jurídico, à jurisdição cabia aplicar a lei, sem se preocupar com o seu conteúdo. Contemporaneamente, porém, à luz do que se tem chamado de neoconstitucionalismo, o papel da jurisdição exige a compreensão da lei em face da Constituição.³³

³² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA; ZOLO, 2006, p. 197.

³³ O papel do juiz no Estado Democrático de Direito tem sido objeto de muitos estudos, fundamentalmente em face da discussão existente em torno de eventual contradição entre democracia [da qual decorre a eleição pelo povo de representantes seus para elaboração das leis] e controle judicial da constitucionalidade das leis, que é exercido por juízes, que, não sendo eleitos pelo povo, não teriam legitimidade democrática. Uma vez que os valores fundamentais da sociedade passaram a fazer parte das Constituições, por meio de normas-princípios, que, por sua própria natureza são mais genéricas que as normas-regras, e considerando que cabe ao Poder Jurisdicional, tanto no exercício do controle difuso, quanto concentrado, pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei, em última análise, seriam os juízes que, por meio das decisões judiciais, acabariam por fixar o sentido e alcance daqueles princípios e dos direitos fundamentais a que se referem. Quanto a essa questão, Rodrigo Brandão esclarece que, no Brasil, é esse o modelo concreto de democracia previsto na Constituição, que é resultado do exercício do poder constituinte pelos representantes eleitos pelo povo. Ou seja, o constituinte brasileiro estabeleceu um modelo que combina a deliberação majoritária de um Parlamento eleito, com o entrincheiramento constitucional de direitos e o controle jurisdicional de constitucionalidade. Assim, segundo Rodrigo Brandão, “mais proveitoso do que discutir se toda e qualquer forma de controle de constitucionalidade se opõe à democracia, afigura-se a análise do grau de rigidez de um regime constitucional concreto, a fim de verificar se o ideal de autogoverno do povo restou ou não prejudicado na hipótese em exame [...]”. Ainda de acordo com o mesmo doutrinador, não haverá violação à democracia desde que o Judiciário empregue em sua tutela dose razoável de autorestrição, e instrumentos metodológicos que reduzam o subjetivismo inerente à aplicação dos princípios morais abstratos. “Sujeitando-se o Judiciário aos referidos limites, acredita-se obter equilíbrio entre as pretensões de permanência e alterabilidade do projeto constitucional, demarcando-se, com razoável precisão, os espaços dos consensos mínimos constitucionais e do pluralismo político, em que atuarão, respectivamente, o Judiciário e o legislador democrático. Dessa forma, viabiliza-se que as modificações constitucionais sejam feitas, por um lado, sem prejuízo do núcleo de identidade da Constituição e sem a erosão de garantias inerentes à dignidade da pessoa humana e à continuidade da democracia, e por outro, evita-se um engessamento do texto constitucional e um sufocamento do espaço de conformação reservado à deliberação democrática”. (BRANDÃO, 2008, p. 343). Para Luiz Guilherme Marinoni, “É evidente que a necessidade de compreensão da lei a partir da Constituição confere ao juiz maior subjetividade, o que vincula a legitimidade da prestação jurisdicional à explicação da sua correção. Mas o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, no Estado Contemporâneo, está em verificar se é possível atribuir correção à decisão do juiz, ou melhor, encontra-se na definição do que se pretende dizer com correção da decisão jurisdicional. Na verdade, já vimos que não é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, a uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Entretanto, a circunstância dessa impossibilidade não pode retirar do juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é racional e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto. Acontece que uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é atributo dela mesma. Uma decisão ‘se mostra’ racional ou não. Para tanto, necessita de ‘algo’, isto é, da

A vinculação da coisa julgada material a esse Estado Democrático de Direito e a releitura do instituto da ação rescisória a partir desse conjunto de idéias e transformações metodológicas são objeto deste trabalho.

1.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da segunda metade do século XX, as Constituições – dentre elas, a brasileira – se transformaram, conforme Ana Paula de Barcellos, “no repositório jurídico de valores compartilhados pela sociedade sob a forma de opções políticas fundamentais e de programas de ação vinculantes para os poderes públicos.”³⁴

Não se trata, porém, de mera inclusão desses valores no texto da Constituição, como enunciados políticos, de inegável dimensão ético-valorativa, mas despidos de juridicidade ou, ainda, como fonte normativa subsidiária.

Os valores passaram a ser as idéias centrais³⁵ das Constituições, na forma de normas-princípios, juridicamente obrigatórias.

racionalidade da argumentação. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a decisão correta.” (MARINONI, 2005, p. 61).

³⁴ BARCELLOS, 2002, p. 18.

³⁵ Como assinala Ana Paula de Barcellos, “A norma em geral, não apenas a jurídica, transita na seara da possibilidade e da liberdade, isto é: daquilo que é possível acontecer e do que o homem, no exercício de sua liberdade, pode decidir fazer. A nota da juridicidade vem com a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma, ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento da norma, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente”. Ainda é a mesma autora, que esclarece que há modalidades distintas de eficácia jurídica: – a eficácia positiva ou simétrica: que produz o efeito desejado pela norma. Ou seja, essa espécie de norma “utiliza a fórmula de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam;” – a nulidade: pressupõe a prática comissiva de um ato infrator, que, porém, terá seus efeitos invalidados; – a ineficácia: a ordem jurídica autoriza que simplesmente se possa ignorar a existência de atos praticados em desconformidade com a norma jurídica, desconsiderando seus efeitos; – a anulabilidade: tal como a nulidade, acarreta a invalidade, porém tem restrições quanto ao prazo em que pode ser alegada, a legitimidade para alegá-la e, além disso, opera ex nunc, diferentemente da nulidade que, em regra, opera ex tunc; – a eficácia negativa: autoriza que sejam declaradas inválidas as normas ou atos que contrariem os efeitos pretendidos pela norma violada.; – a eficácia vedativa do retrocesso: criação doutrinária que diz respeito aos princípios, particularmente àqueles relacionados aos direitos fundamentais. “A eficácia vedativa do retrocesso propõe que se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”; – penalidade: aplicação de penalidade ao agente que viola o comando normativo. “Não tem a capacidade de produzir o efeito pretendido pela norma; sua missão é influenciar a vontade do indivíduo responsável pelo cumprimento da norma para que, diante da ameaça ou da própria pena [...], ele se motive a obedecê-la”; – interpretativa: significa que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as normas de hierarquia superior a que estão vinculadas. Essa eficácia interpretativa pode operar-se dentro da própria Constituição, em relação aos princípios, pois, “embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, até

Em outras palavras, a positivação dos princípios implicou a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização.³⁶

Os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica.³⁷ Diferenciam-se entre si, fundamentalmente, de acordo com Willis Santiago Guerra Filho^{38, 39}, pelo seguinte:

- a) as regras trazem a descrição de um fato ou certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Estes, portanto, têm um grau muitíssimo mais alto de generalidade [quanto à classe de indivíduos a que se aplicam] e abstração [quanto à espécie de fato a que se aplicam];
- b) em razão do seu substrato fático, as regras, ou são válidas e se aplicam, ou são inválidas e por isso não se aplicam. São comandos de definição. Quanto aos princípios, porém, admitem-se gradações. São comandos de otimização;
- c) enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, que se resolve pela perda de validade de uma das regras em conflito, as colisões entre princípios resulta em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro.⁴⁰

mesmo por força da unidade da Constituição, é fácil reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral”. (Ibid., p. 32, 59-75).

³⁶ Nesse sentido, Humberto Ávila, que conclui: “os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80).

³⁷ A respeito, dentre outros, ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

³⁸ GUERRA FILHO, 1999, p. 44-45.

³⁹ Sobre a distinção entre princípios e regras, debruçaram-se Ronald Dworkin (Taking rights seriously, 1997) e Roberto Alexy (Teoria de los derechos fundamentales, 1997). Na doutrina nacional, destaca-se Humberto Ávila, que defende que a oposição entre regra e princípio, ambos compreendidos como norma, não pode ser vista no sentido da exclusividade contraditória, mas no de que uma e a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio. Além disso, segundo Humberto Ávila, não só os princípios, mas também as regras podem ser ponderados e possuem uma dimensão de peso. A distinção entre princípios e regras estaria em outro(s) aspecto(s), como, por exemplo, no fato de as regras terem diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição de uma competência como objeto, visando apenas indiretamente à obtenção de um fim, ao passo que os princípios visam, inversamente, diretamente à consecução de um fim e influem apenas indiretamente nos modos comportamentais ou nas atribuições de competência necessárias para tal fim. (ÁVILA, 2007).

⁴⁰ Ainda sobre a distinção entre princípios e regras, não se pode deixar de transcrever os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos: a) o grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c)- carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d)- proximidade da idéia de direito: os princípios

Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desprestigiar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.⁴¹

A Constituição de 1988 apresenta-se como um sistema normativo aberto de regras e princípios, trazendo, já nos seus dois primeiros Títulos, as opções políticas do constituinte brasileiro e as valorações éticas espelhadas no catálogo de direitos e garantias fundamentais.⁴²

É um sistema normativo porque se mostra como uma ordem escalonada de normas, conforme o seu grau de generalidade e abstração. Se a idéia de sistema fosse representada por meio da figura de uma pirâmide, os princípios constitucionais ocupariam o patamar mais elevado, exercendo, conforme ensina Paulo Bonavides, a função de fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a função de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.^{43, 44}

são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal; e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. Conforme o constitucionalista, no plano qualitativo, princípios e regras se diferenciam porque: “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, aos constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumpri-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.[...] em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards, que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)”. (CANOTILHO, 2003, p. 1161-1162).

⁴¹ GUERRA FILHO, 1999, p. 59.

⁴² Nesse sentido, dentre outros: BONAVIDES, 2004, p.509-633; GUERRA FILHO, 1999, p. 26; ESPÍNDOLA, 2002, p. 186.

⁴³ BONAVIDES, 2004, p. 285.

É um sistema aberto porque, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, tem uma “estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.”^{45, 46}

A abertura da norma constitucional, conforme explica Ruy Samuel Espíndola, significa ainda

Que ela possui espaços normativos deixados à concretização do legislador, do juiz e do administrador, que a trarão do seu estado de normatividade potencial para um status jurídico de normatividade atual e imediata. Nessa perspectiva relacionam-se as idéias de densidade com a de abertura. Ou seja, quanto maior abertura tiver uma norma constitucional menor densidade ela terá, e, assim, mais distante ficará de um estado de norma realizável pelos seus próprios efeitos e condições de aplicação.⁴⁷

Ou seja, abertura do sistema vincula-se à idéia de atualização do texto constitucional e de sua densificação, de forma a possibilitar a solução de um problema.

Entender-se a Constituição como um sistema não só de regras, mas também de princípios, traz conseqüências importantes no que se refere à sua interpretação, dando destaque ao conceito de concretização e ao papel do juiz.⁴⁸

⁴⁴ Juarez Freitas afirma que “numa adequada interpretação tópico-sistemática da constituição, os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema”. O ápice, porque “é no cume principiológico do direito positivo que se enfeixa o plexo das prescrições geradoras da normatividade”. É a base porque é o juiz que culmina o processo de positivização jurídica, emprestando densidade e consistência ao sistema, ao aplicar a norma no caso concreto. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação vs única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 328).

⁴⁵ CANOTILHO, 2003, p. 1.159.

⁴⁶ Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug, em artigo intitulado *Desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*, escreveram: “A constituição deve ser compreendida como um sistema normativo dinâmico. Portanto, não pode e nem deve ser concebida como um sistema fechado ou estático, posto que a constituição não se encontra apartada da realidade social que visa a regular. Pelo contrário, a constituição formal e a constituição material encontram-se entrelaçadas, de modo que a realidade fática penetra na realidade normativa, e vice-versa. Em outras palavras: a realidade fática e a normativa encontram-se em uma relação de reciprocidade. Não se faz possível separar essas duas realidades (fática e normativa). É necessário confrontá-las, posto que ambas encontram-se mutuamente imbrincadas”. (BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. *Desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. In: SILVA, Virgílio Afonso da., 2005, p. 150).

⁴⁷ ESPÍNDOLA, 2002, p. 235.

⁴⁸ A respeito da mutação constitucional em função da interpretação constitucional judicial, Anna Cândida da Cunha Ferraz preleciona: “[...] a Constituição tende a refletir idéias e valores dominantes em determinada época, e a configurar uma situação de compromisso entre crenças e interesses distintos, não apenas em matéria política, mas, também, em matéria econômica e social. Na realidade, saliente Karl Wheare, a Constituição é um reflexo das forças políticas, econômicas e sociais que atuam no momento de sua adoção e que irão atuar, também, no momento de sua aplicação. Resultado desse fato, a Constituição deve ser vista como elemento condicionado, porém, ao mesmo tempo condicionante da estrutura social. Se a Constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Conseqüentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido, significado e alcance. [...] Dentre os

Paulo Bonavides esclarece que, na

Nova Hermenêutica, [o papel do intérprete não se limita a interpretar a norma, mas a concretizá-la, que é, em verdade,] interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional.⁴⁹

Enquanto sujeitos concretizantes do Judiciário, os juízes,

Com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta no plano político-normatizador (regimentos, regulamentos, leis, estatutos etc), desenvolvem seus trabalhos de concretização, de forma a obter normas de decisão, solucionadoras de problemas concretos, colocados diante de seus juízos decisórios.⁵⁰

Em outras palavras, cabe ao juiz compreender a lei na medida da Constituição. Ao assim fazê-lo, estará desenvolvendo um trabalho de concretização da norma constitucional. Mas não é só. A proteção jurídica, por meio da tutela jurisdicional, compreende, além da atribuição de significado da norma ordinária à luz da Constituição, efetiva realização do comando da norma.

O constitucionalista português ressalta que essa perspectiva [tratar-se de um sistema normativo aberto de regras e princípios] é de extrema importância porque

permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentos adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.⁵¹

Os princípios constitucionais, conforme já se fez ver, são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos essenciais da ordem jurídica que institui.⁵²

processos não formais de mutação constitucional, a interpretação judicial desempenha relevantíssimo papel. Pela interpretação constitucional, desenvolvida pelos Tribunais, transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente”. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 125-126).

⁴⁹ BONAVIDES, 2004, p. 633.

⁵⁰ Conf. ESPÍNDOLA, 2002, p. 240-241.

⁵¹ BONAVIDES, op. cit., p. 1163.

⁵² Celso Ribeiro Bastos distingue os princípios constitucionais dos princípios gerais de Direito. Segundo o constitucionalista, os princípios gerais de Direito têm dentre suas diversas funções a de orientar a

Toda a ordem infraconstitucional deverá ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, porque aquela se apresenta com grau hierárquico inferior a estes.

Dentro da própria Constituição, porém, é corrente afirmar-se inexistir hierarquia entre as normas constitucionais, por força do princípio instrumental de interpretação constitucional que se refere à “unidade da constituição.”⁵³ No entanto, constata-se existir uma ascendência axiológica dos princípios constitucionais sobre o texto constitucional em geral.⁵⁴ Ou seja, os princípios constitucionais se irradiam por todo o texto constitucional, exercendo, conforme o seu raio de atuação, maior ou menor influência.

Visando a sistematizar os princípios constitucionais de acordo com o grau de destaque no âmbito do sistema e sua conseqüente abrangência, Luís Roberto Barroso os divide em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais.⁵⁵

atividade interpretativa, nota comum com os princípios constitucionais. A diferença está em que, ao contrário dos princípios constitucionais, os princípios gerais de Direito “são como cânones, de incidência obrigatória, seja qual for a parte do ordenamento constitucional (ou até infraconstitucional) com que se esteja lidando. Isso significa, a contrario sensu, que os princípios constitucionais serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando. Em outras palavras, surgirá a necessidade de se saber, em dado momento, qual ou quais são os princípios aplicáveis ao caso concreto, o que não ocorrerá, de certo, com os princípios gerais de Direito, que deverão sempre impor-se na atividade interpretativa. Concluindo, podemos dizer que, basicamente, os princípios gerais de Direito identificam-se e diferenciam-se dos demais princípios constitucionais pelo fato de apresentarem como nota característica a generalidade absoluta de sua incidência. Como conseqüência desse verdadeiro pressuposto de aplicação dos princípios gerais de Direito, também os princípios constitucionais, quando estiverem sendo aclarados em seu conteúdo, terão de observar e respeitar os princípios gerais de Direito. Vale dizer, servem estes de diretrizes, vetores para a correta interpretação dos princípios constitucionais”. Tais princípios, dada sua larga abrangência, são, conforme Celso Ribeiro Bastos, os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999a. p. 144-145).

⁵³ Luís Roberto Barroso é um dos constitucionalistas que ensina que, “por força do princípio da unidade, inexistem hierarquia entre normas da constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, in concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como o de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da constituição”. (BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da., 2005, p. 301-302). Virgílio Afonso da Silva, que no artigo intitulado *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico* põe em dúvida a existência de princípios de interpretação constitucional, afirmando que, em verdade, seriam os mesmos cânones clássicos da interpretação jurídica, entende que o princípio da ‘unidade da constituição’ nada mais é do que a proibição da interpretação isolada das disposições constitucionais, uma vez que as normas constitucionais compõem um sistema, cuja harmonia se deve preservar. Segundo o autor, “o chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de ‘interpretação sistemática’”. (SILVA, Virgílio Afonso da., 2005, p. 127).

⁵⁴ Conf. BARCELLOS, 2002, p. 74, o destaque de algumas normas constitucionais é evidenciado quer por expressa manifestação do constituinte, quer pela lógica do sistema. A existência de cláusulas pétreas dotadas de rigidez é manifestação de que as normas a que se referem integram o núcleo fundamental da Constituição Federal. Além disso, pode-se verificar a *ascendência axiológica*, no texto constitucional, pela constatação de uma determinada norma servir de matriz lógica para uma série de outras ao longo do texto constitucional, que funcionam como desdobramentos de sua idéia inicial.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 144-150.

Os princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. São dotados de natural força de expansão, de maneira que sua eficácia interpretativa se espalha por todo o texto constitucional; comportam desdobramentos em outros princípios; e têm ampla integração infraconstitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso, são princípios fundamentais do Estado brasileiro:

- a) princípio republicano;
- b) princípio federativo;
- c) princípio do Estado democrático de direito;
- d) princípio da separação dos poderes;
- e) princípio presidencialista;
- f) princípio da livre iniciativa.

À exceção do princípio presidencialista (previsto no art. 76 da CF), todos os demais se encontram no *caput* do art. 1º da Constituição de 1988.

Dentre os princípios gerais, conforme Luís Roberto Barroso, figuram:

- a) princípio da legalidade;
- b) princípio da liberdade;
- c) princípio da isonomia;
- d) princípio do acesso à justiça;
- e) princípio da autonomia estadual e municipal;
- f) princípio da segurança jurídica;
- g) princípio do juiz natural;
- h) princípio do devido processo legal.

Trata-se de um elenco não exaustivo, que se concentra no art. 5º da Constituição Federal. O que se evidencia em relação a esses princípios gerais é que não dizem respeito ao caráter organizatório do Estado, mas limitativo do seu poder, resguardando situações individuais, e seu conteúdo tem mais valoração ética do que decisão política.

Os princípios setoriais ou especiais estão distribuídos por diferentes títulos da Constituição e se irradiam sobre um número limitado de normas.

No que se refere à Administração Pública, são princípios setoriais ou especiais:

- a) princípio da legalidade administrativa;
- b) princípio da impessoalidade;
- c) princípio da moralidade;
- d) princípio da publicidade;
- e) princípio do concurso público;

f) princípio da prestação de contas.

No que se refere à tributação e orçamento, são princípios setoriais ou especiais:

- a) princípio da capacidade contributiva;
- b) princípio da legalidade tributária;
- c) princípio da isonomia tributária;
- d) princípio da anterioridade da lei tributária;
- e) princípio da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público;
- f) princípio da universalidade do orçamento;
- g) princípio da exclusividade da matéria orçamentária.

Há outros princípios setoriais ou especiais, relacionados à ordem econômica; social e organização de poderes.

Com base em José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Ruy Samuel Espíndola afirma que o sistema constitucional se assenta em “princípios estruturantes, subprincípios e regras constitucionais. [...] [Os subprincípios, por sua vez, subdividem-se, de forma escalonada e sucessiva, em] princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais.”⁵⁶

São princípios estruturantes da ordem constitucional brasileira:

- a) princípio do Estado de Direito;
- b) princípio democrático;
- c) princípio republicano;
- d) princípio federativo.

Tais princípios ganham concretização através de outros, os chamados princípios constitucionais gerais.

Assim, por exemplo, o princípio estruturante do Estado de Direito é densificado pelo princípio da legalidade/liberdade, previsto no *caput* e inciso II do art. 5º da Constituição de 1988.

Os princípios constitucionais gerais, por sua vez, densificam-se ou concretizam-se ainda mais através dos princípios constitucionais especiais. Dessa forma, o princípio da legalidade/liberdade, previsto no *caput* e inciso II do art. 5º da CF concretiza-se por meio do princípio da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX), legalidade tributária (art. 150, I) e princípio da legalidade dos atos da administração pública (art. 37, *caput*, c/c art. 70, *caput*).

⁵⁶ ESPÍNDOLA, 2002, p. 229-231.

Willis Santiago Guerra Filho também segue de perto a doutrina constitucional portuguesa e distingue os princípios fundamentais estruturantes, de princípios fundamentais gerais, sendo esses colocados em patamar abaixo daqueles. Por sua vez, abaixo dos princípios fundamentais gerais, vêm os princípios constitucionais especiais e, em seguida, as regras.⁵⁷

Como princípios fundamentais estruturantes, o doutrinador aponta o princípio do Estado de direito e o princípio democrático.

Dentre os princípios fundamentais gerais, dá destaque àquele que impõe a dignidade da pessoa humana. Em verdade, para Willis Santiago Guerra Filho, o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa.

Os princípios constitucionais especiais, por sua vez, seriam a concretização (embora, ainda, em nível extremamente abstrato) do princípio fundamental geral de respeito à dignidade humana. Do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, também, se deduziria o princípio da proporcionalidade, como decorrência lógica, além de política.^{58, 59}

⁵⁷ GUERRA FILHO, 1999, p. 47-49.

⁵⁸ Algumas observações, ainda, devem ser feitas quanto aos princípios constitucionais: **(a)** Os princípios, na Constituição brasileira, estão elencados, na sua maioria, nos seus Títulos I e II. Partindo da classificação de José Joaquim Gomes Canotilho, no *caput* do art. 1º, estão expressos princípios estruturantes do Estado, como aquele que identifica a opção política pelo Estado Democrático de Direito. Os princípios constitucionais gerais, que são aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais, aparecem no inciso III, do art. 1º [dignidade humana]; *caput* e incisos do art. 5º; art. 6º; art. 7º; 8º; 12; 14 e outros. Dentre os princípios constitucionais especiais, pode-se, por sua vez, citar o princípio da capacidade contributiva [art. 145, par. 1º]; **(b)** Os direitos fundamentais podem ser vistos no sentido material e formal. No sentido formal, são aqueles elencados na CF. No sentido material, direito fundamental é todo aquele que contém uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nesse ocupada pela pessoa humana (SARLET, 2007, p. 89); **(c)** Embora sejam expressões utilizadas, muitas vezes, como sinônimas, os 'direitos fundamentais' são aqueles positivados na Constituição, enquanto os 'direitos humanos' guardam relação com os documentos de direito internacional, enquanto pautas ético-políticas situadas, por exemplo, em tratados internacionais. **(d)** Outra observação diz respeito à abrangência das regras dos artigos 5º, § 1º e 60, § 4º, IV da Constituição Federal. O art. 5º, § 1º estabelece a eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O art. 60, § 4º, VI estabelece a vedação de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Embora esses dispositivos constitucionais não façam referência expressa aos direitos fundamentais sociais, bem como àqueles de terceira geração, a doutrina parece inclinar-se no sentido de também incluí-los no âmbito de proteção daquelas normas uma vez que estariam indissociavelmente vinculados ao núcleo essencial do Estado de Direito. Nesse sentido, dentre outros, BRANDÃO, 2008, p. 199. **(e)** Ainda outra observação refere-se ao reconhecimento de uma dupla dimensionalidade ou duplo caráter dos direitos fundamentais: um caráter subjetivo, individual, que abre ao titular de um direito fundamental a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o obrigado; e outro, objetivo, que expressa valores almejados por toda a comunidade política. Em outras palavras, os direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico. **(f)** Sob outra perspectiva, fala-se em eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz aos direitos fundamentais. Nesse caso, a eficácia é direta, imediata. Há eficácia horizontal nas relações entre particulares. Aí, a eficácia é mediata porque a força jurídica dos preceitos constitucionais, em regra, se afirma, em relação aos particulares, por meio das leis e das decisões judiciais. **(g)** No que se refere à sua multifuncionalidade, os direitos fundamentais podem ser direitos de defesa ou direitos a prestações. Os primeiros dizem respeito ao direito de o particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica [são os direitos de primeira geração]. Quanto aos outros [direitos de segunda geração] são subdivididos em direitos à proteção; à participação na organização e através de procedimentos; e às prestações sociais. Em síntese: o

Importante, nesse ponto, ressaltar o que Humberto Ávila ensina a respeito do que ele chama de “função eficaz dos princípios.”⁶⁰

Salienta o doutrinador que os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido de outras normas.

Essa atuação dos princípios sobre as outras normas, definindo-lhes o seu sentido e valor, pode acontecer de forma direta ou indireta.

Será de forma direta, quando houver a atuação do princípio sem intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra. Segundo o doutrinador,

No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. [...] Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias – elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal.⁶¹

Será de forma indireta, quando, na atuação de um princípio há necessidade de intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra. Nesse plano da eficácia indireta, os princípios exercem as seguintes funções:

- a) relativamente às normas mais amplas (sobre-princípios), os princípios exercem uma função definitória, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo: o subprincípio da proteção da confiança e da boa-fé objetiva especificam, para situações concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica;

indivíduo possui o direito de impedir a intromissão, mas também o direito de exigir ações positivas do Estado. (Conf. SARLET, 2007, p. 197).

⁵⁹ Nos termos do art. 5º, parágrafo 2º da CF, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” É com base nesse dispositivo constitucional, que Willis Santiago Guerra Filho reconhece em vigor, na ordem constitucional brasileira, o princípio da proporcionalidade, verdadeiro “princípio dos princípios”. Explica esse autor que, na Constituição brasileira, não há um preceito tal como expresso na Constituição portuguesa, que prevê que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”. (GUERRA FILHO, 1999, p. 61-62).

⁶⁰ ÁVILA, 2007. p. 97.

⁶¹ Ibid., p. 97.

- b) em relação às normas de abrangência mais restrita, os (sobre)princípios exercem uma função interpretativa, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de texto normativo expresso, restringindo ou ampliando seus sentidos. Por exemplo, o princípio do devido processo legal impõe a interpretação das regras que garantem a citação e a defesa;
- c) os princípios exercem, também, a função bloqueadora, na medida em que afastam elementos expressamente previstos nas normas que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido;
- d) os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem, além das funções interpretativa e bloqueadora, a função rearticuladora, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.

Por exemplo, o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente.⁶²

A ação rescisória, que é o objeto deste trabalho, é, com base na idéia de José Joaquim Gomes Canotilho, um dos instrumentos processuais adequados, possibilitador da concretização, densificação e realização prática das mensagens normativas da Constituição.

Isso porque tal instituto envolve, na sua essência, a tensão entre dois subprincípios do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica e o acesso à justiça.⁶³

Pode-se afirmar que, assim como o instituto da coisa julgada densifica o princípio da segurança jurídica, o instituto da ação rescisória densifica o princípio do acesso à justiça.

A relação entre esses princípios, no entanto, não é antagônica, mas dialética.

Tal como a segurança jurídica, também o acesso à justiça é princípio que decorre diretamente do Estado de Direito. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos,

Além da submissão à lei, é característica essencial do Estado de direito a submissão de todos à jurisdição. São, portanto, corolários diretos do Estado de direito a

⁶² ÁVILA, 2007, p. 97-98.

⁶³ Neste trabalho, apresentam-se como sinônimas as expressões 'direito de acesso à justiça', 'direito de ação', 'direito à tutela jurisdicional', 'direito à proteção judicial', direito esse que é decorrência da inafastabilidade do controle jurisdicional.

universalidade da tutela jurídica e o amplo acesso ao Poder Judiciário, garantidos pela Constituição em seu artigo 5º, XXXV.⁶⁴

Não basta existir a lei se não se assegurar que, se for descumprida, há um órgão imparcial que a faça valer concreta e efetivamente.

Sobre o direito de ação como direito fundamental e a relevância do princípio do acesso à justiça, Luiz Guilherme Marinoni ensina:

[...] o direito de ação pode permitir a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (mandado de segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais (direito à educação), a satisfação dos direitos fundamentais de proteção (direito do consumidor), ou mesmo servir de canal para a participação no poder e na reivindicação dos direitos fundamentais (ação popular e ação coletiva).

O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. [...]

O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito **o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles**. O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos, como o direito de receber quantia em dinheiro devida em razão de um empréstimo ou como o direito de cobrar os aluguéis que não foram pagos pelo locatário. [...] Mas não adianta simplesmente proclamar que o direito de ação não pode ser inviabilizado por questões sociais.

Na verdade, o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado, não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF).⁶⁵ (grifo nosso)

Uma vez que, contemporaneamente, o sentido e o alcance do princípio do acesso à justiça alargaram-se, o objetivo deste trabalho é promover uma reflexão sobre a **rearticulação** entre aquele princípio e o da segurança jurídica, e a repercussão que essa rearticulação promove na delimitação da ação rescisória.

⁶⁴ BARCELLOS, 2002, p. 149.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 208-209.

Não se trata de negar o princípio da segurança jurídica.⁶⁶ Mas de se propor a ponderação ou balanceamento dos princípios da segurança jurídica e acesso à justiça, que se apresentam como as duas faces da mesma moeda, identificando as razões pelas quais, contemporaneamente, essa ponderação resulta numa visão mais abrangente da ação rescisória.

1.3 A JURISDIÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO ACESSO À JUSTIÇA

A jurisdição, segundo Cândido Rangel Dinamarco, é a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.”⁶⁷

Uma vez que, em regra, é proibida a autotutela, cabe ao Estado⁶⁸ solucionar os conflitos de interesse que ocorrem no mundo dos fatos e que resultam da não-atuação espontânea da vontade do Direito⁶⁹. O Estado, então, (i), por meio de agentes específicos, em substituição aos sujeitos envolvidos no conflito, (ii) provocado por aquele que se afirma titular de um direito, (iii) decide imperativamente, impondo sua decisão, que, se preenchidas certas condições, torna-se definitiva.

Essa função estatal é exercida por meio do “processo”⁷⁰, cujos escopos são, além de **jurídico** – fazer atuar a vontade do Direito – também **social e político**, na medida em que visa à pacificação social e à estabilidade das instituições políticas.

⁶⁶ Oportuna, nesse ponto, a afirmação de Juarez Freitas no sentido de que “parece correto afirmar que, a rigor, inexistente direito fundamental absoluto (no sentido de ostentar apriorística primazia cabal, em todos os casos), dada a intersubjetividade dos direitos, de sorte que sequer a dignidade humana pode ser vista como absoluta, porque o respeito à dignidade supõe a proteção isonômica de todas as dignidades. Assim é que se deve interpretar a totalidade dos direitos fundamentais, em nossa Constituição, de maneira proporcional, respeitando a mútua e salutar relativização. Não enfraquece mas, ao contrário, fortalece a totalidade dos direitos fundamentais o fato de serem reciprocamente complementares”. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação vs única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da., 2005, p. 345).

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005a., v. I. p. 329. Para o autor, devem-se entender como *conflitos* as situações existentes entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizadas pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo, seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial. (Ibid., p. 136).

⁶⁸ Ressalvada a hipótese de o sujeito resignar-se em face da situação de conflito, o que é decorrência da liberdade ínsita à democracia e ressalvados, também, os meios alternativos de solução dos conflitos, como, por exemplo, a arbitragem [Lei n. 9.307, de 23.9.96] e a conciliação prevista na Lei dos Juizados Especiais.

⁶⁹ Dá-se ênfase para a afirmação de que o escopo jurídico diz respeito à atuação da vontade do *Direito*, porque a intenção é realmente evidenciar que, contemporaneamente, o processo e o juiz não podem mais ser vistos, respectivamente, como instrumento e agente de atuação da vontade da lei. A idéia de *Direito* é mais abrangente que a de lei, porque atrela o sentido desta à Constituição.

⁷⁰ O processo, de acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, é “um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução dos litígios. Pretende-se seja adequado aos fins a que se propõe. Participam dele o próprio Estado e as pessoas de alguma forma envolvidas nas controvérsias. Estes

Conforme Cândido Rangel Dinamarco,

Constituem inevitáveis realidades as insatisfações que afligem as pessoas, as quais são estados psíquicos capazes de comprometer sua felicidade pessoal e trazem em si uma perigosa tendência expansiva [...]. Ignorar as insatisfações pessoais importaria criar clima para possíveis explosões generalizadas de violência e contaminação do grupo, cuja unidade acabaria por ficar comprometida [...]. Nesse quadro é que avulta a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.⁷¹

Quanto ao escopo político, são palavras do mesmo autor:

Generalizar o respeito à lei é propiciar a autoridade do próprio Estado, na mesma medida em que este se enfraquece quando se generalize a transgressão aos preceitos que estabeleceu ao legislar de modo genérico e abstrato. Eis um importantíssimo aspecto positivo do exercício da jurisdição, erigindo-se a estabilidade das instituições estatais em relevante escopo político do processo.⁷²

Esses escopos, tal como se vê, estão umbilicalmente ligados ao princípio da segurança jurídica, que compreende as idéias de estabilidade e previsibilidade.⁷³

O processo, enquanto meio de atuação da jurisdição, visa à solução dos conflitos de interesse, mediante a incidência da vontade do Direito.⁷⁴ Ocorre que, se fosse permitido aos

sujeitos passam a se relacionar, praticando atos segundo a ordem e os modelos previamente previstos na lei”. (BEDAQUE José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 36). Ou seja, o processo, em verdade, envolve as idéias de: relação entre sujeitos; seqüência de atos voltados a determinado fim; e organização – daí falar-se em método de trabalho – dessa relação e desses atos por meio de técnicas voltadas para a efetividade da atuação da Jurisdição. A efetividade, por sua vez, deve ser entendida como no sentido de se proporcionar, em face dos conflitos de interesse, a solução destes de maneira a conferir, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção. A relação jurídica que se estabelece entre os sujeitos [partes e Estado] é apenas uma das facetas pelas quais se pode ver o processo.

⁷¹ DINAMARCO, 2005a, p. 146.

⁷² Ibid., p. 149.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 252.

⁷⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que “os objetivos da aplicação do princípio da vinculação à lei, inerente, como se disse, ao Estado de Direito, têm em vista gerar uma jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, que gera segurança. Mas esses objetivos são atingidos com a vinculação à lei, vista sob este enfoque, que abrange a doutrina e a jurisprudência. Assim diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos.” Ainda segundo a doutrinadora, “A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais. O juiz está vinculado à lei, mas a manipula de forma criativa”, sempre com o compromisso de se orientar pela pauta objetiva que lhe é dada pelos princípios e sem comprometimento com o interesse de uma das partes envolvidas, seja pessoal, seja ideológico. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104-108). Luiz Guilherme Marinoni, fundamentalmente seguindo a mesmo entendimento, esclarece: “A transformação operada no curso da história incidiu sobre as concepções de direito e de jurisdição,

cidadãos indefinidamente buscarem a revisão da solução dada pelo Estado-juiz, os conflitos, em verdade, nunca estariam, realmente, resolvidos, porque o que foi considerado, hoje, como certo, amanhã poderia deixar de sê-lo.

A jurisdição e o processo, se assim o fosse, não estariam cumprindo sua função pacificadora e de promoção da estabilidade das relações jurídicas. Em outras palavras, não estariam proporcionando segurança jurídica aos cidadãos.

Por isso, como forma de viabilizar que a jurisdição e o processo cumpram seus escopos, os Estados adotam a opção política de pôr um termo final na possibilidade de revisão da solução jurisdicional, de maneira a torná-la, a partir de um certo momento, a norma jurídica criada diante e para aquele caso concreto. Trata-se de conferir ao pronunciamento judicial a qualidade da imutabilidade e indiscutibilidade, tornando a decisão definitiva por operar-se, em relação ao seu comando, a autoridade da coisa julgada material.

O fundamento desse instituto, portanto, é, nas palavras de Celso Neves,

Eminentemente pragmático e nesse plano devem ser consideradas as construções doutrinárias com que se tem tentado justificar – ou pelo menos, explicar – a sua adoção, neste ou naquele sistema jurídico. [A coisa julgada é, ainda segundo o mesmo doutrinador,] uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática.⁷⁵

mas o processo continua a ser um instrumento da jurisdição [...]. O processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.” O autor faz uma crítica às teorias de Chiovenda e Carnelutti, esclarecendo que ambas estavam igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei. Segundo Chiovenda, o juiz deveria atuar a vontade concreta da lei; segundo Carnelutti, o juiz, a partir da norma geral, deveria criar a norma individual que dá solução ao caso concreto. Nos dois casos, porém, a ênfase era dada à lei, norma geral a ser particularizada para as partes. Ocorre que, numa sociedade ‘legalmente igualizada’, em que as relações têm características definidas como homogêneas, o caso era visto como algo quase que pré-definido. À jurisdição bastava proceder à subsunção do caso à norma geral mediante aplicação lógica. Atualmente, isso não é suficiente. Cabe ao juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise.” Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição do sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. [...] Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos”. Ainda segundo Luiz Guilherme Marinoni, essa necessidade de atribuição de sentido aos casos concretos significa que os novos fatos sociais são vitais para a compreensão do direito ou para a conformação da lei. Uma vez delineado o caso, o juiz deverá regulá-lo através da lei. Entretanto, hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. (MARINONI, 2007, p. 96-97, p. 415). Reitera-se que é esse o sentido em que, neste estudo, afirma-se que, por meio do processo, o juiz faz incidir o Direito.

⁷⁵ NEVES, Celso. **Contribuição ao estudo da coisa julgada civil**. Dissertação (Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970. p. 430-431.

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos ensina que “não houvesse esse limite, além do qual não se possa argüir a injustiça da decisão, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida.”⁷⁶

Quanto aos ângulos pelos quais se deve olhar o fenômeno da coisa julgada, Barbosa Moreira esclarece que, além daquele no sentido de que a atividade do órgão judicial seria vã se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações, há outros.

Segundo o processualista, para as partes, o aspecto que mais ressalta é a certeza de que, para todos os efeitos práticos, sua situação é aquela definida na sentença. Mesmo o vencido, abstraídos os aspectos psicológicos e emocionais, saberá em que termos e em que medida seu interesse deverá subordinar-se ao interesse do vencedor. Quanto a este, é-lhe reconhecido o direito à observância do julgado.

O interesse na preservação da coisa julgada, porém, ultrapassa o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões, conforme assevera Barbosa Moreira, é condição para que os jurisdicionados confiem na seriedade e eficiência da máquina estatal. Sabendo da firmeza das decisões judiciais, certamente não cairão na tentação de reagir por seus próprios meios, à margem da atuação estatal, o que é fator de tranquilidade social. Por fim, mas não menos importante, ao próprio Estado interessa a estabilidade das decisões jurisdicionais, pois seria peso intolerável ter que repetir a prestação quantas vezes lhe fosse solicitado pela parte insatisfeita com o resultado.⁷⁷

Eduardo Talamini igualmente afirma que o instituto da coisa julgada, expressão que é da segurança jurídica no âmbito dos atos jurisdicionais, é subprincípio inerente ao princípio do Estado de Direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. Além disso, de acordo com o processualista, a coisa julgada desempenha papel relevante na racionalização da atuação estatal uma vez que dispensa os órgãos jurisdicionais de trabalhar mais de uma vez sobre o mesmo objeto.⁷⁸

Realmente, no Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica desempenha papel fundamental. Conseqüentemente, fundamental também é o instituto da coisa julgada. Porém, não é absoluto.

⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1979. 3. v. p. 41.

⁷⁷ MOREIRA, Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, 2006d, p. 206.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-64.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da segurança jurídica se apresenta como um conjunto de conteúdos, quais sejam:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.⁷⁹

Paulo de Barros Carvalho, por sua vez, refere-se aos princípios da certeza do direito e da segurança jurídica como verdadeiros sobreprincípios, válidos para todo o ordenamento jurídico.

Segundo o doutrinador, o cânone da segurança jurídica

Está dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes de que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas [...].⁸⁰

Ocorre que, conforme destaca Ana Paula de Barcellos, “em um Estado de direito [...], não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos.”⁸¹

Daí a importância do papel da jurisdição – e do processo – na realização do Estado de Direito.

Sem o controle jurisdicional, que precisamente objetiva verificar a conformidade do ato ou atividade do Poder Público, e dos particulares, com as normas jurídicas, o princípio da legalidade não passaria de “fórmula vazia”⁸², na pertinente expressão de José Afonso da Silva.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 409.

⁸⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158-159.

⁸¹ BARCELLOS, 2002, p. 293.

São princípios informativos do processo:

- a) o princípio lógico, em decorrência do qual se entende que os atos, ao longo do processo, devem ser realizados numa seqüência racional, coerente;
- b) o princípio jurídico, segundo o qual o processo deve seguir as regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico;
- c) o princípio político que significa que o processo deve espelhar o Estado Democrático de Direito, proclamado no art. 1º da CF;
- d) o princípio econômico, de que se deve procurar obter o máximo de resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e de atividade.⁸³

Ao longo da trajetória histórica do Estado de Direito, já se viu que o papel da jurisdição alterou-se.

No Estado Liberal de Direito, ao juiz cabia, desde que válida, aplicar a lei. O seu conteúdo era objeto de preocupação do legislador, que, na sua atuação, visava a, fundamentalmente, impor limites ao Estado, por meio da edição de leis gerais e abstratas.

No Estado Democrático de Direito, há o comprometimento do administrador, legislador e juiz na realização dos valores que permeiam o grupo social. Esses valores são incorporados à Constituição por meio de normas-princípios cujo sentido repercute em toda a ordem jurídica. No Estado Democrático de Direito, mais que impor limites ao Estado, buscase vincular a ação do Estado [seja no âmbito legislativo, executivo ou jurisdicional] impondo o respeito àqueles princípios.

O processo, como instrumento de atuação da jurisdição, deve espelhar esse Estado Democrático de Direito.

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 assegura a proteção jurisdicional. Segundo esse dispositivo constitucional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em verdade, o princípio do acesso à justiça, é ínsito ao Estado de Direito. O constituinte brasileiro, porém, entendeu por bem incluí-lo expressamente no elenco dos direitos e garantias fundamentais, ressaltando, dessa forma, a sua **dimensão constitucional**.

Trata-se, a um só tempo, de um direito e de uma garantia. É um direito porque implica a “permissão”⁸⁴ da norma constitucional ao homem para a defesa de outros direitos. É

⁸² SILVA, José Afonso da., 2005, p. 429.

⁸³ Cândido Rangel Dinamarco prefere chamá-los de *regras técnicas*, pois não refletem uma opção política. (DINAMARCO, 2005a, p. 214).

⁸⁴ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, na perspectiva da multifuncionalidade, o acesso à justiça é um verdadeiro direito-garantia com dimensão prestacional. (SARLET, 2007, p. 211-212). Para José Joaquim Gomes Canotilho, o direito à tutela jurisdicional deve ser visto sob dupla dimensão: “(1) um **direito de defesa** ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um **direito de protecção do particular através de tribunais**

garantia, porque não é um fim em si mesmo, mas instrumento para a tutela desses outros direitos.

O princípio do acesso à justiça está “a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos ao seu titular.”⁸⁵

Mas além de fazer constar expressamente o princípio do acesso à justiça no elenco de direitos e garantias fundamentais, o constituinte ditou “padrões políticos para a vida daquele”⁸⁶, estabelecendo uma verdadeira tutela constitucional do processo, por meio da qual a Constituição

quer afeiçoar o processo a si mesma, de modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado-de-direito. Ela quer um processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras etc – porque assim ela mesma exige que seja o próprio Estado e assim é o modelo político da democracia.⁸⁷

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque,

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios. Daí poder-se afirmar ser o processo permeado de valores éticos, exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes. Exatamente por isso, o sistema processual deve ser construído a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais [...].⁸⁸

Além da tutela constitucional do processo, a Constituição, ainda, contém normas que asseguram a tutela da Constituição pelo processo, seja por meio do controle difuso da constitucionalidade, seja por meio do controle concentrado.

Dessa dimensão constitucional do processo decorrem conseqüências muito importantes, dentre elas a de que o magistrado deve interpretar as garantias processuais

do Estado no sentido de este o proteger perante a violação de seus direitos por terceiros (dever de protecção do Estado e direito do particular de exigir essa protecção)”. (CANOTILHO, 2003, p. 496).

⁸⁵ SILVA, José Afonso da, 2005, p. 189.

⁸⁶ Expressão de DINAMARCO, 2005a, p. 208.

⁸⁷ Conf. Ibid., p. 217.

⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60.

previstas na Constituição tal como se interpretam os princípios fundamentais, ou seja, “de modo a dar-lhes o máximo de eficácia.”⁸⁹

Dentre os princípios instrumentais de interpretação constitucional, tem-se, segundo Luís Roberto Barroso, o princípio da efetividade, que significa que o intérprete constitucional deve ter compromisso com a realização do direito e a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. A efetividade é, segundo o constitucionalista, a aproximação, mais íntima possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁹⁰

Não é por outra razão, que, contemporaneamente tem sido reconhecido, que o princípio do acesso à justiça deve ser entendido não apenas como o direito de pedir a tutela jurisdicional, mas como o direito de obter uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Correa de Almeida e Eduardo Talamini, a tutela jurisdicional será efetiva, se for capaz de dar ao credor tudo aquilo a que ele tem direito. Será eficaz se, no plano real e concreto dos fatos, for apta a produzir transformações no mundo empírico com o objetivo de gerar a satisfação do credor.⁹¹

Nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco se refere ao processo civil de resultados, postulando esse que consiste

Na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou situação postulada.⁹²

Kazuo Watanabe é enfático ao afirmar que o

Texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, de notável

⁸⁹ Conforme DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2006b. p. 32.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 303.

⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 329.

⁹² DINAMARCO, 2005a, p. 127.

função de cobrir as falhas existentes no sistema de instrumentos processuais organizado pelo legislador originário.⁹³

Para José Roberto dos Santos Bedaque,

O direito de agir em juízo, assegurado em sede constitucional, não se exaure em si mesmo. Deve ser examinado em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva, real, útil. O que interessa para o consumidor da Justiça, portanto, é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, desde que se revele existente ao final.⁹⁴

Esse sentido abrangente do princípio do acesso à justiça, compreendendo não só o reconhecimento do direito, mas a sua realização efetiva, traduz-se, por exemplo, nas tutelas diferenciadas, em relação às quais Teresa Arruda Alvim Wambier registra:

Assiste-se, assim, a um fenômeno que não pode ser desprezado, em boa dose decorrente da evolução da noção de Estado e de sua função desde o Estado liberal, passando pelo Estado social até chegar, hodiernamente, ao que se denomina Estado democrático, consistente num ‘salto de qualidade’ da atividade jurisdicional: se antes era essencialmente ressarcitória, o Poder Judiciário é chamado, cada vez mais, a certificar que as obrigações executadas judicialmente correspondam, sempre que possível, a exatamente aquilo que era devido, podendo, para se lograr a execução específica, determinar a realização das medidas que se fizerem necessárias, bem como a agir antes da lesão, incursionando na ordem social através da determinação de condutas a serem observadas.⁹⁵

O avanço das tutelas coletivas e as diversas reformas implementadas, ao longo dos últimos anos, no CPC, decorrem, fundamentalmente, dessa preocupação com a efetividade, com a realização dos direitos reconhecidos às partes no processo.⁹⁶

⁹³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 27.

⁹⁴ BEDAQUE, 1998, p. 75. Não é diferente o que pensam Luiz Guilherme Marinoni e Teori Albino Zavascki. De acordo com o primeiro, “não basta ao juiz compreender e conformar a lei de acordo com as normas constitucionais, concluindo que o autor tem um direito que deve ser tutelado. Cabe à jurisdição dar tutela aos direitos, e não apenas dizer que eles merecem proteção. De modo que agora interessa saber o que significa dar tutela jurisdicional aos direitos. Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção. [...] Mais do que direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado”. (MARINONI, 2005, p. 58). Já Teori Albino Zavascki entende que “o direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 66).

⁹⁵ WAMBIER, 2002, p. 71.

⁹⁶ Para Cássio Scarpinella Bueno, o acesso à justiça “quer significar o grau de **abertura** imposto pela Constituição Federal para o processo civil. Grau de abertura no sentido de ser amplamente desejável, no plano constitucional, o acesso ao Poder Judiciário. [...] A compreensão de que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário deve ser entendida no sentido de que qualquer forma de “pretensão”, isto é, “afirmação de direito” pode ser levada ao Poder Judiciário para solução [...] Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isto, uma resposta que diga ao

Não se pode deixar de mencionar, também, as alterações no sistema do controle concentrado da constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 introduziu, no sistema de controle direto da constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Além disso, ampliou a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação, o que alcançou também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em 1993, com a EC 3, foi introduzida, no sistema de controle concentrado, ação declaratória de constitucionalidade. Em 1999, foi editada a Lei n. 9.882, que regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a ADPC prevista no art. 102, par. 1º da CF. Tudo isso tendo em vista a realização efetiva das normas constitucionais, especialmente aquelas referentes aos direitos fundamentais.

Nesses fundamentos é que, neste trabalho, sustenta-se a interpretação mais abrangente das regras a respeito da ação rescisória.

A visão contemporânea do princípio do acesso à justiça contempla uma relação muitíssimo intensa entre processo e Constituição e direitos fundamentais. Essa relação, por sua vez, manifesta-se sob mais de uma forma.

Uma dessas formas se evidencia na medida em que o processo faz a ponte entre o direito fundamental material e os jurisdicionados.

Se, por exemplo, são publicadas na imprensa informações a respeito de denúncia de violência cometida a terceiro por um agente político, este poderá buscar, junto ao Judiciário, medidas de tutela do seu direito fundamental à intimidade. Na sua decisão, o juiz fará a concreção daquele direito fundamental que está expressamente previsto no art. 5º, X da CF, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Para tanto, com base nos elementos do caso concreto, analisará se a condição de agente

interessado que não há condições mínimas de saber se há, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional [...]”. Ainda segundo o autor, “É importante destacar também que o acesso à justiça, tal qual delineado pela Constituição Federal, não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo vá ao Judiciário para pretender tutelar (proteger) direito seu. Também as entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma ainda mais ampla, direitos da coletividade em geral naquilo que [...] vem sendo chamado de ‘direito processual coletivo’”. O princípio do acesso à justiça, conforme Cássio Scarpinella Bueno observa, repousa na regra do art. 5º, XXXV da CF, do qual decorre, também, o princípio da efetividade, cuja noção nuclear é de que não basta a atuação do Estado-juiz no reconhecimento do direito à parte. O Poder Judiciário deve ir além, voltando-se aos resultados práticos desse reconhecimento do direito. “Para ir direto ao ponto saliente deste princípio, o processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz para resolução dos seus conflitos de interesses”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 101-102, 148).

político, de alguma forma, minimiza o direito fundamental à intimidade, realçando, de outro lado, a liberdade de comunicação sem censura.

Quando a jurisdição atua dessa forma, está fazendo a intermediação entre os direitos fundamentais e os particulares. Por isso se diz que o direito fundamental incide sobre o juiz para que possa se projetar sobre os jurisdicionados.⁹⁷

Essa é uma das manifestações da relação processo – Constituição – direitos fundamentais. Mas não é a única.

Além de ser um meio pelo qual se dá concreção aos direitos fundamentais materiais, o processo é o meio pelo qual se realiza o direito fundamental de acesso à justiça. Esse direito não incide sobre o Estado para, a partir dele, ser projetado sobre as relações dos particulares, mas sim para vincular o seu modo de atuação, isto é, para vincular a maneira como o Estado deve proceder para viabilizar a efetividade da proteção dos direitos, de todos os direitos e não só daqueles fundamentais.⁹⁸

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, são dimensões jurídico-constitucionais do direito à proteção judicial: (a) o direito de obter uma decisão fundada no direito. Isso não significa, segundo o doutrinador, que o direito de acesso aos tribunais seria incompatível com a exigência de pressupostos processuais.

Aqui, porém, surge uma nova e importante afloração do **due process**: o direito à tutela jurisdicional não pode ficar comprometido em virtude da exigência legal de pressupostos processuais desnecessários, não adequados e desproporcionados. Compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; a exigência de fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e ações; a sanação de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial”; [(b)- a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada.; (c)-] “o direito à execução das sentenças dos tribunais através dos tribunais”, [devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento aos pronunciamentos do juiz; (d) numa dimensão de natureza prestacional, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados e assegurar prestações tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos.]⁹⁹ (grifo nosso)

Teresa Arruda Alvim Wambier, com precisão, afirma que não se pode, jamais

perder de vista que o processo foi concebido para dar direitos a quem os tem: não para inventar direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um fosso entre a realidade criada como

⁹⁷ MARINONI, 2007, p. 85.

⁹⁸ MARINONI, 2007, p. 210.

⁹⁹ CANOTILHO, 2003, p. 498-501.

resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente.¹⁰⁰

Em outro momento, a doutrinadora – agora com José Miguel Garcia Medina – reitera, fazendo menção à ação rescisória, que

toda a atividade do Poder Judiciário deve obedecer a regras que levem à aproximação destes dois planos, sob pena de se ter que admitir que o processo pode atribuir direitos a quem não os tenha anteriormente, ou tirar direitos de quem os tinha.¹⁰¹

A existência da ação rescisória é uma forma de atenuar eventual descompasso entre os planos da realidade criada como resultado do processo e aquela decorrente do direito material, e mais o será quanto mais abrangente for a interpretação que se der ao art. 485, inc. V, do CPC, que prevê a hipótese de se rescindir sentença de mérito em que tenha havido infração a literal disposição de lei. A tímida interpretação ao art. 485 e incisos reflete, segundo os mencionados autores, uma visão distorcida daqueles que, na euforia da fase em que se descobriu que o processo podia consistir no objeto de uma ciência autônoma, supervalorizaram os fenômenos processuais em si mesmos, perdendo de vista a idéia de que o processo serve ao direito material e à sociedade.

Em outras palavras, parafraseando José Joaquim Gomes Canotilho, o acesso à justiça compreende o “direito de obter uma decisão fundada no Direito.”¹⁰²

Seguindo esses mesmos passos, o presente estudo pretende apontar, além da maior abrangência da regra do inciso V, do art. 485 do CPC, outros aspectos referentes às regras da ação rescisória que podem e devem ser lidos de uma outra forma, que privilegie o acesso à justiça, sem com isso afetar e comprometer o núcleo essencial da segurança jurídica.¹⁰³

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1091.

¹⁰¹ WAMBIER; MEDINA, 2003, p.172.

¹⁰² CANOTILHO, 2003, p. 498.

¹⁰³ Ainda sobre o acesso à justiça, não se pode deixar de destacar os posicionamentos de Juarez Freitas e de Ana Paula de Barcellos. Para Juarez Freitas: “Oportuno aduzir, como diretriz a nortear a interpretação constitucional, que o intérprete precisa observar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de tutela jurisdicional, de sorte a propiciar o acesso legítimo à prestação indispensável à efetividade do sistema inteiro. Em outras palavras, trata-se de extrair saudáveis efeitos da adoção, entre nós, da cláusula pétrea da jurisdição intangível, nos termos do disposto no art. 5, XXXV, da CF. Tal monopólio do exercício da jurisdição não comporta ablação sequer tendencial e exige alargamento da tutela jurisdicional. Para ilustrar, ao intérprete-juiz incumbe determinar, topicamente, se um ato interna corporis de fato o é, lembrando que não existe, de modo apriorístico, ato exclusivamente político, nem ato absolutamente insindicável. De outra parte, se se apresenta seguro que o intérprete deve garantir a flexibilidade do sistema, não menos seguro que o sistema carece de partes cuja rigidez há de ser preservada – motivo a mais para a inafastabilidade do acesso ao judiciário: em vez da

Nesse sentido, defende-se, neste estudo, que é incompatível com o princípio de acesso à justiça, indeferir-se liminarmente a petição inicial da ação rescisória, por exemplo, porque se teria formulado o pedido de desconstituição da sentença, quando o que transitou em julgado foi o acórdão da apelação. Necessariamente, numa situação como essa, há que se dar a oportunidade ao autor de emendar a petição inicial.

Sabe-se que os tribunais superiores, com certa frequência, afirmam não conhecer, quando, em verdade, estão desprovendo os recursos, tendo adentrado na análise da questão de direito ou constitucional. Isso pode gerar séria dúvida a respeito do juízo perante o qual deve ajuizar a ação rescisória. Se não conhecer é, em regra, inadmitir, a ação rescisória, em princípio, deve ser intentada no tribunal local. Constatando que, no caso, não conhecer implicou desprover, os tribunais locais têm proferido acórdão de extinção da ação rescisória por falta de interesse de agir ou impossibilidade jurídica do pedido. Esse posicionamento, porém, não está correto, cabendo, nessa situação, intimar-se a parte para emendar a petição inicial ou, eventualmente, até mesmo remeter desde logo os autos para o tribunal superior, ao qual compete o julgamento da ação de impugnação.

Também se defende, neste trabalho, que é infundada a exigência de prequestionamento, que alguns tribunais têm feito – dentre eles o STJ – para admitir ação rescisória fundada em violação à literal disposição de lei.

É o direito de acesso à justiça, ainda, que sustenta o posicionamento, defendido neste trabalho, de que, ou se reputa inconstitucional a regra do art. 59 da Lei 9.099/1995, que

única resposta em matéria de acesso, deve-se almejar a melhor interpretação, ou seja, a que assegura o acesso ao controle de sistematicidade, tornando instrumentais as regras de processo. Não sendo assim, a Carta corre o risco de perecer, afetada em sua medula, tanto em processos subjetivos como, concentradamente, em processos objetivos. Uma vez que o intérprete-juiz figura como detentor da jurisdição, surge o amplo direito de acesso à tutela jurisdicional como uma contrapartida lógica e vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: na dúvida, prefira-se a exegese que amplia o acesso ao poder judiciário, por mais congestionado que este se encontre. Tudo sem embargo das providências inteligentes para desafogá-lo, coibindo manobras protelatórias. Do contrário, se se prestar cega e infundada obediência à suposta única resposta correta em matéria processual, o intérprete deixará de cumprir sua missão de conferir prioridade à melhor alternativa no bojo do sistema, rendendo-se a exclusões do tipo tudo-ou-nada. Nessa perspectiva, indispensável adotar uma visão instrumental das regras, notadamente das que tratam do acesso à tutela jurisdicional, se se quiser o real e efetivo predomínio principiológico”. (FREITAS, Juarez. A melhor interpretação vs única interpretação correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 331).

Já Ana Paula de Barcellos faz uma interessante abordagem do acesso à justiça como um dos componentes do núcleo da dignidade humana, compreendendo o acesso sob o ponto de vista jurídico, físico e da pretensão material. Quanto ao último, afirma: “Embora de longa data o direito de ação seja considerado autônomo, relativamente ao direito material que a demanda possa veicular, o fato é que a eficácia jurídica associada à situação determinada, que se busca ver reconhecida diante do Poder Judiciário – em outras palavras, aquilo que se entende ser possível exigir do Judiciário – integra, ainda que indiretamente, a noção mais geral de acesso à Justiça. Com efeito, ainda que haja Juiz, advogado e processo, se nada, ou muito pouco, se pode pretender em decorrência de determinada norma jurídica, ou situação de interesse, pouco importará o instrumental disponível no caso.” (BARCELLOS, 2002, p. 301).

impede o ajuizamento de ação rescisória contra os pronunciamentos de mérito proferidos pelos Juizados Especiais, e se admite aquela ação de impugnação autônoma, ou se deve admitir a impetração de mandado de segurança, uma vez que não é porque o pronunciamento, em regra, nesses casos, refere-se a ações de menor valor econômico e complexidade, que os vícios de eventual incompetência absoluta ou de impedimento, por exemplo, devem ser reputados como menos graves e ofensivos ao interesse estatal de assegurar a tutela jurisdicional de forma idônea, por órgão competente e agente imparcial. Além do acesso à justiça, não se pode perder de vista que a mencionada regra do art. 59 contraria o princípio da isonomia, na medida em que inexistente pertinência lógica entre o aspecto eleito pelo legislador como autorizador do tratamento diferenciado [no caso, tratar-se de pronunciamentos de mérito proferidos em julgamentos dos Juizados Especiais] e o tratamento legal diferenciado promovido com base naquele aspecto [no caso, o não cabimento de ação rescisória].¹⁰⁴

Já se viu que a segurança jurídica se liga às idéias de estabilidade e previsibilidade.

Se existe uma norma jurídica vigente e eficaz e se, de antemão, sabe-se que com base nessa norma podem-se praticar atos, realizados estes, sob a égide daquela norma, mesmo que ela venha a ser, posteriormente, revogada ou venha a ter seu sentido e alcance definidos jurisprudencialmente de forma diferente daquela que prevalecia à época em que os atos foram praticados, esses devem-se manter intactos, inalterados, sólidos, firmes. Esse é o sentido do princípio da segurança jurídica: a permanência.

Isso porque o indivíduo não deve ser apanhado de surpresa. E não deve ser apanhado de surpresa porque confiou¹⁰⁵ na ordem jurídica considerada como regra do jogo de antemão traçada para ser, no presente e no futuro, devidamente respeitada.

Vê-se, assim, que a segurança jurídica compreende, ainda, mais uma idéia: a de confiança. Nas palavras de Judith Martins Costa,

A confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Celso Antonio Bandeira de Mello, a respeito do princípio da igualdade, ensina: “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 17).

¹⁰⁵ Tal como afirma COSTA, Judith Martins em seu artigo *Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos*. In: ÁVILA, 2005, p. 144.

¹⁰⁶ *Ibid.* In: *Ibid.*, p. 145.

A interpretação que se propõe, neste trabalho, quanto às regras da ação rescisória, além de ser aquela que mais se coaduna com o princípio do acesso à justiça, tal como entendido contemporaneamente, igualmente preserva o respeito à segurança jurídica porque:

- a) o jurisdicionado tem, em relação ao Estado-juiz, a confiança de que fará incidir, no caso concreto, a norma jurídica tal como moldada pela Constituição. Espera-se do juiz que, compreendendo as particularidades do caso concreto, encontre, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. A ação rescisória, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade, é uma segunda oportunidade para se viabilizar a realização desse fim;
- b) julgada procedente a ação rescisória, caberá aos julgadores, conforme adiante se verá com mais vagar, modular temporalmente a decisão, dando, se for o caso, efeito prospectivo, de maneira a preservar, na expressão de Judith Martins Costa, estados de fato¹⁰⁷ que não se põem, a rigor, como direitos adquiridos, mas como situações de fundada confiança ou fundada expectativa gerada em função de pronunciamento judicial anterior. Ou seja, em face da confiança, que só é avaliável a partir das circunstâncias de cada caso, o Tribunal poderá determinar que a decisão proferida na ação rescisória produza efeitos apenas para o futuro, preservando situações passadas.

Além disso, ao argumento de que as regras a respeito da ação rescisória devem ser interpretadas restritivamente porque afetam a coisa julgada, que é instituto com sede constitucional e decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, contrapõe-se o de que restringir-se a interpretação das regras que disciplinam a ação rescisória implica restringir a eficácia do princípio constitucional do acesso à justiça. Ocorre que também esse princípio é decorrência direta do Estado Democrático de Direito e teve com, a Constituição de 1988, **seu núcleo mínimo ampliado**. É incompatível manter-se uma interpretação exageradamente afunilada das regras a respeito da ação rescisória, que densificam o princípio do acesso à justiça, quando esse mesmo princípio teve, fundamentalmente a partir da Constituição de 1988, seu sentido substancialmente revisto e alargado. Outrossim, não se pode perder de vista que quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada pela norma jurídica e os efeitos que ela pretende sejam produzidos, mais consistente deverá ser a modalidade da

¹⁰⁷ COSTA, Judith Martins. In: ÁVILA, 2005, p. 140.

eficácia jurídica associada à mesma.¹⁰⁸ Sendo o acesso à justiça “**o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.**”¹⁰⁹ (grifo nosso), impõe-se a releitura das regras da ação rescisória, com o seu redimensionamento e dos limites da sua admissibilidade.

¹⁰⁸ BARCELLOS, 2002, p. 85.

¹⁰⁹ Tal como reconhece e afirma expressamente MARINONI, 2007, p. 209.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A COISA JULGADA

Sem a pretensão de uma análise exaustiva, não se pode, no entanto, prescindir de abordar alguns aspectos a respeito da coisa julgada, uma vez que questões referentes, por exemplo, ao objeto da ação rescisória e legitimidade para a ação rescisória passam, necessariamente pela compreensão de quais pronunciamentos judiciais estão sujeitos à coisa julgada material e de quais são os limites subjetivos da coisa julgada material.

Em face da sua maior amplitude, tornou-se comum afirmar-se que a coisa julgada material é a coisa julgada por excelência. Em função disso, quando se usa a expressão coisa julgada, isoladamente, está-se referindo à coisa julgada material. Para se referir à coisa julgada formal, é necessário que se o faça expressamente.

É o que se faz, neste estudo. A expressão coisa julgada refere-se à coisa julgada material. Quando se pretender abordar algum aspecto da coisa julgada formal, será feita expressa menção à coisa julgada formal ou à preclusão máxima.

2.1 COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

Em primeiro lugar, não é demais lembrar a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

Ambas, conforme ensina Cândido Dinamarco¹¹⁰, dizem respeito à imunização do pronunciamento proferido pelo juiz de 1º grau, ou, no Tribunal, pelo relator ou órgão colegiado, que, apreciando ou não o mérito, nos termos dos arts. 269 e 267 do CPC, põe fim ao processo. Ou seja, ambas referem-se às conseqüências que se seguem ao momento em que o mencionado pronunciamento fica imune a qualquer questionamento futuro, por não comportar mais recurso.

Quando proferida sentença – seja processual ou de mérito – é ônus da parte interpor, contra o pronunciamento judicial, o recurso cabível.¹¹¹ Se, expirado o prazo previsto em lei, a parte não interpuser qualquer recurso ou, se interpostos recursos, forem todos eles apreciados¹¹², não havendo outro recurso a interpor, o processo chega ao fim.

¹¹⁰ DINAMARCO, 2005c, p. 293.

¹¹¹ Nas situações previstas no art. 475 do CPC, a sentença está sujeita ao reexame necessário, que é condição de eficácia do pronunciamento judicial.

¹¹² Inadmitidos ou julgados no mérito.

Nesse momento, opera-se – seja a sentença processual ou de mérito – a coisa julgada formal, também designada, na doutrina, de “preclusão máxima”¹¹³, que implica que aquele pronunciamento judicial não poderá ser mais objeto de revisão no âmbito daquele processo.

Coisa julgada formal é, portanto a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, seja porque houve o esgotamento das vias recursais, seja porque a parte deixou escoar *in albis* os prazos recursais.

Há situações em que ocorre apenas a coisa julgada formal, como, por exemplo, quando o juiz profere sentença que extingue o processo porque o autor, embora intimado, não regularizou sua representação processual. Nesse caso, nada impede que a parte volte a propor ação idêntica, fazendo com que a discussão sobre o mesmo objeto litigioso se reabra em outro processo.

É isso o que acontece – em regra – com as sentenças processuais, ou seja, aquelas cujo conteúdo é encartável nas hipóteses do art. 267 do CPC.

Diz-se **em regra**, porque há situações em que, mesmo sendo uma sentença processual, o pronunciamento projeta efeitos para fora do processo, como é, por exemplo, o caso das sentenças que acolhem a alegação de perempção, litispendência e coisa julgada que, nos termos do *caput* do art. 268 do CPC, obstam a que o autor intente de novo a ação.

Nessas hipóteses, a lei atribui à sentença processual eficácia que se projeta para fora do processo e que impede o julgamento do mérito em outro processo instaurado por nova demanda. Por isso, nesses casos, ocorrendo vício elencado no art. 485 do CPC, deve-se admitir o cabimento de ação rescisória. De acordo com Flávio Luiz Yarshell,

é que, ainda que o autor – desobedecendo à literalidade do citado art. 268, sob o fundamento de que a decisão anterior estaria viciada na forma do art. 485, também invocado – simplesmente ajuizasse uma nova demanda, insistindo no julgamento do mérito, não caberia ao órgão monocrático desconstituir a decisão anterior, porque isso, evidentemente, escaparia à sua competência. Por outro lado, nem parece possível dizer que a alegação de ocorrência do vício pudesse integrar a causa de pedir dessa nova demanda, a diferenciá-la da anterior. É certo que a letra do art. 485 do CPC [...] é peremptória no sentido de que somente comportam ação rescisória as

¹¹³ A preclusão é instituto que gera efeitos dentro do processo, permitindo o andamento processual, por meio da superação de estágios procedimentais, seja porque transcorreu o prazo fixado pela lei ou pelo juiz para a prática do ato processual e esse não foi realizado [preclusão temporal]; seja porque o ato foi praticado não podendo ser repetido [preclusão consumativa]; seja porque foi praticado outro ato, incompatível com aquele que se deveria realizar no respectivo prazo processual [preclusão lógica]. A idéia de preclusão associada à idéia de ônus é o que faz, segundo Arruda Alvim, “que a parte sai da inércia e atue utilmente no processo, resultando disto, se for o caso, uma colaboração forçada da parte com a própria autoridade judiciária”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 536). Em relação ao juiz, ocorre o que a doutrina chama de *preclusão pro judicato*, que pode ser consumativa ou lógica, mas não temporal, porque em relação ao mesmo a lei não impõe consequências processuais pela prática, além do prazo fixado em lei [prazo esse que é impróprio], dos atos que lhe competem.

sentenças de mérito, e nas hipóteses acima tratadas, inclusive pelo que dispõem os arts. 267 e 269 do mesmo estatuto, não há mesmo julgamento do pedido. Não se trata, contudo, de afrontar a letra da lei, mas de lhe dar interpretação compatível com o sistema [...].^{114, 115}

Há situações em que, além da coisa julgada formal, opera-se a coisa julgada material. Isso se dá quando é proferido pronunciamento de mérito.

A coisa julgada material pressupõe, necessariamente, ter havido coisa julgada formal.

Uma vez proferido o pronunciamento de mérito [que é aquele cujo conteúdo é encartável em uma das hipóteses do art. 269 do CPC], que compreende as sentenças de mérito típicas [a que se referem os incisos I e IV do art. 269 do CPC] e as sentenças ditas atípicas “casos em que o juiz não julga propriamente a lide, mas em que o conteúdo da sentença que profere versa sobre o mérito, diz respeito ao pedido, ainda que não seja judicial a ‘autoria’ desse conteúdo”¹¹⁶, se a parte não interpuser qualquer recurso, ou, interpostos os recursos, forem todos apreciados, operar-se-á, além da coisa julgada formal, a coisa julgada material que consiste na imutabilidade do comando constante da parte dispositiva do pronunciamento, que não poderá ser objeto de revisão nem no processo em que foi proferido, nem em outro qualquer.^{117, 118}

¹¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**. Juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165.

¹¹⁵ No mesmo sentido, GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Apontamentos sobre a ação rescisória. In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). **Direito civil e processo**. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 576.

¹¹⁶ Conforme WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 108 et seq. Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, o art. 269 do CPC agrupa duas classes de sentenças: “as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira heterocomposição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes. A primeira classe aparece nos incisos I e IV. Rigorosamente, só nesses dois casos o juiz profere autêntica e típica sentença definitiva de mérito, no primeiro deles pela acolhida ou repulsa à pretensão de direito material manifestada pelo autor; no outro, ainda pela mesma alternativa, a de rejeição, por um fundamento específico. A rigor, a sentença de decadência ou de prescrição está contida na fórmula genérica do inciso I, pois ao proclamar a ocorrência de uma ou outra o juiz estará repelindo o pedido do autor. A sentença é, pois, de improcedência, e nada tem de particular senão o motivo da desestimação do pedido. [...] Bem diversa é a natureza das sentenças proferidas conforme os incisos II, III e V. Aí, a composição da lide não se faz pela sentença, ainda que desta dependa a eficácia daquela. A lide se extingue (e não apenas o processo) por vontade de uma das partes ou de ambas, esvaziando-se do seu conteúdo porque o sujeito ativo da afirmada relação jurídico-material retrai a pretensão (renúncia), ou o sujeito passivo cessa a resistência que lhe opusera (reconhecimento) ou ambos se outorgam recíprocas concessões que suprimem a área de atrito e, pois, a lide (transação). Em qualquer dos casos, na medida em que o conflito seja eliminado (medida que pode ser parcial), julgamento não ocorre porque nada mais há para julgar. Certo, a sentença é ainda assim indispensável, podendo-se aceitar por isso a afirmativa segundo a qual a extinção tem aí o caráter de ato subjetivamente complexo: é da manifestação de vontade da parte ou das partes que flui a composição, mas a eficácia plena desta, inclusive a de projetar-se para além dos limites do processo, só é alcançada pela aposição do selo de autoridade estatal operada pela sentença”. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo [Repro]**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, p. 9-10).

¹¹⁷ Salvo no caso de ser intentada ação rescisória.

Por isso se diz que a coisa julgada formal é, em regra, fenômeno interno ao processo ou endoprocessual, enquanto a coisa julgada material, que se opera em relação aos pronunciamentos de mérito, é fenômeno externo ou extraprocessual porque projeta [ou pode projetar] seus efeitos para fora do processo e sobre a vida das pessoas.¹¹⁹ É essa eficácia que explica o tratamento processual distinto dado a uma e à outra, no que se refere ao cabimento da ação rescisória.¹²⁰

¹¹⁸ Esclarecedoras são as lições de Egas Moniz de Aragão. Segundo ele, “Coisa julgada material é atributo normal do pronunciamento do juiz que acolhe ou rejeita o pedido do autor; irradia efeitos para fora do processo em que o julgamento foi proferido e os projeta para o futuro. Porque vincula indistintamente todos quantos devem respeitar sua autoridade e ‘opera não só no mesmo processo como também em outros processos relativos à mesma lide ou a outras lides logicamente subordinadas’, falou Machado Guimarães em ‘eficácia preclusiva panprocessual’ da coisa julgada substancial. É-lhe inerente a imutabilidade, que não pode ser infringida nem pelos juízes nem pelo legislador; está elevada à condição de garantia constitucional. [...] Coisa julgada formal, porém, é modalidade de preclusão, que não irradia efeitos para fora do processo – opera intra processo, tem efeito endoprocessual, como disse Machado Guimarães. Limita-se a impedir, tal como a preclusão, que no mesmo processo no qual o julgamento foi exarado possa ser emitido novo pronunciamento. [...] Toda sentença (definitiva ou terminativa, tenha ou não julgado o mérito da causa) adquire a eficácia de coisa julgada formal a partir do instante em que contra ela ‘já não caiba recurso’. Se se tratar de sentença terminativa, nisso se exaure a eficácia que pode adquirir; se se tratar de sentença definitiva, concomitantemente com a irrecurribilidade advém um plus, que é a imutabilidade exclusivamente peculiar ao pronunciamento que acolhe ou rejeita o pedido do autor: a sentença de mérito. Pode-se pois dizer que todo pronunciamento final [...] produz coisa julgada formal, vale dizer adquire estabilidade relativa, que corresponde à preclusão, a qual veda a reconsideração pelo juiz no próprio processo (mas não em outro, no qual o mesmo assunto seja novamente debatido); porém se o julgamento que extingue o processo também solucionar o litígio, ou seja, acolher ou rejeitar o pedido do autor, além dessa estabilidade absoluta, que o torna intocável não só no processo em que foi proferido, como em qualquer outro formado posteriormente, no qual alguém pretenda submeter à apreciação judicial o mesmo bem jurídico, a mesma res. A rigor coisa julgada formal é o fenômeno da preclusão, com a peculiaridade de estar relacionado somente ao ato que extingue o processo (a sentença) que, por não haver julgado o pedido do autor, acolhendo-o ou rejeitando-o, não é sentença de mérito e por isso não chega a constituir coisa julgada material. O julgamento contido na sentença propriamente dita, a que define o mérito da causa, a que acolhe ou rejeita o pedido, pode tornar-se imutável para todo o sempre e nisto é que consiste a coisa julgada”. (ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 219).

¹¹⁹ Em verdade, segundo Eduardo Talamini, não se trata de dois institutos distintos. Coisa julgada formal e coisa julgada material são as duas faces de um mesmo instituto, expressões de um único fenômeno que se traduz na imutabilidade. (TALAMINI, 2005, p. 132).

¹²⁰ Digno de nota é o acórdão proferido no Recurso Especial n. 418.099-SC, j. 06.08.2002, Relator Min. Luiz Fux, decorrente de Ação Rescisória em que se discutiu a diferença entre o regime jurídico da sentença processual e aquele da sentença de mérito. No caso, o juiz, em 1º grau, determinou aos autores que emendassem a petição inicial e juntassem aos autos os extratos de suas contas de FGTS, objeto da ação de conhecimento. Os autores, porém, embora intimados, não juntaram os documentos e o juiz, então, proferiu sentença de improcedência, que transitou em julgado. Os autores ajuizaram, posteriormente, Ação Rescisória, com base no art. 485, V do CPC. Apontaram como dispositivo de lei violado o art. 267, I do CPC, porque, no seu entender, a sentença, no caso, deveria ter sido de extinção do processo sem julgamento de mérito, indeferindo o juiz a petição inicial de acordo com a regra do art. 295, VI c/c art. 284 do CPC. A Ação Rescisória foi julgada improcedente pelo Tribunal local. Em Recurso Especial, no entanto, o STJ entendeu ter havido a ofensa à regra do art. 267, I do CPC, sob o seguinte fundamento, “ao despachar a inicial, o juízo de primeiro grau determinou aos autores a juntada dos extratos das contas vinculadas, documentos que considerou necessários à comprovação do direito alegado. Não atendida tal determinação, deveria a inicial ter sido indeferida sem julgamento de mérito, nos termos do disposto nos arts. 284, parágrafo único, VI, ambos do CPC. Isto porque **os efeitos da coisa julgada são diversos num e outro caso**. [...] Assim, na hipótese dos autos, sofreram os autores grave prejuízo, tendo em vista que, com a decisão de improcedência do pedido, e a conseqüente configuração da coisa julgada material, a eficácia da sentença impedirá a repositura da ação, ainda que mediante a exibição dos extratos das contas vinculadas exigidas.” (grifo nosso) Ressaltou o Relator, no seu voto, ainda, que a exigência da juntada pelos Autores dos extratos das contas vinculadas não estaria em consonância com o entendimento do STJ,

Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar a discussão doutrinária a respeito das sentenças de carência que, são aquelas que extinguem o processo em virtude da falta das condições da ação, categoria jurídica que se encontra no ponto de contato do direito processual com o direito material.¹²¹

A tênue linha – se é que existe realmente essa linha – que separa as condições da ação, do mérito, é responsável, por exemplo, pela dificuldade para se identificar se é processual ou de mérito pronunciamento que extingue processo de adjudicação compulsória por não se ter feito prova do compromisso de compra e venda segundo previsão contida no Dec.-lei 58/37 e na Lei 6.766/79.¹²²

Sobre as situações problemáticas a respeito da separação entre mérito e condições da ação, Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta que,

quando se analisa a impossibilidade jurídica do pedido, aparece, com nitidez, o problema da inexistência de limites precisos entre o mérito e as condições da ação. É o que se constata, por exemplo, na observação: “A impossibilidade jurídica do pedido é também uma das formas de improcedência **prima facie**”. De fato, dar pela impossibilidade jurídica do pedido significa necessariamente ter examinado o mérito, ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico. O mesmo se diga quanto à circunstância de já ter sido paga a dívida que está sendo cobrada e de o juiz extinguir o processo por carência da ação, uma vez faltante o interesse.¹²³ (grifo nosso).

segundo o qual é ônus da CEF, agente operador do FGTS, apresentar tais documentos. Sem entrar no mérito do seu acerto ou não, esse pronunciamento do STJ ilustra bem a importância da correta caracterização de uma sentença como sendo processual ou de mérito.

¹²¹ Parte-se, neste trabalho, da premissa de que o direito de ação é o direito à tutela jurisdicional e que a tutela jurisdicional é prestada mesmo quando é proferida uma sentença processual. Quando não ocorre o julgamento de mérito, pela falta, por exemplo, de um pressuposto processual, mesmo assim terá havido manifestação do Estado em resposta à provocação da Jurisdição pelo exercício do direito de ação pelo autor. Segue-se, portanto, o entendimento, dentre outros, de José Roberto dos Santos Bedaque, que a respeito afirma que “é na Constituição que se encontra a regra fundamental sobre ação (art. 5º, XXXV), sendo desnecessário identificar ‘outra’ ação no plano processual. A garantia constitucional representa não mero direito formal ao processo, mas garantia substancial a um processo justo, concebido como aquele apto a proporcionar ao titular do direito a tutela adequada” (BEDAQUE, 2007, p. 226-228 e, também, de MARINONI, 2007, p. 265). Na doutrina estrangeira, esse é o entendimento de Aldo Attardi, para quem, o direito de ação compreende o poder de exigir decisão judicial sobre a existência dos pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito e sobre o mérito, ainda que de improcedência. (ATTARDI, Aldo. **Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1994. v. I, p. 59). Nesse contexto, as condições da ação são vistas como meio previsto pelo legislador que visa a obstar ao prosseguimento de processos manifestamente inócuos, em atenção ao princípio da economia processual. São, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, requisitos para o pleno exercício do direito de ação. “Esses requisitos têm relação com o mérito e, dessa forma, não podem ser considerados requisitos para a existência da ação. Tais requisitos são os primeiros degraus para a apreciação do mérito – e, nessa direção, para o reconhecimento do direito”. (MARINONI, 2007, p. 185).

¹²² José Miguel Garcia Medina comentou, na Repro 93, acórdão nesse sentido. (MEDINA, José Miguel Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, n. 93, ano 24, p. 371 et seq.).

¹²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 56.

Este trabalho não é a sede própria para a análise mais aprofundada dessa questão, no entanto algumas observações devem ser feitas a respeito da matéria, uma vez que relevantes para se compreender a abrangência da regra do *caput* do art. 485 do CPC, que afirma que a ação rescisória é cabível para rescindir sentença de mérito transitada em julgado. Ou seja, faz-se mister saber quando se está em face de um pronunciamento dessa natureza, porque disso decorre consequência de natureza processual muito importante para a parte e que diz respeito à possibilidade de, mesmo após findo o processo, vir a se insurgir contra o pronunciamento final por meio da ação de impugnação autônoma que é a ação rescisória.

De acordo com a teoria de Liebman, que inspirou o legislador na elaboração do CPC de 1973, haveria uma diferença entre o direito constitucional de ação e o direito processual de ação. Aquele seria incondicionado, pois a Constituição assegura a todos o direito de, por meio do exercício do direito de ação, provocar o Estado-juíz, pedindo a tutela jurisdicional. O outro, no entanto, estaria condicionado a requisitos que, se ausentes, impediriam o julgamento do mérito. Esses requisitos são as chamadas condições da ação – possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa – aferíveis a partir da relação jurídica material deduzida em juízo.¹²⁴

Porque o exame das condições da ação implica o exame de aspectos da relação de direito material, objeto do processo, não é tarefa fácil identificá-las e separá-las do mérito [=objeto do processo], o que acaba gerando muitas dúvidas e problemas.

Se, tanto para análise das condições da ação, quanto para análise do mérito, o juiz deve buscar elementos na relação de direito material objeto do litígio, o que diferenciaria, então, um exame do outro?

Há quem entenda que inexistente qualquer diferença, razão pela qual é inútil manter-se essa categoria jurídica das condições da ação.

¹²⁴ Sobre a discussão, na doutrina, a respeito da natureza jurídica das condições da ação, Humberto Theodoro Júnior ensina: “Há correntes que as assimilam ao próprio mérito da causa, de sorte que só haveria, concretamente, o binômio pressupostos processuais – mérito. Outras colocam as condições da ação numa situação intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, formando um trinômio entre as três categorias do processo. Nosso Código optou, claramente, pela teoria do trinômio, acolhendo, de forma expressa, em sua sistemática, as três categorias fundamentais do processo moderno, como entes autônomos e distintos, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa”. Para o doutrinador, as condições da ação “são verdadeiras questões prejudiciais de ordem processual e que, por isso mesmo, não se podem confundir com o mérito da causa, já que nada têm a ver com a justiça ou injustiça do pedido ou com a existência ou inexistência do direito material controvertido”. De acordo com o doutrinador, as condições da ação devem ser pesquisadas diante da **situação concreta** em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. II, p. 67-72). A dificuldade está em se definir até que ponto essa pesquisa diante da situação concreta deve ir para não se imiscuir com o mérito.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. é enfático ao assumir que sua posição, quanto às condições da ação, é muito clara,

Prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito.¹²⁵

Ocorre que o legislador brasileiro encampou expressamente a existência dessa categoria jurídica, por exemplo, no art. 267, V do CPC. Visando a estabelecer um critério, então, para diferenciar as condições da ação e o mérito, e dar rendimento àquela distinção [que enseja, como visto, relevantes conseqüências processuais] parte da doutrina passou a se valer da teoria da asserção, segundo a qual a diferença entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito estaria no momento em que deve ser realizado no processo, ou, mais propriamente, conforme observado por Teresa Arruda Alvim Wambier, “no momento da prolação da decisão somado ao grau de imediatidade de aferição do conteúdo da decisão.”¹²⁶

Kazuo Watanabe ensina que, de acordo com a teoria da asserção,

o juízo preliminar de admissibilidade do exame do mérito se faz mediante o simples confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor, considerada *in statu assertionis*, e as condições da ação, que são a possibilidade jurídica, interesse de agir e a legitimidade para agir. Positivo que seja o resultado dessa aferição, a ação estará em condições de prosseguir e receber o julgamento do mérito. Ser verdadeira, ou não, a asserção do autor não é indagação que entre na cognição do juiz no momento dessa avaliação.¹²⁷

E exemplifica, buscando evidenciar a diferença de entendimento entre os que, como ele, sustentam a adoção da teoria da asserção e aqueles que adotam a chamada teoria eclética, que liga as condições da ação à situação de fato, não só afirmada mas *comprovada* no processo, após a instrução e avaliação das provas:

[...] Considere-se, agora, uma ação reivindicatória movida por “A”, em seu nome, dizendo que o imóvel “x” de propriedade do seu compadre, foi invadido por “B”. O juiz indeferirá desde logo a inicial por ilegitimidade *ad causam* (art. 295, II, CPC). Aqui, nenhuma diferença entre as duas correntes. Admita-se, ao invés, que “A” se diga proprietário do imóvel “x”, apresente o título em seu nome, e mova a ação

¹²⁵ DIDIER JÚNIOR, 2006b, p. 171. Também Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em sua obra conjunta (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71).

¹²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 63.

¹²⁷ WATANABE, 2000, p. 85 et seq.

contra “B”. Este, em defesa, alega que o imóvel é de “C”, sendo o autor, em consequência, parte ilegítima. Feita a instrução, conclui o magistrado que a razão está com “B”. Pela teoria eclética, a solução deveria ser de carência, por ilegitimidade ad causam ativa. Mas, pela teoria abstratista, o problema da legitimidade estaria já superado, pela verificação da afirmativa contida na inicial e sua conformidade com o título exibido, de modo que a solução deveria ser de improcedência, pois o que o juiz estará declarando é que o direito que o autor afirmou ser seu, não existe. A consideração de que o imóvel pertence a “C” é apenas o fundamento para negar o direito afirmado pelo autor, pois é esse o objeto litigioso do processo em julgamento.^{128, 129}

Outro exemplo é trazido por José Roberto dos Santos Bedaque, e diz respeito à ação de indenização por acidente de trânsito movida em face do proprietário do veículo e do condutor, ou apenas em face daquele porque se desconhece quem teria sido este. O pedido tem, nesse caso, como fundamento também a responsabilidade do proprietário por atos de outrem. Se porventura o réu negar um dos fatos constitutivos do direito afirmado na inicial – a titularidade do domínio sobre o veículo – o ônus de demonstrá-lo é do autor. Inexistente essa prova ou verificada a transferência do bem a outra pessoa em data anterior ao acidente, é a improcedência a solução adequada. De acordo com o doutrinador,

Não se trata de ilegitimidade passiva de parte, pois, segundo as afirmações feitas pelo autor, o réu, por ser proprietário, é responsável pela indenização. Demonstrada a alienação do veículo ocorrida antes do evento danoso, a tutela será negada porque inexistente o direito do autor contra o réu.¹³⁰

No entanto, em regra, a jurisprudência conclui pela ilegitimidade.¹³¹

Nos termos do art. 267, VI do CPC, são processuais as sentenças que extinguem o processo pela impossibilidade jurídica do pedido; ilegitimidade para a causa e falta de interesse de agir. Por serem processuais, não impediriam, em princípio, o autor de repropor a

¹²⁸ WATANABE, 2000, p. 87-88.

¹²⁹ Cássio Scarpinella Bueno enfrenta a questão a respeito das condições da ação, sustentando tratar-se de categoria distinta do mérito. Segundo o autor, “a carência da ação, isto é, a falta de uma das condições da ação, opera efeitos no plano do processo embora recolha seus elementos informadores do plano material. Isto, contudo, não permite, mormente à luz do direito positivo brasileiro, tratar estas duas categorias, estes dois planos (o processual e o material) como se fossem um só.” As condições da ação, explica o processualista, são aquelas condições mínimas para que alguém possa provocar a função jurisdicional e devem ser entendidas sob a perspectiva de que a função jurisdicional não deve ser exercida à toa. Deparando-se o Estado-juiz com pedidos de tutela jurisdicional, manifestamente descabidos, deve desde logo barrar o curso do respectivo processo. Mas o doutrinador ressalta que, antes de o juiz indeferir a petição inicial pela carência, deve determinar a intimação da parte para que proceda à emenda. Segundo ele, “qualquer defeito nos atos processuais – e com as condições da ação não é diferente – podem e devem consoante o caso ser sanadas, emendadas, e na medida em que sua falta não acarrete quaisquer prejuízos para quem quer que seja, eles, os defeitos processuais, podem, simplesmente, ser desconsiderados”. (BUENO, 2008a, p. 370). Nesse sentido há acórdão do STJ:REsp 671.986/RJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux.

¹³⁰ BEDAQUE, 2007, p. 255.

¹³¹ Nesse sentido, acórdão do TJRS, Apelação Cível 70004576294, julgamento 20/12/2002.

ação [art. 268 do CPC]. No entanto, o que se costuma afirmar¹³², é que, para repropor a ação terá o autor que corrigir o vício que levou à extinção, sem julgamento de mérito, do processo anteriormente instaurado.

Ocorre que, como regra, não há como corrigir a ilegitimidade para a causa. Para que o autor possa ter o seu pedido de indenização analisado no mérito, terá que propor uma nova ação contra pessoa diferente daquela que compôs o pólo passivo da outra demanda, uma vez que, em relação àquele réu, já se concluiu não ser ele proprietário do veículo e não ser, por isso, responsável por nenhuma obrigação em relação ao autor.

Sabe-se que os elementos identificadores da ação são: o pedido, a causa de pedir e as partes. Se o pedido é dirigido à pessoa diversa daquela que compôs o pólo passivo da primeira ação, inexistente identidade entre as ações.

Em síntese, o autor, no exemplo dado, terá que propor outra ação, diferente da primeira. E se terá que propor outra ação, diferente da primeira, é porque a sentença proferida na primeira projetou sua eficácia para fora do processo, enfrentando, senão totalmente, ao menos em parte, questão de mérito, qual seja, a inexistência do direito de se pedir indenização contra aquele que, à época do acidente, não era mais proprietário do veículo. O pronunciamento, no caso, é de mérito e faz coisa julgada material. Estar-se-ia, nessa hipótese, em verdade, em face de uma sentença de falsa carência.^{133, 134}

A teoria da asserção propõe um critério diferenciador: estar-se-á em face de uma sentença de carência e, portanto, processual, se o juiz extinguir o processo, desde logo, à luz

¹³² NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, n. 64, p. 38.

¹³³ A respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart prelecionam: “Qual, pois, a razão para se falar em condições da ação? A resposta é simples, e se relaciona com uma inadequada compreensão do instituto da coisa julgada material. Supõe-se que a sentença que afirma a ausência de uma condição da ação não produz coisa julgada material; isto porque aquele que buscou o juízo, e recebeu uma sentença que afirmou a ausência, por exemplo, de interesse de agir por inadequação da via eleita, deve poder voltar a juízo para postular através da via adequada. Se é evidente que aquele que escolheu a via errada deve ter o direito de voltar a ingressar em juízo através da via adequada, é completamente falso que a sentença que afirma que a via escolhida é inadequada não produza coisa julgada material, e que somente por isso o autor tem o direito de voltar a juízo elegendo a via correta. A sentença que afirmou que a via escolhida pelo autor não era adequada não permite que o autor volte ajuízo através da via já afirmada inadequada, e nesse sentido produz coisa julgada material, impedindo a propositura da ação que já foi proposta. Ora, quando é solicitada ao juiz a via adequada – e, portanto, uma outra via, diferente daquela que já foi afirmada inadequada – o juiz está diante de outra ação, diferente daquela que produziu coisa julgada material. Se é assim – e isto é que não é bem entendido por aqueles que pensam que a sentença que afirma a ausência de condição de ação não produz coisa julgada material –, é evidente que a sentença que afirma a ausência da condição da ação e a sentença que julga improcedente o pedido (por não ter o autor o direito que afirma possuir) têm o mesmo efeito. Em outras palavras, não há vantagem alguma em se falar em sentença de carência da ação, em vez de se pensar em sentença de improcedência”. (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 71).

¹³⁴ O TRF da 4ª Região já se pronunciou no sentido de que “É cabível o ajuizamento de rescisória contra sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito que, apesar disso, dispõe sobre regra de direito material. Carência da ação não reconhecida”. [AR 1999.04.01.095359-7, 07.06.2000, 1ª Seção, Rel. José Luiz B. Germano da Silva.].

das afirmações do autor contidas na petição inicial. O juiz analisará, em tese, se, tal como descrita na inicial, a pretensão do autor é admissível pelo ordenamento jurídico material e pode ser deferida imediatamente; se quem formulou o pedido de tutela é o titular do suposto direito material; se o autor está pedindo tutela jurisdicional para satisfação de interesse substancial seu. O julgador raciocina no condicional. Se as respostas forem positivas, segue-se adiante, com a citação do réu. Se negativas, extingue-se o processo. Se, no curso do processo, evidenciar-se que a ordem jurídica material não contemplava a pretensão do autor, ou que o direito postulado não dizia respeito às partes, ou que não se teria implementado, por exemplo, a condição para se exigir o direito, aí, então, a sentença deverá ser de mérito, no sentido da improcedência.

A teoria da asserção dá alguma luz para o intrincado problema da distinção entre condições da ação e mérito. É uma solução pragmática, que visa a dar algum sentido à regra do art. 267, V do CPC.

Mas permanece o incômodo de se constatar que, precisamente, situações macroscópicas de ausência de direito, aquelas evidenciáveis de plano, sem maior esforço, seriam rotuladas de carência e não de improcedência, permitindo, em princípio, a repetição da ação.

No exemplo da ação reivindicatória, dado por Kazuo Watanabe, de acordo com a teoria da asserção, se o autor “A” propõe contra “B” – suposto invasor – ação reivindicatória do imóvel “x” pertencente ao compadre de “A”, a sentença deve ser processual porque tão só pela leitura da inicial constata-se a ilegitimidade de “A”, que estará reivindicando direito que não é seu, mas de seu compadre. Se, entretanto, na petição inicial “A” afirma que o bem é seu e no curso da demanda, após instrução, se constata que não é, a sentença será de improcedência. Mas, o que deve o juiz fazer se, já ao receber a petição inicial, evidencia, de plano, por meio de um dos documentos acostados aos autos, que o imóvel que “A” afirma ser dele, na verdade, não o é? Considerando apenas as afirmações contidas na petição inicial, sem voltar os olhos para a prova documental, o bem até poderia ser de A! Porém, os elementos probatórios que constam nos autos mostram situação distinta. O que fazer nesse caso? Proferir sentença processual, de ilegitimidade ativa, mesmo estando evidenciado, pela prova documental, que a situação é de improcedência? A teoria da asserção parece não dar resposta a essa indagação.

De qualquer sorte, o sistema processual civil contempla, em vários dispositivos do CPC, as condições da ação como categoria diversa do mérito e, tendo em vista que dessa diferenciação, decorrem importantes conseqüências como, por exemplo, a admissibilidade de

ação rescisória somente em face de sentença de mérito e não de sentença processual [natureza jurídica da sentença de carência], é importante procurar atribuir alguma racionalidade à matéria.

Assim, a partir da teoria da asserção, a presença ou não das condições da ação deve ser aferida, desde logo, pelo juiz. Na falta das condições da ação, havendo possibilidade de correção, o juiz deve intimar a parte para emendar a petição inicial. Se isso não for feito ou não for possível de ser feito, o processo deve ser extinto.

Quanto à indagação a respeito de a extinção do processo pela carência inviabilizar, ou não, ação idêntica, são duas as possíveis respostas:

- a) admitir-se a repetição de ação idêntica, sendo possível, nela, voltar a discutir a respeito das razões que levaram à extinção da anterior. Esse posicionamento, embora coerente com as regras dos artigos 267, V e 268 do CPC, contraria o princípio do *ne bis in idem*, que decorre do princípio da economia processual. A respeito da garantia do *ne bis in idem*, Sérgio Gilberto Porto esclarece que

é propósito da ordem jurídica evitar a repetição de demandas, portanto o sistema não admite a simples reapreciação de demanda já julgada, haja vista que o Estado já cumpriu seu dever frente aquela situação de forma definitiva, ainda que a decisão, por outras circunstâncias, não atinja o estado de coisa julgada material. Vista sobre outro enfoque, essa garantia assegura ao cidadão o direito de não ver repetida demanda contra si, haja vista que ninguém pode ser processado duas vezes sobre o mesmo fato. Cumpre ao Estado, pois, oferecer paz social e segurança jurídica;¹³⁵

- b) admitir-se a propositura de nova ação, com “correção” do “vício” reconhecido na ação anterior, o que, necessariamente, deverá ensejar, também, a possibilidade do manejo da ação rescisória contra o pronunciamento lá proferido. Se na ação de indenização proposta por “A” em face de “B” foi proferida sentença que extinguiu o processo porque se concluiu que “B” era parte ilegítima e, se se entende que “A” pode ajuizar nova demanda, com base na mesma causa de pedir da ação anterior, porém, formulando, agora, o pedido em face de outrem que não pode ser “B”, é porque a sentença, proferida na primeira ação, projetou seus efeitos para fora daquele processo, impedindo nova investida de “A”, em função da mesma causa de pedir, em face de “B”. Eventuais vícios daquele primeiro

¹³⁵ Segundo Sérgio Gilberto Porto, trata-se de uma garantia constitucional processual implícita, tal como, por exemplo, também o é o da proporcionalidade. (PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica:** instrumento de defesa da ordem jurídica. Possibilidade jurídica e alcance, Porto Alegre. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2007).

pronunciamento, se enquadráveis nas hipóteses do art. 485 do CPC, darão ensejo à ação rescisória. Impedir-se o acesso à ação rescisória implicaria atribuir à sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva tratamento processual mais severo que aquele dado à sentença de mérito.

Na doutrina, Flávio Luiz Yarshell posiciona-se favorável à primeira solução. Afirma ele,

aparentemente, a solução mais adequada e segura – [...] é a de seguir a literalidade do texto legal (CPC, art. 268) e não fazer distinções que não aquela, feita pela própria lei. Nesse particular, ainda que se reconheça, como acima reconhecido, que a categoria das condições da ação represente ponto de estrangulamento entre processo e direito material, se a lei não distinguiu, não parece, nesse caso, caber ao intérprete distinguir. Trata-se de disciplina que interfere com o acesso ao controle jurisdicional – e, portanto, a interpretação do obstáculo deve ser estrita. Ademais, admitida a propositura de nova demanda (idêntica à primeira), será possível aferir, no bojo da posterior, se subsistem as razões que levaram ao insucesso no primeiro pleito. Sendo assim, tratando-se de extinção sem julgamento do mérito, parece não competir ao intérprete fazer restrição que o texto legal não faz.^{136, 137}

¹³⁶ YARSHELL, 2005, p. 162.

¹³⁷ Merece análise recente decisão proferida pelo Rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, no Agravo de Instrumento 70020777249, j. em 08.11.2007, no TJRS, em que se desproveu o recurso, confirmando o pronunciamento de 1º grau, que extinguiu em parte a ação, por reconhecer a ofensa à coisa julgada operada em relação a dois dos autores, que já tinham, anteriormente, proposto ação idêntica e na qual se reconheceu sua ilegitimidade ativa. No voto do relator, lê-se: “Sendo incontroverso que os autores Idemar Norback e Eldi Antonio Valentini já foram declarados partes ilegítimas em ação anterior veiculando a mesma pretensão contra a Brasil Telecom S.A, é evidente que o ajuizamento da presente demanda acarreta a ofensa à coisa julgada. Irretocável, portanto, a sentença vergastada, que declarou a extinção do processo com fulcro no art. 267, inc. V do CPC. Ao contrário do que sustentam os autores recorrentes, são incidentes, na hipótese, os efeitos da **actoritas rei judicatae**. É possível que a literalidade do art. 268 do CPC, somada a uma análise rasa do tema da coisa julgada material, levante dúvidas acerca da solução que ora se preconiza, tendo em vista que a ação anterior (com trânsito em julgado) foi extinta sem resolução de mérito. [...] Entendo contudo que uma correta interpretação desse artigo apregoa que a decisão extintiva do processo por ilegitimidade **ad causam**, se não recorrida, faz coisa julgada. E sendo assim, nem sempre será possível repetir a mesma ação. Para a repropositura da ação de que trata o art. 268 da lei processual civil, é indispensável a implementação do requisito faltante para o processamento da primeira ação intentada. Desse modo, é evidente que uma vez reconhecida a ilegitimidade ativa da parte, não pode a mesma voltar a propor a mesma ação, sem qualquer modificação de suas circunstâncias. E conforme muito bem destacou o julgador do primeiro grau: ‘a mudança da jurisprudência não é fato novo que justifique a legitimação de quem, outrora, foi reconhecido carecedor de ação’. Esse pronunciamento é bastante interessante porque envolve, sob dois ângulos, a discussão sobre o cabimento da ação rescisória: - a primeira questão que se põe refere-se à natureza da sentença que extinguiu a primeira ação em função da ilegitimidade dos autores. A indagação que se faz é: a sentença que reconhece a ilegitimidade da parte é processual ou de mérito? Opera-se, em relação à mesma, a autoridade da coisa julgada material ou não? O Tribunal, embora não afirme expressamente que a sentença é de mérito, concluiu que faz coisa julgada. E, sendo assim, enseja ação rescisória; - a segunda questão diz respeito à decisão proferida na segunda ação, que reconheceu a coisa julgada que se operou na decisão que extinguiu a primeira ação por ilegitimidade ativa. O pronunciamento de 1º grau tem natureza processual, porque reconheceu a coisa julgada anterior. O acórdão que o confirmou também tem natureza processual. Uma vez que o pronunciamento, que reconhece a existência de coisa julgada anterior, impede que o autor proponha novamente a mesmíssima ação, conforme *caput* do art. 268 do CPC, também esse acórdão, uma vez transitado em julgado, enseja a propositura de ação rescisória. Assim, na situação retratada no acórdão em análise, abrem-se duas possibilidades ao autor: intentar ação rescisória do pronunciamento proferido na primeira ação, se existente vício encartável nas hipóteses do art. 485 do CPC ou intentar ação rescisória do pronunciamento proferido na segunda ação, se o acórdão que confirmou o pronunciamento de 1º grau contiver tal espécie de vício. Por exemplo, pode ter passado despercebido algum

José Roberto dos Santos Bedaque, em seu livro *Efetividade do processo e técnica processual*, revendo seu posicionamento anterior, conclui em sentido diverso.

Primeiramente, o doutrinador esclarece que, ainda que se entenda, *de lege ferenda*, configurar julgamento de mérito aquele decorrente do exame das condições da ação, outra foi a opção legislativa. Por isso, ao invés de insistir na identidade absoluta entre as condições e o mérito, deve-se propugnar no sentido de se

evitar ao máximo a carência da ação, especialmente nas hipóteses em que a falha quanto a tais requisitos seja verificada ao final do processo e o julgamento de mérito revele-se possível, sem ofensa aos valores diretamente tutelados pelas regras processuais.¹³⁸

Nesse contexto, para José Roberto dos Santos Bedaque, a carência [e a extinção do processo sem julgamento de mérito] deve se restringir àquelas situações em que: – o autor descreveu relação material de que ele não faz parte e não há regra permitindo que formule, em nome próprio, pedido de tutela jurisdicional em benefício de outrem; – quem passou a integrar o pólo passivo do processo é pessoa diversa daquela apontada na inicial como destinatária dos efeitos da tutela jurisdicional; – o direito afirmado na inicial ainda é inexigível; – a tutela jurisdicional pleiteada ou o procedimento adotado não são adequados à solução da crise de direito material descrita.¹³⁹

Segundo o doutrinador, ainda: – a impossibilidade jurídica, especialmente se fundada na causa de pedir, resulta de juízo definitivo sobre todo o litígio, tratando-se de verdadeira sentença de mérito; – a sentença de carência por ausência de interesse ou de legitimidade, acarreta a solução de pequena parte da lide, razão por que pode e deve ser proferida em caráter liminar¹⁴⁰; – quer a solução seja integral, quer seja parcial, sobre o que ficar decidido

documento que evidenciasse que se tratava de ação diversa daquela primeira, não sendo caso de coisa julgada. A ação rescisória poderia, dessa forma, ser intentada com base no inciso IX do art. 485 do CPC.

¹³⁸ BEDAQUE, 2007, p. 397.

¹³⁹ Ibid., p. 397.

¹⁴⁰ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “Ao reconhecer a ilegitimidade o juiz não põe termo ao litígio. Simplesmente recusa-se a examiná-lo integralmente, porque a cognição sumária é suficiente para revelar-lhe que, nos termos em que a situação de direito material foi apresentada, o autor não possui o direito afirmado. O mesmo se dará, todavia, se o julgador chegar à conclusão de que o autor não é o credor somente após cognição exauriente da relação material. Também nessa hipótese não se declara a inexistência da dívida, mas apenas que o autor não é credor. Assim, embora não elimine integralmente a possível lide, a sentença de carência por ilegitimidade produz eficácia extraprocessual, pois reconhece não ser o autor titular daquele direito afirmado na inicial, muito embora terceiro possa sê-lo”. (BEDAQUE, 2007, p. 293). Em outro trecho da sua obra, afirma, quanto ao interesse de agir: “Se proponho demanda com pedido condenatório, afirmando ser credor de obrigação condicional, e o réu nega o implemento da condição, é meu o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos do suposto direito à tutela jurisdicional. No caso, a controvérsia limita-se à ocorrência da condição. Não demonstrado esse fato, a improcedência do pedido é inexorável. Mas se eu afirmar na inicial que, embora ainda não verificada a condição, tenho direito ao recebimento da prestação, serei considerado carecedor

no plano material deve a sentença tornar-se imutável, não sendo mais admissível discussão a respeito; – por isso, deve ser conferido sentido diverso à regra do art. 268 do CPC. Pode o autor intentar de novo a ação, desde que não reproduza aspectos já definitivamente solucionados da relação material. “Como consequência natural dessa conclusão, deve-se admitir a ação rescisória contra a sentença de carência.”¹⁴¹

Contra esse último entendimento são opostos, fundamentalmente, três argumentos:

- c) a superficialidade da cognição que seria feita nessa fase do processo não seria compatível com a idéia de imutabilidade que decorre da coisa julgada material, que pressupõe cognição exauriente;
- d) a interpretação contra legem dos arts. 267, V e 268 do CPC;
- e) há situações em que a análise a respeito da presença ou não das condições da ação, embora seja feita à luz dos elementos da relação de direito material, não alcança a relação material controvertida, não se podendo, aí, afirmar-se que a sentença de carência equivale à sentença de mérito.

Há que se ver, então, se esses argumentos procedem.

Antes, porém, impõe-se rápida abordagem sobre a cognição. Conforme ensina Kazuo Watanabe, a cognição

da ação por inexigibilidade do direito afirmado. Ocorre que estas duas situações aparentam ser substancialmente iguais. Em ambos os casos pleiteio o cumprimento de obrigação inexigível. [...] Pode-se argumentar que o direito existe, embora não dotado de exigibilidade. Mas direito inexigível é, na prática, direito inexistente. Aliás, tratando-se de condição, é possível que ele jamais se torne exigível. Também em ambos os casos, verificada a condição, nada obsta a que retorne o autor ao Poder Judiciário para pleitear a satisfação do direito. A sentença de mérito na constitui empecilho à propositura da demanda, tendo em vista não haver identidade com a primeira. Outra será a causa de pedir. Em conclusão, a cognição de um dos elementos da relação material – a exigibilidade – produz o mesmo efeito naquele plano do ordenamento jurídico, independentemente da profundidade com que ela seja realizada. A eficácia da sentença não será apenas endoprocessual”. [BEDAQUE, 2007, p. 328] Conclui o doutrinador, reiterando que a categoria das condições da ação deve ser tratada à luz do princípio da economia processual. Por isso: “a)- as condições da ação devem ser aferidas o quanto antes, à luz de elementos da relação material afirmada pelo autor, evitando-se o prosseguimento de processo provavelmente inútil; b)- reconhecida a falta de interesse ou de legitimidade, embora não haja solução para a crise de direito material, um aspecto da relação foi examinado e a respeito o juiz proferiu decisão, que deve ser considerada definitiva; c)- a sentença de carência por impossibilidade jurídica do pedido resolve toda a crise de direito matéria e é apta ao trânsito em julgado; d)- há situações de carência que, se não identificadas oportunamente, devem ser desconsideradas, pois admissível as sentença de mérito, com solução definitiva do conflito. São elas: d.1.)- ausência de adequação do procedimento ou da tutela, se o julgamento de mérito, além de não implicar dano às partes, trazer vantagem ao sistema (portador de título executivo que pede tutela condenatória, ausência de prova escrita para ação monitoria e embargos com discussão do mérito); d.2) falta de necessidade da tutela jurisdicional verificada quando já há elementos para reconhecimento da improcedência do pedido; d.3)- ilegitimidade passiva identificada quando já possível juízo de improcedência da pretensão do autor. Nesses casos, a falta da condição da ação não impede o exame do mérito, pois o prejuízo que se pretendia evitar já foi causado (prosseguimento do processo) e o resultado encontrado no plano material não é incompatível com a inexistência da condição”. (BEDAQUE, 2007, p. 405).

¹⁴¹ BEDAQUE, 2007, p. 353.

é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹⁴²

Ainda segundo o mesmo doutrinador, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal, quando, então, poderá ser plena ou limitada, e vertical, podendo ser exauriente ou sumária.

A cognição é plena quando se estabelece [ou pode se estabelecer] sobre todas as questões suscitadas pelas partes. É limitada ou parcial, quando existe regra que restringe a área de questões que o juiz pode considerar, analisar e valorar. Exemplo desta última situação é a limitação imposta pelo art. 20 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21.6.1941, segundo a qual a contestação, na ação de desapropriação por utilidade pública, somente poderá versar sobre vício do processo ou impugnação do preço, devendo qualquer outra questão ser decidida por ação direta.

A cognição é exauriente quando se faz com intensidade, comportando “indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e incutir certeza no espírito do juiz.”¹⁴³

É sumária quando é superficial, voltada aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, que conduzem a decisões provisórias.

Segundo Kazuo Watanabe,

em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em **cognição plena e exauriente**, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada.¹⁴⁴ (grifo nosso)

De acordo com o mesmo autor, também, a cognição parcial e exauriente é dotada de aptidão suficiente para produzir coisa julgada material.¹⁴⁵

Igualmente o é a chamada cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* e a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente. Exemplo da primeira é a que ocorre no mandado de segurança. Se a prova existente nos autos assim o permitir, haverá

¹⁴² WATANABE, 2000, p. 59.

¹⁴³ DINAMARCO, 2005c, p. 37.

¹⁴⁴ WATANABE, op. cit., p. 113.

¹⁴⁵ Ibid., p. 117.

cognição exauriente, proferindo o juiz pronunciamento de mérito que fará coisa julgada material. Se a conclusão do magistrado, porém, for pela insuficiência de prova, o objeto litigioso não será decidido de forma definitiva, podendo a parte pedir a reapreciação da questão controvertida em ação ordinária. A cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente é a que acontece, por exemplo, quando, no processo monitório, o réu oferece embargos, tomando ele a iniciativa do contraditório.

Vê-se, portanto, que a cognição, quando exauriente, enseja a produção da coisa julgada material e isso acontece porque o juiz, nesse caso, decide com base em um juízo de “certeza”¹⁴⁶ e não de aparência.

A cognição sumária, em que o juiz decide com base na aparência, por sua vez, não tem aptidão para a produção da coisa julgada material.

Retornando ao ponto referente à verificação das condições da ação e aos argumentos que são opostos ao entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque a respeito do cabimento de ação rescisória contra a sentença de carência, constata-se que, em relação ao argumento sobre a natureza da cognição, não têm razão os opositores. O juízo que se realiza, embora aconteça, desde logo, no início do processo, não é sumário. Ocorre que, em face das afirmações do autor, é tão elevado o grau de evidência de que o processo é manifestamente inútil, que se permite ao juiz assim reconhecê-lo de plano. Ao juiz é **possível** conhecer e analisar todas as questões. Mas lhe basta, é **suficiente**, conhecer apenas esta.¹⁴⁷ (grifo nosso)

É o que acontece, fundamentalmente, nas situações de prescrição¹⁴⁸ e decadência [art. 269, II do CPC], que são causa de indeferimento liminar da petição inicial. É o que

¹⁴⁶ Em verdade, não se trata de um juízo de certeza, mas de probabilidade suficiente. A respeito, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “ A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a ‘segurança jurídica’ como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou ‘segurança’, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 318).

¹⁴⁷ Cognição sumária, por exemplo, há no processo monitório. Segundo ensina Eduardo Talamini, “nesse último caso, o juiz está de mãos atadas; não pode promover nenhuma diligência instrutória, formando-se ‘de pleno direito’ o título executivo. Isso sim é um caso de cognição sumária, e não gera coisa julgada material”. (TALAMINI, 2005, p. 55-56).

¹⁴⁸ Sobre a prescrição, entretanto, devem ser feitas algumas observações. Até a edição da Lei 11.280/2006, que alterou o parágrafo 5º do art. 219 do CPC, a prescrição somente poderia ser conhecida e decretada de ofício se fosse em benefício do menor. A antiga redação estava de acordo com a regra do art. 194 do CC, que rezava “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz” e que foi revogada. Com a nova lei, o juiz pode decretar de ofício a prescrição sobre qualquer tipo de pretensão. A doutrina, porém, tem discutido a respeito de vários aspectos da nova regra, a começar pela própria validade, ou não, da maneira ‘heterotópica’ em que teria sido revogada a regra do art. 194 do CC. Discute-se, também, sobre a compatibilidade, ou não, do novo dispositivo legal com a natureza dos

ocorre, também, na hipótese prevista no art. 285-A do CPC, que autoriza o juiz a proceder de plano ao julgamento de improcedência. Ou seja, a solução encontra respaldo em uma hipótese já incorporada há tempo no diploma processual e em outra, recente.

A interpretação permite, ao mesmo tempo, que a atividade jurisdicional desenvolvida no primeiro processo não seja considerada completamente em vão [a se permitir a repetição da ação nos mesmos moldes que a anterior, estar-se-ia tornando totalmente inútil a tutela jurisdicional prestada na primeira ação], e que não se atribua à sentença de carência a qualidade de imutabilidade absoluta, o que não se verifica nem mesmo com o provimento de mérito. Portanto, há **conexão racional** entre a escolha interpretativa e o sistema jurídico. Por isso, também o segundo argumento não deve prevalecer.

A constatação de que existem situações em que a análise a respeito das condições da ação não alcança, sequer em parte, a relação de direito material, não infirma o que se sustentou.

A análise da legitimação extraordinária para propositura das demandas coletivas, por exemplo, envolve a verificação do preenchimento de alguns requisitos, como o tempo de constituição da associação civil autora e a identificação da representatividade adequada. Mesmo que se realizem diligências probatórias visando à demonstração do preenchimento desses requisitos, se o juiz concluir no sentido de que não estão presentes, essa será uma situação em que o processo deverá ser extinto sem análise do mérito em função da ilegitimidade ativa para a causa. Nesse caso, realmente, não estará o juiz definindo qualquer aspecto da relação material.

Portanto, essa parece ser uma das raras situações em que realmente há sentido em se fazer a distinção entre condições da ação e mérito.¹⁴⁹ Ocorre que, ao invés de enfraquecer a

direitos disponíveis a que, em regra, a prescrição se refere. Não se pode perder de vista, ainda, que, nos termos do art. 191 do CC, que não foi revogado, o devedor continua com a faculdade de renunciar à prescrição. Humberto Theodoro Júnior chama atenção para essa regra e a dificuldade – ou mesmo impossibilidade – de conciliá-la com a nova regra do art. 219, parágrafo 5º do CPC e seu reflexo no art. 295, IV do CPC: enquanto a regra do art. 191 do CC leva ao entendimento de que se deve dar ciência da demanda ao devedor, viabilizando que exerça sua faculdade de renunciar à prescrição, o art. 219, parágrafo 5º do CPC c/c art. 295, IV do CPC autorizam a decretação de ofício e liminarmente pelo juiz. Ocorre que decretar de ofício e liminarmente significa extinguir o processo, em função da prescrição, sem ouvida do réu. Por isso, Humberto Theodoro Júnior afirma que, visando à harmonia entre as regras, “se, pois, pelas exigências de ordem material, o juiz não tiver condições fático-jurídicas para verificar, desde logo, a consumação da prescrição, não poderá indeferir a petição inicial. O tema ficará relegado para estágio ulterior à citação e resposta do réu”. Discute-se, também, sobre a conveniência de prévia intimação do credor, para esclarecer sobre eventual ocorrência de fato que possa ter provocado a suspensão ou interrupção do prazo prescricional. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 411).

¹⁴⁹ Além da aferição, imposta pelo legislador, de condição jurídica específica da parte para ocupar um dos pólos da relação processual [ser cidadão, para fins de ter legitimidade para propor ação popular], outra situação em que a extinção da ação, pela carência, dar-se-á sem que haja necessidade de qualquer juízo de valor

tese sustentada pelo doutrinador, esse argumento a reforça, porque torna ainda mais nítido o que nela se afirma: que as sentenças de carência, em regra, equivalem à improcedência e devem sujeitar-se à ação rescisória, caso presentes os demais requisitos desta ação de impugnação autônoma.^{150, 151}

sobre os elementos da relação material controvertida, é aquela de falta de interesse processual em virtude da inadequação da tutela jurisdicional pleiteada.

¹⁵⁰ Jose Ignácio Botelho de Mesquita, Mariana Capela Lombardi, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo e Daniel Guimarães Zveibil, em artigo intitulado *O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação*, manifestam seu entendimento no sentido de que a regra do *caput* do art. 268 do CPC deve ser compreendida à luz da regra do art. 471 do CPC, segundo a qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo, tratando-se de relação jurídica continuada, tenha sobrevivido modificação no estado de fato e de direito e nos demais casos prescritos por lei. Assim, segundo os autores: (a)- Quando, depois do trânsito em julgado da sentença de carência, sobrevém alteração no direito positivo que torne juridicamente possível o pedido, ou que confira legitimidade à parte, ou que, tornando necessária a via judicial, crie o interesse de agir, poderá o autor intentar novamente ‘a mesmíssima ação’ e o juiz estará autorizado a conhecê-la e julgá-la porque o art. 471 do CPC somente proíbe que o juiz se pronuncie sobre as questões já decididas a respeito da lide e, na situação, estar-se-ia em face de uma questão nova; (b) independentemente de haver alteração no direito positivo, o autor pode intentar a mesma demanda quantas vezes quiser, mas o juiz é que não poderá decidir novamente as questões já decididas. Com todo o respeito aos autores, não se vê distinção entre o que afirmam e o entendimento de que, extinta a ação em virtude de carência, nova ação poderá ser intentada desde que haja a implementação da condição faltante. Sempre que circunstâncias (fáticas ou jurídicas) da causa forem alteradas de maneira tal a compor nova causa de pedir, estar-se-á em face de nova ação, diferente da anterior. (MESQUITA, Jose Ignácio Botelho de et al. *O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação*. **Revista do Advogado**. AASP, ano XXVI, n. 88, p. 109 et seq., nov. 2005).

¹⁵¹ Ainda com relação ao posicionamento a que se refere a nota anterior, não se pode perder de vista que a regra do art. 471 do CPC é de interpretação bastante controvertida na doutrina e jurisprudência. Sérgio Gilberto Porto, por exemplo, afirma que essa norma se refere à coisa julgada formal. (PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6, p. 207). Antonio Carlos de Araújo Cintra sustenta que a regra diz respeito à coisa julgada material, completando o que se encontra no art. 463 do CPC e impedindo que o juiz que proferiu a sentença como qualquer outro venha a decidir novamente as questões de mérito já decididas. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV, p. 316). Egas Dirceu Moniz de Aragão, por sua vez, explica que a regra diz respeito a ambas. O *caput* do art. 471 do CPC dispõe que “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...]”. Nos parágrafos, são estabelecidas as exceções. No que se refere ao *caput*, o doutrinador chama atenção para o seguinte: – se há questão julgada em definitivo em processo anterior, o óbice ao novo julgamento é natural consequência de o pronunciamento sobre o mérito, que é objeto da sentença, ficar coberto pela coisa julgada material e tornar-se imutável; – se se trata de questão ainda não submetida a juízo ou julgada incidentalmente, nenhum obstáculo poderia antepor-se a seu julgamento porque não fora nem poderia ter sido julgada, sendo passível de sê-lo em qualquer tempo, ou, tendo-o sido *incidenter tantum*, não se inclui na coisa julgada; – se, por exemplo, houve, num determinado processo, decisão do juiz, reconhecendo a prescrição e extinguindo o feito, e essa sentença é reformada no Tribunal, o juiz não poderá voltar a analisá-la em função da preclusão. Não há que se falar em coisa julgada. Indo além na análise, Egas Dirceu Moniz de Aragão esclarece: “A primeira oração (‘nenhum juiz decidirá’) mostra que seus efeitos ultrapassam os lindes de um determinado processo e abrangem outro qualquer. Sob esse aspecto a regra afirma os princípios inerentes à coisa julgada material a que inquestionavelmente se refere. O disposto em seus dois incisos abona essa orientação, pois as exceções neles previstas referem-se a processos distintos, não àqueles em que a sentença houver sido prolatada. Ao falar em **nenhum juiz**, a disposição conjuga-se com o enunciado do art. 468, de que poderia ser parágrafo. Contudo, precisamente por falar em **nenhum juiz** o texto dessa disposição abrange também o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio. Quanto a este – o juiz perante quem corre o processo (tanto em primeiro quanto em segundo grau) – duplo é o efeito a extrair do preceito inscrito na aludida disposição. Se por um lado ele está igualmente subordinado ao princípio exposto no art. 468, pois a sentença passada em julgado tem ‘força de lei’ perante o próprio órgão que a proferiu, por outro lado o emprego do verbo **decidir** dá especial flexibilidade ao texto, que não se restringe a disciplinar efeitos decorrentes da coisa julgada. Exatamente por a lei falar em decidir, nela cabem tanto ‘as sentenças’ quanto ‘as

Concluindo: o Tribunal, ao se pronunciar sobre ação rescisória contra sentença de carência, não deverá desde logo inadmiti-la, com base na regra do *caput* do art. 485 do CPC, partindo do pressuposto de que a sentença de carência, necessariamente, é *processual*. Deverá, antes, constatar qual o **conteúdo** do pronunciamento cuja rescisão se pede.^{152, 153} (grifo nosso)

decisões' [...]. Essa interpretação se reforça com a explícita referência a questões, objeto da oração. Tem-se pois a visão completa da abrangência do texto, que compreende não só a sentença (e por isso projeta efeitos além do processo e vincula os demais juízes) como, outrossim, as decisões das questões solucionadas no curso da demanda (irradiando efeitos dentro do processo e vinculando o próprio juiz que a proferiu). Quanto a estas não há que falar em coisa julgada material e sim em preclusão, que atua também sobre os poderes do juiz (ou tribunal e, neste, do relator). (ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 266-267). Vê-se, portanto, que não parece correta a afirmação dos autores do trabalho indicado na nota antecedente, de que o art. 471 do CPC seria óbice a que qualquer juiz se pronunciasse novamente sobre a falta da condição de ação que levou à extinção de ação anterior. O raciocínio apenas será correto se se reputar que a sentença que extingue o processo em função da carência é sentença de mérito. Se, entretanto, reputar-se que a sentença é processual, em outro processo, poderia voltar a ser discutida. Se há óbice para que isso aconteça, não decorre da regra do art. 471 do CPC, mas eventualmente do princípio *ne bis in idem*.

¹⁵² Suponha-se que numa ação proposta por 'A' contra 'B' foi proferida sentença de carência pela ilegitimidade de 'A' e que houve o trânsito em julgado. 'A' intenta ação rescisória, com base no art. 485, V do CPC e esta ação é liminarmente indeferida por se referir à sentença processual. Reputa-se ser conveniente que a parte, por meio de embargos declaratórios, provoque a manifestação do Tribunal a respeito do seu posicionamento em relação à propositura de outra demanda em 1º grau igual àquela que foi extinta por ilegitimidade. Para não ser contraditório com o seu posicionamento de que é inadmissível a ação rescisória, o Tribunal terá que deixar claro que à parte está aberta a possibilidade de propor novamente a mesma ação, sem qualquer modificação e sem correr o risco de tê-la indeferida. Se o Tribunal, porém, se posicionar no sentido de que para propor de novo a ação, em 1º grau, terá a parte que implementar a condição faltante, estará negando o acesso à tutela jurisdicional por inviabilizar a revisão da decisão de carência que se afirma conter os vícios do art. 485 do CPC. Em verdade, a decisão de carência será mais imutável que a própria sentença de mérito porque, em relação a esta, a via da ação rescisória está aberta, para aquela não.

¹⁵³ Nesse sentido, vejam-se os seguintes pronunciamentos judiciais: (a) REsp 1678/GO, j. 13.02.1990, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: "1. Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência da vedação, no direito vigente, do que se postula na causa. 2. A circunstância do julgado ter proclamado a carência da ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronunciamento de mérito"; (b) Ação Rescisória 336/RS, j. 24.08.2005, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros extrai-se o seguinte trecho: "Creio que há uma regra de ouro para apurar se o acórdão é rescindível ou não. Tal regra se contém numa questão: é possível reabrir a questão resolvida pelo acórdão? Se não é possível a reabertura, cabe a rescisória. Possível a reabertura não há coisa julgada material e a rescisória não cabe. O que o Código, em última análise, na verdade, considera rescindível é a coisa julgada material". Do voto do Ministro Barros Monteiro, por sua vez, extrai-se a afirmação: "Neste caso, o tema alusivo à legitimidade da parte encontra-se imbricado com o mérito do litígio, a tal ponto que, se se considerar que não houve abordagem do *meritum causae*, a parte vencida não terá como argüir, em ação rescisória, esse ponto concernente à admissibilidade da ação declaratória. O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito bem assinalou, a propósito, que a questão da legitimidade está vinculada à relação de direito material ou subjacente, de fato. Identificando essa situação, penso que é admissível a ação rescisória". Tratava-se de Ação Rescisória ajuizada contra acórdão proferido no REsp 269/RS que reconheceu legitimidade para herdeiros-netos postularem ação declaratória da relação avoenga cumulada com petição de herança; (c) REsp 21.544-8/MG, j. 19.05.1992, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, em cujo voto, absolutamente esclarecedor, se lê: "Costuma-se afirmar, sem maior exame, que, constituindo a legitimação para a causa uma das condições da ação, sua falta conduz à carência, impossibilitando o exame do mérito. Ocorre que o tema demanda algumas distinções, nem sempre feitas. Por certo que, tratando-se de legitimação extraordinária, destaca-se claramente a questão da legitimidade para agir da pertinente ao mérito, por isso mesmo que a parte apta a postular o reconhecimento do direito é outra que não o seu titular. Desse modo, ao se decidir sobre a titularidade para propor a demanda nada se dirá, necessariamente, quanto à titularidade do direito. Na legitimação ordinária, impõe-se discernir. Apresenta-se, por vezes, uma relação legitimante, estranha à litigiosa. Pode-se exemplificar com a hipótese da ação intentada pelo sócio,

2.2 TRÂNSITO EM JULGADO

Outra observação necessária refere-se ao sentido da expressão trânsito em julgado.

O trânsito em julgado é o fato jurídico decorrente de não terem sido, no processo, interpostos quaisquer recursos, ou de terem sido interpostos e julgados todos os recursos cabíveis [esgotamento dos recursos] ou de terem sido interpostos recursos que, por não apresentarem os requisitos de admissibilidade, não foram conhecidos. Compreende, também, a situação decorrente do exaurimento do duplo grau de jurisdição, quando a sentença é sujeita a reexame necessário (art. 475 do CPC).

Barbosa Moreira¹⁵⁴, Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁵, Eduardo Talamini¹⁵⁶ utilizam essa expressão tanto em relação às sentenças processuais, quanto de mérito.

Para Thereza Alvim, porém, “transitar em julgado, segundo a dicção do art. 485, significa a decisão estar revestida da autoridade de coisa julgada material.”¹⁵⁷

visando à anulação de ato praticado pelo diretor, contrário aos estatutos. A condição de sócio é necessária para que a parte seja legítima. Negando-a ou afirmando-a, nada se estará adiantando sobre a validade do ato impugnado. Muito mais freqüente, entretanto, que a relação jurídica, capaz de autorizar uma pessoa a pleitear determinado direito, confunda-se coma existência da própria relação jurídica cujo reconhecimento se demanda. Natural que assim seja. Se ordinariamente pode pretender o reconhecimento do direito quem como seu titular figura na relação jurídico-material, a decisão sobre uma coisa implicará decisão sobre a outra. Se a sentença afirma que A não é credor de B, nada mais haverá a decidir. Procura-se, por vezes, discriminar essa situação, de outra, em que exista a relação jurídica, mas dela seja titular, não o que como tal se afirma, e sim um terceiro. A distinção é destituída de qualquer conseqüência, se o objetivo é verificar se o mérito foi ou não examinado. Tome-se o exemplo, costumeiramente apontado, da cessão de crédito. Ingressando em Juízo aquele que diz cessionário, o litígio existente será o que deriva da afirmação de ser credor do réu por determinada importância. Esta a lide. Única existente, pois, para o processo só importa o que nele se deduziu. Se a sentença concluir que não houve a cessão, haverá de declarar que o autor não é credor. Sua pretensão, por conseguinte, é infundada. Não se limita o julgado a uma questão processual, pertinente a quem pode postular em juízo. Nega a existência da relação em que se funda o pedido do autor. Dir-se-á que a relação jurídica de débito e crédito continua a existir, podendo ser o pagamento exigido pelo verdadeiro titular. Sucede que isso é de todo irrelevante para o processo em que houve o julgamento. A lide nele deduzida referia-se a um vínculo entre autor e réu. Afirmando que este inexistente, o pedido foi apreciado, a lide examinada e decidida, a pretensão recusada. Se subsiste uma relação entre o réu e terceiro, poderá constituir conteúdo de outra lide, objeto de processo distinto. Claro está que a decisão proferida será inteiramente neutra relativamente a essa eventual demanda. Mas, para assim concluir, basta recorrer às regras pertinentes aos limites subjetivos da coisa julgada. De há muito observou LOPES DA COSTA que, em casos como este, não interessa ‘que o réu deva a outrem que não a ele, autor’ (Rev. de Direito. Proc Civil. N3, p. 22). Na hipótese em exame, o ora recorrente intentou ação em que afirmava ser credor de indenização, sendo devedora a ré. Esta a relação litigiosa. O acórdão afirmou que entre as partes não havia tal vínculo. O autor não seria credor da ré. Não há mais o que exigir para que se tenha a lide como decidida. O mérito foi, pois, julgado, não obstante a circunstância de ter-se afirmado que o caso era de carência. Se o autor é credor ou não de outrem, importa nada”.

¹⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5, p. 115.

¹⁵⁵ Segundo esse autor, “o vocábulo **trânsito** expressa movimento e **julgado** está por decisão imutável. Transitar em julgado significa adquirir a qualidade de decisão imutável, quer com a autoridade da coisa julgada material, quer sem ela. Transita em julgado a sentença a sentença quando da condição de recorrível ela passa à de irrecorrível. Daí falar-se também em passar em julgado e passagem em julgado.” (grifo nosso). (DINAMARCO, 2005c, p. 295).

¹⁵⁶ TALAMINI, 2005, p. 32.

Com todo respeito à professora, parece ser possível fazer-se a distinção entre trânsito em julgado e coisa julgada [formal e material]. O trânsito em julgado diz respeito ao aspecto cronológico, ao momento em que, do pronunciamento judicial que tem seu conteúdo encartável nas hipóteses dos arts. 267 ou 269 do CPC, já não caiba nenhum recurso nem reexame necessário. Desse fato, decorre uma consequência, que é a imunização do pronunciamento judicial a qualquer questionamento futuro.

A respeito, esclarecedoras são as palavras de Sérgio Rizzi, que assim explica:

A admissibilidade da ação rescisória está condicionada à passagem em julgado da sentença de mérito. A exigência vem expressa no caput do art. 485 do Código através da dicção “transitada em julgado”. [...] A locução “transitada em julgado”, entendida fora do contexto em que figura no caput do art. 485 do Código, exprime, como vimos, a preclusão máxima (coisa julgada formal). Todavia, examinada em conjunto com os termos ‘sentença de mérito’ (definitiva), expressa a coisa julgada material.¹⁵⁸

2.3 COISA JULGADA: FUNÇÕES, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

A coisa julgada, conforme já se viu em item anterior deste trabalho, é decorrência do princípio constitucional da segurança jurídica. Trata-se de uma opção política do constituinte, que diz respeito apenas aos atos jurisdicionais, mas não a todos os atos jurisdicionais: somente àqueles cujo conteúdo é encartável nas hipóteses do art. 269 do CPC.

Tal como explica Eduardo Talamini, a coisa julgada não é inerente à atividade jurisdicional, mas a atividade jurisdicional é a única compatível com a coisa julgada, isso porque os atos jurisdicionais são os únicos que não são revisáveis pelos demais Poderes [Legislativo e Executivo].¹⁵⁹ O contribuinte, por exemplo, pode, em face de um auto de infração, interpor um recurso administrativo. Julgado esse recurso, na esfera administrativa, o contribuinte, ainda, poderá valer-se da atividade jurisdicional, buscando o reconhecimento do seu direito por meio de um processo judicial. Proferido o pronunciamento de mérito e esgotadas as vias recursais, aquele pronunciamento estará imune a qualquer questionamento futuro, não se sujeitando mais a qualquer revisão, seja naquele processo em que foi proferido,

¹⁵⁷ Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. In: Revista dos Tribunais, Revista de Processo [Repro], São Paulo, n. 39, p. 9, jul./set. 1985.

¹⁵⁸ RIZZI, Sérgio. **Ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 32.

¹⁵⁹ TALAMINI, 2005, p. 32.

seja em outro. Note-se que, esgotada a via administrativa, ainda restava ao contribuinte a via judicial. Esgotada a via judicial, no entanto, tem-se a imutabilidade do pronunciamento.

A **imutabilidade** é o traço característico da coisa julgada^{160, 161}, que cumpre duas funções, tal como registram Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo com complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas geradas pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. Alegada a existência de coisa julgada, cabe ao Magistrado, exercendo seu poder-dever de abstenção, não apreciar o mérito e extinguir o processo, proferindo sentença processual, sem exercer qualquer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença. [...] Vê-se, portanto, que a coisa julgada exerce função positiva e negativa no Direito, que se explicam a partir do princípio da segurança jurídica.¹⁶²

A função negativa é o que explica ser a coisa julgada um pressuposto processual negativo (art. 267, V, CPC), que impede o Poder Judiciário de se manifestar novamente a respeito daquilo que foi decidido por meio de sentença de mérito transitada em julgado.

Quanto à função positiva, consiste em pôr fim ao litígio, proporcionando, segundo Egas Moniz de Aragão, o resultado pretendido por ambos os litigantes, que é a extinção do estado de dúvida em que se encontram. Nas palavras daquele processualista,

¹⁶⁰ De acordo com Barbosa Moreira, “Na sentença de mérito, formula o órgão judicial a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida à sua apreciação. Óbvias necessidades de ordem prática impõem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional assim dispensada. A lei atende a tal exigência tornando imutável e indiscutível, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença. Nesse momento – que, no direito brasileiro, é aquele em que já nenhum recurso pode ser interposto contra a sentença – diz-se que esta transita em julgado. Desde o trânsito em julgado, fica a sentença definitiva revestida da autoridade da coisa julgada em sentido material. Quer isso dizer que a solução dada ao litígio pelo juiz se torna imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão, mas também fora dele, vinculando as partes e quaisquer outros juízes de eventuais processos subsequentes. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97).

¹⁶¹ Em igual sentido, Luiz Rodrigues Wambier ressalta que “A realidade é que, regra geral, os provimentos jurisdicionais capazes de responder à pretensão formulada pelo autor, ainda que o façam pela sua improcedência, tornam-se imutáveis a partir da ocorrência da coisa julgada, que se dá exatamente no instante em que não mais seja possível a interposição de qualquer tipo recursal previsto no ordenamento jurídico processual. Trata-se de imperativo social inafastável. A desejada segurança nas relações sociais impõe que se dê fim à possibilidade de perpetuação das situações de conflito, mediante mecanismo de efetivação do direito que afaste qualquer eventual tentativa de procrastinar o cumprimento da sentença ou de acórdão que resolva o mérito do processo. Afinal, esse raciocínio está na própria base da formulação da idéia de processo, como instrumento de pacificação social legitimado pela sociedade”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Ação rescisória e pretensões relativas ao direito de família**. Curitiba: Juruá, Jurisprudência Brasileira n. 158/28).

¹⁶² WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 22.

As duas funções se completam. Se é certo que, por força do aspecto negativo, o juiz não deve julgar de novo o litígio sobre que existe sentença passada em julgado, é igualmente certo que em outra demanda deverá ele, respeitando-o, aplicar o julgamento anterior (que está, porém, inibido de rever). Suponha-se haver sido declarado pertencer o imóvel x ao litigante A, que saiu vencedor em processo travado com B. Se este conservar a posse do aludido bem e A, por isso, reivindicá-lo, é óbvio que a par de não julgar de novo a questão do domínio (a função negativa proíbe-o de fazê-lo) o juiz terá de tomar como ponto de partida de sua nova sentença a coisa julgada preexistente, que declara ser A o proprietário do imóvel x (a função positiva lhe impõe isso). O que o juiz não deve, pois, é julgar de novo o mesmo litígio; pode e deve, porém, apreciar outras demandas e para julgá-las terá de, respeitando-a, fazer valer a coisa julgada.¹⁶³

Assim, se determinada relação jurídica, que foi objeto do pedido formulado pelo autor em um processo e de sentença de mérito que transitou em julgado, se apresenta, posteriormente, em outro processo, entre as mesmas partes, como questão prejudicial, terá o juiz que respeitar o que já foi anteriormente decidido e que conta com a autoridade da coisa julgada material.

Por aí se vê a natureza jurídica processual da coisa julgada. Trata-se de instituto voltado à atuação jurisdicional: de um lado, proíbe que se emita novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto litigioso; de outro, determina que se adote o comando anterior como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos em processos subseqüentes para os quais o objeto do processo anterior funcione como questão prejudicial.¹⁶⁴

Não se nega que seja um instituto que aproxima o processo do direito material, uma vez que torna imutável o comando da sentença de mérito que é aquela que faz atuar, em concreto, a vontade do Direito e cujos efeitos se projetam, em regra, para fora do processo e sobre a vida das pessoas. Mas, ainda assim, mantém-se como instituto processual, como verdadeira objeção, que deve ser considerada pelo juiz de ofício, ainda mesmo que os litigantes nada aleguem a seu respeito.

Oportuna, a respeito, a lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão, que ressalta:

Decorre, outrossim, que a coisa julgada é, em si, irrenunciável. Podem as partes, se lhes convier e a lei permitir, dispor quanto à relação material, a **res**, que fora objeto do processo e sobre a qual recaíra a sentença passada em julgado. É clara essa liberdade, acentuadamente no texto do art. 1036 do Código Civil (que somente veda a transação após a formação da coisa julgada se dela não tinha ciência algum dos transatores).¹⁶⁵ Mas não será possível renunciar à própria coisa julgada, renúncia

¹⁶³ Conf. ARAGÃO, 1992, p. 217.

¹⁶⁴ Conf. TALAMINI, 2005, p. 46.

¹⁶⁵ O art. 1036 do CC de 1916 corresponde, em parte, ao art. 850 do CC atual.

cujo efeito normal seria a instauração de novo processo, a fim de outra vez julgada a res.¹⁶⁶ (grifo nosso)

Essa afirmação traz à baila outra constatação: de que a coisa julgada não é um efeito da sentença, ensinamento esse que vem de Liebman.¹⁶⁷

Liebman parte da constatação de que a sentença de mérito pode produzir efeitos antes de se operar a coisa julgada, o que, por si só já evidencia que são realidades distintas. A sentença de mérito produz efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios.¹⁶⁸ A coisa julgada, por sua vez, é, segundo o doutrinador italiano, uma qualidade dos efeitos do pronunciamento de mérito. Essa qualidade é a imutabilidade que acoberta tais efeitos.

¹⁶⁶ ARAGÃO, 1992, p. 216.

¹⁶⁷ LIEBMAN. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁶⁸ Parte-se, neste estudo, do entendimento de Humberto Theodoro Júnior de que, “Na sua função pacificadora dos litígios, a sentença produz sua eficácia sobre o relacionamento jurídico material dos litigantes, e o faz no desempenho de três funções básicas: a)- o acerto positivo ou negativo em torno da existência e conteúdo da relação controvertida; b)- a alteração da situação jurídica existente entre as partes; e c)- a determinação de medidas para impor a realização de prestação devida por uma das partes em favor da outra. [...] Em todos os casos, os efeitos da sentença manifestam-se de imediato, mas nem sempre se esgotam somente com sua prolação.” Por isso, ainda de acordo com o doutrinador, as sentenças podem ser classificadas, quanto aos efeitos, em duas espécies: “a)- sentenças de eficácia imediata ou completa: quando por si só produzem todos os efeitos para os quais foi pronunciada. É o caso das sentenças constitutivas e declaratórias em geral [...]; b)- sentenças de eficácia contida ou mediata: quando a concretização da tutela é diferida para estágio ulterior ao provimento de certificação do direito da parte e somente se completa mediante outras providências judiciais de natureza coercitiva sobre a pessoa do devedor ou seu patrimônio. É o caso das sentenças condenatórias em geral e de outras que a lei a elas equipara no tocante à eficácia executiva.” E arremata, esclarecendo que, em relação ao modo de realizar os atos de cumprimento da sentença condenatória, podem ser de maior ou menor complexidade: “a)- às vezes, basta um mandato executivo expedido após a sentença (v.g. mandado de despejo, de entrega de coisa, de imissão na posse, de demolição etc.); b)- algumas vezes, por dificuldade do emprego de meios sub-rogatórios, adotam-se medidas indiretas de coerção para compelir o devedor a realizar pessoalmente a prestação devida (v.g. multa, prisão civil, fechamento de estabelecimento, suspensão de direitos etc.); c)- outra vez, mesmo sendo possível a adoção de meios sub-rogatórios, torna-se necessário um procedimento mais complexo, entre a sentença e a realização forçada da prestação a realizar, como na condenação a pagamento a quantia certa, em que se tem de passar pelos atos de constrição e expropriação dos bens do devedor para se obter o numerário com que se irá satisfazer executivamente o comando da sentença; d)- por fim, há a hipótese de maior complexidade processual, em que, após a sentença condenatória, o credor tem de recorrer a um novo processo, impulsionado por uma nova ação – a ação de execução – para alcançar a realização compulsória da prestação a que tem direito (v.g. execução da sentença arbitral, da sentença estrangeira, da sentença contra a Fazenda Pública etc)”. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 596). Reconhece-se que as categorias condenatória, mandamental e executiva lato sensu, por sua similaridade funcional, podem ser reunidas numa só – condenatória – que visa à obtenção de resultados que dependem, para efetiva realização do direito reconhecido à parte, de alteração física do mundo dos fatos. Para tanto, compreende-se a possibilidade do desempenho de atividades materiais sub-rogatórias, emissão de ordens às partes e manejo de atividades coercitivas. (Conf. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega da coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 205-206). Nesse sentido, também, Evaristo Aragão Santos que afirma que “as novas categorias de sentenças são, no máximo, espécies do gênero ‘condenação’” (SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o ‘novo’ regime de cumprimento da sentença. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Direito e processo**. Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 569). Além desses, há os efeitos ditos secundários, como aquele previsto no art. 466 do CPC, segundo o qual a sentença condenatória “valerá como título constitutivo da hipoteca judiciária”.

A esse entendimento, Barbosa Moreira opôs-se, afirmando que, realmente, a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas também não é uma qualidade dos efeitos da sentença, isto porque os efeitos podem sofrer [e, em regra, sofrem] modificações ao longo do tempo.¹⁶⁹ Assim, por exemplo, com o perdão da dívida pelo autor, após ser proferida a sentença condenatória, o efeito condenatório [de autorizar atos de execução no patrimônio do devedor] não se produzirá *in concreto*, porque não será necessário realizá-lo judicialmente.

Segundo Barbosa Moreira, a coisa julgada é, em verdade, a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Enquanto comando, a condenação sempre existirá, de maneira que é vedado às partes pretenderem novo exame do mesmo objeto litigioso pelo Judiciário. Ou seja, se a sentença transitada em julgado reconheceu a obrigação, do réu, de pagar determinada quantia, mesmo que o autor, posteriormente, perdoe a dívida, não poderá o réu pretender que o Judiciário, à luz da situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, volte a se manifestar sobre a existência daquela obrigação.¹⁷⁰

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: MOREIRA, 1984, Tomo III, p. 99/113 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: MOREIRA, 1988, Tomo I, p.81-89.

¹⁷⁰ Barbosa Moreira opôs-se também ao entendimento de Ovídio Baptista da Silva. Segundo este último, a autoridade da coisa julgada recairia somente sobre o efeito declaratório da sentença de mérito, porque este não depende de agentes externos para se realizar (SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 81). Barbosa Moreira refuta esse entendimento, afirmando: “Consideremos um exemplo frisante. Por sentença trãnsita em julgado, mediante ação proposta por A contra B, anulou-se contrato entre ambos celebrado. Noutro processo, B exige de A o cumprimento da obrigação contratual e argumenta: Não discuto que A tivesse direito à anulação do contrato; ora, só isso é que ficou coberto pela autoridade da coisa julgada. A anulação mesma, em si, essa não goza de igual proteção; logo, posso contestá-la, para afirmar subsistente o contrato, e por conseguinte demandar-lhe o cumprimento, sem ofender a res iudicata. Andaria bem o juiz que acolhesse semelhante argumentação? A coisa julgada – nunca será demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o resultado final do processo. Se constitutiva a sentença, o que importa preservar é justamente a modificação jurídica operada, não o mero direito de promovê-la, reconhecido ao autor. De que serve a Caio – ou acima dele, à paz social, à segurança das relações interpessoais – tornar-se indiscutível, a partir de certo momento, o direito que tinha à anulação de seu casamento com Tícia, se entretanto se permite que continue a ser discutida a própria dissolução da sociedade conjugal. Uma vez efetuada a modificação – [...] – o direito de obtê-la já não tem qualquer significação atual, e bem fraca teria de reputar-se a garantia da coisa julgada se apenas a ele se reportasse, deixando ao desabrigo a modificação mesma”. (MOREIRA, 1988, p. 83). Eduardo Talamini, com extrema clareza, assevera que essa disputa teórica tem relevância concreta, isso porque, segundo Ovídio Baptista da Silva, nenhum negócio jurídico envolvendo o efeito declaratório da sentença, que importe renúncia ou perdão ou confissão contrária ao que o Juiz declarou, teria qualquer eficácia jurídica, por ser ofensivo à coisa julgada. Se a imutabilidade – atributo de que se reveste a sentença após o trãnsito em julgado – dissesse respeito ao elemento declaratório, não poderiam as partes, após o trãnsito em julgado, mesmo versando a lide sobre direitos disponíveis, firmar um acordo, estabelecendo, consensualmente, a existência daquele direito que se declarou inexistente, extraindo-lhe todos os efeitos [passados, presentes e futuros] daí decorrentes. Ocorre que a regra do art. 850 do CC atual permite que, mesmo tendo havido o trãnsito em julgado da sentença de mérito que, por exemplo, declarou inexistente o direito, as partes realizem transação. Não poderão, todavia, pretender do juiz declaração ou qualquer outra providência no sentido oposto à declaração que ele, juiz, já emitiu. “Convém frisar: as partes não ficam vinculadas à declaração jurisdicional; podem, no âmbito das relações disponíveis, abdicar da solução de eliminação da incerteza dada pelo juiz e consensualmente estabelecer outra; porém, ainda que estando de acordo

O pronunciamento de mérito é dotado de eficácia (potencial ou efetiva).¹⁷¹ Essa eficácia pode ou não se concretizar, produzindo-se os efeitos a que se refere. Produzam-se ou não, concretamente, esses efeitos, o pronunciamento de mérito, mais especificamente seu comando [sua parte dispositiva], por opção política baseada em razões eminentemente práticas, a partir de determinado momento, fixado pelo legislador, se torna imutável. A coisa julgada é essa imutabilidade do comando do pronunciamento de mérito.

É esta a acepção adotada neste estudo.

Pelo que até agora se viu, a coisa julgada consiste na imutabilidade e conseqüente indiscutibilidade do comando do pronunciamento de mérito, que decorrem do trânsito em julgado, assim entendido como o momento em que há a preclusão das vias recursais [seja porque se deixou passar em branco o prazo para interposição do recurso cabível; seja porque a parte interpôs e foram já julgados todos os recursos cabíveis; seja porque interpôs recurso que acabou não sendo conhecido pela ausência de requisito de admissibilidade; ou, ainda, pelo esgotamento do reexame necessário]. Nesse momento, opera-se a mudança da situação jurídica do pronunciamento de mérito, que, segundo Barbosa Moreira, se converte de instável em estável, sendo que é a essa estabilidade que se está referindo quando se fala em autoridade da coisa julgada.¹⁷²

A coisa julgada material, segundo Eduardo Talamini, “pode ser configurada como uma qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgada, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.”¹⁷³

Ou seja, há mais um elemento a se considerar para fins de compreender o instituto da coisa julgada: a cognição exauriente.

Lide, pedido, mérito¹⁷⁴ e objeto litigioso do processo são expressões sinônimas, tal como ensina Arruda Alvim. Segundo o doutrinador, “o pedido do autor é o objeto litigioso do processo, ou a lide; ou seja, nele se retrata o bem da vida, de que o autor se pretende titular,

entre si, é vedado às partes obter novo pronunciamento que vá contra o conteúdo do dispositivo revestido da coisa julgada”. (TALAMINI, 2005, p. 40).

¹⁷¹ Ou seja, aptidão, em abstrato, para surtir os efeitos próprios.

¹⁷² MOREIRA, 1984, tomo III, p. 113.

¹⁷³ TALAMINI, op. cit. p. 30.

¹⁷⁴ Para José Roberto dos Santos Bedaque, “a noção de mérito está ligada a algo trazido de fora do processo. Seus elementos estão no direito material. Corresponde à noção de objeto do processo, como sendo a situação subjetiva afirmada na demanda, sobre cuja existência o juiz é chamado a se pronunciar”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 118).

que é objeto de um litígio.”¹⁷⁵ Objeto do processo é algo mais amplo, pois compreende além do pedido, as defesas e alegações do réu.¹⁷⁶

Ao julgar a lide, o juiz profere pronunciamento de mérito, revelando, conforme preceitua Cândido Dinamarco, “o preceito jurídico-substancial que deve reger as relações entre dois ou mais sujeitos com referência ao bem da vida indicado na demanda.”¹⁷⁷ Esse pronunciamento, a que se refere o inciso I do art. 269 do CPC, é a sentença de mérito típica¹⁷⁸, mas há ainda as chamadas sentenças de mérito atípicas, elencadas nos demais incisos e, por meio das quais, também se estará pondo fim aos conflitos de interesse.

¹⁷⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 502.

¹⁷⁶ Há autores – Cândido Rangel Dinamarco é um deles – que utilizam a expressão *objeto do processo* como sinônimo de *objeto litigioso do processo*, que constitui o mérito ou a pretensão que é expressa no pedido mediato (provimento jurisdicional) e no pedido mediato (bem da vida). O objeto da cognição, por sua vez, é mais amplo, porque compreende todos os pontos de fato e de direito, trazidos por quaisquer das partes, dos quais dependem a admissibilidade e o teor do julgamento do mérito. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Revista de Processo [Repro]**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, p. 20-46).

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Objeto do processo é a pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação. É o material sobre o qual atuam as atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz e todos os atos de defesa judicial dos direitos, realizados pelas partes. A pretensão ao bem da vida preexiste ao processo e consiste na aspiração a obter um dado bem material ou imaterial, uma coisa móvel ou imóvel etc. Pretensão não é uma situação jurídica, mas um fato que ocorre na vida das pessoas; não é um direito, mas uma exigência (exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio: Carnelutti). Pretender é querer, desejar, aspirar. Por isso, pretensão é desejo, aspiração, vontade de obter. É a insatisfação dessa aspiração que dá motivo à instauração do processo para o exercício da função jurisdicional em casos concretos. Trazida a juízo a pretensão, a resposta final do juiz consistirá na eliminação da crise jurídica e oferta de uma solução que por sua vez se projetará na vida do demandante. O processo alimenta-se das crises jurídicas preexistentes e, quando termina, apresenta um resultado consistente na sua eliminação. Na vida do processo, tudo gira em torno desse seu objeto: a demanda com que o autor postula a tutela jurisdicional, a defesa com que o réu resiste, as provas com que se procura demonstrar a ocorrência de fatos capazes de gerar o direito afirmado etc – tudo caminhando até ao ato final com que o juiz dispõe sobre a pretensão deduzida (no processo conhecimento, sentença de mérito; na execução, ordem de entrega). Numa das pontas do processo está uma situação da vida, que o demandante lamenta e pede que seja alterada; na outra, o resultado final com que se elimina o conflito entre os litigantes e, se o demandante tiver razão, oferece-lhe uma nova situação da vida, mais favorável que a primeira (processo civil de resultados...)”. Ainda segundo o mesmo autor, o vocábulo mérito expressa o próprio objeto do processo. “O mérito do processo de conhecimento é a pretensão trazida com pedido de julgamento que a reconheça e, portanto, a acolha. O mérito do processo de execução é a pretensão a receber a coisa pleiteada – e não uma sentença. [...] Também o processo cautelar e os recursos têm o seu mérito, ou seja, o seu objeto. Lá, o mérito é a pretensão do demandante à medida urgente; cá, a pretensão a obter nova decisão, apresentada pela parte vencida ao tribunal.[...] A demanda que dá início àquele não traz uma pretensão oriunda da vida das pessoas, mas nascida de alguma dificuldade existente quanto à vida do processo. [...] A pretensão trazida ao tribunal nas razões do recurso pode ser a mesma deduzida na demanda inicial ou alguma outra, referente à vida do processo; o mérito dos recursos nem sempre coincide com o *meritum causae*, ou seja, com a pretensão oriunda da vida comum e trazida a exame no processo”. (DINAMARCO, 2005c, p. 180-182).

¹⁷⁷ Ibid., p. 30.

¹⁷⁸ Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 109. Os demais incisos referem-se às chamadas sentenças de mérito atípicas.

O processo de conhecimento é, fundamentalmente, voltado para o **juízo** de mérito, isto é, para o “juízo imperativo e definitivo acerca da existência, inexistência ou modo-de-ser do direito das partes ao bem da vida.”¹⁷⁹

Precisamente por essa razão, sua estrutura compreende, nas palavras de Cândido Dinamarco, “o quadrimônio **demanda, defesa, cognição e sentença.**”¹⁸⁰ (grifo nosso)

O autor, por meio da petição inicial, formula seu pedido de tutela jurisdicional. Exerce, assim, seu direito de ação, constitucionalmente assegurado.

Segue-se a citação do réu, visando a assegurar a este o direito de defesa, também constitucionalmente estabelecido.¹⁸¹

Para julgar, o juiz, que é terceiro imparcial, deverá conhecer os fatos que embasam a lide e esses fatos chegarão ao seu conhecimento por meio das provas.

Se presentes os pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito e após cognição, em regra plena, e exauriente, é, então, proferida a sentença de mérito, que pode eventualmente dizer respeito a um direito, relação ou situação processual (p. ex. a ação declaratória de inexistência de relação processual e a própria ação rescisória, que visa à desconstituição da coisa julgada, que é instituto eminentemente processual).

Há, como anota Teori Albino Zavascki, uma relação necessária entre o nível de cognição e a justiça das decisões, de maneira que, quanto mais aprofundado aquele, maior será o grau de probabilidade de acerto destas. De acordo com o doutrinador,

Ao modelar a tutela jurisdicional garantida pelo Estado, a Constituição dotou-a de institutos adequados ao atendimento do referido objetivo fundamental. São eles: (a) o da cognição exauriente, como instrumento para potencializar a justiça das decisões, e (b) o da coisa julgada, para conferir estabilidade às sentenças, alcançando, assim, a solução final das controvérsias.¹⁸²

A coisa julgada, portanto, compreende a imutabilidade de um pronunciamento de mérito [que é aquele que diz respeito a “um bem da vida”,¹⁸³ definindo a situação jurídica da parte em relação ao mesmo], decorrente de cognição exauriente, realizada, em regra, no processo de conhecimento, em que, nas palavras de Teori Albino Zavascki,

¹⁷⁹ Conf. DINAMARCO, 2005c, p. 31.

¹⁸⁰ Ibid., p. 30.

¹⁸¹ Note-se que basta que seja oportunizado o contraditório, de maneira que, mesmo que seja o réu revel, a cognição é exauriente.

¹⁸² ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 123.

¹⁸³ São bens da vida, segundo Humberto Theodoro Júnior, as coisas ou valores necessários ou úteis à sobrevivência do homem, bem como a seu aprimoramento. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 41).

os indivíduos envolvidos no conflito terão, em igualdade de condições, a oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, produzir provas, interpor recursos, enfim, utilizar amplamente os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor.¹⁸⁴

A admissibilidade da ação rescisória, conforme já se afirmou em momento anterior deste estudo, pressupõe a análise de quais pronunciamentos têm aptidão para produção da **coisa julgada**, pois apenas estes poderão vir a ser objeto daquela ação de impugnação autônoma. Esse exame compreende, portanto, a investigação dos seguintes elementos: – o pronunciamento há de ser jurisdicional; – há que versar sobre o mérito da ação; – esse mérito deve ter sido analisado mediante cognição exauriente; – deve ter havido o trânsito em julgado. Pronunciamento, assim, tem aptidão para projetar seus efeitos também para fora da relação processual em que foi proferido.

2.3.1 A Antecipação de Tutela e a Coisa Julgada

Questão merecedora de atenção, ainda, no processo de conhecimento é aquela que se refere à antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, especialmente a hipótese disciplinada no seu parágrafo 6º, segundo a qual a tutela antecipada pode ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

A antecipação da tutela é medida que visa a assegurar a maior efetividade da prestação jurisdicional. Trata-se de instituto que permite ao juiz, a pedido do autor, em face da prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial e do convencimento do magistrado em torno da verossimilhança da alegação da parte, antecipar os efeitos do provimento jurisdicional final, razão pela qual se diz que é medida de cunho satisfativo, uma vez que o que se concede ao autor coincide, em termos práticos e no plano dos fatos, embora provisoriamente, àquilo que está sendo pleiteado “principaliter.”¹⁸⁵

Pode-se afirmar que o art. 273 do CPC prevê três tipos de antecipação de tutela:

- a) a antecipação de tutela do inciso I, que se baseia no risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Nesse caso, a antecipação de tutela tem um caráter misto, pois embora de cunho satisfativo, baseada em probabilidade elevada¹⁸⁶, apresenta-

¹⁸⁴ ZAVASCKI, 2007, p. 19.

¹⁸⁵ Conf. WAMBIER, Luiz Rodrigues, 2005, p. 331.

¹⁸⁶ Kazuo Watanabe explica, com base em Calamandrei, que “possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro”.

se com feição cautelar, pois deve estar presente o fator urgência, o risco de que, se não concedida a medida, o resultado do processo se mostre inútil;

- b) a antecipação de tutela do inciso II, que, a pedido do autor, pode ser deferida se ficar caracterizado o abuso do direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório.¹⁸⁷ Essa é a tutela antecipada pura, em que “o altíssimo grau de plausibilidade dispensa a demonstração de um especial perigo de ineficácia do provimento final”;¹⁸⁸
- c) a antecipação de tutela do parágrafo 6º, concedida, a pedido do autor, em face do pedido incontroverso.

Conforme esclarece José Henrique Mouta Araújo, “a doutrina processual vem denominando a hipótese do art. 273, I, como **assecuratória**, em contraponto à tutela antecipada **punitiva**, prevista no art. 273, II, CPC, em que se pode perceber um grau maior de evidência do direito do autor.”¹⁸⁹ (grifo nosso)

Tanto a tutela antecipada assecuratória, quanto a punitiva se baseiam em cognição sumária e a medida que é, com base nelas, deferida, tem caráter provisório, estando sujeita à confirmação, à revogação ou alteração posterior pelo pronunciamento judicial final. Além disso, em princípio, somente deve ser concedida a medida antecipatória de tutela se não houver risco de irreversibilidade, precisamente para permitir que, sendo revista a decisão concessiva, seja possível a volta ao *status quo ante*.

A tutela antecipada, a que se referem os incisos I e II do art. 273 do CPC, é concedida por meio de decisão interlocutória; mediante cognição sumária; e é marcada pelo caráter provisório. Por isso, não há que se cogitar da ocorrência de coisa julgada e cabimento de ação rescisória em face da decisão que a defere. Se, excepcionalmente, a medida concedida

Continua o doutrinador: “[...] pode-se dizer que as três qualificações mencionadas (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro.”. Nesse ponto, transcreve Calamandrei: “quem diz que um fato é verossímil está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que a aparência corresponde à realidade.” De acordo com Kazuo Watanabe, “No direito brasileiro, temos que alguns dispositivos de lei que acolhem as terminologias ‘verossimilhança’ (art. 273, CPC) e ‘verossímil’ (art. 6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor), onde esses vocábulos são utilizados no sentido de probabilidade elevada de ser verdadeiro, não no sentido de probabilidade mínima”. (WATANABE, 2000, p. 128).

¹⁸⁷ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ressaltam que “as expressões ‘abuso do direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório’ têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos do réu, protelatórios, adotados fora do processo (ex. simulação de doença, ocultação de prova etc.).” (DIDIER JÚNIOR, 2006b, p. 635).

¹⁸⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues, 2005, p. 332.

¹⁸⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 291.

a título de antecipação de tutela vier a produzir efeitos materialmente irreversíveis e o pronunciamento de mérito final for de improcedência, caberá ao autor a obrigação de reparar os danos causados ao réu.

A situação prevista no parágrafo 6º do art. 273 do CPC, porém, é diversa daquelas dos incisos I e II. A “antecipação de tutela” concedida com base no mencionado parágrafo 6º, é decorrente de cognição exauriente e não de cognição sumária. Por isso parte da doutrina afirma que se trata de verdadeira resolução parcial do mérito da ação¹⁹⁰, autorizada quando, por exemplo, uma vez citado, o réu reconhece parcialmente a procedência do pedido ou há transação parcial. Nesses casos, inexistente “controvérsia [quanto às] conseqüências jurídicas”¹⁹¹, o que, segundo parte considerável da doutrina, permite que se resolva, ao menos parcialmente, a lide.

Não tivesse querido o legislador dar à situação do parágrafo 6º do art. 273 do CPC alcance diferente daquele dos incisos I e II, a mencionada regra não teria razão de ser, pois já estaria contida nas hipóteses dos incisos I e II. Explica-se: as situações de apresentação de defesa genérica ou incompleta, pelo réu, já eram abrangidas pelo inciso II do art. 273, permitindo que, a pedido do autor, tendo o réu impugnado apenas 50 da dívida de 100, fosse antecipada a tutela em relação aos 50 sobre os quais inexistiu impugnação.

A regra do parágrafo 6º do art. 273 do CPC, em verdade, só tem sentido se se entender que o legislador quis mais do que autorizar a “antecipação de tutela”¹⁹² com base no juízo sumário. Quis, sim, permitir o julgamento parcial da lide.

É importante esclarecer que a revelia ou impugnação parcial dos fatos pelo réu não implicam, necessariamente, procedência do pedido do autor.¹⁹³ Pode ocorrer que o juiz tenha sérias dúvidas a respeito dos fatos narrados pelo autor, que se mostram, por exemplo, bastante complexos, e, por isso, determine, mesmo na omissão do réu, a produção de determinada prova.

¹⁹⁰ Nesse sentido, DIDIER JUNIOR, 2006b, p. 340 e YARSHELL, 2005, p. 197, dentre outros.

¹⁹¹ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 664.

¹⁹² Nesse sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 48.

¹⁹³ Não se pode perder de vista que as regras a respeito da revelia, dentre elas a que autoriza o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, II do CPC, são, assim como as regras a respeito do procedimento sumário, técnicas de aceleração do processo consistentes em abreviar procedimentos, mas que mantêm a cognição exauriente. O silêncio do réu autoriza o juiz a, dependendo da situação concreta [versar a lide sobre direitos disponíveis; serem críveis os fatos alegados pelo autor e não apresentarem maior complexidade etc.], dispensar a fase instrutória do processo, julgando antecipadamente a lide. O procedimento sumário do art. 275 do CPC e também dos Juizados Especiais explicam-se em razão da menor complexidade das causas cujo julgamento lhes são confiados. No entanto, a cognição é plena e exauriente, apta à formação da coisa julgada material.

Pode ocorrer, ainda, que os fatos, não impugnados pelo réu, se mostrem incontroversos, mas que o julgador conclua pela improcedência das conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor. Ou seja, a revelia ou a impugnação parcial dos fatos pelo réu podem levar à procedência ou improcedência do pedido do autor; ao julgamento antecipado ou à abertura da fase de instrução; à concessão ou não de liminar antecipatória de tutela, que poderá ser concedida com base nos incisos I e II do art. 273 do CPC. Poderá, também, ser concedida a “antecipação da tutela” nos termos do parágrafo 6º. Tudo dependerá da situação concreta que se apresentar ao juiz. Assim, por exemplo, se em relação à dívida de 100, decorrente de um negócio “x”, o réu contesta apenas 50, parece poder-se afirmar que, em relação aos 50 não impugnados, pode já haver julgamento, com base no mencionado parágrafo 6º do art. 273 do CPC, pois inexistiu controvérsia em relação ao próprio negócio “x” e parte do seu valor. Seria diferente, se, numa ação de indenização em que se pedem danos materiais e morais em função de um suposto ilícito, o réu, na contestação, impugnasse expressamente a ocorrência do ilícito e a configuração do dano material, deixando de se manifestar sobre o dano moral. Nesse caso, o conjunto da defesa leva à conclusão de que, embora não o tenha feito expressamente, o réu também negou o dano moral porque seria decorrência do ilícito cuja ocorrência ele impugna. Não se pode, portanto, numa situação assim pretender-se fazer incidir a regra do art. 273, parágrafo 6º do CPC.^{194, 195}

¹⁹⁴ Sobre a questão, Arruda Alvim preleciona: “O que parece ser legítimo concluir é que o pedido não deverá ter sido objeto de controvérsia, e, mais ainda, a essa circunstância deve-se agregar a ausência de dúvida, por parte do juiz, dado que **mesmo quando não especificamente controvertido um dado pedido, ou parte dele, é possível que o juiz tenha dúvida, hipótese em que não caberá a antecipação de tutela.** Este entendimento escora-se – além do próprio princípio do livre convencimento – no texto da lei, quando dela consta a expressão **poderá**. O que não se deve perder de vista é que, se tiver havido reconhecimento jurídico de um dos pedidos cumulados, ou de parte de um desses pedidos cumulados, caberá decisão, e não será mais, então, antecipação de tutela. Se o juiz pode o mais – antecipar o pedido sobre o qual não há controvérsia (e desde que não tenha dúvida quanto a isso) –, é certo que, tendo havido reconhecimento, e, pois, não mais sendo **mera ausência de controvérsia**, senão que **concordância com o pedido**, deverá decidir favoravelmente, extinguindo o processo, nessa parte (art. 269, II). Como dissemos, a possibilidade de cisão do ato decisório está **ex lege** reconhecida, e não se deverá entender esse reconhecimento como confinado à **mera** possibilidade de antecipação de tutela. De outra parte, se não existir cumulatividade, senão que somente um pedido, não contestado, o juiz deverá decidir. Nesta última hipótese incidirá o art. 319, sem que o recurso suscetível de ser interposto tenha efeito suspensivo. **Mutatis mutandis**, aplicar-se-á a regra do art. 520, VII (tal qual acrescentado pela Lei 10.352/01). [...] Tenha-se presente, ainda, que o disposto nesse novo parágrafo 6º implica o exposto reconhecimento, pelo legislador, da possibilidade de cisão do ato decisório, em parte com a antecipação da tutela e o restante sucessivamente, ‘no momento normal’. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2, p. 357).

¹⁹⁵ Também não se pode deixar de mencionar, a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Em tal conjuntura, a antecipação se mostra possível, sem necessidade de se recorrer aos requisitos ordinariamente exigidos (perigo de dano grave, prova inequívoca etc). É que, pela não-contestação, o fato básico se tornou presumido e a conseqüência dele extraível não depende mais de outras provas. Se o réu se manifestar expressamente sobre o reconhecimento de um dos pedidos cumulados, mais evidente será o cabimento da antecipação de tutela a seu respeito. Mas, não é só no caso de expressa aquiescência do réu que se tornará viável a medida antecipatória de parte do pleito. A medida será manejável, igualmente, quando a resposta se silenciar a

O pronunciamento judicial proferido com base no art. 273, parágrafo 6º do CPC, dirá respeito ao mérito, resolvendo em parte a lide, por isso, em razão do seu conteúdo, encarta-se nas hipóteses do art. 269 do CPC. Entretanto, uma vez que a relação processual deverá prosseguir quanto à parte controversa da demanda, contra tal pronunciamento será cabível o recurso de agravo, sob a forma de instrumento. O acórdão aí proferido, que confirmar o pronunciamento de 1º grau, terá, igualmente, conteúdo de sentença de mérito e, por isso, eventual recurso de estrito direito que venha a ser interposto não deverá ficar retido.

Essa é a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem

Além de se ter um panorama, hoje, em que algumas decisões agraváveis transitam em julgado e são rescindíveis, porque têm natureza de sentença, é ainda necessário que se tenha presente que, sendo o conteúdo o critério adequado para que se distinga sentença dos demais pronunciamentos do juiz, deve efetivamente enxergar-se de forma menos abrangente a incidência do regime de retenção dos recursos extraordinário e especial, criado pela Lei 9.756/98, disciplinado pelo art. 542, parágrafo 3º.^{196, 197}

respeito de um pedido ou do fato que lhe constitui a causa de pedir. Em outros termos, a aquiescência do réu pode ser explícita ou implícita. A protelação do julgamento dos pedidos (ou parte de pedidos) incontroversos não interessa nem ao autor nem ao réu: a perdurar a relação material, sobre que já não pende mais controvérsia, o autor fica injustamente privado da situação de vantagem a que tem direito, e o réu sujeita-se a acréscimos, acessórios e riscos de que já poderia se libertar de imediato. Daí que desaparecendo a situação litigiosa (i.e. a controvérsia), não há mais razão para se manter uma seqüência procedimental sem objeto. Não há mais o que discutir e acertar. Impõe-se a imediata passagem para a fase de julgamento, proferindo-se a solução de mérito a respeito do que se pacificou entre as próprias partes. É de se ponderar, todavia, que a facilitação da antecipação de tutela, nos moldes do parágrafo 6º pressupõe independência jurídica entre os pedidos cumulados. Se houver vínculo de prejudicialidade ou de interdependência entre o pedido impugnado e o não impugnado, uma vez atacado o prejudicial, o dependente estará ipso facto questionado. Não se poderá tê-lo como incontroverso. Se, por exemplo, se pede a rescisão de um contrato e a imposição de multa convencional, não se pode dizer incontroversa a questão sobre a pena, pelo fato de ter o réu negado cabimento à rescisão, sem se referir à sanção convencional. O tema da contestação é, sem dúvida, prejudicial em face do pedido de multa, de sorte que a controvérsia estabelecida não tem o poder de fazer incontroverso o pedido não impugnado diretamente. O contrário, contudo, será caso típico da aplicação do parágrafo 6º do art. 273. Se, no exemplo aventado, o réu somente impugnar a multa, torna-se antecipável de imediato o efeito do pedido de rescisão. O juiz poderá antecipar para o autor todos os efeitos naturais da rescisão, menos a multa, porque esta tornou-se controvertida. A rescisão, todavia, independe de ser ou não deferida a pena convencional e, assim, pode ter seus efeitos antecipados sem prejuízo do prosseguimento do processo. Mesmo que o autor formule pedido único, ainda será possível pensar-se na incidência do permissivo do parágrafo 6º do art. 273. Suponha-se que a inicial peça a condenação do demandado a pagar a soma de R\$ 10.000,00 e a resposta do réu seja a de que ele só deve R\$ 8.000,00. A controvérsia ficará restrita à diferença de R\$ 2.000,00. Logo, terá direito o autor à antecipação de tutela para exigir o imediato pagamento de R\$ 8.000,00 (parte incontroversa do pedido). [...] A não-contestação de algum pedido, tornando-o incontroverso, afasta-o do litígio. O reconhecimento dessa exclusão, sem embargo de seu caráter antecipatório, representa julgamento definitivo de mérito, pelo que não se há de condicioná-lo à preservação da irreversibilidade. Nesse passo, nada há de provisoriedade, ficando afastada, por isso mesmo, a regra limitativa do parágrafo 2º do art. 273.” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 430-431).

¹⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 36).

¹⁹⁷ Sob a coordenação de José Maria Rosa Tesheiner, um grupo de bacharéis em Direito, integrantes do Grupo de Pesquisas ‘Novas Técnicas’ da PUCRS, comentou as alterações decorrentes das várias leis editadas recentemente, que reformaram dispositivos do CPC. Nos comentários ao art. 162 do CPC, lê-se: “Pode ocorrer que, no curso do processo, o juiz decide parte do mérito, acolhendo desde logo, por exemplo, um dos pedidos, reconhecido pelo réu, devendo o processo prosseguir quanto aos demais (CPC, art. 273, parágrafo 6º). Ter-se-á, então, na definição do Código, uma sentença parcial de mérito ou uma decisão interlocutória com força de

A possibilidade de julgamento parcial do mérito, que rompe com o dogma da sentença una, decorre da interpretação das novas regras estabelecidas com as recentes reformas implantadas no CPC, especialmente pela Lei 11.232, que: – alterou a redação do art. 162, parágrafo 1º do CPC, que antes estabelecia

sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, [e que, atualmente, estabelece] sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei; [– excluiu da redação do art. 463 do CPC, a parte em que se afirmava que o juiz, quando sentencia,] cumpre e acaba o ofício jurisdicional; [– excluiu do caput do art. 269 o verbo] extinguir, [para dispor] será sentença de mérito.

Tais alterações, somadas à idéia de efetividade que norteou as mencionadas reformas, permitem que se entenda que, não só na hipótese do art. 273, parágrafo 6º do CPC, o juiz está autorizado a proferir mais de um pronunciamento com conteúdo de sentença de mérito, no processo, julgando, em momentos diferenciados, os pedidos formulados pelo autor.

Não é por outra razão que o juiz pode, por exemplo, reconhecendo a prescrição de parte da pretensão, extinguir parcialmente o feito nos termos do art. 269, inc. IV do CPC.¹⁹⁸ Esse pronunciamento de mérito, se transitar em julgado, enseja ação rescisória, se presentes os demais requisitos para tanto. Se o juiz, ao contrário, tivesse rejeitado a alegação de prescrição ou decadência, o respectivo pronunciamento não ensejaria a propositura daquela ação de impugnação porque, conforme ensinam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “a letra do preceito legal não autorizaria o entendimento de que ocorreria

definitiva. Qual o recurso cabível? O tema certamente suscitará controvérsia, sustentando-se o cabimento de agravo retido ou de instrumento, conforme haja ou não potencialidade e dano grave e de difícil reparação, ou de apelação, por se tratar de decisão de mérito. Mitidiero preconiza a interposição de agravo, mas tratado como apelação, para os efeitos da exigência de revisor e de cabimento de sustentação oral, de embargos infringentes e de ação rescisória. Por se tratar de sentença definitiva, mesmo que parcial, sugerimos, de nossa parte, a interposição de apelação, processada em autos apartados, devidamente instruída com as cópias necessárias à compreensão da matéria, declaradas autênticas pelo advogado, para que não se paralise o processo.” (TESHEINER, José Maria Rosa (Coord.). **Nova sistemática processual civil**. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006. p. 44). De fato, têm sido diversos os entendimentos a respeito do recurso cabível contra o pronunciamento que julga parcialmente o mérito, o que, por certo, autoriza que se faça incidir o princípio da fungibilidade a favor do recorrente. Nesse sentido, em sua obra ‘Princípio da fungibilidade’, Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, que se posiciona no sentido de que o recurso cabível é o de agravo de instrumento, é incisiva no sentido de que “não há como negar que a diversidade de entendimentos, na doutrina, quanto à natureza jurídica dos pronunciamentos aqui mencionados, por gerar dúvida objetiva quanto ao recurso interponível, autoriza a incidência do princípio da fungibilidade, para que se receba a apelação eventualmente interposta em face da decisão proferida com base no parágrafo 6º do art. 273, como recurso de agravo.” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade**: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110).

¹⁹⁸ Nesse sentido, do TJRS: – Agravo de Instrumento n. 70021335773, j. 25.09.2007, Rel. José Conrado de Souza Júnior; – Agravo de Instrumento n. 70014611990, j. 21.06.2006, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos.

coisa julgada, no caso. O art. 269, inc. IV, diz que se estará diante de sentença de mérito quando o juiz verificar a existência de prescrição ou decadência, e não a inexistência.”¹⁹⁹ Além disso: – a rejeição da alegação de prescrição e decadência significa apenas a rejeição de uma das matérias de defesa – porque, se não fosse assim, o processo já seria extinto – não tendo o réu sequer interesse em ajuizar ação rescisória se a demanda ainda pode ser julgada improcedente com base nos outros fundamentos apresentados; – nenhum prejuízo processual sofrerá o réu porque, advindo, posteriormente, contra si, sentença de procedência, aí sim, se o pronunciamento de mérito transitar em julgado e padecer de algum vício arrolado no art. 485 do CPC, poderá ajuizar ação rescisória. Poderá, inclusive, na ação rescisória, alegar violação à literal disposição de lei por não ter sido acolhida sua defesa de prescrição e decadência quando teria sido o caso de sê-lo.²⁰⁰

O julgamento parcial do mérito, nos termos do art. 273, parágrafo 6º do CPC, pode acontecer quando há cumulação própria de pedidos^{201, 202} ou quando o pedido é

¹⁹⁹ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 135.

²⁰⁰ Flávio Luiz Yarshell assim ensina, esclarecendo, ainda que “estabelecida a premissa da distinção entre mérito e questões de mérito, não é rigorosamente necessário que a decisão rescindenda tenha apreciado a questão que, depois, estará ligada ao fundamento da ação rescisória. Dizer o contrário seria reconhecer uma espécie de exigência de pré-questionamento que o sistema não exige.” (YARSELL, 2005, p. 202). Têm sido freqüentes decisões dos tribunais, inadmitindo ações rescisórias sob o fundamento de que o dispositivo de lei, que o autor da ação rescisória afirma ter sido literalmente violado, nos termos do art. 485, V do CPC, deve ser objeto de exame no julgado rescindendo. Ou seja, haveria também para a ação rescisória a necessidade de uma espécie de prequestionamento. Ocorre que a lei não prevê esse requisito de admissibilidade para a ação rescisória e, portanto, é infundada essa exigência, que é casuística e que parece, em verdade, estar ligada à intenção de se reduzir o número de causas dirigidas aos tribunais.

²⁰¹ Segundo Wilson Alves de Souza, é requisito para o julgamento parcial da causa a possibilidade lógica de desdobramento dos pedidos. Segundo o autor, “Com efeito, quando se tratar de **cumulação simples** não existe qualquer problema, exatamente porque entre eles inexiste conexão objetiva, vez que a lei só exige conexão subjetiva (cf. CPC, art. 292). Na **cumulação sucessiva** um pedido é prejudicial do outro ou outros, de modo que julgada a causa prejudicial em determinada direção o juiz deve rejeitar o pedido ou pedidos prejudicados. Assim, por exemplo, cumulados os pedidos de declaração de paternidade, alimentos e petição de herança se rejeitado o primeiro, rejeitados estarão os demais; se acolhido o primeiro, os demais poderão ser acolhidos ou rejeitados. Deste modo, não há se falar em julgamento parcial na hipótese. Mas, em tese (não serve o exemplo ora dado para quem entende que o direito de reconhecer a paternidade é disponível), é possível o reconhecimento do pedido prejudicial e o não reconhecimento do pedido atinente à causa prejudicada. Assim, por exemplo, se possível o reconhecimento do pedido no exemplo dado, o réu pode reconhecer o pedido de paternidade, mas não o de alimentos, ou reconhecer ambos, mas não reconhecer o pedido de herança. No caso de **cumulação alternativa** é logicamente impossível o julgamento parcial da causa. É que, no caso, fala-se em cumulação de pedidos por força de expressão, ou seja, fazem-se dois ou mais pedidos, mas só um poderá ser tutelado, observando-se a ordem sucessiva posta na inicial. Se o autor pede **a** ou **b**, e o réu reconhece o pedido **a** o caso é de julgamento final. Se reconhece apenas o pedido **b** é necessário ouvir o autor para dizer se insiste com o pedido **a** ou concorda com o reconhecimento, caso em que também haverá julgamento final, e assim sucessivamente, se existirem outros pedidos subsidiários”. (SOUZA, Wilson Alves de. Tutela antecipada: incontrovérsia parcial. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A segunda etapa da reforma processual**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 62). Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta que a terminologia empregada pela doutrina, no que se refere à cumulação de pedidos, não é uniforme. Para a doutrinadora “Pedidos alternativos são os formulados quando o devedor pode cumprir de mais de um modo a obrigação e a escolha cabe a este, não ao autor. [...] Pedidos sucessivos há quando a parte formula mais de um pedido, demonstrando, porém, preferência pelo primeiro, indo até o último, em ordem decrescente. A seqüência

decomponível. Há que se considerar, ainda, se é hipótese de litisconsórcio unitário, quando, então, a cisão não poderá ocorrer.

Se “A” intenta ação de conhecimento em face de “B”, pedindo a condenação do réu ao pagamento de danos materiais emergentes, lucros cessantes e danos morais e “B” reconhece a procedência do pedido referente aos danos materiais emergentes, o juiz, presentes os pressupostos para tanto, está autorizado a proferir pronunciamento que resolva o mérito em relação a esse pedido, nos termos do art. 269, II do CPC e a prosseguir o processo em relação às demais pretensões de condenação em lucros cessantes e danos morais.

Esse entendimento passa, necessariamente, por uma outra análise: a de que, mesmo que, no exemplo acima, o juiz venha, posteriormente, a concluir no sentido da prescrição da pretensão de “A”, isso não repercutirá no pronunciamento de mérito já proferido em relação ao pedido de condenação em danos materiais emergentes, porque, se se reputar que haverá

de pedidos formulada pelo autor representa uma escala de valores. Pode falar-se, neste caso, em pedido principal ou subordinante e pedidos subordinados ou subsidiários. O juiz, entende-se tradicionalmente, acolhendo o primeiro não precisa examinar os demais. Esta espécie de cumulação é também chamada pela doutrina de cumulação eventual.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007). O que Wilson Alves de Souza chama de cumulação sucessiva não coincide com o que Teresa Arruda Alvim Wambier chama de pedidos sucessivos. O que para esta se apresenta como pedidos sucessivos [subsidiários] é o que o primeiro chama de cumulação alternativa. De qualquer sorte, o que se pretende fazer ver é que em relação a estes – o autor pede ‘a’; mas se não puder ser atendido, pede, subsidiariamente, ‘b’ – não há fracionamento do julgamento, porque, ou o juiz concede ‘a’ ou concede ‘b’. Além disso – e foi para esse fim que a doutrinadora tratou da questão da cumulação de pedidos em sua obra ‘Omissão judicial e Embargos de declaração’ – nas situações de pedidos sucessivos, “tendo sido formulados pelo autor pedidos sucessivos (um principal e o outro subsidiário) e tendo o tribunal acolhido o primeiro, deve apenas fazer constar no relatório que o outro pedido foi feito, embora não tenha sido apreciado (porque, realmente, não precisa ser apreciado). No entanto, se a sentença acolheu o pedido principal e só o réu recorre (até porque, não havendo sucumbência recíproca ou parcial, só o réu mesmo poderia recorrer) e, entendendo o tribunal que o pedido principal deve ser tido como improcedente, pode, e, na verdade, deve o tribunal examinar o segundo pedido, dito subsidiário, havendo condições para que tal ocorra. [...]” Em outro trecho de sua obra, esclarece “Como, normalmente, não se aplica ao órgão jurisdicional o princípio da eventualidade, parece despropositado sustentar-se haver necessidade de o acórdão do Tribunal ser integrado pela decisão de todos os pedidos, principal e sucessivos, como se órgão colegiado tivesse de dizer: senão tivéssemos acolhido o pedido principal (e o fizemos) acolheríamos o sucessivo, e assim por diante. Porém, o fato de ter havido pedidos sucessivos deve ser noticiado no acórdão, no relatório, para que os Tribunais Superiores, no caso de entenderem que o primeiro não poderia ter sido acolhido, possam examinar os demais”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154-158). Esse aspecto é importante para fins de delimitar, também, a abrangência dos juízos rescindente e rescisório de eventual ação rescisória.

²⁰² De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, na cumulação imprópria, a procedência de um pedido exclui a procedência dos demais. Isso ocorre na cumulação alternativa e na cumulação subsidiária. Na cumulação própria, o autor busca o atendimento, ao mesmo tempo, de todos os pedidos, sendo possível o acolhimento de todos. A cumulação própria pode ser simples ou sucessiva [esta última envolve a formulação de pedidos que guardam entre si relação de prejudicialidade, na medida em que os pedidos subsequentes somente serão analisados [para serem providos ou não], se o primeiro pedido for julgado procedente. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 281).

repercussão, aquele pronunciamento não será definitivo enquanto os demais pedidos penderem de julgamento!

Em verdade, a fragmentação do julgamento de mérito em pronunciamentos distintos não é inovação que tenha surgido com o art. 273, parágrafo 6º do CPC. Conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior, há, pelo menos, três hipóteses, bastante freqüentes em que a fragmentação já poderia ocorrer antes mesmo da edição daquela regra. São elas:

a) quando a própria lei institui um procedimento especial dividido em estágios, cada um destinado a resolver partes diferentes da demanda, como se passa nas ações de divisão e de demarcação de terras, na ação de dissolução de sociedade, na ação de prestação de contas, na ação de consignação em pagamento por dívida quanto a quem pagar ou por divergência apenas parcial quanto ao quantum debeatur etc.; b) quando alguma questão de mérito, como v.g., a exclusão de um coobrigado (litisconsorte facultativo) por exceção pessoal ou o reconhecimento da decadência ou prescrição sobre alguma verba do pedido, vem a ser solucionada no saneador (decisão interlocutória), sem prejuízo do prosseguimento do processo para apreciação do restante do mérito na sentença; parcelas do objeto litigioso são apreciáveis até mesmo no despacho da citação inicial, quando o juiz a indefere no tocante a alguma das pretensões do autor, em função de sua improcedência *prima facie* (CPC, art. 295, IV e parágrafo único, II), caso em que se terá uma “decisão interlocutória” de mérito, ficando as demais pretensões relegadas para o julgamento final do processo pela “sentença”; c) quando a sentença resolve várias pretensões do autor e a parte vencida interpõe apelação apenas quanto a algum capítulo autônomo do decisório (arts. 515, *caput* 512).²⁰³

Se o réu, integralmente sucumbente numa ação contra si proposta em que foram formulados três pedidos, pretende que os três pedidos sejam revistos pelo Tribunal, deverá recorrer, impugnando todos. Apenas assim, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento de todos os pedidos formulados em 1º grau e julgados na sentença impugnada. A extensão da apelação, nesse caso, abrangerá todos os pedidos. Além disso, na profundidade, poderá o Tribunal, em relação a cada um dos pedidos impugnados, conhecer todos os fundamentos apresentados, em 1º grau, pelo autor e pelo réu, além de questões de ordem pública que, mesmo que não tenham sido suscitadas no juízo *a quo*, podem e devem ser conhecidas até de ofício pelo órgão de 2º grau.

Se o réu, porém, na sua apelação, impugnar apenas dois dos três pedidos acolhidos em 1º grau, o Tribunal, se admitido o recurso, procederá ao reexame apenas desses dois pedidos. Aquele, que não foi objeto do recurso, não será reapreciado pelo juízo *ad quem*, operando-se, em relação ao capítulo da sentença de mérito que o julgou, o trânsito em julgado.

²⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória e os julgamentos fracionados do mérito da causa. In: ASSIS, 2007a, p. 567.

Ao Tribunal caberá a tarefa de reexaminar a decisão do juiz de 1º grau em relação a cada um desses dois pedidos, conhecendo, para tanto, de todos os fundamentos apresentados pelo autor e pelo réu, além das questões de ordem pública. O pronunciamento do Tribunal que, por exemplo, der provimento ao recurso do réu, reformando a sentença, não alcançará aquele pedido que não foi objeto do apelo. Da mesma forma, o pronunciamento do Tribunal que der provimento ao recurso do réu, anulando a sentença *v.g.* pela falta de intervenção do Ministério Público, não terá o condão de anular também aquele capítulo do pronunciamento de mérito de que não se recorreu. Aquele capítulo terá transitado em julgado.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior,

Nem mesmo a circunstância de se tratar de matéria de ordem pública deve ensejar reexame livre pela instância recursal. Se o tema corresponde a um capítulo distinto da sentença e o recurso ataca apenas outro capítulo, não se pode deixar de reconhecer a formação da coisa julgada a impedir o rejuízo pelo Tribunal no tocante ao que não foi objeto do recurso. A matéria de ordem pública se devolve por força da profundidade do efeito da apelação, quando figura como antecedente lógico do tema deduzido no recurso e, quando, além disso, não esteja afetada pela coisa julgada. É importante ter em conta que o recurso pode compreender, em profundidade, matérias prejudiciais não tratadas na impugnação formulada pelo recorrente. Não pode, todavia, desempenhar função rescisória diante dos capítulos da sentença já transitados em julgado, mesmo que esteja em jogo questão de ordem pública, pois as decisões em torno de questões dessa natureza não são imunes ao princípio da coisa julgada.²⁰⁴

Entende-se que o efeito devolutivo do recurso só ocorre em relação às questões, inclusive as de ordem pública, que dizem respeito ao capítulo impugnado, de maneira que o Tribunal só poderá reconhecer de ofício a ausência de pressuposto para o julgamento de mérito dos capítulos decisórios atacados pelo recurso. Em outras palavras, a devolução é completa, em termos de profundidade, nos limites (extensão) da impugnação.²⁰⁵

Dessa forma, o juiz, a pedido do autor, poderá, com base no art. 273, parágrafo 6º do CPC, proferir pronunciamento parcial de mérito, se se estiver em face de uma situação que não envolva litisconsórcio unitário; em que haja cumulação de pedidos independentes entre si, ou seja, de cumulação própria, ou de pedido que permite ser decomposto; e se, em relação a

²⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, 2888, p. 666.

²⁰⁵ Dois recentes trabalhos publicados na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil tratam desse tema: um deles, 'Cognição judicial em grau de apelação, à luz das reformas do CPC', de autoria de Ricardo de Barros Leonel, e outro, 'Efeito devolutivo na apelação e questões de ordem pública', de João Francisco Naves da Fonseca, ambos concluindo no sentido de que o efeito translativo dos recursos é mais restrito que aquele defendido por Nelson Nery Jr, por exemplo. (LEONEL, Ricardo de Barros. Cognição judicial em grau de apelação, à luz das reformas do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 21, nov./dez./2007, p. 79-96) e (FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e questões de ordem pública'. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 21, nov./dez./2007, p. 97-108).

um ou mais desses pedidos, por exemplo, inexistir controvérsia. Será ônus do réu, interpor recurso [agravo de instrumento] e, se for o caso, postular pela atribuição de efeito suspensivo. Improvido que venha a ser o recurso e não sendo interpostos outros mais, operar-se-á o **trânsito em julgado**, permitindo a execução definitiva e completa do título judicial, independentemente de terem sido julgados os demais pedidos, objeto do processo, e dando ensejo, também, ao ajuizamento de ação rescisória. Quando os demais pedidos forem julgados, outra cadeia recursal poderá ser iniciada e dirá respeito apenas a eles.²⁰⁶ (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que o posicionamento a respeito de o ordenamento jurídico pátrio admitir, ou não, pronunciamentos parciais de mérito tem importância para fins de ação rescisória e seu juízo de admissibilidade. Aspectos como, a competência para julgar a ação rescisória e o termo inicial do prazo decadencial, de dois anos, para sua propositura, estão ligados ao posicionamento que se adote àquele respeito. Se se admitir que, no curso do processo, possam ser proferidos mais de um pronunciamento de mérito, cada pronunciamento poderá dar ensejo a uma ação rescisória. Se se entender que o pronunciamento de mérito é indivisível, então, em cada processo, por se permitir a existência de apenas uma sentença de mérito, será cabível apenas uma ação rescisória. Nesse último caso, o termo inicial do prazo decadencial para propositura da ação rescisória, será o trânsito em julgado desse pronunciamento final. Se, porém, reputar-se possível haver mais de um pronunciamento de mérito no mesmo processo, o trânsito em julgado de cada pronunciamento é que, em princípio, definirá o início do prazo para o ajuizamento de cada ação rescisória, salvo se se

²⁰⁶ A respeito, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira faz as seguintes observações: (a)- a despeito da sua unidade formal, pode haver na sentença mais de uma decisão passível de divisão dada a autonomia da parte ou capítulo; (b) – o capítulo da sentença, quer de mérito, quer processual, é uma unidade elementar autônoma, exigindo do juiz uma decisão específica assentada em fundamentos próprios; (c) a autonomia não se confunde com independência, de sorte que aquela retrata uma distinção funcional entre os capítulos. A despeito da autonomia, os capítulos processuais não têm o condão de constituir o objeto de demanda própria; (d) é lícito ao recorrente impugnar total ou parcialmente a decisão no âmbito do recurso. É o recorrente que fixa os limites da impugnação em face de um pronunciamento decisório. Se a impugnação é total, toda matéria decidida é devolvida ao conhecimento do Tribunal. Se a impugnação é parcial, somente capítulo ou parte da decisão impugnada é devolvida à instância superior; (e) o recurso, que impugna o capítulo principal, abrange o capítulo dependente ou acessório, ainda que o recorrente não efetue manifestação expressa. Dessa forma, interposta apelação em face de sentença que condena ao pagamento de indenização por perdas e danos, os capítulos referentes à multa, juros e honorários advocatícios ficam submetidos ao efeito devolutivo do recurso; (f) o capítulo da decisão não impugnado pelo recurso fica coberto pela autoridade da coisa julgada formal e material, conforme a hipótese, sendo defeso ao tribunal reexaminá-lo, desde que observada certas condições: cindibilidade dos capítulos da decisão; autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte impugnada; e existência de litisconsórcio não-unitário. (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Novos contornos do efeito devolutivo do recurso de apelação**. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 1017-1018).

entender existirem razões outras, que podem ser de ordem pragmática, que levem a entendimento diverso.

Outrossim, não se pode deixar de ressaltar que ainda é intensa, na doutrina e jurisprudência, a controvérsia sobre os efeitos devolutivo e translativo dos recursos.

Nelson Nery Junior, por exemplo, defende uma postura muitíssimo mais ampla em relação ao efeito translativo. Segundo o doutrinador, o poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública, não argüidas pelas partes, se insere no âmbito de atuação do princípio inquisitório. Mesmo quando se tratar de apelação parcial, onde o réu vencido em ação condenatória impugna em preliminar a legitimidade do autor, e no mérito, apenas pede a exclusão de sua condenação à verba “x” e não à “y”,

a tão só interposição do recurso, em virtude do efeito translativo, faz com que fiquem transferidas ao reexame do tribunal destinatário as matérias de ordem pública, dentre as quais se inclui a relação às condições da ação (art. 267, parágrafo 3º, CPC). A interposição do recurso adiou o trânsito em julgado quanto a essas matérias de ordem pública, muito embora tivesse havido preclusão para o réu quanto à verba “y”, que não foi objeto das razões e do pedido constante do apelo.²⁰⁷

O processualista, porém, parece fazer distinção entre a sistemática da ação rescisória e recursal em face de um pronunciamento que contenha capítulos. Segundo afirma, para efeitos de recorribilidade, a decisão deve ser considerada como um todo indivisível. Para fins de rescisória, não. Nesse caso, “a ‘divisibilidade’ do ato judicial é reclamada como fator importante, impondo-se a aplicação da doutrina do pronunciamento judicial objetivamente complexo com maior intensidade.”²⁰⁸

Não se vê, entretanto, como tal distinção poderia realmente acontecer. Se para fins de ação rescisória, deve-se considerar cada capítulo e se o trânsito em julgado de cada capítulo é condicionado a eventual conhecimento, pelo Tribunal [seja em apelação, seja em embargos infringentes por exemplo], de questões de ordem pública que podem alcançar mesmo o capítulo que não foi objeto do recurso, prevalecerá, também para fins de rescisória, a indivisibilidade do pronunciamento. Em outras palavras, até que se julgue o recurso interposto pelo réu, no exemplo dado por Nelson Nery Junior, não terá havido trânsito em julgado de nenhum capítulo do pronunciamento de mérito, nem no que se refere ao pedido da verba “x” [objeto do recurso], nem quanto ao pedido da verba “y” [que não foi objeto do recurso].

²⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b. p. 485.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 133-134.

Parece não haver, portanto, nesse contexto, possibilidade de fragmentação do julgamento de mérito. A se entender dessa forma, também o pronunciamento que deferir “antecipação de tutela” com base no art. 273, parágrafo 6º do CPC não poderá ser caracterizado como uma decisão final.

Por isso se reitera que a análise do art. 273, parágrafo 6º do CPC passa pelo exame da abrangência e significado dos efeitos devolutivo e translativo dos recursos.

2.3.2 As Tutelas de Urgência e a Coisa Julgada

Não é recente a discussão a respeito de haver ou não coisa julgada no âmbito do processo cautelar. Se também esses processos têm seu objeto, seu mérito²⁰⁹, por que os pronunciamentos finais aí proferidos não poderiam ser considerados pronunciamentos de mérito e passíveis de coisa julgada?

No que se refere à **tutela cautelar**, entende-se que a resposta a essa indagação é: porque a cognição que, no processo cautelar se realiza, é incompatível com a idéia de estabilidade inerente à coisa julgada e porque a tutela cautelar não diz respeito diretamente ao direito material em disputa pelas partes.

A tutela cautelar tem caráter conservativo, uma vez que visa a assegurar o resultado útil do processo principal que, por alguma razão, corre risco. É tutela jurisdicional que está ligada à noção de perigo de dano, e, portanto, à urgência, o que autoriza o juiz a realizar uma cognição sumária, superficial, rápida, fundada na verossimilhança da alegação da existência do direito material alegado pela parte. Além da possibilidade de existência do direito, caberá à parte demonstrar, objetivamente, a situação de risco, ou seja, de perigo de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. Em face da verossimilhança do direito material e desse perigo de dano, o juiz pode – em verdade, deve – deferir e determinar medidas que preservem uma situação tal que assegure que o direito material possa, no processo principal, ser reconhecido e concretamente realizado.

A provisoriedade é, também, marca característica da tutela cautelar. Essa provisoriedade está retratada nas regras dos arts. 807 e 808 do CPC. De acordo com o

²⁰⁹ Conf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005b. v. II, p. 182.

primeiro, a medida cautelar pode ser revista ou revogada a qualquer tempo. Já o segundo, dispõe, por exemplo, que cessa a eficácia da medida cautelar se a ação principal não for proposta no prazo de 30 dias.

João Batista Lopes observa que a provisoriedade traduz-se na impossibilidade de se tornar definitivo, na idéia de que sempre será substituído por um principal.²¹⁰ A decisão cautelar é assim, tendo sido concebida ontologicamente para perder sua eficácia.

Por isso que se afirma que a sentença proferida no processo cautelar não tem aptidão para a coisa julgada e, portanto, não está sujeita à ação rescisória.²¹¹

Segundo Humberto Theodoro Júnior,

num único caso a sentença do processo cautelar adquire a autoridade da coisa julgada material: é quando, excepcionalmente, o juiz, entrando no mérito da controvérsia existente entre os litigantes, acolhe, desde logo, no julgamento da pretensão preventiva, a exceção material de prescrição ou decadência, nos termos do art. 810 do CPC.²¹²

A formulação de um novo pedido de concessão de medida cautelar²¹³, anteriormente indeferida ou cuja eficácia cessou, ou a reiteração do pedido de modificação ou revogação da medida cautelar concedida, somente podem ocorrer se houver alteração da situação de fato ou de direito. Significa dizer que, se mantidas as situações de fato e de direito, nem a parte, que teve indeferido seu pedido de concessão de medida cautelar, poderá reiterar o pedido; nem aquela, que teve contra si uma medida cautelar deferida, poderá pleitear sua revogação ou modificação.²¹⁴

Em face disso, Calmon de Passos assevera

Ouso dizer, e que me perdoem o atrevimento, que as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houve alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação do direito, no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou

²¹⁰ LOPES, João Batista. Medidas cautelares inominadas. **Revista dos Tribunais**, v. 605, n. 14.

²¹¹ Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 594.

²¹² *Ibid.*, p. 594.

²¹³ A expressão *medida cautelar* pode dizer respeito às ações cautelares, às medidas liminares proferidas na ação cautelar; a liminares proferidas em outros procedimentos que tenham como pressuposto o *periculum*.

²¹⁴ Teori Albino Zavascki ressalta que há uma hipótese em que a sentença da ação cautelar poderá ser modificada pelo juiz sem que se altere a situação de fato ou de direito: é a inserção aos autos de novas provas que evidenciem que os fatos que foram reputados aparentemente verdadeiros são falsos ou, de outro lado, que os fatos reputados como aparentemente falsos, têm sua existência comprovada. Nessa situação, o juiz da causa poderá rever seu pronunciamento independentemente de ação rescisória ou de recurso. (ZAVASCKI, 2007, p. 39).

alteração nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior pode legitimar a postulação de nova cautelar. Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é.²¹⁵

Também Flávio Luiz Yarshell, partindo daquele pressuposto, entende que a exigência da existência de uma nova situação de fato e de direito, para que se possa intentar novamente a ação cautelar ou pedir sua revogação, implica reconhecer que, em verdade, está-se impondo à parte que proponha uma nova ação, diversa daquela primeira. E se lhe está sendo imposto propor uma nova ação, é porque o pronunciamento proferido com base na causa de pedir e no pedido anteriormente formulados, uma vez transitado em julgado, não pode ser revisto. Tornou-se imutável, não só no processo em que foi proferido, mas em outro qualquer.

O que deverá a parte fazer se, embora inicialmente indeferido, o pedido de arresto é julgado procedente na sentença da ação cautelar, proferida por juiz impedido, e da qual o réu perde o prazo para recorrer?

Flávio Luiz Yarshell defende o cabimento da ação rescisória. De acordo com o doutrinador,

parece artificial dizer que o provimento cautelar simplesmente não projeta efeitos sobre a relação material. Certo é que a medida cautelar não tem o condão de eliminar a crise existente no plano substancial, mas apenas conservar uma dada situação. Contudo, há providências materiais que vão além de uma eficácia meramente jurídica, para se materializar em atos concretos: a apreensão do bem no arresto ou no seqüestro, o depósito dos bens arrolados, o impedimento à formalização da mora na sustação do protesto, tudo isso, enfim, parece bastante concreto – e substancial – para quem vê o processo sob o ângulo externo e é destinatário do comando judicial.²¹⁶

Afirma, ainda, que tal conclusão seria aplicável a todas as hipóteses em que sentenças terminativas impeçam a nova propositura da mesma demanda; não apenas porque projetam efeitos sobre a relação material, mas porque limitam o direito de ação, como é o caso das sentenças terminativas sob fundamento de coisa julgada, litispendência ou perempção.²¹⁷

Em item anterior deste trabalho, defendeu-se que, em algumas situações, as sentenças processuais sujeitam-se à ação rescisória. Essas situações dizem respeito às

²¹⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. X, t. I, p. 237.

²¹⁶ YARSHELL, 2005, p. 238.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 239.

sentenças que extinguem o processo como decorrência de litispendência, coisa julgada e perempção [a respeito das quais há regra expressa no sentido de que impedem o ajuizamento de ação igual] e, também, às sentenças de carência [cujo enquadramento como sentença processual é muitíssimo discutível], que padecem de um dos vícios apontados no art. 485 do CPC. Assim se entende porque, tanto numa situação, quanto na outra, não se trata de pronunciamento que apenas projete efeitos sobre a relação de direito material, mas de decisão que pode, caso não se admita o cabimento de ação rescisória, inviabilizar a análise a respeito do próprio direito material.²¹⁸

Isso não acontece em relação às cautelares, porque o direito material continua sendo objeto de apreciação na ação principal.

No exemplo dado, de um arresto deferido por juiz impedido, por meio de sentença de que não caiba mais recurso, entende-se que a questão a respeito do impedimento pode e deve ser suscitada, novamente, na ação principal que estiver em curso²¹⁹ ou, ainda, em situações

²¹⁸ A perempção difere da coisa julgada e litispendência, uma vez que gera a perda da pretensão, enquanto possibilidade de se afirmar que se tem direito, mas não impede que se possa alegar, como defesa, a existência do direito. Entretanto, entende-se que essa peculiaridade não infirma o posicionamento exposto.

²¹⁹ A ação de exibição está regulada, no CPC, no art. 844, como cautelar preparatória. Além da ação de exibição cautelar preparatória, há também a ação de exibição em que se deduz em juízo pretensão de direito material à exibição [como no caso de quebra, em que há o direito à exibição judicial dos livros e papéis de escrituração da empresa. Há, ainda, a exibição incidental prevista nos arts. 355 e seguintes do CPC, que é considerada uma medida de instrução tomada no curso do processo. Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini explicam que “será cautelar toda medida que tem por escopo criar condições de possibilidade de eficácia (no plano empírico) da ação principal, seja ela de execução ou de conhecimento. Nesse sentido, arresto e seqüestro seriam cautelares por excelência. E a ação de exibição poderia ser considerada cautelar, se se interpretasse de modo bastante amplo a expressão ‘garantir a eficácia’. Claro está ser diferente o modo por meio do qual o arresto garante a eficácia da execução, mas, em algum sentido, tanto a ação de exibição quanto a produção antecipada de provas, como se verá, garantem, ainda que às vezes indiretamente, a eficácia do provimento jurisdicional a ser proferido na ação principal e/ou da própria execução. Se não se quer usar a expressão ‘garantir’ que se pense pelo menos em que estas medidas desempenham o seu papel quanto ao resultado do processo principal, e, nesse sentido, servem a esse processo. Se assim se entender, pode-se enxergar, na ação de exibição, caráter cautelar”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3, p. 81). Pois bem. O TJRS já admitiu ação rescisória de acórdão que confirmou sentença de procedência de ação cautelar de exibição de documentos. A ação rescisória foi admitida, mas julgada improcedente. [AR 70007506496, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, 29.06.2005.] Entretanto, entende-se que a sentença proferida na ação cautelar de exibição não faz coisa julgada. A respeito, vivenciou-se a seguinte situação concreta: “A” propôs ação cautelar de exibição contra “B”, visando à obtenção de cópia de contrato de participação financeira que firmou com a empresa Ré [para verificar quantidade de ações subscritas, data da emissão das ações etc], além de cópia do livro de ações nominativas. A Ré, uma vez citada, contestou. Na oportunidade esclareceu a respeito da impossibilidade de exibir o livro de ações nominativas, porque sob a posse de outra empresa e juntou cópia do ‘espelho’ do contrato, contendo todas as informações. Em seguida, foi proferida sentença de procedência do pedido do autor e, ainda, foi fixada multa diária por eventual descumprimento da obrigação de exigir. A sentença transitou em julgado. O autor, então, deu início ao cumprimento de sentença, pretendendo, essencialmente, receber o valor da multa. Em sua resposta, a Ré esclareceu que parte da obrigação já havia sido cumprida tempestivamente e que, em relação à parte faltante, a situação era de ‘comando praticamente impossível’, uma vez que não é detentora dos livros. Além disso, argumentou que a lei prevê medida diversa para o caso de não apresentação dos documentos, nos termos do art. 359, I do CPC. Com base nesses fundamentos, pediu que fosse extinta a execução, o que ocorreu, entendendo o juiz que não havia como se determinar a execução da multa. Seguiram-se embargos de declaração e, após,

que se mostrem teratológicas, não se pode perder de vista a possibilidade de a parte valer-se da via do mandado de segurança.

Há que se fazer menção, ainda, às falsas cautelares²²⁰ [na expressão de José Roberto dos Santos Bedaque] ou tutelas de urgência satisfativas autônomas.²²¹

São ações para as quais se imprime o procedimento cautelar, mais abreviado, em que o prazo para defesa é de 5 dias, mas o pedido se refere a uma providência de cunho satisfativo. A satisfatividade é expressão que pode apresentar três sentidos: – pode consistir na coincidência, no plano empírico²²², entre o provimento principal e cautelar; – pode referir-se à irreversibilidade dos efeitos da medida no plano empírico; – pode significar a desnecessidade do processo principal. Nas tutelas de urgência satisfativas autônomas a satisfatividade ocorre ou pode ocorrer nesses três sentidos. Exemplo delas há, na regra do art. 888 do CPC, mas se tem visto, na prática forense, um crescente número de medidas de urgência satisfativas diferentes daquelas do mencionado dispositivo de lei.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina esclarecem que, no sistema jurídico processual atual, há três modalidades de tutela de urgência, todas com cognição sumária:

- a) a cautelar, antecedente ou incidental;
- b) a antecipação da tutela;

agravo de instrumento pelo autor. O Relator concedeu efeito suspensivo ao agravo, sob o fundamento de que, embora a sentença proferida na cautelar não produza coisa julgada material, produz coisa julgada formal, de maneira que, salvo com base em elementos novos, não poderia o juiz ter decidido sobre o que já decidira. Seguiu-se pedido de reconsideração, analisado por outro Desembargador, uma vez que o anterior ausentou-se em função de férias. O pedido de reconsideração foi deferido sob o seguinte fundamento: “De outra banda, a tese da agravada de que os documentos pleiteados no processo-tronco (em fase de cumprimento de sentença) já foram apresentados, não se justificando a execução da multa diária, é bem plausível. Essa multa pode inclusive ser revista até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, como tem admitido o STJ (vide, por exemplo, o RESP 705.914, DJ 06.03.06), e, em casos como este dos autos, há precedentes desta Corte admitindo o cumprimento da exibição de documentos com fornecimento de simples certidão com informações relativas ao contrato entre as partes.[...]Por fim, quanto ao cabimento ou não da multa cominatória nas ações cautelares de exibição de documentos, a questão encontra divergência nos tribunais, como se sabe, sendo mais prudente neste momento acolher em parte o pedido de reconsideração e sobrestar a execução (cumprimento de sentença) em 1º grau”. Posteriormente, o Agravo de Instrumento acabou sendo inadmitido, por se concluir que o recurso cabível contra sentença que extingue a execução (cumprimento de sentença) é apelação. [AI 545.435-2, 7ª Câmara Cível do TJPR] Realmente, a execução, no caso, não merecia prosperar, seja quanto à obrigação de fazer, seja quanto à multa. Tanto a questão referente à impossibilidade prática de atuação do comando da sentença – além dos documentos já juntados e suficientes para os fins pretendidos pelo autor, não se poderia exigir da ré a exibição de documento de que não era detentora e nunca foi – quanto a multa, são matérias que o juiz pode conhecer mesmo depois do trânsito em julgado da sentença. Reforça a tese, o fato de que a impossibilidade da apresentação preexistia à sentença. Ou seja, está-se em face de sentença absurdamente errada. [Eduardo Talamini trata da questão da sentença inexecutável em sua obra *Coisa julgada e sua revisão*. (TALAMINI, 2005, p. 318).

²²⁰ BEDAQUE, 1998, p. 232.

²²¹ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 128.

²²² No plano jurídico, esta coincidência não ocorre, porque o provimento cautelar é provisório, perdendo sua eficácia quando é proferido o provimento definitivo.

c) a tutela de urgência satisfativa, com ou sem realização de cognição exauriente sucessivamente, no mesmo processo.²²³

A tutela cautelar, conforme já se viu, está voltada para a conservação da situação de fato ou de direito sobre a qual haverá de incidir eficazmente o provimento ‘principal’. A antecipação de tutela, também conforme já se viu, permite a fruição imediata dos efeitos oriundos da tutela final pleiteada. O fato urgência, necessariamente, deve estar presente para autorizar a concessão da tutela cautelar; para a antecipação de tutela, a urgência é requisito para concessão da chamada tutela acautelatória, mas não para a tutela punitiva. Ambas – tutela cautelar e tutela antecipada – são provisórias.²²⁴

Além delas, há a tutela de urgência satisfativa, em que o bem jurídico pleiteado é entregue ao autor de imediato e, por isso, nada mais do processo ele pode esperar.²²⁵

Atualmente, em face da antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, especialmente a hipótese do inciso I, que, além de satisfativa, tem traços de cautelaridade porque se baseia na urgência, bem como do art. 461, parágrafo 3º do CPC, parece não haver interesse de agir da parte em se valer das tais medidas satisfativas autônomas [a não ser em situações muitíssimo específicas, em face da essencialidade do bem e do perigo de dano concreto e não apenas marginal].

Entende-se, em verdade, que o juiz, deparando-se com uma ação cautelar em que se pede providência satisfativa, deve determinar a intimação da parte para que, sob pena de indeferimento, emende a petição inicial, convertendo a ação cautelar em ação de conhecimento com pedido de antecipação de tutela.^{226, 227, 228} Não se afasta a possibilidade de,

²²³ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 128.

²²⁴ Conforme já se viu, em item anterior deste trabalho, a ‘tutela antecipada’ com base na regra do art. 273, parágrafo 6º do CPC implica verdadeiro julgamento parcial da lide, com cognição exauriente.

²²⁵ WAMBIER; MEDINA, op. cit., p. 127-129.

²²⁶ O STJ, porém, já se manifestou no sentido da improcedência de pedido cautelar, em que se pretende, realmente, uma tutela satisfativa. Nesses termos, veja-se o REsp 801.032-RJ, j. 18.04.2006, Rel. Min. Luiz Fux. Tratava-se, no caso, de cautelar preparatória, por meio da qual, a autora, empresa de transporte, objetivava o reconhecimento do direito de não sofrer os efeitos da majoração fictícia, na sua base de cálculo tributária, relativamente ao IRPJ, à CSSL, ao IRPF e a qualquer crédito oriundo de correção monetária das demonstrações financeiras, bem como da não realização do chamado lucro inflacionário, porquanto não configurariam aquisição de renda, nem, portanto, fatos geradores das referidas exações. O juiz singular julgou improcedente o pedido, por ausência de periculum in mora. A empresa apelou, renovando o pedido de reconhecimento de seu direito de apurar o lucro contábil e real, mediante a utilização do IPC na correção de seu balanço, desde o ano base de 1990, de acordo com o estatuído na Lei n. 8.200/91. O TRF da 2ª Região manteve a decisão de improcedência, por ausência dos requisitos e, ainda, por se configurar **tutela satisfativa**, de concessão imprópria na espécie. A empresa, então, interpôs Recurso Especial, que foi desprovido nos termos do voto do Ministro Relator, que ressaltou que “a cautela aguarda a definição judicial, mas não lhe faz as vezes.” [www.stj.jus.br].

²²⁷ No AI n. 70003960333, 18ª CC do TJRS, j. 27.02.2003, Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, se entendeu pelo indeferimento da liminar: “A concessão de medida liminar pressupõe a comprovação dos requisitos do ‘periculum in mora’ e do ‘fumus boni iuris’, que não vêm demonstrados no caso em concreto.

em casos de manifesta urgência, o juiz conceder a liminar e, independentemente de prévia intimação do autor, receber uma ação pela outra, mandando citar o réu para se defender em 15 dias.

Ao contrário do que, à primeira vista, possa parecer não se trata de capricho formal, nem se pode ver, nesse posicionamento, eventual contradição com tudo o que se afirmou, no início deste trabalho, sobre o acesso à justiça.

O que se pretende é precisamente viabilizar, de forma mais clara, o acesso à justiça.

Não se pode perder de vista que o *fumus* que a parte deve evidenciar quando pretende uma antecipação de tutela – medida de cunho satisfativo, portanto – é consideravelmente mais robusto que aquele exigido para a concessão de medida verdadeiramente cautelar, de cunho conservativo.

Esse é um primeiro ponto. A utilização do procedimento cautelar não pode servir de meio para que o autor, limitando-se ao *fumus boni iuris* da cautelar, obtenha providência que vá além dos limites da cautelaridade. Por isso, reputa-se que a fungibilidade prevista no art. 273, parágrafo 3º do CPC refere-se apenas à possibilidade de o juiz conceder como cautelar a medida antecipatória requerida pelo autor, mas não compreende o contrário, ou seja, a

Efetivamente, com os elementos constantes dos autos, sem que instaurado o contraditório no presente recurso, pois angularizada a relação processual ao tempo da sua interposição, eventual deferimento da medida teria por fundamento nada mais do que alegações, carentes da necessária prova documental, não suprida pela juntada dos documentos que instruíram o agravo. Por outro lado, a liminar pretendida diz respeito ao próprio mérito da ação, que é o recebimento do valor referente aos serviços prestados no mês de janeiro de 2001, a fim de preservada a continuidade do serviço. Assim, o deferimento da liminar, aqui, importa em verdadeira antecipação de tutela, consoante já observei no despacho inicial, corroborando a necessidade de demonstração inequívoca do direito da agravante. De igual forma, a concessão da liminar inaudita altera parte prejudicaria, até mesmo, o contraditório da lide, face à notória irreversibilidade da medida, como muito bem delineado na decisão agravada, o que não se exclui com a pretendida contracautela, pois pretende a agravante o efetivo pagamento e não o mero depósito em juízo do valor que alega ser devido, para garantir a efetividade da demanda a ser proposta, o que poderia, em tese, autorizar proteção cautelar, face à natureza desta medida, prevista em lei. [...] Posto isto, nego provimento ao agravo de instrumento”.

²²⁸ O TJPR já teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que falta, no caso, possibilidade jurídica do pedido: “[...] pretende a requerente obter ordem jurisdicional que impeça o requerido de realizar descontos em sua conta corrente. Esta pretensão, todavia, é de todo incompatível com a via eleita e sequer pode ser analisada por este órgão jurisdicional. Isto porque a interrupção dos descontos nada mais é do que a plena satisfação do direito de não cobrado por débito ilegal. Em outras palavras, tomando-se por conceito de satisfação a obtenção de tutela jurídica definitiva em âmbito jurídico e fático, é evidente que a pretensão de se interromper descontos de valores em conta corrente revela claramente a realização, no plano dos fatos, do direito de não ser cobrado por débito ilegal. Esta análise é de máxima importância, na medida em que, como é cediço, a satisfação de um direito somente pode ser obtida pelas vias cognitivas ou executivas, a depender do caso, mas nunca por meio da tutela cautelar.[...] Nesta medida, a considerar que a satisfatividade é incompatível com a via cautelar, impõe-se reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido deduzido e, via de consequência, indeferir a petição inicial, nos termos do art. 295, parágrafo único, inciso III do CPC”. [Rel. Jucimar Novochadlo, 15ª Câmara Cível, 02.10.2007, www.tj.pr.gov].

concessão de medida antecipatória quando o que o autor pediu foi tutela cautelar [a não ser que se intime, antes, o autor para emendar a petição inicial].²²⁹

Outro ponto diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que, no procedimento cautelar, o prazo de defesa é de 5 dias e a instrução não se faz de forma tão completa como no processo de conhecimento. Outrossim, em razão da satisfatividade, não é raro acontecer de se dispensar a propositura da ação principal pelo autor, de forma que toda a defesa do réu será aquela que apresentou dentro dos 5 dias.

Duas situações concretas evidenciam a dúvida, que a concessão de medida de urgência satisfativa, no bojo de um procedimento cautelar, faz surgir, especialmente, quanto à aptidão do pronunciamento final para a produção da coisa julgada.

O Estado do Rio Grande do Sul propôs, contra a professora “X”, “ação cautelar inominada”²³⁰ em que pediu que se impusesse à Ré a proibição de receber designação para exercer regência de classe, em qualquer estabelecimento de ensino estadual, sendo permitido, entretanto, exercer função diversa, na área educacional, sob fundamento de supostos maus tratos aos alunos.

A ação cautelar foi julgada procedente e a respectiva sentença transitou em julgado. A Ré, então, intentou ação rescisória, fundada em falsidade de prova e erro de fato. A ação rescisória foi admitida, não só em função do entendimento pessoal do relator no sentido de que as sentenças cautelares ensejam a produção de coisa julgada, mas porque viu, na situação, verdadeira tutela satisfativa. A ação rescisória, porém, foi julgada improcedente porque se entendeu a autora estaria pretendendo rever provas.

Reputa-se que teria sido mais adequado e coerente com a ordem jurídica, se o juiz, em 1º grau, tivesse determinado a intimação do Município para proceder à conversão da ação cautelar inominada em ação de conhecimento com pedido liminar de antecipação de tutela. Somente assim, estar-se-ia possibilitando à ré o direito à ampla defesa.

O acórdão não esclarece se houve o ajuizamento da ação principal subsequente àquela cautelar. Ao que tudo indica, não houve, o que evidencia que foi proferido um pronunciamento satisfativo, sem o devido processo legal. Está-se em face de uma tutela

²²⁹ Posiciona-se dessa forma Cássio Scarpinella Bueno, que afirma “estou com aqueles que negam que, nos casos do art. 273, II e parágrafo 6º, possa cogitar-se de uma conversão ou de uma fungibilidade entre tutelas cautelar e antecipada. Não há como fazer isso porque não há correspondência de pressupostos. Se, por algum motivo, uma petição inicial de ação cautelar descrever situação de abuso de direito de defesa do réu, o parágrafo 7º do art. 273 não deve ser aplicado. Isso, no entanto, não significa que o magistrado não possa ‘indicar’ ao interessado qual o caminho que deve ser tomado para esse mesmo fim”. (ZAVASCKI, 2007, p. 128).

²³⁰ Ação Rescisória 70016703480, Rel. Des. Araken de Assis, TJRS, j. 09.03.2007. [www.tjrs.gov.br].

cognitiva, de natureza urgente, plenamente satisfativa, cuja concessão deu-se pela via do procedimento cautelar sem atender aos postulados do contraditório, e ampla defesa, o que, talvez, tenha sido a causa que levou a ré a, por meio de ação rescisória, buscar, por via transversa, a reapreciação da prova.

Em outro caso, a Curadoria da Infância e da Juventude ajuizou ação cautelar inominada objetivando impedir a posse de “Y” no cargo de Conselheira Tutelar, o qual deveria ser ocupado pelo 1º suplente, “W”, por ter a candidata, transportado eleitores no dia da eleição. O pedido foi julgado procedente, em 1º grau. Transitada em julgado, sobreveio ação rescisória, com base no art. 485, V do CPC. Nesse caso, a inicial foi indeferida liminarmente. A autora da ação rescisória, ré na ação cautelar, interpôs Recurso Especial, que também foi inadmitido sob o seguinte fundamento:

Entendo que, na espécie, existe óbice intransponível à admissibilidade da ação rescisória. É que o art. 485 do CPC somente admite a rescisão de decisões de mérito transitadas em julgado, de forma que as decisões proferidas em sede de ação cautelar não fazem coisa julgada material. [...] Assim deve ser mantido o julgado, embora por fundamento diverso.²³¹

Neste exemplo, como se vê, a ação rescisória não foi admitida. Isso só pode significar que “Y” está liberada para, por exemplo, intentar, em 1º grau, ação de conhecimento com base no art. 461 do CPC, visando a discutir o direito tido sumariamente como existente para a concessão da medida liminar requerida pela Curadoria.

Se também isso for vedado a “Y”, então, estar-se-á em face de uma verdadeira negação do direito de acesso à justiça, porque o pronunciamento que, embora com cognição sumária, deu solução à controvérsia, ou seja, decidiu sobre a pretensão de direito material, não estará sujeito à ação rescisória [meio de impugnação autônoma dos pronunciamentos de mérito], nem à revisão em qualquer outra ação. A primeira não é admitida porque a sentença proferida em ação cautelar não seria rescindível; a segunda não é admitida porque, sendo a ação cautelar satisfativa, teria havido sentença de mérito apta a ensejar ação rescisória.

Esse estado de dúvida teria sido evitado se o juiz, ao receber a petição inicial, tivesse determinado a emenda à inicial ou concedido a liminar e, de ofício, procedido à conversão do feito, citando a ré para se defender em 15 dias. Não haveria dúvida, então, de que, ao final, a sentença teria resolvido a controvérsia, não sem antes possibilitar o devido contraditório.

²³¹ REsp 601.947/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 04.10.2005, www.stj.jus.br

Há, ainda, as situações em que, por meio das cautelares satisfativas, o autor pede providência **irreversível**, que se exaure com o tão só deferimento da liminar, como por exemplo, a concessão de medida de urgência para autorizar a transfusão de sangue, necessária à realização de cirurgia em indivíduo integrante de seita religiosa que proíbe tal prática.

Outro exemplo é de medida que determina a entrega ao aluno, pelo estabelecimento de ensino, do histórico escolar retido em face da pendência do débito.

Esses dois casos incluem-se naqueles em que, realmente, parece ser adequada a tutela de urgência satisfativa, em função da essencialidade do bem [direito à vida e à dignidade da pessoa humana] e urgência, assemelhando-se às situações do art. 888 do CPC.

Flávio Luiz Yarshell defende o cabimento da ação rescisória também nesses casos, embora reconheça tratar-se de tema tormentoso. Segundo ele,

A conclusão a que se chega é a de que, tratando-se de decisões que, embora rotuladas de cautelares, sejam na verdade aptas a eliminar a crise existente no plano do direito material, recompondo o ordenamento e “satisfazendo”, então a decisão final, deve-se, sim, ser considerada como decisão de mérito, e, transitando em julgado, é apta a ensejar ação rescisória.²³²

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina pensam de forma diferente. Segundo eles, “poder-se-ia dizer que, em tal situação, se estaria diante de fenômeno semelhante à coisa julgada. No entanto, realizando-se a pretensão do autor com base em cognição sumária, também aí não haverá decisão hábil a gerar coisa julgada.”²³³

De acordo com os doutrinadores, nada impede que se investigando mais profundamente o direito afirmado (do qual a mera aparência serviu de base para a concessão e realização da liminar), conclua-se que inexistia direito a tutelar.

Nesse caso, se a situação de irreversibilidade da situação causou danos ao réu contra quem foi deferida a liminar de cunho “irreversível”, poderá ele buscar a respectiva reparação a que faz jus e poderá fazê-lo independentemente da prévia desconstituição da decisão judicial satisfativa.

Adere-se a este último entendimento, destacando-se, porém, que, se em ação que venha a ser proposta pelo réu da cautelar satisfativa, chegar-se à conclusão de que teria sido necessário o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir eventual coisa julgada, que se reputou existir em relação à sentença proferida naquela falsa cautelar, a parte não poderá ser

²³² YARSHELL, 2005, p. 235.

²³³ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 130-131.

prejudicada com o eventual esgotamento do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória. Deve-se buscar solução que impeça que a parte seja duplamente prejudicada – com a inadmissibilidade da ação que propôs em 1º grau e, ainda, com o transcurso do biênio da ação rescisória enquanto aquela ainda tramitava. Visando a evitar esse resultado, propugna-se pela conversão de uma ação em outra, intimando-se o autor para proceder às adaptações necessárias.²³⁴

É o caráter sumário da cognição exercida pelo juiz que leva a que seja este o posicionamento que se sustenta neste estudo. A atividade cognitiva exercida pelo juiz para conceder a tutela de urgência satisfativa é superficial, não esgotando os aspectos da relação material. Por isso, é incompatível com a idéia de imutabilidade da coisa julgada material.

Algumas observações ainda devem ser feitas quanto à discussão em torno da cognição sumária:

- a) o sistema processual carece de regras mais claras sobre a tutela de urgência satisfativa que esgota por completo a pretensão do autor, especialmente quando gera situação fática irreversível. Há esboço de reformulação legislativa, junto ao IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual –, versando sobre a “tutela de urgência, medidas antecipatórias e cautelares”. De acordo com esse anteprojeto, o Livro III do CPC passaria a vigorar com a epígrafe “da tutela de urgência” e conteria, no título primeiro, as regras a respeito “das medidas cautelares e antecipatórias”, e no título segundo, as regras a respeito dos “processos de urgência”. Quanto às medidas antecipatórias, prevê-se que poderão ser requeridas tanto em processo antecedente, como na pendência do processo principal, aplicando-se as regras procedimentais do art. 273 do CPC. Aspecto que chama atenção é a previsão da possibilidade de a decisão de antecipação de tutela formulada em processo antecedente vir a estabilizar-se, caso o réu, no prazo de 60

²³⁴ É a solução que Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos prevê para a situação de ajuizamento de ação anulatória em lugar de ação rescisória nas hipóteses do art. 485, VIII do CPC, que ensejam muita discussão, na doutrina e jurisprudência. De acordo com essa regra, é cabível ação rescisória se “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. Sob o fundamento de que, ao homologar os atos de disposição praticados pela parte, o juiz não estaria realmente julgando, considerável parcela da doutrina e da jurisprudência afirma que a ação cabível para invalidar tais atos seria a ação anulatória. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, porém, entende que é a ação rescisória e que se está em face de situação em que deve incidir o princípio da fungibilidade, não sendo óbice para tanto a questão a respeito de ser diversa a competência para uma ou outra ação. Esclarece a autora, “que a competência distinta não é argumento suficiente para afastar a aplicação do princípio da fungibilidade, desde que caracterizada a dúvida objetiva sobre o cabimento das ações rescisória e anulatória. Basta, nesta hipótese, que o juízo no qual foi proposta a ação, ao admitir a aplicação da fungibilidade, remeta os autos ao juízo competente, promovendo-se a adequação do procedimento”. (VASCONCELOS, 2007, p. 212).

dias, não proponha ação que vise ao julgamento da lide ou o autor, em caso de antecipação parcial, não proponha ação que vise à satisfação integral da sua pretensão. Não proposta a ação, a decisão concessiva da antecipação de tutela adquirirá força de coisa julgada. Essa **estabilização**, porém, não ocorreria em processo em que tivesse havido citação ficta.²³⁵ Além disso, o anteprojeto prevê capítulo específico a respeito de processos que versem direito de caráter personalíssimo, em que deferida e cumprida a liminar, com eficácia plena e praticamente irreversível, poderá o juiz proferir sentença de extinção do processo sem resolução de mérito. Apenas no caso de o autor requerer o prosseguimento do processo e a parte ré, embora citada pessoalmente não comparecer ou reconhecer a procedência do pedido, a decisão concessiva liminar produzirá efeito de coisa julgada;

- b) a cognição sumária não ocorre apenas nas tutelas de urgência. Há hipóteses, previstas em lei, de tutela sumária não cautelar. Uma delas é a ação monitória, em que o juiz emite ordem de pagamento sem examinar de forma plena os fatos constitutivos do direito afirmado. Nesse caso, a cognição exauriente e o contraditório amplo podem ocorrer em fase posterior, com a apresentação de embargos pelo réu. De qualquer sorte, tal como observa Eduardo Talamini, “a ausência de embargos não tem o condão de deslocar topicamente e alterar a natureza específica da decisão concessiva da tutela monitória.”²³⁶ Ou seja, a não oposição dos embargos monitórios não tem o condão de, por si só, alterar a natureza da cognição, de sumária, para exauriente;
- c) não se deve confundir cognição sumária com cognição incompleta ou parcial. A cognição sumária diz respeito à profundidade da análise que é feita pelo juiz. A cognição parcial diz respeito à restrição da matéria de defesa, excluindo-se a possibilidade de alegação, pelo réu, de determinados fundamentos de defesa e a produção de determinados meios de prova. Conseqüentemente, também se restringe a área de questões que o juiz pode considerar. Entretanto, o réu não fica impedido de, por meio de outra ação, levar à apreciação do Judiciário a matéria

²³⁵ Especificamente sobre a estabilização da tutela antecipada, há um anteprojeto anterior, já apresentado no Congresso Nacional, em que não se faz a ressalva da inocorrência da estabilização em caso de citação ficta e, também, em que os prazos para que se dê a estabilização são menores. Igualmente nesse anteprojeto, a idéia é de que, em face da omissão das partes, o juízo sumário, com base no qual foi concedida a antecipação de tutela, converta-se em juízo exauriente.

²³⁶ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 89.

excluída. Além disso, com freqüência, à restrição da cognição junta-se a sumariedade ritual [tal como, por exemplo, há no procedimento sumário do processo de conhecimento ou nos embargos de terceiro].²³⁷ A cognição, porém, continua sendo exauriente, no que diz respeito à profundidade. É o que acontece no mandado de segurança, que tem um procedimento abreviado, mas em que se realiza cognição exauriente *se* o direito afirmado pelo autor puder ser provado por prova documental, que deve já acompanhar a petição inicial. O direito líquido e certo, a que a Lei 1.533/51 se refere e também a CF, no seu art. 5º, LXIX e LXX, é conceito processual, que serve, segundo explica Luiz Guilherme Marinoni, inclusive, para a melhor compreensão do processo modelado através da técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*, isto é, da técnica que subordina o julgamento do mérito à produção de prova documental. Segundo o mencionado doutrinador,

No mandado de segurança, a afirmação de existência do direito deve ser provada desde logo, ou melhor, mediante prova documental anexa à petição inicial. Quando o direito afirmado no mandado de segurança exige outra prova, além da documental, fica ao juiz impossível o exame do mérito. No caso oposto, ou seja, quando apresentada prova documental da alegação – ou o direito líquido e certo – o juiz julgará o mérito, e a sentença produzirá coisa julgada matéria. Como está claro, o mandado de segurança constitui um procedimento que tem o exame do mérito condicionado à existência de prova documental.²³⁸

d) Se for necessária a produção de outras provas para comprovar a existência do direito afirmado pela parte, o mandado de segurança deve ser extinto, sem análise de mérito, pela falta da adequação do procedimento. É a essa situação que se referem os arts. 15 e 16 da Lei 1.533/51^{239, 240}. Mas,

²³⁷ RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. **Os embargos de terceiro no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Grande do Sul, 2002.

²³⁸ MARINONI, 2007, p. 373.

²³⁹ E a Súmula 304 do STF, cujo teor é: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

²⁴⁰ Cássio Scarpinella Bueno assinala que “a expressão ‘direito líquido e certo’ deve ser compreendida como condição da ação do mandado de segurança, equiparável ao interesse de agir. Nessas condições, uma decisão que julga o mandado de segurança afirmando a inexistência de direito líquido e certo não faz coisa julgada porque não é decisão de mérito. É decisão imediatamente anterior à apreciação do mérito. Declara-se que o mandado de segurança não é a ação adequada para a tutela da afirmação do impetrante porque falta uma de suas condições.[...] Nesses casos, porque a decisão não é de mérito, é possível a rediscussão da mesma ilegalidade ou abusividade perante o Poder Judiciário. Até mesmo pela impetração de outro mandado de segurança. Basta, nessa hipótese, que o impetrante ‘supra’ o vício que levou à extinção do anterior, isto é, que encarte à inicial o ‘direito líquido e certo’.” O doutrinador, entretanto, ressalta que se faz necessário o exame de cada caso concreto para verificar se o que a sentença denominou de ‘direito líquido e certo’ corresponde, efetivamente, à condição da ação ou, embora se tenha valido daquela expressão, acabou por entender incorrente

Se a sentença denegatória do mandado de segurança, à luz das provas que instruíram o *mandamus*, deu-as por suficientes, concluindo-se pela denegação do direito do impetrante, não há como sustentar-se que tal pedido possa ser renovado pelas vias ordinárias.

Conforme ressalta, com precisão, Eduardo Arruda Alvim.²⁴¹

2.3.3 A Fase do Cumprimento de Sentença e a Coisa Julgada

A Lei nº 11.232/2005 instituiu o chamado processo **sincrético**. O processo de conhecimento, a partir dessa lei, passou a contar com uma nova etapa, que é a de cumprimento da sentença, sem haver necessidade de instauração de uma nova relação processual para que o credor postule a satisfação do seu crédito. Ou seja, não se faz mais necessária a instauração de um processo de execução autônomo, para efetivação dos atos materiais visando à realização concreta do direito reconhecido na sentença condenatória de obrigação de pagar quantia certa.²⁴²

Se a sentença, proferida na primeira etapa do processo de conhecimento, for ilíquida, impõe-se a prévia liquidação. Além disso, continua ainda o devedor com a possibilidade, na fase de cumprimento de sentença, de apresentar impugnação, alegando, por exemplo, excesso de “execução”, inexigibilidade do título, ocorrência de algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, ocorrido após a sentença e outras matérias indicadas no art. 475-J do CPC. Diferentemente dos embargos à execução, que, uma vez opostos, suspendiam a execução, a impugnação não mais produz automaticamente esse efeito suspensivo. Ou seja, enquanto no sistema anterior à Lei 11.232/2005, o efeito suspensivo operava-se *ope legis*, agora se opera *ope iudicis*, dependendo de expresse requerimento da parte e manifestação do juiz.

o próprio direito reclamado pelo impetrante. Se, pela análise da decisão do *mandamus*, verificar-se que o que se concluiu foi que inexistente qualquer ilegalidade ou abusividade de poder no ato coator, estar-se-á diante de um pronunciamento de mérito, apto à produção da coisa julgada e ensejador de eventual ação rescisória. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 178).

²⁴¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 272.

²⁴² Evaristo Aragão Santos esclarece que o regime de cumprimento da sentença se aplica apenas às sentenças que fixam obrigação de pagar quantia certa (art. 475-I), mantendo o legislador a distinção entre os instrumentos disponibilizados para concretizar obrigações específicas (fazer, não fazer, entregar coisa) e pagar quantia. “As primeiras continuam sendo concretizadas, na forma dos arts. 461 e 461-A do CPC, enquanto a última, para sua concretização, seguirá, obrigatoriamente, o rito do capítulo X e, no que for compatível, as normas que regulam o processo de execução lastreado em título extrajudicial (art.475-R)”. (SANTOS, Evaristo Aragão, 2007, p. 561.

No que se refere aos pronunciamentos judiciais proferidos na liquidação e impugnação, a Lei nº 11.232/2005 prevê: – no art. 475-H, que da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento; – no art. 475-M, parágrafo 3º, que a decisão da impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que será impugnável mediante apelação.

Conforme ensina Luiz Rodrigues Wambier, as modificações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, no que se refere à liquidação, porém, não tiveram o condão de lhe retirar a autonomia. Segundo o doutrinador, “similarmente ao que ocorre no direito italiano, a decisão que julga a liquidação será uma ‘sentença’ complementar, que resolve a questão do **quantum debeatur**.”²⁴³ (grifo nosso). O processualista entende que, o elemento fundamental para a caracterização da autonomia da liquidação de sentença

Reside na diversidade de objetos da ação condenatória genérica e da ação de liquidação. No caso, a ação condenatória terá como objetivo a obtenção de sentença que determine a responsabilidade do réu pelo dano causado (ou seja, o an debeatur); diferentemente, a liquidação terá por objeto a apuração do quantum debeatur. No primeiro caso, será proferida sentença condenatória; no segundo, sentença declaratória. [Em face disso, então, conclui:] entendemos, diante disso, que a liquidação de sentença, embora unificada procedimentalmente à ação condenatória que lhe é anterior e à de execução que lhe é posterior, **não perdeu propriamente sua autonomia**, sob diversos ângulos, devendo ser considerada, tal como ocorria anteriormente, uma ação com objeto distinto daqueles veiculados nas ações que com a liquidação se relacionem.²⁴⁴

Embora o pronunciamento que julga a liquidação tenha a natureza jurídica de uma sentença declaratória, o recurso contra ela cabível, em princípio, por determinação legal, é o de agravo de instrumento, para evitar a descontinuidade da relação processual. Diz-se em princípio porque se a liquidação resultar em zero, então, o recurso cabível será o de apelação, pois se estará pondo fim ao processo de conhecimento.

Quanto à impugnação e à discussão a respeito de sua natureza jurídica – se é defesa ou continua sendo ação, tal como os Embargos à Execução, Arruda Alvim esclarece que

Tanto os embargos do executado quanto a impugnação destinam-se a instaurar a cognição sobre as matérias suscetíveis de alegação, ainda que muito mais restritamente do que no processo de conhecimento. E, instaurada essa cognição, proporciona-se o contraditório a outra parte, o credor. A única diferença substancial – que, em nosso sentir não desnatura a categoria jurídica da impugnação como igual a dos embargos do devedor – é a circunstância de que, como regra geral, a impugnação não deverá ter efeito suspensivo em relação à prática dos atos da

²⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil**: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 53-54.

²⁴⁴ Ibid., p. 54.

execução, ainda que, diante de determinadas circunstâncias possa ter. Essa é uma diferença procedimental em relação ao efeito atribuível ou não à impugnação em relação ao prosseguimento da execução, mas não exerce influência em sua natureza jurídica.

Ou seja, a impugnação, tal como os Embargos à Execução, tem natureza jurídica de ação, que será resolvida por meio de um pronunciamento que, se tiver como conteúdo uma das matérias dos artigos 267 ou 269 do CPC, será uma sentença, impugnável, no entanto, em regra, por determinação legal, por meio de agravo de instrumento. Caberá, porém, apelação, caso venha a extinguir a execução.

Comentando a respeito da natureza jurídica da impugnação, também Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que se trata de ação, que pode ter fundamentos diversos e por isso provocar a formação de decisão de conteúdo variável.²⁴⁵ Assim, a decisão na impugnação pode referir-se à matéria processual, reconhecendo o juiz, por exemplo, que a avaliação é incorreta. Pode relacionar-se também com as condições da ação *in executivis*, concluindo pela ilegitimidade *ad causam*. E pode, ainda, referir-se ao mérito, que é o que acontece quando o juiz reconhece alguma causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor [causa essa superveniente à sentença que está sendo cumprida].

Se o juiz reconhece que a avaliação é incorreta [ou correta], não estará pondo fim à execução. Eventual recurso contra aquela decisão será o de agravo de instrumento.

Se o juiz reconhece a ilegitimidade para a causa, o seu pronunciamento tem como conteúdo uma das matérias do art. 267 do CPC, ou seja, é uma sentença processual. Extinguindo a execução, o recurso cabível será o de apelação. Extinguindo, eventualmente, apenas parcialmente, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, para permitir que, no restante [ou seja, em relação à parcela em torno da qual se entendeu ser a parte legítima] o processo continue.

Se o juiz reconhece a prescrição, o seu pronunciamento tem como conteúdo uma das matérias do art. 269 do CPC, ou seja, é uma sentença de mérito. Extinguindo a execução, o recurso cabível será o de apelação. Extinguindo, eventualmente, apenas parcialmente, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, para permitir que, no restante [ou seja, em relação à parcela em torno da qual se entendeu não ter havido prescrição] o processo continue.

²⁴⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 459.

Críticas têm sido feitas a essa sistemática recursal dos pronunciamentos que julgam a liquidação e impugnação, afirmando-se que estariam sendo violados os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, uma vez que se estaria dando tratamento injustificadamente desigual a situações, em princípio, iguais fazendo com que pronunciamentos judiciais de mesma natureza [sentenças] sejam ora impugnados por apelação [em cujo procedimento há a atuação de um revisor; a possibilidade de apresentação de sustentação oral etc], ora por agravo [cujo procedimento não compreende nada disso].

Tais críticas, entretanto, são infundadas. Ao editar a Lei nº 11.232/2005, o legislador, no que se refere aos recursos cabíveis contra os pronunciamentos que julgam a liquidação e o cumprimento de sentença, viu-se entre dois princípios igualmente relevantes – o da efetividade, traduzido na preocupação de viabilizar a continuidade da relação processual em 1º grau mesmo que ainda em discussão o *quantum debeatur* – e a ampla defesa – dando direito à parte de se valer de um recurso que compreenda, no seu julgamento, a atuação de um revisor; a possibilidade de sustentação oral; o conhecimento imediato dos recursos de estrito direito interpostos contra o respectivo acórdão; a possibilidade da interposição de embargos infringentes contra o respectivo acórdão.

O legislador ponderou tais princípios e concluiu por priorizar o primeiro: a efetividade.

O recorrente é privado de algumas vantagens da apelação, mas, de outro lado, assegura-se a continuidade do processo em 1º grau de jurisdição, rumo às medidas para satisfação do crédito.

Isso não impede que, em situações excepcionais, tal como acontece com a retenção [que tem sido flexibilizada pelos tribunais] dos recursos de estrito direito contra acórdãos proferidos em agravo, também a regra da vedação da sustentação oral seja eventualmente afastada.

Não há ofensa alguma, também, ao princípio da isonomia, uma vez que o tratamento diferenciado, no caso, explica-se por uma determinada razão: o pronunciamento, embora tenha conteúdo de sentença, não põe fim ao processo, o que exige que se tenha que buscar, **na sistemática processual vigente**, uma “solução” que permita o exercício do contraditório, com a possibilidade de impugnação do pronunciamento, e, ao mesmo tempo, a continuidade do processo. Afirma-se haver violação ao princípio da isonomia quando não existe razão lógica que justifique o tratamento diferenciado para situações, em princípio, iguais. No caso, essa razão lógica existe.

Outrossim, o princípio da isonomia está assegurado na medida em que, indubitavelmente, caberá ação rescisória contra o pronunciamento que julgar a liquidação e/ou a impugnação e que tiver como conteúdo alguma das matérias do art. 269 do CPC.

O elemento decisivo para que caiba a desconstituição por ação rescisória – além do trânsito em julgado – não é propriamente o veículo, isto é, o ato judicial, mas sim o respectivo conteúdo. De acordo com o Luiz Flávio Yarshell,

O que determina a possibilidade de cassar um ato por ação rescisória (do que poderá decorrer um novo julgamento) é a circunstância de o mesmo apreciar o mérito (isto é, o pedido) ou, de alguma forma, prover sobre bem da vida, projetando efeitos substanciais para fora do processo.²⁴⁶

O pronunciamento que julga a liquidação, fixando o *quantum* indenizatório provê sobre bem da vida, projetando efeitos substanciais para fora do processo. É, em verdade, pronunciamento tão importante quanto à sentença condenatória, pois fixa o valor a cujo pagamento o credor tem direito [não é por outra razão que se entende que o réu, que foi revel na primeira fase do processo de conhecimento e não tem advogado constituído nos autos, deve ser pessoalmente **intimado** do início da liquidação.

É de mérito o pronunciamento que, em impugnação, por exemplo, acolhe a prescrição.

Tanto um, quanto outro pronunciamento, seja porque foram interpostos [e julgados] todos os recursos cabíveis ou porque não foram interpostos recursos, transitam em julgado, dando ensejo à autoridade da coisa julgada, que, para ser desconstituída, impõe o ajuizamento de ação rescisória.²⁴⁷

A respeito da liquidação, chama-se atenção para pronunciamento do STJ, da lavra do Em. Ministro César Asfor Rocha, no Resp nº 759.682-RJ, em que entendeu ser plenamente cabível ação rescisória contra pronunciamento judicial que homologou cálculo do contador nos termos do artigo 604 do CPC.

No caso, o Banco Bradesco havia sido condenado, em ação de reparação de danos, ao ressarcimento de quantia retirada indevidamente da conta corrente do autor. Na Execução,

²⁴⁶ YARSHELL, 2005.

²⁴⁷ Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que: “É na impugnação relacionada com o mérito da execução que facilmente se observa a inegável autonomia da execução em relação ao direito material. Nesses casos, a decisão que julga a impugnação pode ou não acarretar a extinção da execução (sentença ou decisão interlocutória) e tem aptidão de fazer coisa julgada material. Por isso, se incidir qualquer uma das hipóteses do art. 485 do CPC, é de se admitir a via jurisdicional da ação rescisória.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 459).

elaborados os cálculos pelo contador, sobreveio impugnação da instituição financeira, que foi rejeitada pelo juízo de 1º grau. A decisão foi mantida em agravo de instrumento. O Banco Bradesco, então, propôs ação rescisória, destacando a absoluta necessidade de nova apuração do valor exequendo, em face do ostensivo anatocismo [que, de nenhum modo, foi determinado pela sentença liquidanda] constante dos cálculos, que fez com que o crédito, que importava em 1994 aproximadamente **R\$ 4.500,00** (quatro mil e quinhentos reais), tivesse se transformado, no ano de 2000, em **R\$ 9.000.000,00** (nove milhões de reais). O Tribunal local, porém, extinguiu a ação rescisória sem julgamento de mérito por entender ser juridicamente impossível o pedido por ter sido a decisão rescindenda prolatada em agravo de instrumento lançado contra decisão homologatória de cálculo do contador [pronunciamento esse que nem mais era previsto como necessário pelo CPC, que à época já nem mais contemplava o procedimento da liquidação mediante cálculo do contador]. Em síntese: a ação rescisória não foi admitida porque o pronunciamento rescindendo não teria natureza jurídica de sentença de mérito. Interposto Recurso Especial, este foi provido pelo STJ, mandando conhecer a ação rescisória. De acordo com o STJ,

O acórdão rescindendo inegavelmente interpretou a sentença liquidanda, dando-lhe, ao que parece, exegese extensiva, incluindo verba não expressamente autorizada pelo citado provimento judicial, a despeito do óbice imposto pelo art. 610 da lei processual civil. Entendo que, ao assim proceder, **decidiu questão de mérito em integração à sentença condenatória**, possivelmente em ofensa à coisa julgada, como sustenta o recorrente. (grifo nosso)

Correta a decisão porque, para fins de análise a respeito do cabimento da ação rescisória, há que se voltar os olhos para a “substância do pronunciamento judicial.”^{248, 249, 250}

²⁴⁸ Conforme se posiciona Daisson Flach, em artigo publicado na coletânea de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução**: comentários à Lei nº 11.232, e 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 71.

²⁴⁹ No mesmo sentido, Sidnei Amendoeira Jr., em seu artigo *Impugnação ao cumprimento da sentença*, publicado na coletânea de DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. **Processo civil**: aspectos relevantes. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior (Coords.). São Paulo: Método, 2007. v. 2, p. 552.

²⁵⁰ Esse é também o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, que ensina: “Após a reforma da Lei n. 11.232, de 22.12.2005, que transformou o julgamento da liquidação em decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento (art. 475-H), a natureza do julgamento não sofreu alteração alguma. Se o quantum é algo indissociável do mérito da causa, não importa se sua apreciação se dá formalmente em sentença ou em decisão interlocutória; o julgado a seu respeito será sempre decisão de mérito e sua força sempre será a de coisa julgada material. Continuará, pois, sendo atacável por ação rescisória.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 199-200). E de Sérgio Shimura, que observa: “Se a impugnação não instaura novo processo, como sucede nos embargos à execução, a decisão é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação. Aqui é importante lembrar que, por vezes, a decisão que julga a impugnação pode extinguir a execução ou determinado ato executivo, mas não o processo como um todo. Exemplo: o devedor impugna, alegando vício

Ainda no que se refere à liquidação, interessante questão de direito intertemporal surgiu em face da entrada em vigor da Lei 11.232/2005.

Na sistemática anterior, a liquidação era objeto de um processo autônomo, cujo julgamento se fazia por meio de sentença, impugnável por recurso de apelação com efeito suspensivo.

Na atual sistemática, a liquidação é considerada uma fase do processo de conhecimento, cujo julgamento, em regra, se faz por meio de pronunciamento que tem conteúdo de sentença, mas que, por não pôr fim ao processo [até porque não há mais processo de liquidação], sujeita-se ao recurso de agravo de instrumento, que, em princípio, não tem efeito suspensivo.

O que se questiona é qual deve ser o regime a ser seguido em uma liquidação que se iniciou à luz da ordem jurídica anterior, mas que está sendo decidida agora. A resposta a essa indagação é de extrema importância para as partes porque, dependendo da sistemática que prevalecer, serão diversos os segmentos recursais.

Na jurisprudência, há decisões em ambos os sentidos. Segundo o Tribunal de Justiça do Paraná, “o novo regime do cumprimento da sentença se aplica tanto para as execuções que se iniciarem a partir da entrada em vigor da nova lei, quanto para aquelas que se encontravam em andamento.” Assim, a decisão que resolver a liquidação e, também a impugnação, é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo se importar extinção da execução, quando caberá apelação.²⁵¹ Isto porque a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, porém, já se pronunciou de forma diversa. No Agravo de Instrumento n. 70019270990, julgado em 23.04.2007, assim se manifestou o relator:

Trata-se de questão de direito transitório, em que se busca a solução sobre a lei aplicável ao caso concreto, cumprindo referir, antes de nada que, em direito processual, a regra é a vigência imediata, nos termos do art. 1.211 do CPC, ressalvados os atos já exauridos, em respeito ao preceito constitucional do direito adquirido. (art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88).

de citação, que vem a ser acolhido pelo juiz; neste caso, o juiz apenas anula o processo, porém não extingue o processo. Ainda, se a impugnação versar sobre impenhorabilidade do bem; se acolhida, anula-se o ato executivo, mas não põe fim ao processo. Em tais hipóteses, o recurso é de agravo de instrumento, e não de apelação. **E senão houver apelação, haverá 2 sentenças: a que julgou o processo de conhecimento e a que extinguiu a execução, ambas comportando ação rescisória, quando ocorrente uma de suas hipóteses.**” (SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005). In: WAMBIER, 2006, p. 575).

²⁵¹ Agravo de Instrumento n. 0477804-5, Rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. 05.03.2008 [www.tj.pr.gov.br].

Assim, em princípio, as leis regem os fatos imediatamente, excluídos os fatos passados e os futuros, que ocorrerão após a sua revogação.

Nesse sentido é o posicionamento de Araken de Assis, conforme recente monografia *Cumprimento de Sentença*.²⁵²

Porém, quanto aos procedimentos de liquidação e de execução, a regra é que, havendo citação da parte passiva sob o regime da lei antiga, devem ser observados os regulamentos nela estabelecidos, e não os da nova lei, inclusive quanto à sistemática recursal. No caso, a demanda foi ajuizada em 16.7.2002, como execução de sentença (fl. 116) e teve tramitação regular desde então. Destarte, aplicável a lei anterior.²⁵³

Na doutrina, compartilham desse entendimento Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁵⁴ e Nelson Nery Junior.²⁵⁵

Esses posicionamentos divergentes, ambos sérios e consistentes, autorizam a incidência do princípio da fungibilidade recursal, diante da existência de dúvida objetiva quanto ao recurso cabível.

Pode-se afirmar que essa dúvida objetiva persiste mesmo nas situações em que não se põe o problema de direito intertemporal, tendo o cumprimento de sentença se iniciado após a edição da nova lei. Afirma-se que a dúvida continua existindo porque, na doutrina, ainda é forte a resistência à falta de correspondência entre a natureza jurídica do pronunciamento – verdadeira sentença, em razão do seu conteúdo – e o recurso previsto em lei – agravo de instrumento.

Exemplo disso é o pensamento de Araken de Assis. Com base no art. 475-F, segundo o qual “na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum”, Araken de Assis sustenta que, embora essa modalidade de liquidação se encerre, nos termos da lei, através de decisão (art. 475-H), por força de seu conteúdo, é verdadeira sentença sujeita ao recurso de apelação (art. 513), dotado de duplo efeito (porque não se encarta em nenhuma das hipóteses do art. 520 do CPC).

²⁵² FORENSE, 2006, p. 51 apud ASSIS, 2007a.

²⁵³ Relator Des. Ergio Roque Menine. [www.tjrs.gov.br].

²⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de., 2006, p. 292.

²⁵⁵ Referindo-se sobre o problema, mas à luz da execução de sentença, o doutrinador afirma: “ajuizada ação de execução fundada em título judicial antes da entrada em vigor da Lei 11.232/2005, que ocorreu em 24.06.2006, o regime jurídico dessa ação deverá ser o do Livro II do CPC: petição inicial, citação do devedor, penhora, intimação da penhora, embargos do devedor, apelação contra a sentença que julgar os embargos. Uma vez iniciado o processo de execução sob o regime da lei anterior, não se poderá modificar o procedimento no curso da ação”. [“Tempus regit processum: apontamentos sobre o direito transitório processual (recursos, cumprimento da sentença e execução de título extrajudicial)”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Execução civil**. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 5. p. 904).

De acordo com o doutrinador,

Parece preferível o agravo, que não trancaria o ajuizamento da execução (art. 497), salvo a concessão de efeito suspensivo (art. 558, caput), mas admiti-lo contra o provimento final de pretensão que se submete ao rito comum infringe aquelas disposições. Em outras palavras, o ato tem conteúdo de sentença, e, portanto, desafia apelação. Nesses termos, a execução iniciará após o julgamento definitivo da liquidação.²⁵⁶

Diante dessa divergência, nas palavras de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

Recomenda-se que se adote posição mais flexível, admitindo-se a fungibilidade entre agravo e apelação, na hipótese, ao menos até que deixe de ser controvertida, no âmbito da doutrina, a natureza do pronunciamento judicial. Some-se a isso, a necessidade de ser assimilada – e isso pode levar algum tempo – a quebra da correspondência, na nova sistemática processual, entre os tipos de decisão e as espécies de recursos cabíveis.²⁵⁷

2.3.4 A Execução e a Coisa Julgada

Iniciou-se o item 2.3.2. deste trabalho com a indagação a respeito de se poderem considerar, como sendo de mérito, as sentenças proferidas no processo cautelar e, por isso, aptas à produção da coisa julgada. Concluiu-se no sentido de que as sentenças cautelares [ou melhor, as sentenças proferidas nos procedimentos de tutela de urgência], em função da cognição sumária com base na qual são proferidas, não ensejam a produção de coisa julgada e, conseqüentemente, não se sujeitam à ação rescisória. No entanto, como afirma Flávio Luiz Yarshell,²⁵⁸ a questão é tormentosa.

Não é diferente quanto ao processo de execução.

Aqui, também, há dúvidas e discussões doutrinárias.

O processo de execução, é claro, tem seu objeto. Ou seja, também ele se desenvolve em torno de uma pretensão. Ocorre que essa pretensão não é de reconhecimento da titularidade do direito material discutido no processo, mas de realização desse direito, por meio de atos materiais. A cognição exercida pelo juiz não se volta para a análise da existência do direito, mas, fundamentalmente, para o exame a respeito da presença dos pressupostos da tutela executiva e da regularidade dos atos de execução. Por isso, em regra, a cognição que,

²⁵⁶ ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b. p. 293.

²⁵⁷ VASCONCELOS, 2007, p. 114.

²⁵⁸ YARSHELL, 2005, p. 234.

no processo de execução, se realiza é, na expressão utilizada por Kazuo Watanabe, rarefeita.²⁵⁹ Também por essa razão afirma-se que o pronunciamento judicial que põe fim à execução não tem aptidão para produzir coisa julgada. É um pronunciamento que, em regra, não decorre de cognição exauriente, nem se volta para o reconhecimento da situação de direito material.

Isso não quer dizer que o processo de execução seja menos importante. Significa apenas que, por meio dele, o Estado-juiz desempenha uma outra dimensão da atividade jurisdicional.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier,

o “mérito” da execução, propriamente, é a satisfação do credor (o que foi pedido, nos moldes e nos limites em que o foi). Admitir-se, de fato, de forma absoluta que haveria processo sem mérito seria conceber uma demanda “oca”. [Entretanto, ainda segundo a mesma doutrinadora, a ténue carga declarativa na sentença que extingue a execução, nos termos do art. 795 do CPC, é irrelevante.] Não tem aptidão para gerar coisa julgada. Na verdade, não há o que deva se tornar imutável.^{260, 261}

Recentemente, o processo de execução passou por alterações decorrentes da edição das Leis 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 07.12.2006.

Aquela primeira alterou a disciplina da execução de títulos judiciais, pondo fim ao regime do processo de conhecimento mais processo de execução. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,

O processo de conhecimento, instaurado para verificar com quem está a razão diante do litígio, não mais termina com a sentença que fica na dependência da execução. Agora, o processo de conhecimento prossegue até que a tutela do direito almejada seja prestada, mediante a atividade executiva necessária. Isto porque o processo, ainda que vocacionado à descoberta do direito afirmado, destina-se a prestar tutela

²⁵⁹ WATANABE, 2000, p. 121.

²⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 123-124.

²⁶¹ Flávio Luiz Yarshell esclarece que é possível, no processo de execução, declaração apta à desconstituição por meio de ação rescisória. Isso pode acontecer quando, no processo de execução, há cognição sobre o direito material; essa cognição é apta a exaurir os termos da controvérsia; com base nessa cognição é possível a declaração do direito, que, mais do que mera eficácia processual, tem e deve ter eficácia projetada para fora do processo; há autêntico julgamento do mérito, na medida em que rejeitada a pretensão do exequente. Com essas considerações, porém, afirma o doutrinador, “não se endossa a tese segundo a qual quando o juiz extingue o processo de execução, na forma do art. 795, com fundamento nas hipóteses do art. 794, ambos do CPC, ocorre sempre julgamento de mérito. [...] Dessa forma, fora da situação descrita e analisada não há que se falar em ação rescisória contra a sentença que declara extinto o processo de execução, ainda que formalmente a sentença extintiva afirme ocorrente a hipótese do art. 794, I do CPC. Assim, no contexto acima mencionado, se o credor entender, por qualquer razão, que, apesar da extinção do processo, a obrigação não se extinguiu (e suposto remanescer a eficácia executiva do título), compete-lhe instaurar novo processo de execução, sem que ao executado seja lícito alegar a ocorrência de coisa julgada material.” (YARSHELL, 2005, p. 216-217).

jurisdicional à parte que tem razão, o que não acontece quando se profere sentença de procedência dependente de execução.^{262, 263}

A Lei 11.382, de 07.12.2006, por sua vez, instituiu nova sistemática à execução de títulos extrajudiciais.

Resumidamente, após a reforma levada a efeito pela Lei 11.382, a execução de título extrajudicial se processa da seguinte forma:

- a) o executado é citado para, em 3 dias, pagar e não mais, alternativamente, nomear bens à penhora;
- b) o exequente tem a faculdade de, na própria petição inicial, indicar bens à penhora;
- c) embora não caiba mais ao devedor a indicação de bens à penhora, o juiz pode impor-lhe esse dever;
- d) o executado deverá apresentar embargos no prazo de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. No mesmo prazo, poderá o executado requerer o pagamento parcelado da dívida;
- e) os embargos poderão ser opostos independentemente de ter havido penhora, mas, em regra, não terão efeito suspensivo.

Nos termos do art. 739-A, parágrafo 1º,

O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes;

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3. p. 53.

²⁶³ Em rápidas palavras, o procedimento da execução (cumprimento) de sentença se desenvolve da seguinte forma: – advindo sentença condenatória e uma vez apurado o respectivo valor, cabe ao credor tomar a iniciativa de postular em juízo a intimação do devedor para pagamento; – o devedor será intimado para efetuar o pagamento no prazo de 15 dias. Não paga a dívida nesse prazo, ao débito é acrescido multa correspondente de 10%; – na seqüência, a requerimento do credor, expede-se mandado de penhora e avaliação. Permite-se ao credor indicar, já na petição inicial, os bens a serem penhorados, independentemente da ordem prevista no art. 655; – realizada a penhora (e avaliação), o devedor é intimado, na pessoa do seu advogado; – no prazo de 15 dias contados da intimação da penhora, o devedor poderá apresentar impugnação; – na impugnação, poderá deduzir matérias relacionadas à falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; inexigibilidade do título; penhora incorreta ou avaliação errônea; ilegitimidade das partes; excesso de execução ou qualquer outra causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à sentença; – a impugnação, em regra, não tem efeito suspensivo, mas o juiz pode atribuir tal efeito à impugnação se relevantes os seus fundamentos e se, do prosseguimento da execução, resultar manifesto e grave perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para o credor; – proferida a decisão da impugnação, ou a execução é extinta ou prossegue sobre a integralidade ou parte do crédito; – seguem-se os atos de expropriação e eventual nova impugnação para apuração de vícios posteriores à penhora. (Conf. SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232/2005). In: WAMBIER, 2006, p. 567-575).

- f) quanto à realização dos atos executivos, a ordem preferencial passou a ser a seguinte: transferência judicial do bem para o próprio exequente (adjudicação); alienação por iniciativa particular; alienação em hasta pública; transferência judicial do direito de receber os frutos que o bem móvel ou imóvel produzir, através do usufruto;
- g) os embargos de segunda fase podem ser opostos no prazo de 5 dias, e não mais de 10, contados da adjudicação ou da alienação.²⁶⁴

A nova lei manteve a possibilidade de o executado voltar-se contra a execução de título extrajudicial por meio de embargos à execução, ação incidental em que, mediante cognição exauriente, poderão ser suscitadas, questões substanciais e processuais.

Os possíveis fundamentos dos embargos à execução por título extrajudicial²⁶⁵ podem ser divididos em três ordens: os embargos de mérito; os embargos relacionados com a admissibilidade da execução; os embargos puramente processuais.²⁶⁶

Os embargos de mérito são aqueles que, fundamentalmente, dizem respeito à inexistência do crédito. Por meio deles, o executado poderá negar o fato constitutivo da obrigação, afirmando, por exemplo, que a assinatura constante do título executivo não é sua; alegar fato impeditivo, como o vício de consentimento na celebração do contrato objeto da execução; ou, ainda, invocar fatos extintivos ou modificativos da obrigação, ocorridos antes ou depois da formação do título, como por exemplo, o pagamento ou a novação.

Os embargos relacionados com a admissibilidade da execução veiculam questão referente à inexistência do título executivo; iliquidez do crédito; inexigibilidade do crédito; ilegitimidade de uma das partes; e excesso de execução.

Os embargos em matéria puramente processual, por sua vez, diferentemente dos anteriores que dizem respeito ao direito do exequente ou ao título, referem-se à execução e seus atos. Nestes, o embargante aponta a irregularidade na representação do exequente, vícios na penhora etc.

²⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22-23.

²⁶⁵ Sobre a impugnação à execução de título judicial já se tratou no item 2.3.2 deste trabalho. No item seguinte, também será objeto de análise a regra do art. 741 do CPC, que se refere à oposição à execução fundada em título inconstitucional.

²⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005d. v. IV, p. 688.

O executado pode, ainda, opor exceção de incompetência, suspeição ou impedimento. É certo, também, que poderá cumular vários fundamentos, opondo embargos em que impugna a existência do crédito e o título executivo, por exemplo.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, os embargos à execução, como todo processo de conhecimento, extinguem-se com ou sem julgamento do mérito, por meio de sentença que poderá ter como conteúdo as matérias dos artigos 267 e 269 do CPC, respectivamente.

Esclarece o doutrinador,

Quando os embargos pendentes são de mérito, o embargante tem a legítima expectativa de uma sentença que, acolhendo-os, não só determine a extinção do processo de execução, como ainda declare imperativamente que sua obrigação não existe, ou que existe por valor menor; os embargos de mérito são, por este aspecto, uma ação declaratória negativa ou mesmo, em alguns casos, constitutiva negativa da relação jurídico-substancial entre embargante e embargado.²⁶⁷

Os embargos relacionados à admissibilidade do título executivo e à matéria puramente processual, segundo o mesmo doutrinador, têm em comum

O fato de não influírem na relação de direito material existente ou inexistente entre as partes. Embargos puramente processuais ou referentes ao direito à execução jamais poderiam dar origem a uma sentença, em favor do embargante, capaz de produzir efeitos fora do processo executivo; jamais poderiam terminar com um julgamento a respeito do crédito exequendo, se existente, se inexistente, se menor ou maior. Por isso, se eles se extinguem, não há o menor risco de se frustrar ao embargante alguma expectativa de obter sentença com esse conteúdo: ainda quando fossem julgados procedentes quaisquer dos embargos dessas duas categorias, o credor continuaria credor, o crédito continuaria tendo o valor que antes tivesse e o titular de direitos poderia voltar a juízo em sua defesa, pelas vias adequadas.²⁶⁸

Em face disso, e no que diz respeito a este trabalho, pode-se afirmar que nem toda a sentença proferida em embargos à execução comporta ação rescisória.

Não há dúvida de que, se os embargos versarem matéria de mérito, então, o ato que a resolver (seja sentença, seja decisão interlocutória), ensejará eventual propositura de ação rescisória, porque projeta seus efeitos sobre a relação de direito material.

Se os embargos forem puramente processuais, seu acolhimento pode até mesmo levar à extinção do processo de execução. Porém, a sentença assim proferida, salvo no capítulo referente aos honorários advocatícios, é processual, não impede nova propositura da

²⁶⁷ DINAMARCO, 2005d, p. 704.

²⁶⁸ Ibid., p. 705.

demanda executiva e, portanto, não enseja ação rescisória. Se os embargos forem rejeitados e o processo de execução, portanto, puder prosseguir, reputando-se inexistentes os vícios de natureza processual, também não caberá ação rescisória da respectiva sentença.

Por fim, se os **embargos** versarem sobre o **direito à execução**, se providos, resultam na extinção da execução, mas não na declaração da inexistência do crédito. Se improvidos, a execução prosseguirá. Ressalvado o capítulo referente aos honorários advocatícios, não há, **em princípio**, que se cogitar em coisa julgada e possibilidade de ação rescisória.

Salvo na hipótese do julgamento de procedência ou improcedência dos embargos de mérito, o executado não fica impedido de intentar ação de repetição de indébito. Quem ensina é João Batista Lopes,

No que respeita à terceira hipótese – ação de repetição de indébito após a extinção da execução – cabe indagar se houve oposição de embargos e discussão sobre a existência do crédito. Na hipótese afirmativa, a sentença que julgar improcedentes os embargos fará coisa julgada material e, assim, obstará a rediscussão da matéria. Se, porém, os embargos não versarem discussão sobre a relação jurídica subjacente, força é convir que a sentença que os desacolher não tolherá o executado de, no futuro, intentar ação de repetição do indébito.²⁶⁹

Faz-se apenas uma observação: se, nos embargos à execução, o devedor alegar, como causa de pedir, a prescrição e seu pedido for julgado improcedente, a sentença fará coisa julgada nos limites da causa de pedir e do pedido formulado. Ou seja, o devedor não estará impedido de propor outra ação de conhecimento com fundamento diverso. Poderá, por exemplo, propor ação autônoma de impugnação sob o fundamento da existência de compensação.

Os embargos à execução, porém, não são o único meio de impugnação de que o devedor pode se valer.

Há tempos, jurisprudência e doutrina vêm admitindo que, no próprio bojo do processo de execução, o devedor apresente defesas processuais e substanciais, por meio do que se convencionou chamar exceção de pré-executividade.

Em face da nova sistemática da execução dos títulos executivos extrajudiciais, o manejo da exceção de pré-executividade tende a se reduzir, já que os embargos à execução deverão ser oferecidos no prazo de 15 dias, independentemente de penhora. No âmbito, porém, do cumprimento de sentença, continua havendo interesse nesse meio de defesa uma

²⁶⁹ LOPES, João Batista. **Defesa do executado por meio de ações autônomas**. Execução civil (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005, p. 200.

vez que, se o devedor não pagar o valor da condenação dentro de 15 dias, além de a dívida ser acrescida de multa de 10%, será expedido mandado de penhora e avaliação, para, somente após a realização do ato de constrição, então, iniciar-se o prazo para apresentação da impugnação.

Para impedir que a penhora aconteça, o devedor pode lançar mão da exceção de pré-executividade, por meio da qual pode provocar a manifestação judicial a respeito de questões que o juiz poderia conhecer de ofício, como, por exemplo, as que dizem respeito aos pressupostos de admissibilidade da ação executiva. Poderá o devedor alegar a falta de citação na ação de conhecimento, defesa essa que se acolhida ensejará a nulidade de todos os atos processuais praticados até então.

Precisamente porque se entende que, por meio da exceção de pré-executividade, o devedor pode apresentar questões que não precluem, conhecíveis pelo juiz independentemente de provocação, é que, na doutrina, há quem afirme que a expressão mais correta para identificar esse meio de impugnação da execução é objeção de pré-executividade. Nesses termos, Candido Rangel Dinamarco ensina:

Chama-se objeção de pré-executividade a defesa apresentada pelo executado no processo de execução, sem o formalismo dos embargos, referente à matéria que poderia ter sido objeto de pronunciamento pelo juiz, de ofício. É uma objeção, não uma exceção em sentido estrito, justamente porque esta depende sempre de alegação pela parte e as objeções não chamam-se objeções as defesas que o juiz pode e deve conhecer de ofício, embora tenham as partes a faculdade de formulá-las.²⁷⁰

Por meio das exceções de pré-executividade, admite-se que o devedor suscite questão referente à penhora. Admite-se, igualmente, a alegação de defesas substanciais como a prescrição e até mesmo pagamento, desde que evidenciado de plano, mediante prova documental.

Para que se possa admitir a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade, portanto, vê-se que o juiz deverá verificar se a matéria deduzida pelo devedor está ligada à admissibilidade da execução – conhecível, pois, de ofício – ou é de cunho substancial, mas que independe de instrução trabalhosa para ser conhecida. Ou seja, desde que o juiz possa convencer-se a partir dos elementos constantes dos próprios autos.²⁷¹

A respeito da questão, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que,

²⁷⁰ DINAMARCO, 2005d, p. 715.

²⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 345.

Na medida em que se admite ao executado deduzir defesa no próprio processo de execução, inclusive de natureza substancial, independentemente de embargos, devem ser considerados eventuais efeitos da decisão no plano material.

Segundo vêm entendendo doutrina e jurisprudência, pode o executado suscitar questões inerentes ao plano material, desde que o exame possa ser feito sem necessidade de atividade instrutória complexa. Mesmo as chamadas exceções substanciais, desde que envolvam matéria exclusivamente de direito, não estariam excluídas desse incidente.

Pois bem. Imagine-se o reconhecimento da prescrição, do pagamento ou de outra causa extintiva da obrigação, sobre a qual não haja controvérsia ou esta, apesar de existente, possa ser solucionada mediante prova exclusivamente documental.

Ainda que não exauriente, a cognição nesses casos é suficiente à declaração de inexistência do direito material. Se o juiz pode indeferir a inicial, mediante sentença de mérito, por decadência e prescrição (CPC, arts. 295, IV e 269, IV), por que não teria a mesma a sentença que acolhe a alegação feita pelo executado.²⁷²

Outra defesa substancial que o devedor poderá alegar em exceção de pré-executividade, segundo o doutrinador, é a decadência do direito de realizar lançamento fiscal. Se está definida a tese jurídica a respeito dessa questão e o devedor a suscita por meio de exceção de pré-executividade, nada impede que o juiz dela conheça, realizando uma atividade cognitiva idêntica àquela que se tem no processo de conhecimento.²⁷³

Quando o juiz acolhe defesa substancial veiculada por meio de exceção de pré-executividade e extingue a execução, estará proferindo sentença de mérito, que, se transitada em julgado, poderá ensejar ação rescisória.

E quando o juiz acolhe defesa ligada à falta das condições da ação executiva ou nulidade da penhora?

Duas decisões do STJ chamaram a atenção em razão do tratamento que deram ao pronunciamento que acolheu exceção ou objeção de pré-executividade que veiculava ausência de título executivo – que é, segundo Evaristo Aragão dos Santos – “pressuposto legal da execução”²⁷⁴ – e nulidade da penhora realizada sobre bem de família sobre o qual incidia hipoteca.

No **Recurso Especial n. 666.637/RN**²⁷⁵, o Ministro Jorge Scartezini proferiu voto – que foi acatado por unanimidade – conhecendo e provendo recurso do Banco do Brasil S/A interposto contra acórdão que não conheceu de ação rescisória intentada contra acórdão que, reformando decisão de 1º grau, acolheu exceção de pré-executividade veiculada pelo devedor

²⁷² BEDAQUE, 2003a.

²⁷³ Cognição e decisões do juiz no processo executivo. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 372.

²⁷⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. **Execução forçada e títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 155.

²⁷⁵ Data do julgamento: 09.05.2006. www.stj.gov.br.

e extinguiu execução de título extrajudicial com lastro em escritura pública de confissão de dívidas cm garantia real.

O juiz em 1º grau havia rejeitado a exceção, entendendo que o instrumento de confissão satisfazia as imposições legais para instaurar o mecanismo de agressão ao patrimônio do devedor, porquanto dele se extraía quem era o credor, quais eram os devedores, o *quantum debeatur* e a data de pagamento.

Os executados interpuseram agravo de instrumento, que restou provido pelo Tribunal local, que asseverou:

A 2ª escritura de confissão de dívidas, por si só, desacompanhada da 1ª escritura de confissão de dívida e das 07 cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias e a cédula de crédito industrial, relacionadas na cláusula II da 1ª escritura de confissão de dívidas e os 04 instrumentos de crédito, relacionados na cláusula primeira da 2ª escritura de confissão dívidas, é um título incompleto, não sendo possível, portanto, fundamentar a ação de execução, com base, exclusivamente, nela.

Seguiu-se **ação rescisória** intentada pelo Banco do Brasil e que foi inadmitida sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o art. 485 do CPC se refere à sentença de mérito e não à decisão que não analisa o mérito e que foi proferida em agravo de instrumento.

O Banco do Brasil, então, interpôs Recurso Especial conhecido e provido para o fim de, reconhecendo a ofensa aos arts. 269, I e 485 do CPC, afastar a carência da ação e determinar ao tribunal local o exame do mérito da ação rescisória.

Entendeu o STJ, que:

- a) o devedor pode contrapor-se à Execução mediante mero requerimento ou petição, submetendo ao conhecimento do juiz matérias que, normalmente, comportariam exame via embargos;
- b) para a qualificação das decisões como de mérito, e portanto, suscetíveis, em tese, de rescisão, não é suficiente a análise apenas da linguagem concretamente utilizada pelo julgador, sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro **conteúdo** do ato decisório;
- c) a imutabilidade das decisões e sua rescindibilidade não são fenômenos dependentes do tipo de ação ou processo em que proferidas, mas da existência de cognição exauriente e determinante de pronunciamento judicial sobre questão de direito substancial à lide;

- d) o fato de se cuidar de decisão pronunciada em sede de agravo de instrumento, por si só, não é obstativa da formação da coisa julgada material e pois da viabilidade de sua desconstituição através da ação rescisória;
- e) para reconhecer a incompletude do título executivo extrajudicial, no caso, o Tribunal local acabou por incursionar na relação jurídica obrigacional da qual o mencionado título emanou.

No voto do relator do Recurso Especial, lê-se:

Em outros termos, para reconhecer a incompletude deste, não se limitou a Corte a quo ao exame dos requisitos formais necessários à sua caracterização, mas, bem ao revés, perquiriu, através de minucioso exame probatório, acerca da própria dinâmica do vínculo contratual formado entre as partes, concluindo pela ausência de novação para, só então, reputar imperfeito o título sub judice, demovendo-lhe a executoriedade, desconstituindo-o e, afinal, declarando não fazer jus o exequente à satisfação do crédito.

No **Recurso Especial n. 100902/BA**, de que foi Relator o Min. César Asfor Rocha, o STJ voltou a anular acórdão do tribunal local, que inadmitiu ação rescisória decorrente de acórdão que acatou exceção de pré-executividade.

O recorrente, em 1º grau, ajuizou execução hipotecária contra a recorrida, seu ex-marido e outros, tentando reaver créditos que estariam garantidos hipotecariamente por determinado imóvel.

Com o advento da Lei 8.009/90, a recorrida, que não havia oposto embargos, requereu, por simples petição lançada nos autos de execução, já após decorridos mais de 3 anos da realização da penhora, que fosse reconhecida a impenhorabilidade do seu imóvel hipotecado e, conseqüentemente, a liberação do bem, no que foi atendida.

O agravo de instrumento, interposto dessa decisão, foi improvido.

O agravante, então, intentou ação rescisória, que foi inadmitida, uma vez que o tribunal local entendeu ser o autor carecedor da ação, dado que o direito vigente não prevê a hipótese de rescisória contra decisão interlocutória dessa natureza.

Ao julgar o respectivo Recurso Especial, o STJ entendeu que a decisão, que acolheu a exceção de pré-executividade,

Tem conteúdo meritório na medida em que criou intransponível obstáculo capaz de impedir que prosperasse a pretensão do então exequente deduzida na execução, pelo menos na parte de ter o seu crédito assegurado com a garantia hipotecária daquele bem, que foi desconstituída.²⁷⁶

²⁷⁶ Data de julgamento: 10.06.1997. www.stj.gov.br

Esses dois acórdãos são muitíssimo pertinentes aos fins deste estudo, que gira em torno de uma interpretação mais abrangente da ação rescisória porque, a um só tempo, reconhecem que essa ação de impugnação autônoma é cabível contra acórdão que decorre de agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida em exceção de pré-executividade, no bojo do processo de execução. Em última análise, esses pronunciamentos do STJ reconhecem que é possível haver julgamento de mérito na execução e vêem a ocorrência de julgamento dessa natureza quando se acolhe alegação de inexistência do título executivo ou nulidade da garantia real.

Pode-se argumentar que, em verdade, esses pronunciamentos não versaram sobre o mérito, porque não disseram respeito diretamente ao direito de crédito, que continua podendo ser cobrado por outra via e independentemente da garantia real.

A esse argumento, por sua vez, podem ser opostos outros dois:

- a) no que se refere ao primeiro acórdão, não se pode perder de vista que o título executivo é condição da ação de execução e, tal como ocorre no processo de conhecimento, para que o juiz possa se pronunciar sobre sua existência terá que, até certo ponto, incursionar pela relação substancial. No caso, a incursão ultrapassou o limite de um juízo de admissibilidade;
- b) quanto ao segundo acórdão, a hipoteca é direito real de garantia, regulado pelo direito material.

Somando-se a isso que, de acordo com que afirma Luiz Guilherme Marinoni, “as formas de tutela dos direitos constituem um atributo indispensável à própria existência do direito material”²⁷⁷, e se pode chegar à conclusão de que o entendimento esposado nos acórdãos está correto.

Não foi por outra razão, que, em parágrafo anterior, neste trabalho, quando se estava tratando dos embargos à execução, afirmou-se que

se os **embargos** versarem sobre o **direito à execução**, se providos, resultam na extinção da execução, mas não na declaração da inexistência do crédito. Se improvidos, a execução prosseguirá. Ressalvado o capítulo referente aos honorários advocatícios, não há, **em princípio**, que se cogitar em coisa julgada e possibilidade de ação rescisória.²⁷⁸

²⁷⁷ MARINONI, 2007, p. 299.

²⁷⁸ Ibid., p. 299.

Já ali se estava fazendo a ressalva de que, em regra, o pronunciamento que julga os embargos, que versam sobre o direito à execução, não é de mérito e, portanto, não enseja ação rescisória. Salvo se o pronunciamento extinguir a execução por reputar inexistente o título executivo extrajudicial, quando, então, dirá respeito ao mérito e poderá ensejar ação rescisória.

Há, ainda, que se mencionar os “incidentes cognitivos do processo de execução”²⁷⁹. Dizem respeito a questões suscetíveis de alegação no próprio processo de execução, pois atinentes à forma de executar, e ensejam manifestação judicial.

Uma dessas questões é a ocorrência de fraude à execução, nos termos do art. 593 do CPC. Se o credor constata que o devedor, após o início da ação judicial, alienou a terceiro bem de sua propriedade, resultando daí sua insolvência, poderá pedir ao juiz que declare a ineficácia da alienação em face dele, credor. Acatado o pedido do exequente, se o adquirente pretender se insurgir, deverá fazê-lo em embargos de terceiro e o pronunciamento que julgar esses embargos poderá, eventualmente, ser apto à formação da coisa julgada e, portanto, ação rescisória.^{280, 281}

Outra questão é a que se refere à desconsideração da personalidade jurídica, para se alcançar, por exemplo, os bens dos sócios da executada e penhorá-los. Também aí, os sócios, que são terceiros na execução, poderão valer-se dos embargos de terceiro, para livrar seu

²⁷⁹ Conf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In: FUX; NERY JUNIOR; WAMBIER, 2006, p. 363.

²⁸⁰ Não é por outra razão, que o TJRS extinguiu sem julgamento de mérito, ação rescisória intentada pela adquirente do bem imóvel, contra decisão judicial proferida no processo de execução promovido contra o alienante e no qual foi reconhecida fraude à execução. (Ação Rescisória 70005451992, Rel. Des. Sejalmo Sebastião de Paula Nery, data de julgamento: 25.09.2003, www.tj.rs.gov.br).

²⁸¹ Quanto aos Embargos de Terceiro, Cândido Rangel Dinamarco ensina: “A improcedência dos embargos de terceiro (sua rejeição pelo mérito) tem o efeito de liberar a eficácia do título executivo e portanto permitir que a execução prossiga como se os embargos não houvessem sido opostos; os bens constritos continuam nessa condição e sobre eles realizar-se-ão os atos adequados à espécie de execução pendente. A procedência desses embargos, ou seu acolhimento, implicará a liberação dos bens em nome dos quais os embargos houverem sido opostos; se os embargos forem parciais ou parcial a procedência, excluem alguns dos bens pretendidos, permanecendo os demais sob constrição. Jamais a sentença proferida nos embargos de terceiro tem o efeito de extinguir o processo executivo, porque tal não é a finalidade dessa impugnação, a qual visa exclusivamente a liberar bens constritos; levantada a penhora feita sobre bem do terceiro-embargante, a execução prosseguirá sobre outros disponíveis no patrimônio do executado. A coisa julgada que depois sobrevier incidirá, portanto, como é natural, sobre o que no decisum o juiz determinar sobre o destino dos bens indicados pelo embargante [...]; nem haverá coisa julgada sobre o direito de posse, se o embargante o tem ou se não o tem, porque o pronunciamento do juiz a esse respeito é feito incidenter tantum e portanto não integra o decisório. Os fundamentos de meritis a serem apreciados na sentença são todos os que houverem sido postos pelo embargante ou pelo embargado como razões do pedido de procedência ou improcedência dos embargos de terceiro – quer se trate de pontos de fato, quer de direito. Incluem-se entre as questões de mérito as que se referirem à eventual fraude de execução, porque elas se resolvem em discussão sobre estarem ou não os bens concretamente sujeitos à responsabilidade patrimonial; o reconhecimento dessa fraude não tem a condição de negar ao embargante a condição de terceiro em relação ao processo executivo, não se tratando pois de matéria preliminar. Pela mesma

patrimônio. O pronunciamento proferido na ação incidental de embargos poderá vir a ensejar a formação de coisa julgada e o ajuizamento de ação rescisória.²⁸²

Igualmente a impenhorabilidade do bem de família é típico incidente cognitivo do processo de execução, sendo, em regra, veiculado por mera petição. Uma vez suscitado, deverá haver, em torno dessa questão, amplo contraditório e o juiz, então, decidirá, declarando se existe o direito à proteção do bem. O STJ já entendeu, em várias oportunidades, que é rescindível o pronunciamento proferido em embargos do devedor^{283, 284} e embargos de terceiro^{285, 286}, que versa sobre essa questão. Entende-se que se proferido em decorrência de

razão, são de mérito e não preliminares as questões referentes à responsabilidade do cônjuge, do sócio em relação a débito da sociedade, do sucessor etc”. (DINAMARCO, 2005d, p. 757-758).

²⁸² Sidnei Agostinho Beneti ensina que “O sistema processual reserva ao sócio atingido pela desconsideração da sociedade e pela penhora ou iminência de penhora de bens dela decorrente, os seguintes instrumentos: a) embargos do devedor: cabíveis, após penhora, nos casos de ajuizamento inicial contra o sócio, em litisconsórcio com a sociedade. Os embargos do devedor são ação reservada a todo e qualquer executado (CPC, arts. 736, 741 e 744); b)- exceção de pré-executividade: cabível tanto no caso de ajuizamento inicial como no de ulterior, antes da penhora, exatamente para evitar o constrangimento ilegal dela resultante, no caso de execução absolutamente nula quanto ao devedor excipiente; c) embargos de terceiro (CPC, art. 1046), no caso de não ajuizamento inicial, mas, sim, de legitimação passiva ulterior, ante a desconsideração; d) embargos à arrematação e à adjudicação (CPC, art. 746): cabíveis tanto no caso de ajuizamento inicial quanto no de responsabilidade ulterior”. (BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1030).

²⁸³ No REsp n. 374.143/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, foi analisada a seguinte situação: – em execução fiscal, o INSS, penhorou imóvel de Romualdo Zaroni; – este opôs embargos à execução, afirmando que o imóvel penhorado era bem de família, nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90 e, portanto, impenhorável; – os embargos foram julgados improcedentes sob o argumento da ausência da prova da destinação residencial do imóvel penhorado; – o Tribunal local confirmou tal entendimento; – seguiu-se o ajuizamento de ação rescisória, julgada procedente pelo TRF da 4ª Região, que entendeu ter havido violação à literal dispositivo de lei, considerando que o imóvel penhorado era, de fato, bem de família; – houve recurso por parte do INSS, que restou improvido. No voto do relator do REsp, lê-se “Ora, existindo, nos autos dos embargos à execução, prova inequívoca de que o imóvel objeto de penhora era destinado à moradia da família do executado, entendo que o Tribunal Regional abordou de modo irretocável as particularidades do processo para concluir que, na hipótese presente, houve ofensa à expressa disposição legal, de modo a ensejar a rescisão do decisum”. O que chama atenção nesse julgamento é que, no acórdão do TRF da 4ª Região que julgou procedente a ação rescisória, lê-se: “Compulsando os autos, verifica-se que o autor, de fato, residia no imóvel objeto da discussão [...], tendo em diversas ocasiões sido intimado ou citado pela Justiça nesse endereço [...] Ademais, corroborando esses documentos, o autor junta declaração de vizinhos [...]”. Ou seja, o Tribunal local, para flagrar a ilegalidade apontada como causa para rescisão, compulsou os autos, para verificar a prova produzida na ação originária e, ainda mais, admitiu produção de prova documental na própria ação rescisória.

²⁸⁴ Também o TJRS já se pronunciou no mesmo sentido, como, por exemplo, na Ação Rescisória e Medida Cautelar n. 70013051230, Rel. Des. Vicente Barroco de Vasconcellos, data de julgamento: 13.09.2006. O fiador que, em processo judicial, pagou dívida decorrente de aluguéis, voltou-se, em regresso, contra o locatário e pediu a penhora do bem residencial deste último. O locatário opôs embargos à execução, que foram desprovidos. Tendo havido o trânsito em julgado, o locatário ajuizou ação rescisória que foi julgada procedente. Na ementa do acórdão se lê: “A regra geral é a impenhorabilidade do bem de família. A exceção é a penhorabilidade do único bem imóvel do fiador quando a obrigação deriva de fiança concedida em contrato de locação. A exceção, é óbvio, deve ser interpretada restritivamente, não podendo ser estendida ao locatário”. [www.tj.rs.gov.br]

²⁸⁵ O STJ julgou improcedente a ação rescisória n. 1.299/SP, que tratava da seguinte situação: – Onei Torquato Ferreira ajuizou ação de execução contra Arnaldo Porreli e, nos respectivos autos, penhorou 50% do imóvel residencial do executado; – o executado interpôs agravo de instrumento, que foi improvido pelo Tribunal; – interpôs, depois, Recurso Especial que não foi admitido; – após a realização da hasta pública, a mulher e a filha

exceção de pré-executividade, no bojo do próprio processo de execução, também o será. Estar-se-á, mediante cognição exauriente [precedida de contraditório], resolvendo uma controvérsia e **declarando situação jurídica** referente ao bem do executado, merecedora de tutela nos termos da Lei 8009. Entre aquele credor e aquele devedor, em relação aos quais a controvérsia se instalou, não poderá mais haver discussão. Em outras palavras, se o devedor, por exemplo, em exceção de pré-executividade veicula o pedido de reconhecimento da impenhorabilidade e esse pedido é rejeitado, não poderá pretender voltar a discutir a questão em embargos à execução que venha, posteriormente, a opor.

De outro lado, suponha-se a seguinte situação: o credor pede que a penhora seja realizada sobre o imóvel de alto valor de propriedade do devedor; o devedor apresenta exceção de pré-executividade, opondo-se à penhora porque o imóvel é bem de família; o juiz, em face da prova de que o bem é de família, indefere o pedido de realização da penhora, decisão essa da qual não se recorre. Se tempos depois, advém lei, estabelecendo expressamente que a impenhorabilidade é absoluta apenas para bens residenciais até 1000 salários mínimos, poderá o credor, independentemente de desconstituir o pronunciamento anterior a respeito da impenhorabilidade, formular novo pedido de realização da penhora?

Se inexistiam outros bens para penhorar, o processo deve ter permanecido suspenso. Por isso, entende-se possível fazer um paralelo com a situação regulada pelo art. 741, I do

do executado opuseram Embargos de Terceiro, que foram julgados improcedentes em 1º grau; – elas apelaram e o apelo foi improvido; – seguiu-se Recurso Especial em que se deu provimento para o fim de ser excluído da constrição judicial o referido bem, prosseguindo-se a execução desde que realizada nova penhora em bens de outra espécie; – o credor ajuizou ação rescisória, com base no art. 485, IV e V do CPC, que o STJ julgou improcedente. No voto do Min. Ari Pargendler, lê-se “Na espécie, a impenhorabilidade do bem de família foi discutida nos autos da execução movida contra o Sr. Arnaldo Porreli. A decisão que afastou a incidência da Lei no 8009, de 1990, com relação ao imóvel penhorado não alcançou a esposa e a filha do executado, pois eram estranhas àquele processo. No AgRg no Resp no 196.415, RN, de minha relatoria, a 3ª Turma teve ocasião de decidir caso análogo, tal como se depreende da respectiva ementa: ‘Processual Civil. Coisa julgada. Limites subjetivos. Nada importa que a sentença proferida nos embargos do devedor tenha recusado ao varão, por ser solteiro, o reconhecimento da penhorabilidade do imóvel que lhe servia de residência; a companheira pode, sem ofensa à coisa julgada, que tem limites subjetivos, ajuizar embargos de terceiro, para proteger o bem de família. Agravo regimental não provido.’ Voto, por isso, no sentido de julgar improcedente a ação rescisória, condenando o autor ao pagamento dos honorários de advogado à base de 10% sobre o valor da causa.”

²⁸⁶ Em outra oportunidade, o STJ manteve acórdão proferido em ação rescisória que versava a seguinte situação: – Fernanda Pavanelli Lima, por si e e representando seus filhos opôs embargos de terceiro para desconstituição da penhora realizada em processo de execução, sem observância da proteção legal ao bem de família; – os embargos foram julgados improcedentes sob o fundamento de que o próprio executado havia indicado o bem à penhora e, portanto, renunciado ao benefício da impenhorabilidade; – a sentença transitou em julgado; – a autora, então, ajuizou ação rescisória sob o fundamento de erro de fato, sustentando que, tivesse o juiz atentado para o fato de que a nomeação do bem à penhora ocorreu antes da edição da Lei 8009/90, teria julgado de forma diferente; – a ação rescisória foi julgada procedente e o o STJ improveu o recurso especial do exequente. No voto da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, lê-se “In casu, o que foi apreciado é que houve erro de fato quanto à constatação de que na realidade o imóvel que passou a garantir a execução por nomeação espontânea do devedor, à época em que ofertado, não se tratava de bem família, porquanto ainda não existia a lei

CPC, das relações jurídicas continuativas, em que, sobrevindo inovação fática ou normativa, a parte poder pedir a revisão do que fora decidido anteriormente, sem necessidade de desconstituir o pronunciamento. O advento da lei, no exemplo dado, implica nova situação normativa que autoriza o novo pedido.

2.4 LIMITES OBJETIVOS, TEMPORAIS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Em item anterior, afirmou-se que a coisa julgada é a imutabilidade que recai sobre o comando da sentença de mérito. O comando da sentença de mérito é a sua parte dispositiva, onde consta aquilo que o Estado-juiz determina deva-ser.²⁸⁷ Esse é o limite objetivo da coisa julgada: a parte dispositiva da sentença de mérito, onde se define se o pedido é procedente ou improcedente.

Os fundamentos da sentença, portanto, não estão sujeitos à imutabilidade decorrente da coisa julgada (art. 469 CPC).²⁸⁸

Dois fenômenos ligados à coisa julgada são o efeito preclusivo da coisa julgada e o princípio do dedutível e do deduzido, aos quais se refere o art. 474 do CPC.

Teresa Arruda Alvim Wambier, a esse respeito ensina:

A sentença em que se acolhe pedido de despejo, com fundamento em que o locatário teria danificado o prédio alugado, não vincula o juiz que venha a decidir posteriormente outra ação, em que, agora, o locador pretenda obter do locatário

protetora correspondente. Assim sendo, o devedor não ‘renunciou’ a benefício que àquela altura inexistia”. AgRg no REsp 287.157-GO,

²⁸⁷ Conf. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, Tomo I. p. 388.

²⁸⁸ Não se pode perder de vista, porém, que o pedido é identificado pela causa de pedir. A autoridade da coisa julgada recai sobre o pedido, cujo alcance e sentido é delimitado pela causa de pedir. No que se refere à causa de pedir, o sistema processual brasileiro adotou a teoria da substanciação, que impõe à parte identificar a situação fática em que baseia sua pretensão, além dos fundamentos jurídicos. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, a adoção da teoria da substanciação revela, de um modo geral, que a indicação imprecisa dos fundamentos legais não impede que o juiz aprecie a pretensão de acordo com a norma jurídica correta, ou, ainda, dê ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado; que não tem relevância o *nomem juris* da ação, desde que, pela causa de pedir e pedido se possa definir com precisão a pretensão do autor e de que espécie de ação se trata; não se veda que, durante o trâmite processual, acrescentem-se novos fundamentos legais à argumentação contida na petição inicial, pois tal atividade, por si só, não tem o condão de alterar a causa de pedir. As partes narram fatos, qualificando-os juridicamente e extraem uma conclusão. O juiz, segundo o princípio do *iura novit cúria* pode alterar a qualificação dos fatos, como, por exemplo, num pedido de indenização por responsabilidade contratual, pode conceder a indenização, mas com base na responsabilidade extracontratual. De qualquer sorte, não pode o juiz alterar a causa de pedir exposta pelo autor. O juiz aplica o direito aos fatos descritos pela parte autora, desde que não haja implicações quanto à alteração do pedido, nem ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2005, p. 145-146, 149).

indenização pelo dano havido. O dano pode não ser suficientemente comprovado na segunda ação e ser considerado inexistente. Nem por isso a sentença que julgou a primeira ação ficará com sua estabilidade comprometida, pois, para efeito de despejo, houve o prejuízo, ou melhor, considera-se ter havido o prejuízo. Este fenômeno parece-nos ser o efeito preclusivo da coisa julgada.

Do mesmo modo, se a ação de despejo não tivesse sido julgada procedente, por não ter demonstrado o prejuízo, o princípio do dedutível e do deduzido impediria que se tentasse, em ação de despejo posterior, configurar o mesmo prejuízo, descrevendo-lhe aspectos diferentes daqueles mencionados no processo anterior.

Assim, a coisa julgada, por meio de seu efeito preclusivo, cobre o deduzido e o dedutível.²⁸⁹

É a mesma doutrina que ressalta, ainda, a distinção que o sistema processual faz em relação ao autor e ao réu, no que se refere à apresentação de fundamentos do pedido e da defesa.

O autor pode, por exemplo, intentar ação de despejo sob o fundamento de ter o réu, indevidamente, sublocado o imóvel. Se o pedido veiculado nessa ação for julgado improcedente, não poderá o autor voltar à tona, com nova ação, trazendo outros argumentos que corroborem sua afirmação de que teria havido sublocação indevida. Mas nada impede formular novo pedido de despejo sob outra causa de pedir, por exemplo, a de ter o réu danificado o imóvel locado.

No que se refere ao réu, porém, em função da regra dos arts. 300 e 301 do CPC, terá ele que, na contestação, trazer todos os fundamentos de sua defesa, sob pena de preclusão.

Essa constatação tem implicações no que se refere aos fundamentos que o réu poderá, eventualmente, deduzir em ação rescisória que venha a propor com base no inciso V, do art. 485 do CPC.

Suponha-se que “A” propôs ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis contra “B”, locatário, e “C”, o fiador, com base em contrato de locação originariamente firmado por prazo determinado de 30 meses, posteriormente prorrogado, sem anuência expressa do fiador, por mais 30 meses. Na contestação, “C” alega que “B” pagou os aluguéis por meio de serviços de marcenaria que prestou para “A”, tendo havido uma espécie de compensação. A ação, porém, é julgada procedente e a respectiva sentença transita em julgado. A pergunta que se faz é se poderá “C” intentar ação rescisória, com base no art. 485, V do CPC, sob o fundamento de que não pode ser responsabilizado pelos aluguéis cobrados por “A” uma vez que decorrem de prorrogação do contrato de locação para a qual “C”, não anuiu, sendo nula a cláusula que estende a obrigação fidejussória até a entrega das chaves. A prevalecer o entendimento adotado em acórdãos de alguns tribunais, de que a questão de

²⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2005, p. 119.

direito, fundamento da ação rescisória, deve ter sido objeto de apreciação no acórdão rescindendo, o pedido de “C” não vingaria. Se se entender que, em verdade, essa questão de direito – a abusividade da cláusula que estabelece a prorrogação da fiança independentemente de anuência do fiador – poderia ter sido invocada pelo juiz, com base no *iura novit cúria*, a ação rescisória seria viável.

Os limites objetivos da coisa julgada também interessam para fins de análise sobre a ocorrência de vícios na congruência entre pedido e pronunciamento de mérito e a forma de impugnar esses pronunciamentos, quando já finda a relação processual.²⁹⁰

Rigorosamente falando, as sentenças *infra*, *extra* e *ultra petita* são inexistentes. A sentença *infra petita* é aquela que deixa de se pronunciar sobre um ou alguns dos pedidos formulados pelo autor. Dessa forma, em relação aos pedidos a respeito dos quais houve manifestação judicial, a sentença existe. Entretanto, quanto ao pedido que não foi objeto de manifestação judicial, inexistente sentença. A sentença *extra petita*, por sua vez, é aquela que julga pedido diverso daquele formulado pelo autor. Pode-se afirmar que a sentença *extra petita* é, em relação ao pedido que foi formulado pelo autor, inexistente. Houve manifestação judicial, entretanto, sobre pretensão diversa daquela postulada pelo demandante. Quanto à sentença *ultra petita*, é aquela em que se julga pedido que não foi formulado, e, em relação ao qual, inexistente regra que permita ao juiz pronunciar-se de ofício [imposição de medida de apoio para o cumprimento de pronunciamentos mandamentais ou executivos *lato sensu*] ou que permita entender ter havido formulação *implícita* [como por exemplo, na ação condenatória, o pedido implícito de juros legais²⁹¹].

Na medida em que inexistente sentença, inexistente, também, trânsito em julgado. Assim sendo, a ação rescisória não se mostra a via mais adequada para impugnação desses pronunciamentos depois que o processo, em que foram proferidos, já se encerrou. A via adequada poderá ser a ação declaratória de inexistência, não sujeita ao prazo decadencial de dois anos e que deve ser dirigida ao juízo de 1º grau [ou seja, não é de competência originária dos tribunais].²⁹²

²⁹⁰ Enquanto a relação processual está em curso, os vícios podem ser corrigidos por meio dos recursos e, até mesmo, em algumas situações pela apresentação de simples petição. Encerrado, porém, o processo, à parte restará, dependendo da natureza do vício de que o pronunciamento padece, lançar mão das ações de impugnação autônomas.

²⁹¹ Arts. 461, parágrafo 4º e 293 CPC.

²⁹² Quanto às sentenças *infra* e *extra petita*, Eduardo Talamini afirma: “A falta de decisum sobre a integralidade do objeto do processo (ausência de pronunciamento sobre uma ou algumas das pretensões postas; exame de apenas parte de uma pretensão, etc) faz com que inexistente sentença em relação à pretensão ou parcela de pretensão não decidida. O problema, nesse caso, não é propriamente de nulidade da sentença. Se há a ausência de comando jurisdicional acerca de parte do objeto do processo, cabe reconhecer que não existe

A análise dos limites temporais da coisa julgada, por sua vez, está fundamentalmente ligada à questão das relações jurídicas continuativas.

Nos termos do art. 471, I do CPC “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I- se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

Eduardo Talamini explica que a peculiaridade da regra do art. 741, I do CPC está na natureza jurídica continuativa, que, em vista do seu caráter dinâmico e sua duração continuada no tempo, dá ensejo à constituição de novas causas de pedir no seu próprio curso.²⁹³

Com base nessa regra, costuma-se afirmar, por exemplo, que inexistente coisa julgada na ação de alimentos. Essa afirmação não é correta. Quem explica, é Egas Moniz Dirceu de Aragão:

Não se afigura correta a tese de as sentenças proferidas sobre alimentos ou prolatadas *rebus sic stantibus*, porque sujeitas ao contido no inc. I da disposição em exame, não fazerem coisa julgada material. Se assim o fosse, tão logo encerrado o processo respectivo poderia o interessado iniciar outro para obter o rejuízo da lide. Veja-se a marcante diferença entre dizer que os alimentos são devidos e dizer que não o são, de um lado, e de outro, dizer que devem ser elevados, diminuídos, até mesmo abolidos, em reação de fatos ocorridos posteriormente à prolação da sentença que os declarara devido, a qual, precisamente porque se trata de fatos supervenientes, não poderia tê-los tomado em consideração. O que a lei concebe é a possibilidade de ser proferido outro julgamento à face de fatos novos, sobrevivendo à sentença, a qual diante deles tornar-se-ia insustentável, precisamente porque exarada *rebus sic stantibus*.²⁹⁴

Nas ações de alimentos, nas ações revisionais de aluguel, nas ações que estabelecem benefícios previdenciários, opera-se a coisa julgada. Ocorre que, porque essas relações se

sentença quanto a essa parcela”. Em outro trecho da sua obra, o mesmo autor observa, agora em relação às sentenças extra e ultra petita, que não é sempre que se estará em face de uma situação de inexistência. Se, por exemplo, “A” formulou o pedido de indenização por dano material e “B” contestou, não só impugnando a ocorrência de dano material, mas também moral e assim o processo segue, havendo debates, em contraditório, e provas também em relação ao dano moral, não será nula a sentença que sobre essa verba se pronunciar. De acordo com Eduardo Talamini, “em tal caso, pode-se até cogitar de ter havido alteração do pedido e (ou) da causa de pedir por consenso tácito entre as partes (art. 264, CPC), de modo que o decisum que versa sobre tal pretensão nem seria ultra nem extra petita. Mas ainda que por alguma razão não se admita essa alteração tácita de objeto, o certo é que não se tratará de pronunciamento inexistente [...]. Haverá, quando muito (i.e., caso não se admita a alteração tácita), apenas invalidade”. Diferente seria se a sentença tivesse se pronunciado sobre pretensão alheia ao objeto processual, a respeito da qual as partes jamais discutiram no curso de todo o processo. “Vale dizer: uma pretensão que não foi veiculada na inicial (nem em qualquer medida que permita a superveniente ampliação do objeto do processo); que não foi respondida pelo réu em sua contestação; que não foi, enfim, objeto de qualquer atividade postulatória nem instrutória, jurídica ou probatória. Nesse caso, um pronunciamento a respeito de tal pretensão estará surgindo do nada. Não haverá relação jurídica que lhe dê respaldo”. (TALAMINI, 2005, 313, 350-351).

²⁹³ Ibid., p. 91.

²⁹⁴ ARAGÃO, 1992, p. 279.

projetam no tempo, com maior ou menor durabilidade, na medida em que sobrevenham alterações nas condições fáticas e normativas, há autorização legal para que sejam revistas independentemente de ação rescisória. A ação rescisória será o meio de desconstituição se se pretender, por exemplo, apontar ilegalidade na sentença que fixou os alimentos, porque proferida por juiz impedido. Entretanto, a parte poderá se valer da ação de revisão, se o que pretender for a revisão do valor dos alimentos porque, v.g., o alimentando já é maior.

Em certas condições, essa regra do art. 471, I do CPC é também aplicada no âmbito do direito tributário, nos casos de relação tributária continuativa, que é aquela em que, sob a sujeição de uma mesma lei, os fatos geradores são periódicos, repetindo-se idêntica e sucessivamente.²⁹⁵

Os limites subjetivos da coisa julgada dizem respeito a *quem* fica vinculado ao que foi decidido.

Nos termos do art. 472 do CPC, a imutabilidade do que foi decidido (dentro dos limites objetivos da coisa julgada) diz respeito somente às partes, ou seja, àquele que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional.

Entretanto, os efeitos da coisa julgada podem atingir terceiros.

Tão só pelo fato de ser um *ato estatal*, revestido de presunção de legitimidade, a sentença produz efeitos indistintamente. Essa é a eficácia natural da sentença.

Há situações, ainda, em que, de forma mais ou menos intensa, a esfera jurídica de um terceiro pode ser afetada pelos efeitos da sentença, o que lhe confere interesse e legitimidade para intervir no processo de que não é parte [por exemplo, como assistente simples] ou buscar um pronunciamento judicial que se oponha àquele que foi proferido no processo em que não foi parte [por exemplo, por meio de embargos de terceiro].

Entendem-se como **partes**, não só autores e réus, mas também os seus sucessores, *mortis causa*²⁹⁶ ou *inter vivos*²⁹⁷ e o substituído, no caso de substituição processual (art. 6º CPC).

²⁹⁵ Segundo Eduardo Arruda Alvim, a relação tributária continuativa é aquela que é uma, mas se projeta, contudo, no futuro. É o que ocorre, por exemplo, entre o Fisco e o contribuinte de ICMS, em que é possível que este impetre mandado de segurança contra a autoridade fiscal estadual, objetivando que esta se abstenha de exigir-lhe agora e para adiante o tributo, até que seja editada lei que o permita. Transitada em julgado a sentença concessiva da ordem, a coisa julgada que se produz, projetará efeitos para o futuro. “Toda vez que configurar-se uma situação de fato (fato imponível, na terminologia de Geraldo Ataliba) que devesse ensejar, segundo o entender do Fisco, a incidência do ICMS, esta estará obstada pela sentença concessiva da ordem até que seja sanada a ilegalidade. É que, quando se está em face de uma relação tributária continuativa, não há falar-se em relação futura, como bem pondera Hugo de Brito Machado:...’não nos parece correto, data máxima vênia, é considerar-se futura uma relação continuativa já instaurada”. (ALVIM, 1998, p. 278).

²⁹⁶ No último dia 23 de janeiro de 2008, o TJPR julgou procedente a ação rescisória n. 0323934-5, Rel. Des. Guido Döbeli, com base na violação à regra do art. 265, I do CPC, que determina a suspensão do

Os litisconsortes, quando participam do processo, são alcançados pela coisa julgada.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, há quatro espécies de litisconsórcio:

- a) o litisconsórcio necessário ou facultativo: diz-se necessário o litisconsórcio quando é indispensável a presença dos litisconsortes sob pena de se negar legitimidade à pessoa que venha a comparecer sozinha no pólo ativo ou passivo. Trata-se de matéria de ordem pública, de maneira que o juiz, mesmo sem ser provocado, deve determinar a citação do litisconsorte faltante, sob pena de extinção do processo (art. 47 do CPC). As hipóteses de litisconsórcio necessário estão previstas em lei. Quando não há lei que imponha o litisconsórcio, diz-se que este é facultativo, ficando a critério da parte a propositura conjunta de demandas;
- b) o litisconsórcio comum ou unitário: o critério, aqui, é a existência de uma relação jurídica material incindível entre os litisconsortes, que determina a uniformidade de tratamento entre eles. Quando isso acontece, o litisconsórcio é unitário. Quando há independência entre os co-litigantes, o litisconsórcio é comum ou simples;
- c) o litisconsórcio ativo, passivo ou misto: o critério, nesse caso, é o pólo da relação processual em que há a coligação de sujeitos processuais como autores ou réus;
- d) o litisconsórcio inicial ou ulterior: classificação que diz respeito ao momento da formação do litisconsórcio, que poderá ser inicial, quando provocado já na petição inicial, ou ulterior, formado posteriormente.²⁹⁸

É importante destacar – porque se trata de aspecto bastante relevante no que diz respeito ao cabimento ou não da ação rescisória – que a falta de citação ou a citação irregular, somada à revelia, no processo, de litisconsorte necessário, seja comum ou unitário, é causa de inexistência da relação jurídica processual em relação ao sujeito que deveria ter figurado como litisconsorte passivo e não figurou. Dessa forma, se naquele processo, chegou a ser proferida sentença de mérito, essa sentença é, em relação àquele sujeito, inexistente. Se a

processo desde a ocorrência da morte de qualquer das partes, do seu representante legal ou procurador. No caso, embora tivesse falecido um dos embargantes, o Banco do Brasil embora ciente do fato, não o noticiou em juízo, o que ensejou a continuidade dos embargos com o julgamento de improcedência. A ação rescisória volta-se contra esse pronunciamento e foi intentada pelo espólio do embargante falecido. O pedido rescindente foi julgado procedente, declarando-se a suspensão do processo a partir do óbito, para que então se opere a devida substituição processual e decorrente intervenção do MP, fulminando os demais atos praticados a partir do falecimento da parte.

²⁹⁷ Desde que tenham ou possam ter ciência do processo.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 66-70.

sentença é inexistente, não há nada a rescindir. A respeito, são precisas as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, para quem

sentença proferida em processo a que faltou a citação do réu, mesmo em caso de não se tratar de um único réu, mas de um dos réus, litisconsortes necessários, não passa em julgado. Isto, porém, não porque de nulidade absoluta seja caso, mas porque a sentença é, mais do que isto, inexistente, em virtude de ser fruto de processo que, juridicamente, não se formou.²⁹⁹

Por isso, a via adequada para apreciação desse vício não é, rigorosamente, a ação rescisória, mas a ação declaratória de inexistência, nada impedindo, porém, que, se intentada aquela, em atenção aos princípios da instrumentalidade e fungibilidade, o vício seja lá reconhecido.³⁰⁰

Foi o que aconteceu na situação objeto da ação rescisória n. 196088843, julgada pelo TJRS, cuja ementa é a seguinte:

Devido à falta de citação do proprietário do imóvel na ação de usucapião, não há falar em sentença transitada em julgado para ser rescindida, sendo o autor carecedor da ação. Entretanto, como a inexistência da citação enseja a declaração de nulidade absoluta, que pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, viabiliza-se o recebimento do feito como ação de nulidade, em conformidade com os princípios da instrumentalidade e utilidade do processo. Precedentes deste tribunal e

²⁹⁹ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 230.

³⁰⁰ Se aquele que deveria ter figurado como litisconsorte necessário, seja comum ou unitário, não foi citado ou foi irregularmente citado, e por isso foi revel, a sentença é, em relação a ele, inexistente. Essa é uma questão. Outra é saber se, mesmo sem a participação daquele litisconsorte, a sentença pode ser reputada eficaz em relação aos demais sujeitos, que participaram do processo. De acordo com Eduardo Talamini, “A inobservância do litisconsórcio necessário unitário acarretará sentença ineficaz mesmo em face do litisconsorte citado no processo. Por um lado, não existirá sentença que vincule o litisconsorte não-citado como parte. Por outro, e na medida em que a situação de direito material é incindível, não há como imaginar, em caso de sentença de procedência, dois resultados diferentes – um para o(s) litisconsorte(s) citado(s), outro para o(s) não citado(s).[...] Portanto, a falta de citação válida de litisconsorte necessário unitário implica, além de uma invalidade interna ao processo: a)- inexistência de sentença que vincule o não-citado como parte [...]; b) ineficácia da sentença em relação ao litisconsorte que foi validade citado. Tanto o litisconsorte citado como o não-citado poderão se opor a essa sentença independentemente de ação rescisória. Mas em relação ao litisconsorte citado – repise-se – o problema é de mera ineficácia absoluta, e não inexistência”. Continua o autor: “Parcialmente distintas são as conseqüências da inobservância do litisconsórcio necessário não unitário (também dito simples ou comum). Ao litisconsorte não citado aplica-se o quanto já exposto. Diferente, porém, é a situação do litisconsorte que foi citado. [...]Assim, no litisconsórcio necessário simples, faltando a citação válida de um litisconsorte, estar-se-á diante de uma nulidade que deverá ser conhecida inclusive de ofício no curso do processo e dará ensejo à ação rescisória por ofensa ao art. 47 e das regras que especificamente impõem esse litisconsorte [...]. Todavia, não sendo desconstituída por ação rescisória, a sentença será eficaz em face do litisconsorte que houver sido validamente citado. Uma vez que é cindível o objeto do processo e há um específico decisum para cada litisconsorte, a inoperância do comando dirigido ao não-citado não afetará a eficácia do comando atinente àquele que foi citado”. (TALAMINI, 2005, p. 346-345). Voltando-se especificamente para a situação da ação de usucapião, Teresa Arruda Alvim Wambier faz a seguinte ressalva: quanto aos litisconsortes que foram citados, a sentença pode ser reputada eficaz, aproveitando-se a atividade processual já desenvolvida, **salvo** na hipótese em que o litisconsorte não citado, ou citado irregularmente, e que foi revel, é o proprietário. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 474).

do STJ. Julgaram o autor carecedor da ação rescisória e declararam a nulidade do processo de usucapião a partir da citação.^{301, 302}

Há terceiros que assumem a condição de parte. É o caso do denunciado, que é réu na ação incidental proposta pelo denunciante, ou do assistente litisconsorcial, dentre outros. Como partes, sujeitam-se à coisa julgada.

Há, entretanto, algumas situações bastante peculiares, em que a coisa julgada [a própria imutabilidade e não apenas os efeitos da sentença] atinge *terceiros*. É o que ocorre, em casos de litisconsórcio facultativo unitário

em que, pela indivisibilidade do objeto da demanda e pela identidade de situações jurídicas dos legitimados, a sentença é necessariamente uniforme para todos os litisconsortes, mas em que, sendo o litisconsórcio facultativo, qualquer titular do direito de ação pode propor autonomamente sua demanda. É a situação de um ato único e indivisível exposto à impugnação de uma pluralidade de sujeitos.³⁰³

Isso se dá em relação à ação de anulação de deliberação social proposta por um dos sócios. No sistema processual brasileiro, qualquer dos sócios tem legitimidade para propor essa ação. Ocorre, entretanto, que a decisão que for aí proferida alcançará todos os demais sócios, porque a deliberação assemblear diz respeito a todos. A solução dada por Barbosa Moreira e, também, por Ada Pellegrini Grinover, é aquela da extensão da coisa julgada a terceiros, *secundum eventum litis*. Significa dizer que todos os sócios, mesmo aqueles que não participaram da demanda, são colhidos pela coisa julgada mas só em caso de anulação da deliberação. A razão para esse entendimento parece estar no conflito prático entre coisas

³⁰¹ Data do julgamento: 16.12.2003, Rel. José Francisco Pellegrini. www.tj.rs.gov.br

³⁰² No mesmo sentido, acórdão proferido no REsp 54132/GO, data do julgamento: 06.06.1995, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa é: “A falta de citação daqueles em nome de quem está transcrito o imóvel é causa de nulidade ipso jure da sentença de procedência da ação de usucapião, vício que pode ser alegado como defesa e atacado através da ação de nulidade. Interposta, equivocadamente, a ação rescisória, que veio a ser julgada procedente, extingue-se o processo rescisório, por carência da ação, ao mesmo tempo em que se decreta a nulidade do processo de usucapião, a partir da citação”. Também no REsp 147.769-SP, data de julgamento: 23.11.1999, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, concluiu-se que: “I. Os condôminos do imóvel têm manifesto interesse na ação que pretende a demolição do bem, principalmente se a sentença, nessa ação, fixa a obrigação de destruir o imóvel do qual todos detêm a propriedade. II. A nulidade pleno iure deve ser apreciada pelo órgão julgador mesmo de ofício, não se sujeitando à coisa julgada, como ocorre na ausência de citação, salvo eventual suprimento, comunicando-se aos atos subseqüentes. III. A citação, como ato essencial ao devido processo legal, à garantia e segurança do processo como instrumento de jurisdição, deve observar os requisitos legais, pena de nulidade quando não suprido o vício, o qual deve ser apreciado em qualquer época ou via”. [www.stj.jus.br] Faz-se apenas a ressalva quanto à caracterização do vício, que, em verdade, é o de inexistência pela falta da citação [pressuposto processual de existência], seguida de revelia.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. In: ASSIS, 2007a, p. 638.

julgadas: a mesma assembléia não pode ser anulada para um sócio e manter-se válida e eficaz para outro.³⁰⁴

Há terceiros juridicamente interessados, mas que têm interesse jurídico em grau inferior ao das partes, na medida em que são titulares de relações jurídicas dependentes daquela objeto da demanda (por exemplo, o sublocatário). A lei lhes possibilita o ingresso no processo, como assistentes, assim como têm legitimidade recursal e também para ajuizar ação rescisória.

De fato, o art. 487, II do CPC prevê que tem legitimidade para propor ação rescisória o terceiro juridicamente interessado. A questão que se coloca é se, uma vez que não é atingido pela autoridade da coisa julgada, teria o terceiro realmente interesse em intentar a ação rescisória, que é ação voltada para desconstituir a coisa julgada [que não lhe diz respeito!].

Eduardo Talamini entende que a regra do art. 487, II tem fundamental importância para determinados terceiros, como é o caso do sublocatário, que, embora atingido pelos efeitos da sentença, não detém legitimidade para diretamente discutir em juízo, em nome próprio, o mesmo objeto processual já decidido.³⁰⁵ Também, segundo o mesmo doutrinador, seria terceiro legitimado para propor ação rescisória aquele que, nos termos do art. 42 do CPC, adquiriu o bem objeto de litígio, mas não pôde ingressar em juízo na condição de parte, porque aquele que litiga contra o alienante não concordou com a substituição. O adquirente, nesse caso, é o substituído. O alienante é o substituto. A coisa julgada dirá respeito àquele, que tem, por isso, legitimidade ativa para eventual ação rescisória.

Flávio Luiz Yarshell, por sua vez, entende que “não havendo coisa julgada para esse terceiro, não há objeto para um juízo rescindente, e, portanto, não há sentido em suscitar fundamento para a desconstituição de algo que não precisa ser desconstituído.”³⁰⁶

Em parecer da lavra de Cândido Rangel Dinamarco, porém, constatou-se situação, em que, segundo o mencionado doutrinador, o terceiro detinha interesse jurídico para ajuizar ação rescisória, e que era a seguinte: representada pela mãe, uma menor propôs ação de investigação de paternidade ao homem que apontou como seu pai (indicado como ‘X’). O réu negou-se a fornecer material para o teste de DNA. Seguiu-se sentença de procedência, que transitou em julgado. Depois, a mãe da menor compôs-se com aquele indigitado pai e

³⁰⁴ A questão é controvertida: Thereza Arruda Alvim vê nessa situação o fenômeno da substituição. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 90). Eduardo Talamini discorda por não existir regra que preveja haver substituição processual no caso mencionado. (TALAMINI, 2005, p. 105).

³⁰⁵ TALAMINI, op. cit., p. 121.

³⁰⁶ YARSHELL, 2005, p. 147.

extrajudicialmente todos se submeteram ao exame de DNA. Intentaram, então, ação rescisória contra aquela sentença, juntando o laudo do exame de DNA. Essa ação rescisória foi julgada procedente para, em juízo rescisório, negar a paternidade antes confirmada. A mesma menor, mais uma vez por meio de sua mãe, promoveu outra ação de investigação de paternidade, agora contra “Y”, afirmando ser ele o pai. “Y” propôs, então, ação rescisória contra o acórdão que rescindiu e substituiu o julgamento que afirmava que “X” era o pai daquela que agora afirma ser sua filha. Cândido Rangel Dinamarco reputou “jurídico e não de mero fato o interesse do sujeito que, a prevalecer aquela r. decisão depois rescindida, jamais poderia figurar como réu em uma ação de paternidade – e é essa a situação juridicamente vantajosa buscada pelo consulente.”³⁰⁷

Da lavra do STJ, tem-se o acórdão proferido no REsp 308891/SP³⁰⁸, em que se entendeu que

tendo em vista que o art. 37 da Lei de Falências de 1945 (DL 7661/45) estende aos administradores, diretores, gerentes ou liquidantes da sociedade falida as mesmas obrigações desta, os sócios gerentes têm interesse jurídico para propor ação rescisória do acórdão que decidiu a ação revocatória. Isso porque viabilizar a arrecadação do maior número de bens possível pela sociedade falida, com o conseqüente aumento da probabilidade de pagamento de seus débitos, liberaria os sócios de diversas obrigações que lhes são impostas, como as relacionadas no art. 34 e 138 da Lei de Falências.

José Maria Tesheiner menciona a hipótese de conluio entre locador e locatário, que simulam ação de despejo, sem a devida perda da posse pelo inquilino, tudo para o efeito exclusivo de se despejar o sublocatário. E conclui,

Saber se, nesse caso, o interesse do sublocatário mereceria proteção jurídica, a ponto de autorizar a rescisão da sentença, constitui matéria de mérito, sobre a qual não pretendemos nos pronunciar. O que não se pode é excluir, a priori, a legitimidade do sublocatário para rescindir a sentença de despejo, com fundamento em colusão entre as partes.³⁰⁹

De maneira que se concorda com o posicionamento daqueles que defendem a utilidade da regra do art. 487, II do CPC.

³⁰⁷ ‘Legitimidade ativa de terceiro à ação rescisória. Ação rescisória proposta pela parte vencedora. Prova técnica realizada extrajudicialmente’. In: Forense, n. 355, p. 159-166.

³⁰⁸ Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 29.11.2005, www.stj.gov.br.

³⁰⁹ TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 774, p. 81.

No que se refere aos limites subjetivos da coisa julgada, situação peculiar e que merece registro é aquela das ações coletivas.

Direito coletivo é designação genérica, que compreende duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. Os direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, ou seja, sem titular individualmente determinado, e materialmente indivisíveis.

Já os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de homogeneidade, por uma origem comum. Seus titulares são sujeitos determinados e seu objeto é divisível, de maneira que a coletivização de sua tutela visa à facilitação do acesso à justiça.

O direito ao meio ambiente é direito difuso; o direito da classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais é exemplo de direito coletivo; o direito das vítimas de um acidente radioativo em determinada localidade é de cunho individual homogêneo.

Segundo Sérgio Shimura, a expressão ação coletiva constitui-se gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direito difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da ação individual.

Esclarece o doutrinador que, “em todas elas, o ponto em comum reside nos extremos do procedimento: legitimidade ativa concorrente e disjuntiva e a coisa julgada erga omnes ou ultra partes.”³¹⁰

São legitimados para a ação coletiva, o Ministério Público, entes públicos, associações nos termos do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do CDC.

No caso da defesa dos direitos difusos e coletivos, a legitimação desses entes é ordinária. Eles agem com legitimidade para condução autônoma do processo. Entretanto, quando se trata de direitos individuais homogêneos, a legitimação é extraordinária.

A respeito da natureza jurídica da atuação dos entes legitimados, Luiz Manoel Gomes Júnior manifesta-se no sentido de que

nas ações coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos ‘lato sensu’ (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiado com a decisão a ser prolatada. Haverá, assim, no caso dos entes

³¹⁰ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 44.

legitimados para atuar no pólo ativo das Ações Coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva.³¹¹

O que importa destacar é que a legitimação é concorrente e disjuntiva, o que significa que qualquer um dos legitimados pode agir, independentemente da concordância ou atividade do outro ente legitimado.

Também o particular está livre para propor ação de cunho individual, limitada à sua esfera jurídica, visando à inibição e reparação do dano sofrido.

Quanto à coisa julgada, dá-se *secundum eventum litis*.

No que se refere aos direitos difusos, os efeitos da sentença serão *erga omnes*, beneficiando a todos. Se a ação for julgada improcedente por falta de provas, não fará coisa julgada, e será permitido que seja reproposta, com base em novas provas, por qualquer legitimado. Se for julgada improcedente em face da inexistência do direito alegado ou outra razão que não aquela decorrente da insuficiência de provas, produzirá coisa julgada, impedindo que qualquer outro ente legitimado proponha outra ação coletiva.

O particular, entretanto, não será prejudicado.

Quando os direitos são coletivos, a coisa julgada será *ultra partes*, no sentido de limitada à categoria, ao grupo, ou classe. No mais, o tratamento legal é o mesmo dado aos direitos difusos.

No caso dos direitos individuais homogêneos, porém, há algumas diferenças. A decisão produzirá efeitos *erga omnes*, caso seja procedente o pedido, alcançando a vítima e seus sucessores. A lei não faz referência, para os direitos individuais homogêneos, à hipótese da improcedência por falta de provas. Sempre que a sentença for de improcedência fará coisa julgada, no plano coletivo, ou seja, impedindo nova ação coletiva. No plano individual, as ações intentadas pelos particulares não serão atingidas, salvo se o particular tiver atuado no processo coletivo como litisconsorte.

O particular pode, ainda, pedir a suspensão da sua ação individual até o julgamento da ação coletiva. Dessa forma, se a sentença, na ação coletiva, for favorável, seus efeitos serão estendidos para a ação individual. Se a sentença, na ação coletiva, for de improcedência, a ação individual terá prosseguimento.

A sentença de procedência da ação coletiva é, em regra, ilíquida. Deverá ocorrer, então, a liquidação para fixação do valor da obrigação resultante da sentença. A liquidação, no

³¹¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.

caso de sentença proferida em ação coletiva que se refere a direitos individuais homogêneos, porém, não se limitará a estabelecer o *quantum*. Nessa hipótese, o interessado deverá comprovar que sua situação fática encontra-se inserida no âmbito de abrangência do que foi decidido coletivamente. A liquidação, portanto, nessas situações, deverá ocorrer, sempre, na modalidade por artigos.

A ação popular, que também é uma ação coletiva, apresenta algumas especificidades. Uma delas é quanto à legitimidade ativa, que é do cidadão.

Outra, diz respeito à necessidade do reexame necessário, prevista no art. 19 da Lei 4.728/65, em que se lê: “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente, caberá apelação, com efeito suspensivo”.

Discorrendo sobre a questão, Sérgio Shimura observa que esse instituto, cuja natureza jurídica é de condição de eficácia da sentença, está, em regra, vinculado ao aspecto pecuniário fazendário e ao controle do prejuízo financeiro que o Poder Público pode estar experimentando.

Entretanto, o doutrinador destaca que, no caso da ação popular, em verdade, o reexame necessário visa à preservação de outro valor, não de cunho financeiro, mas que diz respeito ao conceito abrangente de patrimônio público, tal como previsto no art. 5º, LXXIII da CF.

Segundo Sérgio Shimura,

apesar de o reexame necessário ainda subsistir por força do argumento de que os interesses da Fazenda Pública devam merecer maior cuidado, é certo que, quando sopesados com interesses difusos ou coletivos, veiculados em ação civil pública, o tratamento há de ser diferenciado. Quando o bem jurídico for mais relevante e mais abrangente que o aspecto pecuniário fazendário, o rejuízo deveria se fazer obrigatório em favor do primeiro.³¹²

A regra do art. 19 da LAP aponta nesse sentido, de se priorizar o interesse coletivo ao invés do erário público. Note-se que o ente público pode ser réu na ação popular, de forma que a sentença de improcedência lhe seria favorável, mas, mesmo assim, a lei impõe o reexame necessário porque o que está em discussão não é o interesse do Poder Público, mas da coletividade. Corretíssima, portanto, a observação do doutrinador.

³¹² SHIMURA, Sérgio. O reexame necessário nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual civil coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 349.

Enquanto não for submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 19 da LAP, a sentença proferida na ação popular não transita em julgada e, portanto, não é passível de ação rescisória. Entretanto, se intentada ação rescisória independentemente do reexame necessário, entende-se inexistir qualquer obstáculo a que o Tribunal converta a ação de impugnação em remessa *ex officio*, uma vez que é sua a competência para ambas as medidas.

3 A AÇÃO RESCISÓRIA COMO MEIO TÍPICO DE IMPUGNAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS DE MÉRITO TRANSITADOS EM JULGADO

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória é ação de impugnação autônoma que visa à desconstituição da coisa julgada que, com o trânsito em julgado, se operou em relação ao comando da sentença de mérito, e, somado a isso, eventualmente, leva ao rejuízo da causa originária.³¹³

Não se trata, pois, de um recurso, que é o meio de impugnação das decisões na própria relação jurídica processual em que são proferidas. É ação porque dá origem a uma nova relação processual voltada à desconstituição do pronunciamento de mérito proferido em outro processo e do qual não cabe mais recurso.^{314, 315}

O objeto da ação rescisória é um determinado ato judicial: o pronunciamento de mérito transitado em julgado, ou seja, o pronunciamento de mérito, cujo comando tornou-se imutável e indiscutível em virtude do trânsito em julgado. Precisamente porque o pronunciamento de mérito tornou-se imutável e indiscutível, para que possa voltar a haver debate sobre ele – visando a extirpar nulidades absolutas de que padece ou a provocar exame de documento novo, que existia ao tempo do processo, mas do qual não foi possível fazer uso,

³¹³ De acordo com Barbosa Moreira, “chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria impugnada”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 101). Alexandre Freitas Câmara define a ação rescisória como “demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejuízo da matéria neles apreciada”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 30).

³¹⁴ José Ignácio Botelho de Mesquita esclarece o porquê e a relevância dessa distinção de tratamento: “Na medida em que as ações de impugnação e os recursos só se distinguem entre si pelo fato de que as primeiras criam uma relação processual nova e os últimos continuam a relação existente, não se apresenta nenhuma diferença entre eles a respeito do direito em que se fundam. As ações de impugnação e os recursos teriam por fundamento o mesmo direito, que seria o mero direito à revisão dos atos judiciais, independentes do fato de estar certa ou errada a decisão impugnada. Para que exista o direito ao recurso, só se exige que a parte tenha sido vencida, não que a decisão esteja errada. Do fato de a lei conceder recurso contra uma decisão, não se extrai o reconhecimento da existência de um direito da parte contra o Estado nascido do erro ou dos vícios que maculem a decisão impugnada. Ao contrário, na medida em que a diferença se estabeleça com base na autonomia do interesse na desconstituição do ato judicial, igual à do interesse na desconstituição dos atos jurídicos em geral, tanto os de direito privado como os de direito público, começa a levantar-se o véu que encobre a existência de uma relação entre a parte e o Estado (representado pelo juiz, como órgão da jurisdição), da qual se origina o ato impugnado, deixando entrever a existência de um interesse reconhecido por lei em que o ato judicial seja prestado em conformidade com determinadas regras de forma e de fundo, para cuja proteção a lei impõe a sanção de rescindibilidade – um verdadeiro direito, em suma, da parte contra o Estado, a um determinado modo e conteúdo da prestação jurisdicional, direito esse ao qual correspondem as ações de impugnação que o asseguram [...]”. (MESQUITA, José Ignácio Botelho. Da ação rescisória. **Revista do Advogado**. AASP, n. 27, p. 48).

³¹⁵ Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, enquanto os recursos impedem a preclusão, a ação rescisória procura justamente superar a preclusão que se operou. (YARSHELL, 2005, p. 30).

embora decisivo para a solução da lide³¹⁶ – é necessário, antes, proceder à sua desconstituição, para romper a barreira da imutabilidade.

Por isso, a natureza jurídica da ação rescisória é constitutiva negativa.³¹⁷ Ela desconstitui a situação jurídica de imutabilidade.

Apenas depois de rompida a barreira que impede a discussão a respeito do pronunciamento de mérito, é que, se for o caso, proceder-se-á a novo julgamento.

Teresa Arruda Alvim Wambier explica que

Todas as sentenças nulas são rescindíveis, embora nem todas as sentenças rescindíveis sejam nulas.

É uma diferença importante entre o sistema de nulidade do direito privado e do direito público, uma vez que, no direito privado, as nulidades devem ser declaradas como tal e, no direito público, especificamente no direito processual, por causa da autoridade de que ficam revestidas, precisam ser desconstituídas. Isto porque a ação rescisória é uma ação desconstitutiva (=constitutiva negativa) cuja função é desconstituir a coisa julgada, para, ao depois, atingir a nulidade da decisão, agora já mais “protegida” pela coisa julgada. A nulidade é, então, atingida indireta ou mediamente.³¹⁸

A ação rescisória é meio de desconstituição da coisa julgada, instituto esse que, como visto, compõe o rol das garantias fundamentais estabelecidas no art. 5º, XXXVI³¹⁹, da

³¹⁶ Essa é a única hipótese prevista em lei em que o pronunciamento de mérito que se pretende desconstituir não contém vício algum. É, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, *imaculado*. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 437).

³¹⁷ Nesse sentido, TALAMINI, 2005, p. 137 e YARSHELL, 2005, p. 26, dentre outros.

³¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 196.

³¹⁹ O art. 5º, XXXVI da CF estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Dentre outros, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem que essa regra estabelecerá que a coisa julgada estaria a salvo apenas de lei posterior que viesse a contrariá-la. De acordo os mencionados autores, o dispositivo constitucional não seria óbice à que decisão judicial posterior retroagisse para alcançar a coisa julgada já estabelecida (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JÚNIOR, 2006d, p. 157). De outro lado, Barbosa Moreira defende que “destinatários da garantia são naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada, e os terceiros eventualmente sujeitos a ela. Mas não só esses: a garantia não é apenas individual, senão também coletiva. Protege-se, igualmente, a coletividade. Segundo já se registrou [...], esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária [...]. Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual. A garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, LIV). Como é pacífico, deve ser interpretada com largueza a disposição que a ele se refere: não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista na lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR, 2006d, p. 208). Concorde-se com Barbosa Moreira quando defende que a regra do art. 5º, XXXVI da CF põe a coisa julgada a salvo não só do legislador, mas também do próprio poder judiciário. Entretanto, discorda-se do respeitável doutrinador na parte em que parece compreender uma proteção quase absoluta da coisa julgada pela Constituição Federal. A coisa julgada, como subprincípio que é do Estado

Constituição Federal. Interessante, porém, é destacar que é a própria Constituição Federal que prevê a possibilidade de se lançar mão dessa ação de impugnação autônoma, que se volta contra a coisa julgada. É a Constituição Federal, ainda, que estabelece a competência originária dos tribunais para julgar a ação rescisória. Vê-se isso, por exemplo, na regra do art. 102, I, j da CF, em que se prevê que compete originariamente ao STF processar e julgar a ação rescisória de seus julgados. Portanto, o constituinte brasileiro fez a opção política pela coisa julgada, mas ele mesmo ressaltou que não se trata de uma garantia absoluta.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “hoje pode-se asseverar que, de fato, o **meio adequado e eficaz** para se impugnam decisões judiciais sobre as quais pesa autoridade de coisa julgada é a ação rescisória.”³²⁰

Eduardo Talamini refere-se à ação rescisória como **meio típico** de quebra da coisa julgada,³²¹ mas não o único meio. Há outros meios típicos e, há, também, segundo o autor, a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, promover-se a quebra atípica.³²²

Em item anterior deste trabalho³²³, já se mencionou que, em algumas situações, configura-se, no processo, o vício da inexistência.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, o vício da inexistência refere-se à ausência dos pressupostos de existência do processo. Sentença de mérito proferida em processo a que falem os pressupostos de existência, é sentença inexistente e, porque inexistente, não transita em julgado. A inexistência, também, pode ser intrínseca à sentença. Dessa forma, mesmo que presentes os pressupostos processuais, será inexistente a sentença desprovida de dispositivo ou de fundamentação.

Os pressupostos de existência do processo são aqueles relacionados à jurisdição, ao pedido e à citação. As condições da ação são, por sua vez, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a causa.

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

Os requisitos para que se considere um processo como sendo juridicamente existente são correlatos à definição clássica de processo, que praticamente o identifica com a relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu. Portanto, sem que haja um

Democrático de Direito, deve ser ponderada em conjunto com outros valores, como por exemplo o do acesso à justiça, que também decorre diretamente do Estado Democrático de Direito e que autoriza, por exemplo, uma leitura mais abrangente das regras a respeito da ação rescisória, especialmente daquelas que se referem ao juízo de admissibilidade e juízo rescindente.

³²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 370.

³²¹ TALAMINI, 2005, 136-137.

³²² Ibid., p. 636.

³²³ Item 2.4: a respeito dos limites objetivos, subjetivos e temporais da coisa julgada.

pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado) não há, sob o ângulo jurídico, propriamente um processo.³²⁴

Se o réu não foi citado e, em razão disso, acabou sendo revel, a sentença de mérito, que venha a ser proferida nesse processo, será inexistente. Se são dois os réus, em litisconsórcio unitário, e apenas um deles é citado e comparece ao processo, contestando, eventual sentença de mérito, aí proferida, será inexistente em relação àquele litisconsorte que não integrou a relação jurídica processual porque sequer dela tomou conhecimento.

Se o autor formulou os pedidos *x1* e *x2* e o juiz, na sentença, julga os pedidos *x1*, *x2* e *x3*, no que se refere a *x3* será a sentença reputada inexistente porque inexistente tal pedido.

A falta de uma das condições da ação, também, segundo aqueles doutrinadores, ensejaria inexistência. Assim, sentença proferida quando o pedido é juridicamente impossível, seria pronunciamento judicial inexistente. Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, a sentença proferida com base em lei que, posteriormente, é declarada inconstitucional pelo STF, é pronunciamento judicial que diz respeito a um processo a que falta a possibilidade jurídica do pedido. É sentença inexistente, portanto. Sustentam os autores que essa sentença não transitaria em julgado e por isso, para desconstituí-la,

seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em lei que não é lei ('lei' inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória³²⁵, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC.³²⁶

As nulidades absolutas, por sua vez, de acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, são vícios que decorrem da falta dos pressupostos de validade do processo [ou da presença dos pressupostos negativos de validade] e da inobservância de alguma formalidade, que a lei reputa indispensável, para a prática de algum ato processual [a intimação do membro do Ministério Público, por exemplo, nas ações que envolvem o interesse de menores].

³²⁴ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 29.

³²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 188.

³²⁶ WAMBIER; MEDINA, op. cit., p. 43.

Enquanto o processo está em curso, os vícios de inexistência e de nulidade absoluta têm o mesmo regime jurídico, qual seja, as partes podem alegá-los a qualquer momento e o juiz, deles, deve conhecê-los de ofício. Encerrado o processo, porém, cada categoria de vício recebe um tratamento diverso. Se for proferida sentença de mérito em um processo que padece de nulidade absoluta – o impedimento do juiz, por exemplo – esse pronunciamento terá aptidão para transitar em julgado e o vício, que é reputado grave pelo sistema, poderá vir a ser fundamento para a propositura de ação rescisória. Transcorrido que seja o prazo para ação rescisória, não é mais possível sanar-se o vício, mesmo que seja absoluto. Se, entretanto, for proferida sentença de mérito em um processo a que falte pressuposto de existência – a citação, por exemplo – o pronunciamento aí proferido não terá aptidão para transitar em julgado. A parte, porém, poderá ter interesse em propor ação declaratória de inexistência, uma vez que a inexistência é jurídica, não fática. Teresa Arruda Alvim Wambier exemplifica,

Pode ser até que uma ‘sentença’ sem *decisum* muito se aproxime, do ponto de vista da aparência, de uma sentença, no mundo jurídico. Mas não o é. Pode ser até que a forma como está redigida dê azo à confusão sobre o que seja *decisum* e o que seja fundamento. Contudo, enquanto uma autoridade (no caso, uma autoridade investida de jurisdição) não o disser, se a sentença tiver aptidão material para gerar efeitos, os gerará.³²⁷

Por isso, é que a parte poderá ter interesse jurídico em buscar a declaração de inexistência, que não fica atrelada ao prazo decadencial dos dois anos, que se aplica apenas à ação rescisória.

Eduardo Talamini aceita a inexistência jurídica como categoria autônoma e relevante e reconhece que a distinção entre invalidade [nulidade absoluta] e inexistência assume especial importância, uma vez que as sentenças de mérito inválidas, como são aptas a revestir-se de coisa julgada, devem ser impugnadas pelos meios adequados: recursos e ação rescisória. Exaurida a possibilidade de emprego de tais meios, o defeito da sentença torna-se irrelevante. “O grau de eficácia do pronunciamento, desse ponto em diante, identifica-se ao da sentença válida. Desse ponto em diante, só se poderá cogitar do desfazimento da sentença caso se conceba algum modo de relativização da coisa julgada.”³²⁸ No que se refere à inexistência, Eduardo Talamini observa que realmente é desnecessário valer-se da ação rescisória para o reconhecimento de que a sentença é inexistente. Segundo ele,

³²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 461.

³²⁸ TALAMINI, 2005, p. 293.

admite-se o emprego da ação declaratória da inexistência (*actio nullitatis*), dos embargos à execução fundada em simulacro de sentença e de ações destinadas ao desfazimento de uma tal execução. Cogita-se até mesmo da mera repositura da ação aparentemente decidida pela sentença inexistente.³²⁹

Se, porém, for intentada a ação rescisória e logo no início do processo for possível verificar-se a inadequação, caberá ao Tribunal uma providência simples, que é tomar o pedido como sendo de declaração da inexistência e, quando muito, remeter os autos ao juízo competente, de 1º grau, para julgá-la.

Retornando ao ponto a respeito da natureza jurídica da ação rescisória, realmente, trata-se de um meio típico de impugnação do pronunciamento de mérito transitado em julgado. Diz-se que é típico porque é um “modelo” particular e restrito de ação, predisposto à obtenção de um determinado resultado – a quebra da coisa julgada.³³⁰

Outro meio típico é, por exemplo, a ação de embargos à execução com base no parágrafo único do art. 741 do CPC.³³¹

Os embargos à execução, opostos nos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC diferenciam-se da ação rescisória porque, embora ambos sejam meios típicos de desconstituição da coisa julgada, os primeiros voltam-se (ou podem se voltar), também, para outros resultados, como a desconstituição de títulos executivos judiciais que não tenham ainda transitado em julgado. Quanto à ação rescisória, volta-se [ao menos, num primeiro momento, na fase do juízo rescindente], apenas, para a quebra da coisa julgada. Além disso, nos embargos à execução, quando predispostos à desconstituição da coisa julgada, a causa de pedir somente pode ser uma – a “inexigibilidade” do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal. A ação rescisória, por sua vez, pode apresentar como causa de pedir qualquer uma [ou mais de uma] daquelas expressa e taxativamente previstas no art. 485 do CPC. Não se pode também esquecer das diferenças procedimentais, especialmente as que se referem ao prazo e competência. A ação rescisória deve ser intentada dentro de dois anos do trânsito em julgado da sentença de mérito e a competência para julgá-la é originária dos tribunais. Os embargos à

³²⁹ TALAMINI, 2005, p. 363-364.

³³⁰ Tutela jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30-41.

³³¹ Regra que se repete no art. 475-L, parágrafo 1º do CPC, que disciplina a impugnação na fase de cumprimento de sentença. No art. 745 do CPC, por sua vez, se lê: Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”.

execução, fundados em título executivo inconstitucional, não se sujeitam àquele prazo e são julgados pelo juiz da execução.

O objeto deste estudo é a ação rescisória como meio típico de desconstituição da coisa julgada. Entretanto, entende-se que não se pode deixar de tecer algumas considerações sobre os embargos à execução previstos no art. 741, parágrafo único do CPC [até porque muito do que aqui for dito se aplica, também, na hipótese do inciso V do art. 485 do CPC, que versa sobre a ação rescisória em virtude de violação à literal dispositivo de lei].

Os embargos à execução opostos com base no art. 741, parágrafo único do CPC evidenciam aquilo que se afirmou no início deste estudo: que o Estado Democrático de Direito se caracteriza pela **força normativa da Constituição**.

A Constituição, no Estado contemporâneo, ocupa o posto de **supremacia**, de maneira que toda e qualquer lei deve ser compreendida a partir da Carta Magna.

Nos termos do art. 741, parágrafo único do CPC, “considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Trata-se de mecanismo com **eficácia rescisória** das sentenças inconstitucionais e que busca solucionar o específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição. Nesse ponto, discorda-se do entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que se posicionam, conforme já visto linhas antes, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de lei em que se fundamentou sentença de mérito seria causa de inexistência do processo, ensejando ação declaratória de inexistência. Com todo o respeito aos ilustres doutrinadores, reputa-se que, na categoria da inexistência jurídica, enquadram-se apenas os vícios decorrentes da falta dos pressupostos processuais de existência e, eventualmente, da falta dos elementos da sentença. Entender-se que a falta das condições da ação levariam à inexistência da própria ação contraria o posicionamento já adotado neste estudo, no item 2.1., de que, mesmo ausentes as condições da ação, o direito de ação foi exercitado, porque o Estado-juiz foi provocado e se pronunciou.

Quanto à regra do art. 741, parágrafo único do CPC, o STJ já se pronunciou sobre a sua abrangência, ao julgar, por exemplo, os Recursos Especiais n. 720.953-SC³³², em que o

³³² Data de julgamento: 28.06.2005, 1ª Turma, www.stj.gov.br

Relator, Ministro Teori Albino Zavascki, proferiu verdadeiro voto doutrina, e n. 970.816-RS³³³, em que, do voto do Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, lê-se:

1. O art. 741, parágrafo único do CPC (incluído pela mP 2.180-35/01), por ser norma processual, possui incidência imediata, inclusive em relação aos processos em andamento. Entretanto, deve ser respeitado o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, pelo que não se aplica, em princípio, às sentenças com trânsito em julgado em data anterior à vigência da citada MP, qual seja, 24.08.2001. Precedentes do STJ. 2. Além disso, o art. 741, parágrafo único do CPC deve ser interpretado de forma a incidir também quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pela Corte Suprema (no caso, o art. 20 da Lei 8.880/94), uma vez que a intenção do legislador, ao editar o citado artigo, foi afastar a solução dada pelo título judicial incompatível com a adotada pelo STF, ou seja, afastar a solução judicial inconstitucional. 3. O dogma da supremacia constitucional não tolera ponderação, nem mesmo diante de ato jurisdicional transitado em julgado, daí porque se admite que os embargos do executado possam ter eficácia desconstitutiva do título exequendo, já que a falta de jurisdicionalidade decorre da sua incompatibilidade com a Carta Magna.

À luz da supremacia da Constituição Federal e partindo da premissa de que é nocivo, ao sistema, manterem-se interpretações disformes da mesma norma; tendo em vista o que já vem decidindo o STJ; e com base em parte da doutrina,³³⁴ entende-se que a regra do art. 741,

³³³ Data de julgamento: 25.09.2007, 5ª Turma. www.stj.gov.br

³³⁴ A doutrina se divide a respeito da abrangência dessa regra. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, por exemplo, consideram inconstitucional a regra do art. 741, parágrafo 1º da CF (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1086). De outro lado, Humberto Theodoro Júnior dá a esse dispositivo do art. 741, parágrafo único do CPC, máxima abrangência, entendendo que, no bojo dos embargos à execução, o juiz pode, mesmo sem pronunciamento do STF, recusar execução à sentença que contrarie preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 95/95, jan./jun. 2004a.) Eduardo Talamini (2005, p. 480) condiciona a incidência da regra do art. 741 à manifestação prévia do STF, seja no controle concentrado ou difuso. Em relação a este, porém, reputa ser necessário que tenha havido a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, para que a inconstitucionalidade possa ser reconhecida no bojo dos embargos à execução. Paulo Henrique dos Santos Lucon sustenta que “o parágrafo único do art. 741 não diz respeito exclusivamente ao controle concentrado de constitucionalidade, realizado pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Ao fazer menção à hipótese de inexigibilidade do título executivo judicial fundado em (i) norma (lei ou ato normativo) declarada inconstitucional pelo STF ou (ii) aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo dias pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, o dispositivo em tela permite a desconstituição do julgado pela via jurisdicional dos embargos mesmo nos casos de controle incidental de constitucionalidade. O sistema pátrio de controle de constitucionalidade por meio do qual os efeitos da apreciação **incidenter tantum** da constitucionalidade produzem conseqüências exclusivamente para o caso concreto, pode conduzir à conclusão diversa. No entanto, a parte final do dispositivo conduz a sua aplicação também a situações como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando ocorram no seio do controle concentrado de constitucionalidade, tendo inclusive eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868, de 10.11.1999). É evidente que se o dispositivo em análise se estender também para os casos em que o STF exerce o controle incidental, os embargos e eventual ação cognitiva autônoma terão um âmbito de aplicação mais amplo. **No fundo, o que se deseja é a supremacia da Constituição Federal, de acordo com o entendimento expresso pelo STF, sobre todas as decisões judiciais.**” (grifos nossos). (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos

parágrafo único do CPC, que estabelece mecanismo rescisório diverso da ação rescisória, incide sob as seguintes condições:

- a) nos casos em que os títulos executivos judiciais tenham transitado em julgado após a entrada em vigência da Lei 11232, de 22.12.2005, que introduziu a mudança no ordenamento jurídico. Isso porque, tal como se concluiu à época em que entrou em vigor o CPC de 1973, que alterou profundamente as regras da ação rescisória, a consolidação do regime da coisa julgada se dá no trânsito em julgado da sentença;³³⁵
- b) desde que haja manifestação do STF no sentido da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença, seja porque houve declaração de inconstitucionalidade com redução de texto parcial ou integral, seja porque houve declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, seja porque houve interpretação conforme a Constituição;
- c) desde que a declaração de inconstitucionalidade do STF, no momento da oposição dos embargos à execução, seja eficaz. Afirma-se isso porque o STF pode declarar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, tal como prevê o art. 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999;
- d) mesmo que o precedente do STF seja anterior ou posterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda;
- e) mesmo que o precedente do STF decorra do exercício do controle difuso da constitucionalidade, tenha havido, ou não, resolução do Senado suspendendo a execução da norma;
- f) desde que o título executivo judicial tenha por fundamento exclusivo a norma constitucional declarada inconstitucional. Em outras palavras, é preciso que a questão constitucional tenha repercussão sobre o título executivo.

à execução contra a Fazenda pública (*ex vi* art. 741, parágrafo único do CPC). **Revista de Processo**, n. 141, p. 45).

³³⁵ Conforme Barbosa Moreira, que explica: “A possibilidade de rescindir-se a sentença rege-se pela lei em vigor na data do seu trânsito em julgado: é nessa data, com efeito, que nasce o direito à rescisão, e, obviamente só pode nascer se o sistema jurídico vigente prevê, como fundamento bastante, o fato invocado. Se a sentença transita em julgado sem que certo fato esteja previsto no ordenamento como motivo de rescindibilidade, a superveniência de lei que passe a considerá-lo tal não torna rescindível, por esse fundamento, a sentença. E vice-versa: a lei nova que exclua determinado fato do rol dos fundamentos de rescisão não impede que se rescinda a sentença, se na data do trânsito em julgado o fato constituía motivo bastante.” (MOREIRA, 2003, p. 155).

Quanto à quebra da coisa julgada por meio atípico, entende-se que é o que deve ocorrer no caso das sentenças de mérito transitadas em julgado proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis.

A Lei n. 9.099/95, no seu art. 59, dispõe que “não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.”³³⁶

Comentando esse dispositivo de lei, Joel Dias Figueira Júnior escreve:

Francamente, não encontramos razões plausíveis para a exclusão da ação rescisória do elenco dos meios de impugnação contra as decisões proferidas nestes Juizados, porquanto não nos parece razoável admitir (seria até ingenuidade) que os juízes de primeiro grau ou os Colégios Recursais não incidirão jamais em nenhuma das hipóteses figuradas no art. 485 do CPC.³³⁷

Joaquim Felipe Spadoni sustenta que a regra do mencionado art. 59 da Lei n. 9.099/95 é inconstitucional. Segundo o autor, a ação rescisória é a via disponibilizada pela Constituição Federal para assegurar que a decisão última do litígio seja, realmente, uma decisão adequada e conformada às disposições legais. A Constituição Federal não dispôs acerca dos vícios que autorizam a rescisão dos julgados protegidos pela coisa julgada. Essa função ficou delegada ao legislador infraconstitucional que, entretanto, não pode, de forma constitucionalmente legítima, “eleger quais os tipos de processo e de situações jurídicas julgadas que podem ou não ser submetidas a novo julgamento, sem atentar para os valores constitucionais que permeiam a ação rescisória e o processo.”³³⁸

Concorda-se, parcialmente, com Joaquim Felipe Spadoni.

Entende-se que ao legislador infraconstitucional foi delegada a competência para disciplinar a ação rescisória, o que inclui definir as hipóteses de cabimento e possíveis restrições ao cabimento.

A inconstitucionalidade, no caso, reside na ausência de critério legitimador para o tratamento diferenciado dos pronunciamentos de mérito proferidos nos processos que tramitam nos Juizados.

Inexiste pertinência lógica entre o aspecto eleito pelo legislador como autorizador do tratamento diferenciado [no caso, tratar-se de pronunciamentos de mérito proferidos em

³³⁶ Não há regra igual para os Juizados Especiais Federais Cíveis. Entretanto, a Lei n. 10.259/2001, que disciplina o seu funcionamento, determina expressamente a aplicação subsidiária da Lei 9.099/95.

³³⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 294.

³³⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. **O direito constitucional de rescisão dos julgados**. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1073.

juízos dos Juizados Especiais, que, em princípio, envolvem causas de menor valor e complexidade] e o tratamento legal diferenciado promovido com base naquele aspecto [no caso, o não cabimento de ação rescisória]. A gravidade dos vícios que autorizam a rescisão dos julgados não é menor em razão de os pronunciamentos judiciais envolverem lides de menor valor e complexidade.

Outrossim, **a regra que proíbe a ação rescisória** somada ao (i) enunciado da **súmula 203 do STJ**, de que não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais, (ii) ao **rigoroso juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários** e (iii) às regras dos regimentos internos dos tribunais locais no sentido de que não teriam competência originária para conhecer de *mandamus* quando apontado como coator o juiz dos Juizados Especiais, mas sim os próprios Colégios Recursais por serem eles a instância recursal imediatamente superior e não os tribunais de justiça, acabam por gerar, no âmbito dos Juizados Especiais, uma séria **antinomia**, porque, ao mesmo tempo em que se afirma que esse microsistema está voltado à ampliação do acesso à ordem jurídica justa, esse acesso é gravemente obstruído, negando-se ao jurisdicionado a apreciação de relevantes questões de direito.

Três situações retratam o que se está afirmando:

a) 1ª situação:

O art. 3º da Lei 9.099/95 estabelece a competência do Juizado Especial Cível para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; – as enumeradas no art. 275, II do CPC; – a ação de despejo para uso próprio; – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I.

Com base nesse art. 3º, “A”, deficiente visual, intentou ação de obrigação de fazer, em face de “B”, instituição financeira, formulando pedido de condenação na obrigação de fazer consistente na disponibilização de, pelo menos, um caixa eletrônico adaptado para deficientes, em cada agência bancária do Estado *Y* e de cartão adaptado à linguagem *Braille*. O réu, na contestação, apontou como preliminar a incompetência absoluta do Juizado Especial para julgamento da causa, vez que se tratava de lide complexa. Quanto ao mérito, demonstrou (através de fotos e vídeo exibido em audiência) que as agências próximas à residência da Autora **já estavam equipadas com terminais adaptados para uso dos deficientes visuais**, nos moldes do regulamento da ABNT n.º 15250. Quanto ao pedido de entrega de cartão em *Braille*, destacou que o cartão fornecido já contém informações em alto relevo – possibilitando, dessa forma, a identificação pelos deficientes visuais – bem como que inexistem

dispositivo legal impondo a adoção da grafia em *Braille*. Também se opôs ao pedido de indenização por danos morais. Em 1º grau, houve a extinção do processo em virtude da incompetência. Seguiu-se recurso da Autora, que foi provido para o fim de, não só reconhecer a competência do Juizado Especial, como, desde logo, julgar o mérito, concluindo pela procedência e acrescentando à condenação um novo item: a imposição da obrigação de fazer consistente na adaptação dos caixas eletrônicos para emissão de extrato em *Braille*. A Turma Recursal condenou o Réu na obrigação de disponibilizar, na agência em que a Autora mantinha conta, terminal eletrônico “**que emita extratos e demais serviços impressos em Braile, além de atender a todas as exigências da ABNT, inclusive disponibilizando fone de ouvido sem qualquer ônus para a recorrente**”, no prazo de 90 dias, sob pena de multa diária. Também impôs ao Banco o pagamento de indenização por danos morais, fixados em R\$1.000,00. O Réu opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados. Em virtude da súmula 203 do STJ, interpôs apenas recurso extraordinário, que não foi conhecido sob o fundamento de que, se ofensa houvesse à Constituição seria reflexa. Por meio dos embargos de declaração, que foram rejeitados, pretendia-se provocar a manifestação da Turma Recursal a respeito da falta de tecnologia disponível no mercado para atender à determinação judicial e prequestionar dispositivos constitucionais.

Nesse caso, constata-se a antinomia porque ao réu é vedada qualquer forma de revisão do pronunciamento a partir da manifestação da turma recursal. O STJ não conhece recurso especial interposto contra decisão proferida por órgão de 2º grau dos Juizados Especiais; o STF, ao exercer o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, também o nega porque a afronta seria a regras infraconstitucionais; o tribunal local se nega a admitir mandado de segurança porque não seria instância recursal superior à turma recursal.

b) 2ª situação:

Uma outra situação envolveu a cobrança de honorários advocatícios promovida no Juizado Especial. Com base no art. 3º, II da Lei 9.099 e 275, II, f do CPC, admitiu-se o processamento, no Juizado Especial, de pedidos de arbitramento de honorários advocatícios e condenação do réu ao respectivo pagamento. A pretensão dizia respeito há 15 anos de relação contratual e ultrapassava a cifra de R\$ 10 milhões. Foi deferido o processamento no Juizado Especial porque se entendeu que a lide versava questão que não seria complexa. O réu argüiu a incompetência absoluta do juízo, o que foi indeferido. Uma vez que não é cabível, no âmbito dos Juizados Especiais, o recurso de agravo de instrumento, o réu impetrou Mandado de Segurança ao Tribunal local, sob o fundamento de usurpação da competência da Justiça

comum por parte da autoridade coatora. Esbarrou-se no entendimento do tribunal local no sentido de que não teria competência para apreciar mandados de segurança impetrados contra atos dos juízes singulares do Juizado Especial.

Tendo em vista que o STJ não revê decisões dos órgãos de 2º grau dos Juizados Especiais e em face do entendimento restritivo do STF quanto à caracterização da questão constitucional para fins de Recurso Extraordinário, corre-se o risco de não se ter como provocar o reexame da questão a respeito de ser, ou não, complexa a pretensão do autor, na situação narrada, e, portanto, a análise sobre competência do Juizado Especial para a causa.

c) 3ª situação:

O STJ, nos recursos decorrentes das ações que tramitam na justiça comum, pacificou seu entendimento³³⁹ de que é legal a cobrança da tarifa básica pelas empresas de telefonia. Ocorre que o órgão de 2º grau do Juizado Especial do Mato Grosso editou a súmula 15, em que afirma que é ilegal a cobrança de assinatura básica mensal pelas empresas de telefonia. Com base nessa súmula, os pedidos de suspensão de cobrança da tarifa e de indenização em razão das tarifas cobradas no passado têm sido deferidos tanto em 1º grau, quanto na Turma Recursal.

Em face do entendimento sumulado do STJ, de que não conhece os recursos especiais contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais, esses pronunciamentos, contrários ao entendimento da Corte Superior, correm o risco de não chegar à sua apreciação. Uma vez que a questão é eminentemente de direito infraconstitucional, em princípio não é cabível recurso extraordinário e os pronunciamentos de mérito podem vir a transitar em julgado, sem que a parte possa lançar mão da ação rescisória.

Todos esses são casos em que se evidencia a antinomia a que antes se referiu, e o verdadeiro vácuo provocado pelas regras do microssistema dos Juizados Especiais, que impedem que relevantes questões de direito cheguem aos tribunais superiores ou, ao menos, possam ser objeto de um segundo controle de legalidade por meio da ação rescisória.

Defende-se, portanto, que, no âmbito legislativo, seja revogado o art. 59 da Lei 9.099/95 e, tanto para o Juizado Especial Cível, quanto para o Juizado Especial Cível Federal, crie-se regra a respeito do cabimento da ação rescisória.

³³⁹ REsp 1006143/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, data de julgamento: 26.02.2008. www.stj.gov.br (acessado em 26.03.2008).

Enquanto isso não acontece, entende-se que não se pode deixar de admitir, como meio atípico de rescisão da coisa julgada, o manejo do mandado de segurança contra ato judicial em face dos pronunciamentos de mérito transitados em julgado proferidos pelos Juizados Especiais.^{340, 341}

3.2 OS JUÍZOS PELOS QUAIS PASSA A AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória, conforme se viu, tem assento constitucional.

É, porém, nas normas infraconstitucionais, que se encontram as regras que definem as suas hipóteses de cabimento e procedimento.

O *caput* do art. 485 do CPC define o objeto e o pressuposto genérico da ação rescisória, quais sejam, pronunciamento judicial de mérito transitado em julgado. Os incisos e parágrafos enumeram, de forma taxativa (o que não impede que sua interpretação seja mais abrangente e consentânea com o momento histórico que se vive), as causas de rescindibilidade.

O art. 486 do CPC refere-se à ação anulatória, que também é uma ação de impugnação autônoma, mas cujos pressupostos de admissibilidade e o procedimento são bastante diversos daquele da rescisória.

Do art. 487 até o art. 495 do CPC, as regras dizem respeito à ação rescisória, disciplinando: – no art. 487, a legitimidade para a causa; – no art. 488, os requisitos da petição inicial e o depósito de 5% do valor da causa; – no art. 489, a possibilidade de concessão de medida cautelar ou antecipatória de tutela que resguarde o resultado útil da ação rescisória, com a suspensão da execução do título rescindendo, por exemplo; – no art. 490, as causas de indeferimento da petição inicial; – no art. 491, o prazo em que o réu, querendo, apresentará defesa e que não poderá ser, nem inferior a 15 dias, nem superior a 30 dias; – no art. 492, a possibilidade de eventual instrução na rescisória; – nos arts. 493 e 494, o procedimento de julgamento no Tribunal; e, finalmente, no art. 495, o prazo para propositura da ação.

³⁴⁰ Em seu artigo *O emprego do mandado de segurança e do hábeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada*, Eduardo Talamini faz considerações sobre a questão. (TALAMINI, Eduardo. **O emprego do mandado de segurança e do hábeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada**. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 529-531).

³⁴¹ Também a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) contém regra proibitiva da ação rescisória. Entretanto, a questão aí não se põe porque há a previsão expressa, no art. 33 da mencionada lei, do direito da parte interessada por ação anulatória, de caráter bastante abrangente.

O julgamento da ação rescisória se realiza em três etapas, conforme ensina Barbosa Moreira, e que são as seguintes: – o juízo de admissibilidade da ação, com a verificação da presença dos ‘pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito’; o juízo rescindente (*iudicium rescindens*), em que o tribunal decide se o pedido de desconstituição da coisa julgada procede. Se o tribunal concluir pela procedência, verificará se a situação posta em juízo impõe o rejuízo, ou não. Se houver necessidade de rejuízo, parte-se, então, para o juízo rescindendo (*iudicium rescissorium*).³⁴²

No juízo de admissibilidade da ação rescisória, o Tribunal, na pessoa do relator, verificará se é o órgão competente para julgar a causa; se a petição inicial atende aos requisitos do art. 282; o enquadramento da causa de pedir no elenco taxativamente previsto na lei; se o pronunciamento rescindendo é de mérito e transitou em julgado; se isso ocorreu dentro do prazo de anos; se as partes são legítimas; se houve o depósito prévio. Nesse momento, o relator voltará seus olhos para a causa de pedir exposta pelo autor, verificando se é alguma daquelas do art. 485 do CPC. O juízo, nesse momento, é superficial e, se for positivo, permitirá que se passe para a etapa seguinte.

No juízo rescindente, o Tribunal exercerá cognição plena e profunda sobre os fundamentos do pedido de desconstituição e os fundamentos de defesa. Se concluir que o pedido improcede, a ação rescisória se encerra aí. Se concluir que o pedido procede, a ação rescisória pode ou não prosseguir para que se realize, novamente, o julgamento da ação que deu origem ao pronunciamento de mérito que se desconstituiu.

Há, portanto, uma sucessão de etapas de julgamento, sendo que o juízo rescindente e o juízo rescisório fazem parte do mérito da rescisória.

Pode ocorrer, porém, que o relator, desde logo, evidencie que se está em face de vício de inexistência. Nesse caso, poderá ele receber uma ação pela outra e determinar a remessa dos autos ao juízo de 1º grau para proceder ao julgamento. Pode, ainda, ser o caso de o próprio Colegiado já se pronunciar, recebendo a rescisória como se ação declaratória de inexistência fosse. O Colegiado, então, reconhecendo, por exemplo, a falta de citação de um litisconsorte, na ação originária, pode invalidar os atos nela praticados e determinar desde logo a citação e continuidade da ação em 1º grau.³⁴³

³⁴² MOREIRA, 2003, p. 204-205.

³⁴³ No item 2.4 deste estudo, há jurisprudência nesse sentido.

3.3 OS EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Se a ação rescisória é julgada procedente, que efeitos produz?

Luís Eulálio Vidigal, à luz do Código de 1939, assim se posicionava:

[...] admitida a natureza constitutiva da decisão rescindente e inexistindo expressa disposição legal determinando a sua retroatividade, temos de concluir que, em regra, a decisão rescindente não retroage ao dia da propositura da ação rescisória. [...] Assim, normalmente, o réu vencido na rescisória de sentença proferida em ação de reivindicação não está obrigado a restituir os frutos da coisa reivindicada auferidos no período compreendido entre a data das decisões rescindenda e rescindente. Entretanto, responderá por eles se a rescisão se der por ter sido a decisão rescindenda proferida por suborno do juiz ou por se ter baseado em prova falsa, desde que tais ocorrências sejam imputáveis àquele a quem a decisão rescindida dera ganho de causa. Em resumo: quando a aplicação dos princípios gerais do direito substancial não levar à conclusão diversa, a decisão rescindente opera ex nunc, isto é, a partir do momento em que passa em julgado.³⁴⁴

Seu entendimento permanece atual.

Alexandre Freitas Câmara sustenta que

não é o texto da lei que decide se a eficácia da sentença constitutiva é ex nunc ou ex tunc, mas as peculiaridades do caso concreto que o fazem. [...] Será preciso, então, examinar as circunstâncias de cada caso, inclusive com a verificação da existência de normas jurídicas substanciais que lhe sejam aplicáveis, para que se possa definir se, in concreto, os efeitos da decisão se produzirão ex tunc ou ex nunc.³⁴⁵

Não é outro o posicionamento de Barbosa Moreira, que afirma parecer impossível resolver bem todos os problemas concretos à luz de regras apriorísticas inflexíveis.³⁴⁶

Adere-se a esse entendimento, que encontra respaldo no papel que cabe ao juiz desempenhar no Estado Democrático de Direito, que é, a partir das especificidades de cada caso concreto, articulando os princípios e regras que se referem aos direitos fundamentais, criar a norma que deverá disciplinar aquele específico conflito de interesses. Basta pensar, por exemplo, na ação rescisória de uma sentença de procedência de ação coletiva. O juiz deverá considerar, ao julgar a ação rescisória, a repercussão que a desconstituição da sentença coletiva poderá gerar em relação às liquidações e execuções individuais que tiverem sido realizadas com base nela e a partir disso modular a eficácia temporal.³⁴⁷

³⁴⁴ VIDIGAL, Luís Eulálio. **Ação rescisória dos julgados**. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 112.

³⁴⁵ CÂMARA, 2007, p. 201-202.

³⁴⁶ MOREIRA, 2003, p. 209.

³⁴⁷ A respeito dos efeitos do pronunciamento de mérito de procedência de ação rescisória, o TRT-PR, ao julgar agravo de petição n. 01670-1994-661-09-00-2, em 20.08.2007, Juiz Relator Luiz Celso Napp, assim se

4 DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

4.1 DO OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O objeto da ação rescisória é o pronunciamento de mérito transitado em julgado. Já foi observado em itens anteriores que esse pronunciamento de mérito pode ter sido proferido em um processo de conhecimento, processo cautelar e até mesmo em um processo de execução. Pode ser sentença, acórdão, decisão interlocutória com conteúdo de sentença. Também se viu que pode ter decorrido do julgamento de recurso de agravo de instrumento. Pode ser um pronunciamento do relator que, no tribunal, além de conhecer, dá ou nega provimento ao recurso, que veicula matéria de mérito, e que, assim, substitui o pronunciamento recorrido.³⁴⁸

Uma observação deve ser feita quanto à ação rescisória contra decisão que inadmite recurso. Quando o recurso, que tem por objeto decisão de mérito, é inadmitido, não se opera a substituição do pronunciamento impugnado por aquele do tribunal. O que transita em julgado é a decisão recorrida. Será ela, portanto, o objeto da ação rescisória. Contudo, a decisão que inadmite o recurso pode estar errada, fruto de erro de fato ou mesmo de violação à literal disposição de lei. Segundo Flávio Luiz Yarshell,

nessas hipóteses, em que o vício, mais do que residir no julgamento de inadmissibilidade, seja a causa determinante do não-conhecimento do recurso, dizer que o ato rescindível é o recorrido significa, ainda que reflexamente, excluir da ação rescisória a possibilidade de alegação desse mesmo vício, na medida em que a declaração de não-conhecimento do recurso é estranha ao ato que se busca rescindir. Ora, sendo assim, à exceção do vício que macula o ato que declarou a inadmissibilidade do recurso, é possível que o vencido nenhum outro fundamento tenha para propor ação rescisória. Ou, mesmo que tivesse, não parece lícito

pronunciou: “Não havendo ‘in casu’ provimento condenatório no julgamento da ação rescisória, não he que se falar em execução nos próprios autos da reclamatória trabalhista ou, igualmente, em devolução à ora agravada/executada de valores recebidos pelo patrono do exequente a título de honorários advocatícios, por não se poder imputar ao mesmo qualquer responsabilidade no seu levantamento, que simplesmente cumpriu ordem judicial, devendo a decisão proferida no exercício do ‘iudicium rescissorium’ ser analisada com reservas.”

³⁴⁸ Sobre o efeito substitutivo dos recursos, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam: “Somente haverá substituição se o recurso for conhecido. O julgamento do mérito do recurso substitui a decisão recorrida. Verifica-se a substituição quando: a)- em qualquer hipótese (error in iudicando ou in procedendo), for negado provimento ao recurso; b)- em caso de error in iudicando, for dado provimento ao recurso. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente, ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão ‘confirmada’. Com muito maior razão a substitutividade se dá quando a decisão recursal dá provimento ao recurso”. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 849).

simplesmente subtrair da parte um fundamento para a ação rescisória, porque isso, na prática, seria limitar indevidamente o cabimento do aludido remédio.³⁴⁹

O que importa para fins de juízo de admissibilidade da ação rescisória é o conteúdo do pronunciamento cuja rescisão se pede e não o meio pelo qual ele é veiculado. Não é por outra razão que o STJ proveu REsp para determinar o regular processamento de ação rescisória intentada para desconstituir pronunciamento judicial que reduziu a remuneração do síndico em uma falência, após a preclusão de uma outra decisão que a havia fixado em patamar mais elevado.³⁵⁰ Na realização do juízo de admissibilidade, o Tribunal deve estar aberto e atento para esta constatação. Como afirma Descartes ao definir as regras do método para bem dirigir a razão, é preciso agir sem precipitação e prevenção. Não resta dúvida que tal apontamento é igualmente válido para a postura dos magistrados no que diz respeito à admissibilidade da ação rescisória.

Da mesma forma não se pode olvidar que, mesmo sentenças processuais, podem conter capítulo referente à questão de mérito. Dessa forma, o STJ, ao julgar o REsp 591.668/DF já entendeu que

o legislador, ao erigir como critério para o cabimento da ação rescisória a existência de sentença de mérito, almejou que este instrumento jurídico fosse voltado à desconstituição de sentença, decisão ou acórdão sob os quais padecesse a coisa julgada material, e não apenas a formal. A ação rescisória proposta está dirigida à impugnação de uma sentença terminativa, a qual, em capítulo apartado, condenou o advogado e a parte em litigância de má fé. À evidência, o capítulo pertinente à condenação em litigância de má fé recebeu a devida impugnação por meio de recurso de apelação, o que acarretou inclusive, o trânsito em julgado em 10/09/1996.³⁵¹

Também, o TJPR já se pronunciou no sentido de que

é cabível a via rescisória por violação à disposição literal de lei mesmo quando vise a rescindir sentença apenas na parte referente à verba honorária advocatícia, pois a condenação nesta verba, constitui-se em corolário da sentença. Assim, a verba honorária integra a decisão de mérito e pois está autorizado o uso de ação com o objetivo de rescindir a sentença nesta parte. Igualmente não é requisito para a ação rescisória que a sentença tenha sido atacado por todos os recursos possíveis. Vale

³⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória voltada contra decisão que reconhece a inadmissibilidade de recurso**. Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 378-379.

³⁵⁰ Recurso Especial nº 711794/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 5/10/2006.

³⁵¹ Relator: Ministro Franciulli Netto; Data de Julgamento: 22/06/2004; www.stj.gov.br Acessado em 26/02/2008.

dizer, para a propositura é dispensável o esgotamento dos instrumentos recursais disponíveis, a teor do disposto na Súmula 514/STF.³⁵²

Outrossim, nem todos os pronunciamentos de mérito transitados em julgado são aptos a ensejar ação rescisória. A Lei 9.099/95, no seu art. 59, impede o ajuizamento de ação rescisória contra os pronunciamentos de mérito proferidos pelos Juizados Especiais.

No que se refere ao trânsito em julgado, há que se ressaltar que não se exige, para fins de cabimento da ação rescisória, que a parte tenha interposto todos os recursos cabíveis contra o pronunciamento rescindendo. Nesse sentido é a lição de Barbosa Moreira, que afirma:

Não é, em absoluto, pressuposto da rescindibilidade que se tenham utilizado os recursos admissíveis, nem a preexclui a circunstância de haver-se aquiescido à decisão rescindenda, renunciando ao poder de recorrer ou desistido de recurso acaso interposto; tampouco a de ter este ficado deserto.³⁵³

4.2 DO PRAZO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

4.2.1 O Prazo é Decadencial

O artigo 495 do CPC estabelece que o prazo para propositura da ação rescisória é de dois anos, contados do trânsito em julgado. Este prazo é decadencial. Barbosa Moreira esclarece

que o direito à rescisão da sentença constitui exemplo típico de direito potestativo só exercitável pela via judicial. Com a natureza potestativa do direito relaciona-se a natureza constitutiva da ação rescisória, no que tange ao *iudicium rescindens*. Em se tratando de direitos potestativo (e de ações constitutivas) não há que se cogitar de prescrição: Essa pressupõe lesão, e um dos traços característicos daqueles reside em não poderem ser lesados. O direito à rescisão da sentença já nasce com termo prefixado; o titular decairá do direito se não o exercer dentro do prazo.³⁵⁴

É irrelevante que o ajuizamento da ação rescisória tenha ocorrido no derradeiro dia do prazo. Esse é o entendimento esposado pelo STJ no REsp 111062/ES, em cuja ementa se lê:

³⁵² Ação rescisória nº 360920-1. Relator Juiz convocado Espedito Reis do Amaral. Data de Julgamento: 4/12/2007.

³⁵³ MOREIRA, 2003, p. 117.

³⁵⁴ Ibid., p. 220.

1. Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivo inerente ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência. – Súmula nº 106/STJ. 2. O entendimento previsto na Súmula 106 do STJ se aplica ainda que o ajuizamento da ação rescisória tenha ocorrido no último dia do prazo bienal previsto no artigo 495 do CPC.³⁵⁵

Justifica-se o entendimento acima exposto face ao caráter potestativo do direito à ação rescisória. Uma vez exercido, exercido está.

4.2.2 O Termo *a quo*

O cômputo dos dois anos se inicia a partir do julgamento do último recurso, seja ou não conhecido. Ainda que não conhecido o recurso, salvo se por intempestividade, o prazo para a rescisória se inicia a partir do momento em que preclusa a decisão a respeito dele proferida. Em outras palavras, a decisão de inadmissibilidade do recurso, embora de cunho declaratório, não produzirá efeitos *ex tunc*, exceto no caso de inadmissibilidade por intempestividade. Entretanto, mesmo na hipótese de interposição a destempo, o STJ, no julgamento dos embargos de divergência no REsp nº 2447/RS decidiu:

Mesmo que adotada a tese segundo a qual o início do prazo de decadência para pretensão rescisória não obstando pela interposição de recurso que venha a ser considerado intempestivo, ainda assim, impende considerar a boa-fé do recorrente, naqueles casos especiais em que a própria intempestividade do recurso apresenta passível de fundada dúvida.³⁵⁶

Por uma questão de economia processual, admite-se a cumulação de pedidos em uma mesma relação processual. Para fins de dar efetividade e permitir ao credor gozar do direito que se tornou incontroverso, porque, por exemplo, a respeito dele o réu não se insurgiu, ou, de outro lado, para permitir que se reconheça desde logo ter havido prescrição sobre parte da pretensão, extinguindo-se o feito em relação àquela parte, permite-se que o juiz desde logo

³⁵⁵ Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Data do Julgamento: 07/05/2002. in: www.stj.gov.br acessado em 22/02/2007. Esse mesmo entendimento prevaleceu no REsp nº 471927/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

³⁵⁶ Relator: Ministro Nilson Naves. Data de julgamento: 8/10/92. No mesmo sentido embargos de divergência no REsp 441.252/CE, Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 29/06/2005. “Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial, por maioria, rejeitou os embargos, entendendo que se deve considerar como termo inicial da contagem do prazo decadencial para ajuizar a ação rescisória, o trânsito em julgado da última decisão posta nos autos, no último recurso. Ainda que nele somente se discuta a tempestividade de recurso anterior.

decida sobre a parcela incontroversa³⁵⁷ e sobre a prescrição³⁵⁸. Ao decidir, estará pronunciando uma sentença parcial de mérito que, uma vez transitada em julgado, tornar-se-á imutável. A relação processual prosseguirá para julgamento dos demais pedidos e o pronunciamento judicial que vier a ser, a seu respeito, proferido, não atingirá aquela parcela do mérito já julgada anteriormente. Mesmo que haja recurso, por meio dele se estará impugnando tão somente esta última decisão. Julgado o recurso e transitado em julgado o acórdão, o processo se encerrará. Haverá aí, dois pronunciamentos de mérito. Em princípio, o prazo de ajuizamento de ação rescisória para cada um deles terá seu início na data dos respectivos trânsitos em julgado.

O entendimento do STJ é de que o prazo decadencial se inicia na data do último trânsito em julgado. Vê-se isso no acórdão decorrente do julgamento do REsp n. 639.233/DF, de que foi relator o Ministro José Delgado, em cuja ementa se lê:

Não se admite a coisa julgada por capítulos, uma vez que tal exegese pode resultar em grande conturbação processual, na medida em que se torna possível haver uma numerosa e indeterminável quantidade de coisas julgadas em um mesmo feito, mas em momentos completamente distintos e em relação a cada parte. O trânsito em julgado, ensejador do pleito rescisório, não se aperfeiçoa em momentos diversos (por capítulos), sendo único para todas as partes, independentemente de haverem elas recorrido ou não. Assim, o interregno autorizativo da ação rescisória (artigo 495 do CPC) somente deve ter início após proferida a última decisão na causa, concretizando-se a coisa julgada material. Excepciona-se dessa regra, tão somente, as hipóteses em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou que haja evidenciada má-fé da parte que recorre.³⁵⁹

Reputa-se correto que o termo inicial para a ação rescisória, mesmo no caso de cumulação de ações, seja o trânsito em julgado do último pronunciamento de mérito. Se assim não o for, realmente, provocar-se-á o verdadeiro caos processual, a que o Ministro José Delgado se refere. É essa razão pragmática que justifica que o cômputo do prazo para ação rescisória se faça dessa forma. Ao longo da relação processual em que há cumulação de pedidos, podem ser proferidos pronunciamentos de mérito distintos que transitam materialmente em julgado também em momentos distintos. Mas, para fins de ajuizamento de ação rescisória, conta-se o prazo do último trânsito em julgado. O STJ, para justificar seu entendimento, recorreu a uma ficção (a ausência de trânsito em julgado material de cada um

³⁵⁷ A ausência de controvérsia pode dizer respeito a um dos pedidos formulados em cumulação ou à parte de pedido que é cindível.

³⁵⁸ Desde que os pedidos sejam independentes entre si.

³⁵⁹ Data de Julgamento: 06/12/2005. in: www.stj.gov.br acessado: 01/08/2007.

dos capítulos da decisão), mas não precisava tê-lo feito porque bastaria escorar-se no pragmatismo como princípio justificador. Como afirma Tércio Sampaio Ferraz,

[...] quando o jurista discute temas como a “nulidade das sentenças, a natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho, os efeitos jurídicos da aparência de direito”, suas teorias (doutrinas) constituem, na verdade, um corpo de fórmulas persuasivas que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a decidibilidade de possíveis conflitos.³⁶⁰

Da legitimidade para propor a ação rescisória

Nos termos do art. 487 do CPC, têm legitimidade ativa para propor ação rescisória: quem foi parte no processo ou seu sucessor; – o terceiro juridicamente interessado³⁶¹; – o Ministério Público. No pólo passivo, devem estar todos aqueles que foram parte na ação originária. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário e unitário. A respeito, o STJ já se pronunciou na AR 2009/PR, “1. O réu da ação em que se proferiu o acórdão rescindendo é parte passiva indispensável na ação rescisória do respectivo julgado. Proposta a rescisória contra o assistente litisconsorcial, o réu assistido deve figurar como litisconsorte passivo necessário.”³⁶² Precisamente porque todos que foram parte na ação originária devem compor o pólo passivo da ação rescisória, o STJ também já decidiu

O cerne da questão restringe-se ao cabimento ou não do ajuizamento de ação declaratória junto a TJ, para declarar a nulidade, por falta de citação, ocorrida em sede de ação rescisória intentada perante tal Tribunal. A Turma, ao prosseguir o julgamento, deu-lhe provimento ao entendimento de que é cabível ação declaratória de nulidade para se combater sentença proferida sem a citação de todos os réus, que, por se tratar de litisconsórcio unitário, deveriam ter sido citados.³⁶³

Nos termos do artigo 285-A do CPC, o juiz de 1º grau pode julgar improcedente o pedido do autor, independentemente da citação do réu, quando se tratar de causas repetitivas que tenham por objeto matéria controvertida unicamente de direito, a respeito da qual o julgador já tenha antes proferido sentença de total improcedência. Nesse caso, se o autor não apelar, operar-se-á o trânsito em julgado. O autor poderá, então, intentar ação rescisória e o réu, que não foi citado em 1º grau, deverá ser citado na ação de desconstituição. Isso porque,

³⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 86.

³⁶¹ No item 2.4 deste estudo já se tratou sobre quem poderia ser o terceiro, atingido pela própria coisa julgada, que teria interesse em desconstituí-la.

³⁶² Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, data de julgamento: 14.04.2004. www.stj.gov.br (acessado em 23.3.2008)

³⁶³ REsp 194.029-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 1º/3/2007.

se o Tribunal ultrapassar os juízos de admissibilidade e rescindente, poderá, desde logo, dependendo do fundamento da ação rescisória, passar para o juízo rescisório, rejulgando o pedido formulado na ação originária.

No âmbito das ações coletivas, Nilton Luiz de Freitas Baziloni sustenta que

se a sentença da demanda coletiva foi pela improcedência e, p.ex., proferida por juiz impedido, tem-se que pensar no resultado. Se foi julgada improcedente por insuficiência de provas não será possível a ação rescisória, posto que outra ação poderá ser proposta a teor do CDC, art. 103, incisos I e II. Se foi julgada improcedente por outro motivo, cabível a rescisória. O autor desta ação, pensamos, poderá ser qualquer um dos legitimados, não necessariamente aquele que ingressou com o pedido coletivo, pois qualquer deles representa adequadamente a coletividade.³⁶⁴

Não é por outra razão que, se proposta ação coletiva por uma determinada associação, ela, posteriormente, se dissolve, eventual ação rescisória que o réu, por exemplo, pretenda intentar, poderá voltar-se contra qualquer dos legitimados coletivos.

4.2.2.1 Competência

A competência originária dos tribunais para julgar as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízos de 1º grau está prevista na Constituição Federal (arts. 102, I, j; 105, I, e; e 108, I, b). Trata-se de regra de competência funcional³⁶⁵ e, portanto, absoluta.³⁶⁶

Assim, se uma sentença de mérito, proferida pelo juiz da 1ª Vara Cível de Curitiba, embora baseada em prova falsa, transitou em julgado por não ter sido, contra ela, interposto recurso, ou porque o respectivo recurso não foi admitido, eventual ação rescisória, visando à desconstituição da coisa julgada, deverá ser intentada perante o Tribunal de Justiça do Paraná.

³⁶⁴ BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: J. Oliveira, 2004, p. 166.

³⁶⁵ A respeito, Patrícia Miranda Pizzol, em sua obra *A competência no processo civil*, ensina: “[...] os tribunais não têm apenas competência recursal, tendo também competência originária, definida em razão da função. Portanto, também se trata de competência funcional (embora sejam levados em consideração outros critérios, como a matéria e a qualidade da pessoa). [...] A ação rescisória compete originariamente ao tribunal a que está vinculado o juiz prolator do pronunciamento rescindendo. Assim, sendo a sentença nula proferida por juiz federal, cabe ao tribunal regional federal a que ele está vinculado rescindi-la. Trata-se de competência funcional”. (PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150-151).

³⁶⁶ Segundo Alexandre Freitas Câmara, “esta competência é fixada por critério absoluto, já que leva em conta o interesse público na preservação da autoridade das decisões já transitadas em julgado.” (CÂMARA, 2007, p. 42).

Se a sentença proferida pelo juiz da 1ª Vara Cível de Curitiba for objeto de apelação, em que se busca a sua reforma e o apelo, uma vez admitido, for julgado no mérito [seja provido ou improvido], transitando em julgado o respectivo acórdão, também será o Tribunal de Justiça do Paraná o órgão competente para julgar ação rescisória que vise à desconstituição da coisa julgada.³⁶⁷

Ou seja, no exemplo dado, o Tribunal de Justiça do Paraná é competente tanto para julgar ação rescisória que se volte contra a sentença que transitou em julgado, quanto contra o *acórdão*, proferido em apelação, que transitou em julgado.

Isso porque, repita-se, cabe aos tribunais a competência originária para julgar ação rescisória.³⁶⁸

E se contra o acórdão, proferido no apelo, for interposto, por exemplo, Recurso Especial?

Nesse caso, aquele que pretende propor a ação rescisória deverá verificar se o Recurso Especial foi admitido ou não. Se o Recurso Especial não tiver sido admitido, não se operará o efeito substitutivo do recurso e a competência para julgar a ação rescisória continuará sendo do tribunal local.

Nos termos do art. 512 do CPC, “O **juízo** proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.” (grifo nosso)

Ora, o tribunal somente proferirá julgamento em recurso que tiver sido admitido. O recurso que sequer for admitido, não terá seu mérito julgado.

Voltando ao exemplo dado, se o Recurso Especial, interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, não for admitido, não se operará o efeito substitutivo, o que significa dizer que, não havendo mais outros recursos³⁶⁹, o que transitará em julgado será o acórdão do tribunal local e será o tribunal local o órgão competente para julgar eventual ação rescisória.

Se, porém, o Recurso Especial for admitido, venha a ser provido ou não, o que transitará em julgado, se não houver a interposição de outro recurso³⁷⁰, será o pronunciamento

³⁶⁷ O mesmo se diga quando a apelação visa à anulação da sentença e é improvida. Se for provida, aí a sentença será anulada e, se não extinto o processo sem julgamento de mérito, outra deverá ser proferida pelo juízo de 1º grau.

³⁶⁸ Nas palavras de Rodrigo Barioni, em seu artigo *Observações sobre o procedimento da ação rescisória*, é a relevância da autoridade da coisa julgada material que faz com que a desconstituição da decisão de mérito seja realizada sempre por um tribunal. (BARIONI, Rodrigo. **Observações sobre o procedimento da ação rescisória**. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 10, p. 522).

³⁶⁹ Ou sendo inadmitidos.

³⁷⁰ Ou, se houver, mas esse recurso não for admitido.

do STJ, que substituirá o acórdão local. Eventual ação rescisória, nesse caso, deverá, então, ser intentada junto ao Superior Tribunal de Justiça.

E assim o é porque a competência para julgar a ação rescisória, nos termos da Constituição Federal, cabe originariamente aos tribunais e, mais, cabe ao tribunal que proferiu o pronunciamento de mérito rescindendo. Se o último a analisar o mérito da causa foi o tribunal local, a este caberá julgar a ação rescisória do pronunciamento de mérito que proferiu. Se o último a analisar o mérito foi o STJ, a competência será deste; se foi o STF, a ação rescisória deverá ser processada junto à Corte constitucional.

Em algumas situações, no entanto, pode haver dúvida a respeito da competência para julgamento da ação rescisória.

Suponha-se que “A” tenha proposto contra “B” ação de conhecimento em que formulou pedido de condenação do réu ao pagamento de danos materiais e morais. Trata-se, em verdade, de uma hipótese de cumulação de pedidos: um pedido refere-se aos danos materiais e o outro, a danos morais. O juiz julga procedentes ambos os pedidos. O réu recorre apenas em relação à condenação em danos morais. Seu apelo é improvido. O réu, então, interpõe Recurso Especial, que, embora admitido, é improvido. Nenhum outro recurso é interposto.

Nesse caso, qual o juízo competente para julgar eventual ação rescisória intentada por “B”?

Depende!

Conforme já foi destacado, nesse caso há cumulação de pedidos. A sentença, proferida pelo juiz de 1º grau, em função disso, na verdade, contém capítulos distintos: um para cada pedido.

Nessa hipótese, de cumulação de pedidos, há, na doutrina e jurisprudência³⁷¹, quem entenda que serão cabíveis ações rescisórias distintas quando o trânsito em julgado se opera

³⁷¹ Veja-se a respeito, acórdão proferido no Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1.800/SP, da relatoria do Ministro Eros Grau, de 23.03.2006. No acórdão se lê: “Os pedidos formulados no processo que deu origem à decisão rescindenda são absolutamente independentes. Cada um deles poderia consubstanciar uma ação específica. Em virtude desta autonomia, o julgamento de um ou outro não prejudica a análise dos demais. Se o pedido formulado na ação ordinária se limitasse à correção dos saldos do FGTS correspondentes ao Plano Verão (fevereiro de 1989) e o recurso extraordinário não fosse conhecido por ausência de prequestionamento, a competência para o julgamento de eventual ação rescisória seria do tribunal de origem, conforme se depreende, contrario sensu, da Súmula n. 249, vez que a Corte não chegou a analisar a questão constitucional controvertida. O mesmo ocorre nestes autos. Embora o recurso extraordinário tenha sido julgado parcialmente procedente, acolhido apenas um dos pedidos formulados, o mérito dos demais, não consubstanciando questão constitucional controvertida, deixou de ser conhecido e, conseqüentemente, analisado pela Corte. A decisão rescindenda apenas substituiria o acórdão prolatado pelo tribunal de origem se o recurso houvesse sido conhecido e provido (RE n. 194.382, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.4.2003). O efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC não incide sobre pedidos não conhecidos pelo aresto impugnado. Reporto-me, neste ponto, ao que a doutrina processualista

em momentos diferentes. No exemplo dado, no que se refere à condenação ao pagamento de danos materiais, como não houve recurso interposto por 'B', o trânsito em julgado operou-se em relação à sentença. A competência para julgar eventual ação rescisória, portanto, seria do tribunal local.

No que se refere à condenação ao pagamento de danos morais, em que o apelo foi interposto, admitido e improvido e, também, houve Recurso Especial, igualmente, admitido e improvido, a competência para julgar a respectiva ação rescisória seria do STJ.

Segundo Alexandre Freitas Câmara,

Havendo vários capítulos de decisão, é perfeitamente possível que a coisa julgada material se forme também por capítulos, aparecendo em momentos distintos para cada uma daquelas unidades elementares do provimento jurisdicional. E é absolutamente normal que cada uma dessas decisões tenha sido proferida em um momento diferente do processo, por um órgão jurisdicional diferente. Assim, é perfeitamente possível o ajuizamento de ações rescisórias distintas (perante tribunais distintos) para atacar pronunciamentos diferentes exarados no mesmo processo.³⁷²

Barbosa Moreira, igualmente, assevera

- a) ao longo de um mesmo processo, podem suceder-se duas ou mais resoluções de mérito, proferidas por órgãos distintos, em momentos igualmente distintos;
- b) todas essas decisões transitam em julgado ao se tornarem imutáveis e são aptas a produzir coisa julgada material, não restrita ao âmbito do feito em que emitidas;
- c) se em relação a mais de uma delas se configurar motivo legalmente previsto de rescindibilidade, para cada qual será proponível uma ação rescisória individualizada;
- d) o prazo de decadência terá de ser computado caso a caso, a partir do trânsito em julgado de cada decisão.³⁷³

No entanto, no STJ, prevalece posicionamento diferente, entendendo que, mesmo que o pronunciamento de mérito contenha vários capítulos, que tenham transitado em julgado em momentos distintos, a coisa julgada material só se forma no final do processo, cabendo, a partir de então, o ajuizamento de eventual ação rescisória contra todos, alguns ou um dos capítulos da decisão. Além disso, sendo o tribunal superior competente para julgar um dos

moderna chama de 'capítulo' da sentença, **que vem sendo gradativamente acolhida por esta Corte, como se vê no recente julgado do Ministro CÉZAR PELUSO (AC n. 112, DJ de 04.02.2005) e recente julgado por mil relatado, AgR-AR n. 1.780, DJ 03.03.2006**: [...]. A decisão rescindenda, no ponto, vale dizer, no capítulo que não conheceu do recurso extraordinário, não operou o efeito substitutivo do art. 512 do CPC. Em consequência, a questão de mérito a ser impugnada por meio de ação rescisória não se encontra na decisão proferida por esta Corte que é meramente processual no ponto pertinente, mas sim no acórdão prolatado pelo tribunal de origem. Não há falar-se, pois, na aplicação da Súmula n. 249 do STF".

³⁷² CÂMARA, 2007, p. 50.

³⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11, p. 177.

aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente.³⁷⁴

Outra situação, em que pode haver dúvida quanto à competência para julgar a ação rescisória, é aquela em que eventual Recurso Especial ou Recurso Extraordinário *não é conhecido* pelos tribunais superiores, mas há apreciação, por eles, da questão federal ou constitucional.³⁷⁵

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que “é comum haver decisões razoavelmente extensas em que se conclui pela inexistência de ofensa à lei federal ou à Constituição Federal e pelo não cabimento do recurso interposto, especial ou extraordinário.” Continua a doutrinadora:

[...] Importante salientar o que nem sempre é dito expressamente na doutrina: o juízo de inadmissibilidade é, quando se trata de recursos de fundamentação vinculada, muito freqüentemente um juízo de NÃO PROVIMENTO DO RECURSO, proferido como resultado de COGNICÃO EXAURIENTE (certeza) quanto à inexistência do fundamento invocado na decisão.³⁷⁶

Nesse caso, qual o juízo competente para julgar eventual ação rescisória? Em princípio, porque os recursos extraordinários não foram conhecidos, a primeira resposta é a de que o tribunal local é o órgão competente. No entanto, a falta de clareza técnica dos tribunais superiores³⁷⁷ ao afirmarem não conhecerem de recurso em relação ao qual adentram na questão federal ou constitucional, não tem o condão de alterar a realidade, qual seja, de que o

³⁷⁴ Nesse sentido, Recurso Especial nº 415.586-DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 09.12.2002. Veja-se, também, Recurso Especial nº 595.681/SP.

³⁷⁵ A respeito, o STF [quando ainda tinha competência para conhecer de questão federal] editou a Súmula 249, nestes termos: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado seguimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal”.

³⁷⁶ WAMBIER, 2002, p. 251.

³⁷⁷ Sobre essa imprecisão dos tribunais superiores e o sério problema que gera para fins de fixação da competência para julgar a ação rescisória, Barbosa Moreira afirma: “Uma última observação: o mais paciente leitor talvez se pergunte, a esta altura, se realmente compensa que nos preocupemos tanto com uma questão terminológica. A resposta é que, ao nosso ver, ela não valeria um caracol, se não tivesse conseqüências práticas. Mas tem – e nada positivas. Já se viu que é ilusória a suposição de que o emprego da expressão ‘não conhecer’ em acepção atécnica evite de qualquer modo o aumento da carga de trabalho do STJ. De que outra vantagem pode cogitar-se? De nenhuma que sejamos capazes de imaginar. Semelhante emprego, por outro lado, gera, no mínimo, dúvidas desnecessárias no tocante, por exemplo, ao objeto da eventual ação rescisória, e portanto à competência para julgá-la. Ora, dúvidas do gênero costumam produzir complicações judiciais, e as que se relacionam com a competência são particularmente nefastas: poucas coisas causam tanta perturbação na marcha do pleito como, digamos, um conflito negativo, que pode acarretar-lhe retardamento de vários anos no desfecho. O aparelho da Justiça vê-se onerado com uma carga podre, espoliado de tempo e de energia que melhor aplicaria alhures. Não sofre com isso, exclusivamente, o próprio processo em que se suscitam os incidentes: sofre todo o conjunto dos feitos instaurados e por instaurar”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa ‘não conhecer’ de um recurso? In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 125-143).

último a se pronunciar sobre o mérito do recurso [questão federal/questão constitucional] foi o tribunal superior, sendo ele, também, portanto, competente para julgar eventual ação rescisória.

E se, nas situações acima expostas, a ação rescisória for distribuída para um tribunal que não é o competente para tanto?

No primeiro caso, conforme visto, o pronunciamento de mérito contém capítulos. Um dos capítulos diz respeito à condenação ao pagamento de danos materiais. O outro diz respeito à condenação ao pagamento de danos morais.

Uma vez que cada capítulo da sentença transitou em julgado em momento distinto, um primeiro cuidado que a parte deve tomar é quanto ao prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

Conforme visto, para parte da doutrina e jurisprudência, o termo *a quo* será o trânsito em julgado de cada um dos capítulos. Assim, como não houve apelação contra a sentença, no que se refere à condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, é do trânsito em julgado da sentença que se inicia o biênio legal para propositura da respectiva ação rescisória.

O termo *a quo* no que se refere à parte do pronunciamento que tratou da condenação ao pagamento de danos morais será computado a partir da decisão proferida pelo STJ, que negou provimento ao Recurso Especial.

Para essa parte da doutrina e jurisprudência, então, competente para julgar a ação rescisória referente ao capítulo do pronunciamento de mérito que diz respeito aos danos materiais é o tribunal local. Competente para julgar a ação rescisória referente ao capítulo do pronunciamento de mérito que diz respeito aos danos morais é o STJ.

A questão que se coloca, no entanto, é a seguinte: e se a parte intentar uma só ação rescisória, junto ao STJ?

Como visto, tem sido entendimento do STJ – por razões que se justificam em razão de ordem operacional e pragmática – que o trânsito em julgado ocorre num só momento, ao final da ação. Além disso, sendo o STJ competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente. Por isso, probabilissimamente, não terá a parte, no exemplo dado, problemas nem em relação ao prazo, nem em relação ao juízo competente. Ajuizando uma só ação rescisória, junto ao STJ,

no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, estará agindo da forma que o STJ tem entendido correta.³⁷⁸

Mas, se a ação rescisória for distribuída, no STJ, justamente para uma turma do STJ, em que há julgadores adeptos daquele primeiro entendimento, da possibilidade de a coisa julgada operar-se em parcelas fragmentadas?

Se a parte ajuizou apenas uma ação rescisória junto ao STJ, deverá o Relator intimar o autor para emendar a petição inicial e, se for o caso, desmembrar a ação. Quanto ao capítulo referente aos danos morais, a ação rescisória continuará sendo processada no STJ. Quanto ao capítulo referente aos danos materiais, o autor poderá pedir a extração de autos suplementares de maneira a viabilizar a redistribuição no tribunal local e o processamento, no tribunal local, da ação rescisória em relação a essa parte do pronunciamento de mérito.

No tribunal local, uma vez redistribuída a ação rescisória, aspecto que poderia vir a gerar discussão é quanto ao prazo decadencial. Se o autor computou o biênio a partir da **última** decisão proferida no processo [relativa aos danos morais], pode ter acontecido que, em relação àquele capítulo referente aos danos materiais [no exemplo dado], esse prazo, na data do ajuizamento, já tivesse escoado. No entanto, porque o autor agiu respaldado em jurisprudência do próprio STJ para tanto, pode-se afirmar que o tribunal local não poderá inadmitir, nesse caso, a ação rescisória por ter sido intentada além do biênio.

O raciocínio que se deve fazer é o mesmo que norteia a incidência do princípio da fungibilidade, que é ditado no interesse da parte, que não deve ser prejudicada pela interposição errônea de um recurso por outro, quando houver **fundada dúvida** sobre o cabimento do meio de impugnação.³⁷⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier em vários de seus textos doutrinários tem exposto o seu entendimento a respeito do princípio da fungibilidade. Em um deles, por exemplo, defende que, tendo em vista a divergência existente quanto ao que se deve entender como sendo prequestionamento, o que gera, sem dúvida, certa insegurança das partes quanto a estar ou não preenchido este requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, é conveniente que haja certa dose de tolerância de um órgão com relação àquilo que ao outro parece ser prequestionamento. Sugere, então, que,

à falta de unanimidade a respeito do que seja efetivamente o prequestionamento, um órgão aceite o entendimento de outro e considere ter havido prequestionamento, se o

³⁷⁸ Resp 591668/DF, DJ 13.06.2005; Resp 705354/SP, DJ 09.05.2005; Resp 639233/DF, DJ 14.09.2006.

³⁷⁹ Conf. NERY JÚNIOR, 2004a, p. 138.

que ocorreu, no caso, foi o que outro órgão teria considerado como prequestionamento. Esta sugestão, no fundo, consiste em que haja fungibilidade de 'entendimentos' para que a parte não acabe por ficar sujeita a uma espécie de 'loteria' [...].³⁸⁰

A respeito da fungibilidade Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos afirma que o critério para que se faça incidir o princípio da fungibilidade deve ser, “pura e simplesmente, o reconhecimento de que existe posição antagônica (em quantidade considerável), capaz de gerar dúvida objetiva na parte [...]”³⁸¹

O fundamento para que a parte não veja inadmitida a ação rescisória que intentou, computando o prazo conforme uma das correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da matéria, é a dúvida objetiva, decorrente de posicionamentos antagônicos na doutrina e jurisprudência.

No entanto, se eventual Recurso Especial ou Recurso Extraordinário não é conhecido pelos tribunais superiores, mas há apreciação, por eles, da questão federal ou constitucional, a ação rescisória do acórdão deve ser distribuída junto ao respectivo tribunal superior.

E se não o for?

O entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de extinguir a ação sem julgamento de mérito, em virtude da impossibilidade jurídica do pedido ou falta de interesse de agir.

Uma vez que o tribunal superior se pronunciou sobre o mérito do recurso, mesmo que o tenha feito sob o rótulo do não conhecimento, houve a substituição, a que se refere o art. 512 do CPC, de maneira que faltará à parte interesse de agir ao pedir, no tribunal local, a rescisão do acórdão do tribunal local. Ou, em outros termos, o pedido será juridicamente impossível, uma vez que estará a parte pedindo a desconstituição da coisa julgada de um acórdão que não existe mais por ter sido substituído pelo pronunciamento do tribunal superior.

Nesse sentido é o acórdão proferido no Recurso Especial nº 757.163/RS.

Foi ajuizada ação de conhecimento contra a CEF, com a finalidade de atualização monetária dos depósitos relativos ao FGTS. Os pedidos foram julgados improcedentes, em 1º grau de jurisdição. Os autores interpuseram recurso de apelação, provido pelo TRF da 4ª Região. A CEF interpôs, então, Recurso Especial e Recurso Extraordinário. O Recurso

³⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Princípio da fungibilidade. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, p. 136.

³⁸¹ VASCONCELOS, 2007, p. 85.

Especial foi originariamente inadmitido, mas, posteriormente, analisado em agravo no STJ. O Recurso Extraordinário foi admitido e, no STF, o Em. Relator negou-lhe seguimento por entender que a pretensão recursal da CEF era contrária à jurisprudência do STF quanto à incidência de correção monetária e afrontaria, ainda, o art. 5º, XXXVI da CF.

A CEF, no prazo legal, propôs ação rescisória junto ao STJ.

A ação rescisória, porém, foi extinta porque se entendeu que

1. Ao Supremo Tribunal Federal cabe apreciar a ação rescisória, quando este proferiu a última decisão de mérito na causa originária. 2. Não se aplica o disposto no artigo 113, § 2º do CPC, quando a ação rescisória, de competência originária desta Corte ou do STF, foi proposta erroneamente no Tribunal a quo. Ao tribunal de origem não cabe remeter os autos a esta Corte Superior; devendo o processo ser extinto, sem julgamento do mérito.

Em outras palavras, a ação rescisória foi extinta porque, no caso, dirigiu-se contra acórdão [proferido pelo STJ] que não mais existia no mundo jurídico, uma vez que fora substituído pelo acórdão do STF que se pronunciou sobre a questão de fundo controvertida, decidindo-a definitivamente.

A solução para a questão, segundo tem sido o entendimento dos tribunais superiores e o acórdão acima mencionado espelha essa realidade, dá-se no plano da falta das condições da ação.

Remeterem-se os autos ao tribunal competente seria o mesmo que modificar o pedido formulado pelo autor, o que não se poderia aceitar.

Em sentido contrário, verifica-se, junto ao STJ, um único voto vencido da Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial nº 724.726.

Na doutrina, posicionam-se contrários àquele entendimento, Rodrigo Barioni e Flávio Yarschel.

Para Rodrigo Barioni, deve-se determinar ao autor a emenda da petição inicial, para que seja acrescida à rescisória a pretensão de rescisão do julgamento de mérito, proferido pelo outro tribunal. Sanado o vício, os autos serão remetidos ao tribunal que proferiu a decisão de mérito, competente para julgar a ação rescisória. Se a petição inicial não for emendada, aí sim, poderá o tribunal indeferi-la.³⁸² O mesmo autor sugere, ainda, que a parte, em caso de dúvida,

³⁸² BARIONI, Rodrigo. **Observações sobre o procedimento da ação rescisória**. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 10, p. 526.

formule pedidos subsidiários, atacando tanto o acórdão que não conheceu do recurso, quanto aquele proferido pelo tribunal local.

Segundo Flávio Yarshell,

parece excessivo rigor inferir do incorreto direcionamento da demanda a ausência de pedido quanto ao verdadeiro objeto da desconstituição. [...] Não há dúvida de que o órgão judicial, que é inerte, deve se ater aos termos da demanda, vigorando aí, como já visto, o disposto nos arts. 2º, 128, 262 e 460 do CPC. Contudo, na hipótese sob exame, com a remessa dos autos para o outro tribunal, o pedido restará intacto, e, mais do que isso, será esse mesmo pedido o objeto do julgamento. Assim, alterar-se o órgão julgador não significa indevida alteração dos termos do pedido. [Continua o processualista:] É preciso considerar a gravidade da interpretação diversa daquela que aqui se preconiza: dizer que o autor é carecedor da ação rescisória pode significar o sepultamento definitivo de sua pretensão, se o ajuizamento tenha se dado no limite da consumação da decadência, caso em que não haveria mais tempo para eventual nova propositura perante o órgão competente (ou, naquele raciocínio, para que o interessado se insurja contra o acórdão que verdadeiramente lhe impõe, no plano substancial, uma situação desfavorável). [E arremata.] Ademais, se os próprios Tribunais superiores estão sujeitos a empregar a terminologia 'não conhecer' de forma equivocada, então parece não razoável exigir tal exatidão da parte interessada.³⁸³

Nesse segundo exemplo, o que faz gerar a dúvida objetiva a respeito do juízo competente para julgar a ação rescisória é o uso da expressão não conhecer, pelos tribunais superiores, como sinônimo de improver. Ocorre que, a expressão não conhecer diz respeito ao juízo de admissibilidade dos recursos e o termo improver, ao juízo de mérito, como maciçamente se ensina nos manuais de Direito. Se os tribunais superiores empregam aquela expressão em outro sentido, a parte não pode sofrer prejuízo em função disso. Sendo assim, à luz dos princípios do acesso à justiça, da instrumentalidade e da fungibilidade, a solução a ser dada, num caso como aquele acima descrito, não pode ser a extinção da ação, expondo à parte ao risco de não ter mais possibilidade de ajuizar outra ação rescisória, no juízo competente, porque eventualmente o biênio legal, dentro do qual teria que ter feito isso, já se escoou.

Se a parte, em face do não conhecimento do recurso de estrito direito, formula, junto ao tribunal local, o pedido de desconstituição do acórdão proferido pelo tribunal local, em situação em que esse não conhecimento significa, na realidade, improvimento, deverá o tribunal local determinar a intimação do autor, para que emende a petição inicial [pois aquele acórdão foi, em verdade, substituído pela decisão do tribunal superior]. Após, deverá o tribunal local remeter os autos ao tribunal superior nos termos do art. 113, § 2º do CPC.

³⁸³ YARSHELL, 2005, p. 281.

Se o autor formulou de forma equivocada o seu pedido, no exemplo dado, esse equívoco não pode ser reputado grosseiro, uma vez que o autor assim o fez respaldado em forte doutrina que ensina que não conhecer é expressão que designa juízo de admissibilidade negativo. Assim, deve-se dar a ele a oportunidade de corrigir seu erro e, dessa forma, permitir-se o processamento da ação rescisória junto ao juízo competente.³⁸⁴

O Min. Luiz Fux, em seu Curso de Direito Processual Civil, ensina que nos casos em que a parte é induzida em erro, pela lei ou pelo tribunal, “faz jus à chancela da fungibilidade. É sempre útil lembrar que uma postura rígida e formalista pode conduzir os juízos à manutenção de suas decisões, às custas de juízos negativos de admissibilidade.”³⁸⁵

Entende-se, com fundamento nos ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier, que essa chancela da fungibilidade, tal como também afirma Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, pode e deve dar-se, não só em relação aos recursos, mas, igualmente, em outra dimensão, como nas situações retratadas.

4.2.2.2 Procedimento

A petição inicial da ação rescisória deve conter os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC e mais aqueles específicos que são: a demonstração do trânsito em julgado; cópia da decisão rescindenda; comprovante do depósito, dentre outros. A exigência do artigo 488, II, do CPC, de comprovação de depósito prévio correspondente a 5% do valor da causa, visa a inibir a proliferação de ações rescisórias. Trata-se, porém, de medida discriminatória, que acaba por obstar o acesso à justiça e que, por essa razão, é inconstitucional, uma vez que eventuais óbices ao ajuizamento da ação rescisória devem-se limitar àqueles relacionados à própria especificidade da demanda e tipicidade de sua causa de pedir.

³⁸⁴ Em verdade, parece que a oportunidade para a parte corrigir a petição inicial deve ser dada, à luz do princípio da instrumentalidade e com base no art. 284 do CPC, mesmo que não seja caso em que haja dúvida objetiva. Nesse sentido – e, até mais flexível pois sequer entendeu necessário proceder-se à emenda – é o acórdão proferido no RE-AgR 395662/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 23.04.2004, que determinou ao tribunal local que apreciasse ação rescisória que havia sido extinta, sem análise de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, porque o autor formulou pedido de rescisão da sentença em vez de buscar a desconstituição do acórdão que a substituiu. Na hipótese retratada no presente artigo, além do princípio da instrumentalidade, há o princípio da fungibilidade a impor, em virtude da fundada dúvida gerada na parte, a oportunidade para corrigir seu pedido e, dessa forma, para que a ação rescisória seja redistribuída e processada.

³⁸⁵ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 937.

O autor deve esclarecer, na petição inicial, em qual dos fundamentos do art. 485 do CPC ele sustenta a sua pretensão e deve também, se for o caso, cumular o pedido de rescisão do julgado com o de rejuízo.

Na petição inicial, há que constar o valor atribuído à causa que, conforme afirma Alexandre Freitas Câmara, “deverá ser determinado a partir daquilo que se pede na rescisória e não a partir do que se pediu na causa original.”³⁸⁶ Ao julgar o AgRg na Pet 5144/MG, o STJ se posicionou no mesmo sentido, esclarecendo que

o valor da causa na ação rescisória deve ser, em regra, o mesmo atribuído à ação que originou o julgado rescindendo. Não obstante, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a referida regra deve ser mitigada quando restar demonstrada a discrepância entre tal valor e o benefício econômico auferido com a decisão a ser rescindida.³⁸⁷

À ação rescisória se aplica a regra do art. 284 do CPC, que permite ao autor emendar a petição inicial. Assim sendo, se a petição inicial da ação rescisória não se apresentar de forma muito clara, caberá ao relator determinar a emenda para que o autor esclareça qual a sua causa de pedir. Da mesma forma, não se pode pretender indeferir a petição inicial se o depósito, por exemplo, estiver incompleto. Deve-se, antes, intimar a parte para complementá-lo.

Não é incomum que nas iniciais de ação rescisória, o autor, de forma equivocada, peça a rescisão da sentença, quando tal pronunciamento já foi substituído pelo acórdão. Este vício, porém, é sanável, como reconheceu o próprio STF no seguinte acórdão:

Ação rescisória. Extinção do feito, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Entendimento no sentido de que o autor pretendia rescindir a sentença, em vez de buscar a desconstituição do acórdão que a substituiu. **Formalismo excessivo que afeta a prestação jurisdicional efetiva. Erro no pedido que não gera nulidade, nem causa para o não-provimento.** [...] Recurso Extraordinário provido. Remessa ao TRT da 4ª Região, a fim de que aprecie a ação rescisória, como entender de direito.³⁸⁸ (grifo nosso)

³⁸⁶ CÂMARA, 2007, p. 164.

³⁸⁷ Ibid., p. 164. Ao julgar o AgRg na Pet 5144/MG, o STJ se posicionou no seguinte sentido: “o valor da causa na ação rescisória deve ser, em regra, o mesmo atribuído à ação que originou o julgado rescindendo. Não obstante, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a referida regra deve ser mitigada quando restar demonstrada a discrepância entre tal valor e o benefício econômico auferido com a decisão a ser rescindida”. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, data de julgamento: 25.04.2007. www.stj.gov.br (acessado em 28.01.2008).

³⁸⁸ Recurso Extraordinário 395.662/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, data de julgamento: 16.03.2004.

Atualmente, pela regra do art. 489 do CPC, não há mais dúvida de que é cabível a concessão de liminar, tanto cautelar, quanto antecipatória de tutela, na ação rescisória, visando a, em regra, obstar a execução do título judicial.³⁸⁹ Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

a alteração realizada pela Lei 11.280/2006 no art. 489, desse modo, cuidou apenas de estabelecer expressamente o que, há mais de vinte anos, já vinha sendo sustentado pela doutrina, em relação à medida cautelar, e, igualmente, passou a ser defendido quanto ao cabimento da antecipação dos efeitos da tutela para obstar a execução de sentença.³⁹⁰

Na seqüência, o relator deverá determinar a intimação do réu para se pronunciar no prazo previsto no artigo 491 do CPC. Esse prazo não pode ser inferior a 15 ou superior a 30 dias. Não se aplica à rescisória nem a regra do art. 191 – uma vez que o juiz, verificando a existência de litisconsortes, poderá fixar o prazo para defesa em 30 dias – nem do art. 188 do CPC, que concerne aos prazos legais, não aos judiciais.³⁹¹

Hoje, pela regra do art. 489 do CPC, não há mais dúvida de que é cabível a concessão de liminar, tanto cautelar quanto antecipatória de tutela na ação rescisória, visando a, em regra, obstar a execução do título judicial.

Citado, o réu poderá oferecer contestação, reconvenção, exceção e impugnação ao valor da causa. É certo, porém que se o réu for revel nem por isso, necessariamente, a ação rescisória será julgada procedente³⁹². É possível que venha a ser necessária uma fase de instrução, na ação rescisória, que poderá ser realizada no próprio tribunal ou mediante diligência no juízo de 1º grau. Finda a instrução, é aberta vista às partes. Os regimentos internos dos tribunais locais fixam a composição do órgão julgador da ação rescisória.

³⁸⁹ No REsp 795860/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, o STJ assim se pronunciou a respeito da possibilidade de suspensão da execução de título judicial objeto de ação rescisória: “A ação rescisória do julgado revela nítido caráter prejudicial em relação ao cumprimento do aresto rescindendo, o que, por si só, na avaliação quantum satis do juízo poderia conduzi-lo à suspensão por prejudicialidade da efetivação da decisão judicial (artigo 265, I, a, III do CPC). Deveras, a aplicação subsidiária da regra da execução extrajudicial ao cumprimento da sentença, torna incidente o artigo 791, do Codex Processual, que determina a suspensão da execução nos mesmos casos em que se susta a marcha do processo de reconhecimento (artigos 791, II, c/c 475-R, ambos do CPC. Incorre error em procedendo na suspensão do cumprimento do título judicial, quando o mesmo restou rescindido por aresto do E. STF, no cognominado caso APADECO, sujeito, apenas, aos embargos declaratórios”. Data de julgamento 08.05.2007. www.stj.gov.br (acessado em 01.10.2007).

³⁹⁰ WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 203.

³⁹¹ MOREIRA, 2003, p. 191.

³⁹² Em nosso ‘A revelia sob o aspecto da instrumentalidade’ sustentamos que o autor, na inicial, tem o ônus de demonstrar a ocorrência de algum dos vícios relacionados no art. 485 do CPC e o silêncio do réu, não oferecendo contestação, não o dispensa desse ônus. O fato de se tratar de ação rescisória e de envolver a desconstituição da autoridade da coisa julgada reforça esse ônus, devendo o julgador ser mais exigente e cuidadoso na análise da prova para fins de formação de sua convicção. (Ibid., p. 170).

Proferido o acórdão, que julga a ação rescisória, contra o mesmo, são cabíveis os recursos de embargos de declaração, embargos infringentes (art. 530 do CPC) e recursos de estrito direito.

5 DO JUÍZO RESCINDENTE E SUA RELAÇÃO COM O JUÍZO RESCISÓRIO:

Estão sujeitas à ação rescisória as sentenças nulas e as sentenças “meramente rescindíveis”. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, as sentenças meramente rescindíveis são aquelas que não padecem de qualquer vício, nem decorrem de um processo que contivesse vício que pudesse contaminá-la. A elas se refere o inciso VII do artigo 485 do CPC.³⁹³

Os possíveis fundamentos para a ação rescisória estão previstos no art. 485 do CPC. Referem-se ao juiz (ou ao juízo), aos atos (atitudes) das partes, aos meios de prova ou à sentença. Quanto à pessoa do juiz, o impedimento (melhor seria que a lei tivesse previsto a parcialidade) é vício que macula o pronunciamento de mérito. Quanto ao juízo, o vício grave que pode levar à rescisão do julgado é a incompetência absoluta. Quanto às partes, o art. 485 do CPC, prevê sua atuação mediante dolo processual e colusão. Também é fundamento para desconstituir a sentença transitada em julgado, ter o pronunciado se baseado em atos de disposição de vontade inválidos. No que se refere às provas, a lei prevê a falsidade e, também, o documento novo, único dos fundamentos que não diz respeito a qualquer nulidade.

Far-se-á análise de cada um dessas possíveis causas de pedir, procurando destacar os pontos mais relevantes e a relação que eventualmente possa existir entre o juízo rescindente e o juízo rescisório. Além disso, será sugerida, com base na doutrina e na jurisprudência, uma reflexão sobre alguns aspectos do juízo rescindente.

5.1 PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO OU CORRUPÇÃO DO JUIZ

De acordo com o art. 316 do Código Penal, o crime de concussão consiste em “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.” O art. 317, também do Código Penal, estabelece que o crime de corrupção consiste em “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.” Por fim, prevaricar significa “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição

³⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 372.

expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, como se pode ler no art. 319 do Código Penal.

Só se cogita da rescisão se alguma das condutas acima descritas tiver sido praticada pelo juiz que proferiu o pronunciamento que se pretende desconstituir. Se o juiz que se reputa ter prevaricado, por exemplo, for aquele que determinou a citação, mas a sentença de mérito foi proferida por outro magistrado, não está presente o fundamento para a rescisória.

É irrelevante o fato de a sentença de mérito, proferida pelo juiz prevaricador, ter sido objeto de recurso e “confirmada” pelo Tribunal. Neste ponto, concorda-se com o posicionamento de Flávio Luiz Yarshell, que adota para essa hipótese o mesmo raciocínio que desenvolve em relação ao juiz impedido, no sentido de que a substituição do pronunciamento do juiz por outro, do tribunal, não é suficiente para se repute o vício superado. Segundo Flávio Luiz Yarshell,

Poder-se-ia argumentar (para viabilizar o novo julgamento diretamente pelo Tribunal competente para a ação rescisória) que, tendo havido recurso contra a sentença proferida pelo juiz impedido e tendo o Tribunal julgado tal recurso por magistrados imparciais e competentes, estaria o vício de primeira instância superado. Tal, contudo, não parece correto, porque isso seria distinguir onde a Lei não distinguiu, atenuando-se a gravidade de um vício que a Lei considerou de grande relevância (a ponto de autorizar a ação rescisória). De outro lado, embora imparciais os julgadores de segundo grau, não se poderia determinar até que ponto a parcialidade do juiz de grau inferior teria interferido no julgamento [...]³⁹⁴

Ressalva-se que, para fins de rescindibilidade: – não é necessário ter havido condenação do juiz pela prática do crime; – a prova da prática do ilícito penal poderá ser produzida no bojo da própria ação rescisória, cabendo ao tribunal apreciá-la para formar o seu convencimento a respeito; – não é necessária a perfeita e exata caracterização dos elementos dos respectivos tipos penais.

Pode acontecer, porém, que já exista sentença penal. Neste caso, Alexandre Freitas Câmara³⁹⁵ chama a atenção para as várias possibilidades que surgem: – a condenação do magistrado pela prática do crime, caso em que não poderá o tribunal, ao julgar a rescisória, negar a existência do vício; – a absolvição do magistrado, caso em que será preciso verificar o seu fundamento. Se o fundamento tiver sido a inexistência material do fato, não poderá o tribunal acolher a pretensão rescindente. De outro lado, se no juízo criminal concluir-se pela insuficiência de provas, o Tribunal competente para o julgamento da ação rescisória

³⁹⁴ YARSHELL, 2005, p. 300.

³⁹⁵ CÂMARA, 2007, p. 63.

permanecerá livre para decidir conforme seu próprio convencimento; – há, ainda, a possibilidade de pendência simultânea do processo penal e da ação rescisória, quando, então, deverá esta ter o seu curso suspenso, a fim de se aguardar a solução daquele, na forma do disposto no art. 110 do CPC.

É de amplo conhecimento, divulgado pela imprensa nacional³⁹⁶, de vários casos de crimes (corrupção, prevaricação, concussão), envolvendo magistrados e que ainda pendem de investigação criminal. Isso não impede, porém, eventualmente, que aquele que tenha tido contra si um pronunciamento de mérito, já transitado em julgado, proferido por um daqueles magistrados, possa lançar mão da ação rescisória sob o fundamento do art. 485, I do CPC, visando à desconstituição daquela decisão. Mas terá que fazê-lo no prazo decadencial de dois anos.

Na hipótese do inc. I do art. 485 do CPC, julgada procedente a ação rescisória [no juízo rescindente], o rejuízo implicará anulação de todos os atos e deverá ocorrer em 1º grau, pelo juiz substituto. Nada impede que o resultado desse novo julgamento venha a ser o mesmo do anterior, mas agora sem a pecha da ilicitude do magistrado.

5.2 IMPARCIALIDADE DO JUIZ

As causas de impedimento estão previstas no artigo 134 do CPC. É pressuposto de validade do processo que o juiz seja imparcial, no sentido de, em relação a ele, incorrerem quaisquer daquelas hipóteses previstas no mencionado dispositivo de lei. Sentença de mérito proferida por um juiz impedido é nula e, se transitada em julgado, enseja a propositura de ação rescisória, quer tenha, ou não, sido suscitado o vício no curso do processo original.

Questão interessante é aquela de se saber se, proferida em primeiro grau a sentença por um juiz impedido, e sobrevindo acórdão que a substitua, persistirá o vício de origem. Entende-se que sim, pelos mesmos fundamentos já expostos no item anterior, em que se tratou da concussão, prevaricação e corrupção do magistrado. Dessa forma, o tribunal, em face de ação rescisória, sob o fundamento de impedimento do juiz de primeiro grau, deverá, se evidenciado o vício, julgá-la procedente, remetendo os autos à primeira instância, para o

³⁹⁶ “Bingos pagavam até R\$ 30 mil por mês para manter liminares, diz PF”. In: G1.globo.com/noticias/SP. Acessado em: 23 de março de 2008.

juiz substituto.³⁹⁷ Neste sentido, tem-se o acórdão proferido na ação rescisória n. 2003.04.01.026530-3/SC, em que se entendeu:

[...] Ocorre que o impedimento do juiz é matéria de ordem pública, que pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, ou seja, não é suscetível de preclusão. Destarte, por se tratar de pressuposto processual de validade, o trânsito em julgado de sentença proferida por juiz impedido não convalida o vício, em face da presunção absoluta de parcialidade do juiz. Então, a sentença, embora processualmente substituída pelo aresto de segundo grau, pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, desde que, obviamente, ajuizada no prazo previsto no art. 495 do CPC.³⁹⁸

Devem ser consideradas três situações quando o que se pretende rescindir é o acórdão do Tribunal, quais sejam: – se o voto do julgador impedido for o voto vencedor, a ação rescisória deverá ser julgada procedente e o Tribunal deverá, na seqüência, rejuogar (sem, é claro, a participação do juiz impedido); – se o julgador impedido tiver proferido voto vencido e se esse voto mostrar-se isolado, sem qualquer repercussão, não há razão para julgar procedente a rescisória e desconstituir a decisão do Tribunal; – entretanto, se o voto vencido for relevante e tiver ensejado, por exemplo, embargos infringentes, aí não resta dúvida de que se impõe a procedência da ação rescisória. Os julgadores procederão ao rejuogamento, com plena liberdade de convencimento.

O artigo 485 do CPC, no seu inciso II refere-se, quanto ao juiz, somente ao vício de impedimento. A suspeição, porque tida como causa de nulidade relativa, não ensejaria a possibilidade de desconstituição do julgado. As causas de suspeição estão previstas no artigo 135 do CPC e têm, diferentemente das causas de impedimento, conotação subjetiva. O tratamento legal para o vício de suspeição é diferente daquele que se aplica à situação de impedimento. Assim, em relação à suspeição, a lei prevê que a parte tem 15 dias, contados do conhecimento do fato, para suscitar o vício; se não o fizer, opera-se a preclusão. Uma primeira questão que se coloca é aquela de a parte ter tido ciência do vício de suspeição apenas depois de proferida e transitada em julgado a sentença de mérito. Não poderia a parte suscitar esse vício para fins de desconstituir o julgado? Além disso: a suspeição é realmente um vício menor que aquele do impedimento? Reputa-se que **não** e que se deve, nesse caso, ler este inciso II do artigo 485 do CPC como se ali estivesse estampado o vício da **parcialidade** e não somente o do impedimento.

³⁹⁷ Por isso, não se cogita da incidência da regra do art. 515, parágrafo 3º do CPC. A incidência deste artigo implica, necessariamente, que, julgado procedente o pedido rescindente, o rejuogamento ocorra no tribunal, pelos seus membros.

³⁹⁸ Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik. TRF da 4ª Região. Data de julgamento: 30/10/2006. In: www.trf4.gov.br. Acessado em: 23/03/2007.

A suspeição põe em risco a confiança que os jurisdicionados depositam no Estado Juiz – e, em decorrência disso, afeta a própria higidez do Estado Democrático de Direito.

De fato, obrigar os jurisdicionados a aceitarem e a cumprirem decisões emanadas por Juiz que, por exemplo, mantém relação de confiança com o advogado da parte contrária implicaria o descrédito de todo o sistema, comprometendo a própria dignidade da justiça.

Conforme destaca Celso Agrícola Barbi,

A primeira e mais importante qualidade de um Juiz é a imparcialidade. Investido da alta missão de decidir acerca dos mais relevantes interesses das partes, munido de amplos poderes para esse fim, é indispensável que o Juiz realmente julgue sem ser influenciado por quaisquer fatores que não o direito dos litigantes. O despreparo cultural ou a morosidade do Juiz podem preocupar o litigante. **Mas o fator que é realmente capaz de intranquilizá-lo, de fazê-lo descrer na justiça humana, é a falta de confiança na isenção do Juiz.**³⁹⁹ (grifo nosso)

A imparcialidade decorre da garantia constitucional do **juiz natural**, que é, segundo Rui Portanova, “aquele Juiz integrante do Poder Judiciário, regularmente cercado das garantias próprias conferidas àqueles que exercem esse poder e, por isso mesmo, independentes e imparciais.”⁴⁰⁰ Com propriedade, afirma Clito Fornaciari Júnior: **“a Justiça não é só para ser honesta, mas também para parecer honesta.”**⁴⁰¹ (grifo nosso)

Em verdade, o vício da parcialidade – presente tanto nos casos de impedimento quanto de suspeição – compromete o pronunciamento judicial porque, **mais seriamente do que um vício de natureza formal, eminentemente técnica (a incompetência, por exemplo) é um vício do espírito. O Juiz incompetente pode ter isenção de espírito e julgar bem. Os Juízes tidos por suspeitos, não.** Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que o impedimento e a suspeição do magistrado são expedientes **que se pode afirmar serem mais graves do que a incompetência absoluta do Juízo**, para o qual o ordenamento jurídico expressamente previu a consequência da nulidade dos atos decisórios (art. 113, §2º do CPC). Por certo, é “inconcebível dar-se tratamento mais ameno a um vício mais sério”⁴⁰², razão pela qual defende que pelo menos sejam aplicadas às situações de suspeição e impedimento as mesmas aplicadas para a incompetência absoluta: a nulidade de todos os atos decisórios.

³⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1, p. 333-334.

⁴⁰⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 64.

⁴⁰¹ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Da necessária releitura do fenômeno da suspeição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 88, n. 766, p. 97, ago. 1999.

⁴⁰² WAMBIER, 2007, p. 210.

Seguindo essa lógica, os regimentos internos dos Tribunais de Justiça e também do STJ contêm dispositivos, determinando expressamente que, reconhecida a suspeição, devem ser considerados nulos os atos praticados pelo juiz suspeito.⁴⁰³

Também o **Código de Processo Penal** contém dispositivo expreso estabelecendo a nulidade dos atos praticados pelo Juiz suspeito: “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz.”

Para Tiago Asfor Rocha Lima,

considerando-se que, se o magistrado foi considerado incapaz para atuar no feito, não há como se aproveitar e ratificar os atos, especialmente os de caráter decisórios por ele timbrados. **Atribuí-los a pecha da invalidade é apenas uma consequência lógica da própria natureza da arguição de suspeição.**⁴⁰⁴ (grifo nosso)

Portanto, se a parte que teve contra si uma sentença de mérito transitada em julgado, vier a tomar conhecimento de alguma causa de suspeição do juiz, **poderá** intentar ação rescisória sob o fundamento do Inciso II do artigo 485 do CPC.

Para endossar este entendimento, pode-se fazer um paralelo com a hipótese do inciso VII do artigo 485 do CPC, que autoriza a rescisão da sentença se, depois dela, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pode fazer uso. O fundamento de tal inciso é garantir a obtenção da justiça, contemplando o maior leque possível de elementos capazes de obtê-la. Neste sentido, a descoberta de um documento novo capaz de alterar a decisão do juiz é visto pelo ordenamento jurídico como apto a ensejar a ação rescisória. Como não seria igualmente apta a comprovação de suspeição do juiz que proferiu a sentença?

5.3 INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

A incompetência absoluta, prevista no artigo 113 do CPC, que diz respeito à matéria e hierarquia, é considerada questão de ordem pública. Sentença proferida por juízo absolutamente incompetente é nula e, se transitada em julgado pode ensejar a propositura de

⁴⁰³ “Reconhecida a procedência da suspeição, **haver-se-á por nulo o que tiver sido processado perante o recusado.**”- Art. 261 do Regimento Interno do Eg. TJ/PR, e art. 279 do Regimento Interno desse Eg. STJ.

⁴⁰⁴ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Exceção de Suspeição de Magistrado: Tutela Provisória e Efeitos (Extrínsecos e Intrínsecos) do julgamento do Incidente. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 48, mar. 2007.

ação rescisória. Intentada a ação rescisória e evidenciado o vício, entende-se que, em regra, os autos devem ser remetidos para o juízo competente para fins de rejuízo.⁴⁰⁵

Por força da Emenda Constitucional 45, ampliou-se a competência da Justiça do Trabalho. Em virtude disso, surgiu discussão sobre a justiça competente para conhecer e julgar as ações de indenização de dano moral decorrentes de acidente de trabalho. Discutia-se se estas ações deveriam ser julgadas pela justiça comum ou pela justiça laboral. O STJ, com o julgamento do Conflito de Competência nº 81.516, definiu que, a partir da Emenda Constitucional nº 45, a competência para processar e julgar tais causas passou a ser da Justiça do Trabalho. A norma constitucional teria aplicação imediata, porém, só seriam remetidas para a justiça especializada as ações em que ainda não tivesse sido proferida sentença. Dessa forma, pode-se cogitar do cabimento de eventual ação rescisória de sentença de mérito que tenha sido proferida na justiça comum após o advento da Emenda Constitucional nº 45 e que tenha transitado em julgado. Uma vez julgada procedente a ação rescisória pelo tribunal estadual, os autos devem ser remetidos para a justiça do trabalho.

5.4 DOLO E COLUSÃO

Segundo Alexandre Freitas Câmara,

haverá dolo processual sempre que uma das partes, agindo sem observar o dever de lealdade e de boa-fé, tentar influir no convencimento do julgador para obter um resultado que lhe seja favorável (...) O juiz é, portanto, o destinatário do dolo processual. Trata-se, pois, de causa de rescindibilidade que decorre, diretamente, da violação do dever de lealdade processual, insculpido no artigo 14, II, do CPC.⁴⁰⁶

O dolo, para ensejar a ação rescisória, deve: – ser do vencedor; apresentar nexo causal entre com o teor da decisão; – ser comprovado, não se podendo presumi-lo. Já se entendeu, como dolo processual, a conduta desidiosa do advogado do réu, que agindo em conluio com o autor, deixa de apresentar defesa na ação para a qual foi contratado, e ainda, posteriormente, após ser intimado da sentença, comete erro grosseiro de, ao invés de interpor

⁴⁰⁵ Flávio Luiz Yarshell esclarece que, eventualmente, a regra do art. 515, parágrafo 3º do CPC possa vir a ser aplicada se acolhido o pedido de desconstituição pelo fundamento da incompetência, o próprio tribunal proceder a rejuízo. Se a sentença foi proferida por outro juiz que não aquele que dirigiu a instrução, a sentença padece de nulidade. O autor poderá valer-se de ação rescisória. Se o tribunal reconhecer a incompetência, desconstituirá a coisa julgada e, de a matéria versada na ação for unicamente de direito, poderá desde logo julgar.

⁴⁰⁶ CÂMARA, 2007, p. 68.

o recurso cabível, formular pedido de reconsideração, sem sequer efetuar preparo, permitindo dessa forma que a sentença transitasse em julgado.⁴⁰⁷

Eduardo Talamini ressalta, ainda, que: – pode haver alguma sobreposição da hipótese de rescisão por dolo com outro fundamento do artigo 485 do CPC, como, por exemplo, o suborno, pela parte vencedora, da testemunha do outro litigante; – o dolo da parte abrange o dolo da pessoa que age em seu nome tal como se viu no exemplo descrito; – o dolo exclusivo de um dos litisconsortes dará ensejo à rescisão apenas do capítulo da sentença que lhe diga respeito, se o litisconsórcio for simples (não-unitário). Sendo unitário, a rescisão atingirá o comando favorável a todos os litisconsortes, mesmo que apenas um deles tenha atuado dolosamente.⁴⁰⁸

Sendo evidenciado o dolo e, portanto, julgado procedente o pedido de desconstituição, o juízo rescisório poderá ser exercido pelo próprio tribunal, no exercício do seu livre convencimento, de maneira que não se pode excluir *a priori* a possibilidade de a decisão continuar sendo favorável à parte que, antes, agiu de forma dolosa. Nada impede, também, que em face de peculiaridades do caso concreto, os autos sejam remetidos para 1ª instância, para que novo julgamento ocorra lá.

No que se refere à colusão, deve-se verificar o que estabelece o artigo 129 do CPC: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.” A colusão é a simulação processual, o artifício que as partes utilizam no processo para obterem vantagens para si e/ou provocar prejuízos para terceiros. Essa simulação pode ser demonstrada na própria rescisória e é marcada pela inexistência de um litígio verdadeiro, razão pela qual, se reconhecido o vício, no juízo rescindente na ação rescisória, não haverá, na seqüência, rejuízo.

Eduardo Talamini afirma ainda que

como ninguém pode alegar a própria torpeza em seu proveito, a legitimidade ativa para ação rescisória caberá a litisconsortes que não tenham participado do conluio, ao Ministério Público (art. 487, III, b) e a terceiros. Normalmente, o terceiro que é credor de uma das partes não detém interesse jurídico para intervir no processo. É apenas econômico o interesse desse terceiro em que seu devedor não seja derrotado, e assim não tenha o patrimônio diminuído – o que dificultaria a satisfação do crédito. Porém, quando as partes agem em colusão para prejudicar o terceiro, surge-lhe o interesse jurídico para impedir ou desfazer o resultado fraudulento.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Resp nº 535141 – TO. Data de julgamento: 28/02/2005. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. www.stj.gov.br. Acessado em 23/03/2008.

⁴⁰⁸ TALAMINI, 2005, p. 148-149.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 152.

5.5 COISA JULGADA

Em virtude do que já foi exposto neste trabalho a respeito da coisa julgada, será abordada neste tópico a questão a respeito do “conflito” entre coisas julgadas.

Se “A” propõe em relação a “B” ação de cobrança de crédito “X” e se o seu pedido é julgado improcedente por meio de sentença que transita em julgado, em virtude do efeito negativo da coisa julgada – conforme dispõe o artigo 5º, XXXVI da CF e os artigos 467, 468 e 471 *caput* do CPC – pedido igual não poderá ser objeto de apreciação nem pelo juiz da própria causa em que foi proferida a sentença, nem por outro qualquer. Dessa forma, se “A” intentar outra ação idêntica, “B” deverá suscitar a existência de coisa julgada em preliminar de contestação ou o juiz poderá conhecer dessa questão, de ofício, extinguindo o processo sem julgamento de mérito.

Se, entretanto, esse segundo processo chegar a ser julgado no mérito, duas situações podem ocorrer:

- a) a segunda decisão não transitar em julgado. Neste caso, ter-se-á a coisa julgada, que se produziu em relação à primeira ação, e sentença, ainda não transitada em julgado, decorrente da segunda ação;
- b) o trânsito em julgado da segunda decisão. Aí, então, estar-se-á em face de um “conflito” entre coisas julgadas.

Para ambos os casos, entende-se que deve prevalecer a primeira sentença que transitou em julgado, embora a questão não seja pacífica. Flávio Luiz Yarshell, por exemplo, sustenta que, no caso da primeira situação descrita, deve prevalecer o segundo pronunciamento, enquanto não for devidamente desconstituído.⁴¹⁰ No que se refere à segunda situação descrita, o doutrinador igualmente entende que é a segunda decisão que deve prevalecer.⁴¹¹ Realmente, doutrina e jurisprudência se dividem a respeito do tema. Sérgio Rizzi, Teresa Arruda Alvim Wambier e Theresa Alvim posicionam-se no sentido de que deve prevalecer a primeira coisa julgada, porque: – esse seria o comando do artigo 5º, XXXVI da CF, que impede, em princípio, que uma segunda coisa julgada retroaja para alcançar a primeira; – além do citado argumento constitucional, pode-se dizer que o vencedor da primeira demanda tem a seu favor o direito adquirido; – os diversos argumentos de que se pode lançar mão sob a ótica processual, desde a proibição do *bis in idem* até a litigância de

⁴¹⁰ YARSHELL, 2005, p. 320.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 318.

má fé.⁴¹² Para Sérgio Rizzi, seria possível o ajuizamento da ação rescisória em relação à segunda coisa julgada, independentemente do prazo decadencial. Para Theresa Alvim, em relação à segunda coisa julgada, constituída sobre o mesmo objeto, seria cabível uma ação declaratória de nulidade, que não se submeteria igualmente ao prazo decadencial. Enfim, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que se estaria em face de uma situação de inexistência, sendo cabível uma ação declaratória nesse sentido. De outro lado, porém, posicionam-se Ada Pellegrini Grinover⁴¹³ e o citado Flávio Yarshell. Os fundamentos por eles adotados estão expressos no seguinte acórdão:

Também não procede a alegação do recorrente segundo a qual “deve prevalecer o julgado que primeiro transitou em julgado, no caso, a sentença trabalhista, o que implicaria na inexistência de crédito a ser executado no presente feito.”⁴¹⁴

Com efeito, não obstante uma parte da doutrina e da jurisprudência sustente que deveria prevalecer a primeira das duas sentenças, não se pode olvidar que a segunda sentença proferida em afronta a uma primeira coisa julgada, contra a qual não foi ajuizada ação rescisória, é juridicamente existente, constituindo um novo comando jurisdicional [...] E, então, “o primeiro julgado destitui-se de valor, visto que o segundo julgado implica negação de todo julgado anterior em contrário.”⁴¹⁵

Fundamentalmente, os adeptos da corrente que prevaleceu no acórdão acima, sustentam que a lei teria previsto expressamente o cabimento da ação rescisória contra o segundo pronunciamento – art. 485, IV do CPC. Decorrido o prazo sem que a ação rescisória tenha sido intentada, ficaria superado o defeito da segunda sentença. Entende-se, porém, no sentido inverso. Quando o artigo 485, IV do CPC prevê a hipótese de ação rescisória contra o pronunciamento violador de coisa julgada anterior, **reafirmou** essa primeira coisa julgada, em conformidade com a regra constitucional e com a regra do próprio CPC que veda a litigância de má-fé, pois mais grave e danoso que o réu ter deixado de se pronunciar sobre a existência de coisa julgada é a conduta do autor que, deliberadamente, no intuito de se beneficiar, intentou uma segunda ação com o mesmo objeto.

Reconhecida a ofensa à coisa julgada, não há rejuízo.

⁴¹² RIZZI, 1979. p. 129; WAMBIER, 2007, p. 378; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. **Revista de Processo**, v. 39, n. 12.

⁴¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual civil**. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 85.

⁴¹⁴ YARSHELL, 2005, p. 87.

⁴¹⁵ REsp n. 604.880/SE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima.

5.6 VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

Que sentido atribuir à expressão literal disposição de lei? O sentido mais consentâneo com o Estado Democrático de Direito. É essa a premissa de que se parte neste trabalho.

Primeiramente, a interpretação de lei deve ser ampla, abrangendo a própria Constituição^{416, 417}, qualquer espécie legislativa nela prevista, normas de direito estadual, municipal e estrangeiro. Aí, também, estão incluídos os princípios jurídicos, que são normas jurídicas.

No âmbito da ação rescisória não se aplica o requisito do prequestionamento, próprio dos recursos de estrito direito. Nesse sentido, já se pronunciou o Min. Eros Grau, afirmando expressamente que “o requisito do prequestionamento não se aplica à ação rescisória, que não é recurso, mas ação contra a sentença transitada em julgado, atacável, ainda que a lei invocada não tenha sido examinada na decisão rescindenda.”⁴¹⁸

Na doutrina, Eduardo Talamini também assevera que “O escopo precípua da rescisória é a proteção do direito da parte. Sendo assim, a idéia de prequestionamento é irrelevante nesse campo.”⁴¹⁹

A regra do art. 485, V do CPC compreende tanto a violação de norma material quanto processual.

⁴¹⁶ Cabem, aqui, as observações já feitas quando, em item anterior, se expôs a respeito dos embargos à execução com base no art. 741, parágrafo único do CPC.

⁴¹⁷ Gisele Santos Fernandes Góes defende que “São duas as situações que devem ser comentadas: a)- contribuinte é condenado a recolher tributo e, posteriormente, ele é declarado inconstitucional pelo STF. Qual a eficácia da ação rescisória proposta pelo contribuinte, desde que julgada procedente? e b)- contribuinte devidamente amparado por determinada lei confirmada sua situação judicialmente, deixa de recolher tributo, contudo, depois a lei que o beneficiava é declarada inconstitucional pelo STF. Qual a eficácia da ação rescisória interposta pelo Poder público? No primeiro caso, a ação rescisória do contribuinte detém eficácia ex tunc, posto que ele tem o direito de repetição de todos os valores indevidamente recolhidos ao Erário e a fundamentação legal é o art. 182 do diploma civil c/c com o art. 165 do CTN. (...) Além disso, deve destacar-se que a Lei 9868/99 que trata do controle da constitucionalidade estabeleceu explicitamente a eficácia como regra de caráter retroativo, para as ações de controle concentrado. No segundo caso, o contribuinte não recolheu o tributo, pois estava embasado numa decisão judicial transitada em julgado e essa para o CTN, em seu art. 156, inciso X, cria a denominada extinção do crédito tributário, portanto, não existe mais tributo a ser auferido pelos cofres públicos, e, ainda que declarada a lei inconstitucional, a lei complementar tributária é clara, no rumo de que não pode retroagir, exceto no caso de benefício ao contribuinte (art. 106, inciso II do CTN), onde, então, a eficácia é ex nunc.” GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Premissas básicas da ação rescisória**. Ênfase nas polêmicas questões da finalidade, efeitos da decisão e execução, em função da procedência do ius rescindens. Execução civil. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 144.

⁴¹⁸ Emb.Decl. no AgReg no Recurso Extraordinário 444.810-6 – Distrito Federal. Data de julgamento: 03.04.2007.

⁴¹⁹ TALAMINI, 2005, p. 160.

Quanto às normas processuais, são muitas as ações rescisórias intentadas com base em violação a regras diretamente conectadas com o princípio do contraditório.

Assim, foi julgada procedente ação rescisória em que a ré, em virtude da sua cisão e mudança de endereço, não foi regularmente citada para ação originária e, em face disso, foi revel.⁴²⁰ Julgou-se procedente, também ação rescisória intentada com base na infração à regra do art. 518 do CPC, reconhecendo-se que

a ausência de intimação do procurador do condomínio autor na publicação pela qual se deu cumprimento ao art. 518 do CPC e a não intimação pessoal do mesmo, constituem infrações à lei processual que maculam irremediavelmente todo o segmento processual que lhe seja posterior, justificando-se o manejo do remédio rescisório, já que se trata de nulidade como tal proclamada expressamente na lei.⁴²¹

O TJRJ julgou procedente ação rescisória intentada com base na violação à regra do art. 515, parágrafo 3º do CPC. Na ementa, lê-se

Acórdão rescindendo que, afastando a preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa, anulou a sentença e enfrentou o mérito da causa, julgando improcedente o pedido. Causa que não comportava a aplicação da teoria da causa madura, porquanto se tratava de questão de fato e não exclusivamente de direito. Supressão de instância. Procedência do pedido.⁴²²

O STJ deu provimento a Recurso Especial decorrente de Ação Rescisória intentada com base na ofensa à regra do art. 475 do CPC.

Acórdão recorrido que admitiu a ação rescisória, considerando presentes os pressupostos de admissibilidade e re julgando a causa por violação à literal dispositivo de lei (art. 475 do CPC) porque o acórdão rescindendo, em remessa obrigatória, alterou a base de cálculo dos honorários (de valor da causa para valor da condenação), agravando a situação da Fazenda Pública, sem que o recurso de apelação interposto pela parte contrária tivesse impugnado a sentença na parte relativa a honorários.⁴²³

Do STJ tem-se acórdão que proveu REsp para julgar procedente pedido formulado em ação rescisória, para reconhecer que

Há interesse público coletivo na ação proposta com o objetivo de assegurar o direito de acesso físico a edifício de uso coletivo por idosos, portadores de deficiência e pessoas com mobilidade reduzida. A Lei 7.853/89 deve ser interpretada à luz da

⁴²⁰ AR 70006520316, TJPR, data de julgamento 04.11.2004, Relator Orlando Heemann Júnior.

⁴²¹ AR 338.744-4, TJPR, Relator Des. Ivan Bortoleto, data de julgamento: 27.02.2008.

⁴²² AR 2006.006.00038, julgamento: 07.05.2007, Relator Des. Roberto Wider.

⁴²³ REsp 935874/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, data de julgamento 18.10.2007.

igualdade de tratamento e oportunidade entre as pessoas que fazem uso de edifício destinado a uso coletivo, facilitando o acesso daqueles que tem a mobilidade reduzida em razão de necessidade especial. Nas causas em que se discute interesse de pessoa de deficiência ou pessoa com dificuldade de locomoção, e também interesse do idoso, é obrigatória a intervenção do Ministério Público.⁴²⁴

Reputa-se poder afirmar que é cabível ação rescisória contra o pronunciamento judicial que inadmita o recurso de apelação interposto pelo devedor contra o pronunciamento que julga a liquidação, nos termos da Lei 11.232, de 22.12.2005, permitindo o trânsito em julgado.⁴²⁵ O fundamento para essa ação rescisória seria violação ao princípio processual da fungibilidade. Em face da dúvida objetiva que existe sobre qual o recurso cabível, é ilegal o pronunciamento judicial que inadmita o recurso interposto pela parte sem fazer incidir a fungibilidade.

Eduardo Talamini assevera que o sentido de literal disposição, expressão contida no inciso V do art. 485 do CPC, significa que a afronta à ordem jurídica, para que caiba a rescisória com base nesse inciso, precisa ser constatável pelo mero exame das questões jurídicas, considerando-se como premissa os fatos já definidos no processo.⁴²⁶ A expressão teria o sentido de ofensa ao ordenamento que se constata independentemente do reexame dos fatos da causa.

A afirmativa merece ressalvas.

Há acórdãos do STJ que chamam a atenção. Em um deles, a sua 1ª Seção autorizou nova perícia no processo que discute a indenização a ser paga a ex-proprietários de terras desapropriadas para a criação do parque estadual da Serra do Mar (SP). Há suspeita de falsidade na perícia que estabeleceu, em 2002, indenização de mais de R\$ 370 milhões para uma área de 3.300 há. Os Ministros seguiram a divergência inaugurada pelo Ministro Herman Benjamin, que, contrariando o relator do caso, Ministro Castro Meira, atendeu o pedido do Estado de São Paulo.

“O que está em jogo não é a punição do infrator mas o desfazimento de vultosos prejuízos ao bolso do contribuinte.” Alertou o Ministro Herman Benjamin ao esclarecer que o fundamental, no caso em questão, é investigar a veracidade do laudo pericial. Segundo o Ministro, há fortes indícios de falsidade. “O Tribunal não pode negar ao Estado de São Paulo a possibilidade de provar a falsidade da perícia produzida que deu ensejo à condenação

⁴²⁴ REsp 583464/DF, data de julgamento 01.09.2005, Relatora Ministra Nancy Andrighi. www.stj.gov.br acessado em 28.01.2008.

⁴²⁵ Item 2.3.3.

⁴²⁶ TALAMINI, 2005, p. 161.

milionária”, defendeu. Além de nova prova técnica, o Estado pediu a juntada de documentos que demonstram os valores reais das terras da região.

O Relator destacou, ainda, que todas as decisões do processo foram tomadas com base na perícia e que a verificação do laudo é essencial para o julgamento definitivo (mérito) do processo. “O livre convencimento deste Tribunal, em tão relevante questão, não pode prescindir de todos os elementos probatórios necessários para o amplo e profundo debate do caso”, encerrou.⁴²⁷

Em outro item deste estudo já se fez referência ao acórdão proferido pelo STJ, no REsp 759.682/RJ, no qual colocou-se em dúvida cálculos realizados pelo contador judicial, que condenava o Banco Bradesco S/A ao pagamento de uma indenização inicial, em 1994, de R\$ 4.500,00, e que, em outubro de 2000, ultrapassava a cifra de R\$ 9 milhões.

Em outra oportunidade, o STJ discutiu cálculos de liquidação que, em um ano, aumentaram o valor devido pelo Município de Belém e objeto de execução, de R\$ 3 milhões para mais de R\$ 21 milhões. O Ministro Relator destacou que,

No que concerne ao excesso de execução, o cálculo formulado é um acinte à cidadania, por objetivar por via oblíqua, desviar receitas públicas, a pretexto de que o decurso do tempo de espera tem o condão de justificar o absurdo [...]. Nada justifica, assim, tal pagamento, nem sequer recomenda o cálculo elaborado.⁴²⁸

Em acórdão proferido no Recurso Especial nº 802.927-PE, da Relatoria do Ministro Ari Pargendler, foi dado provimento ao recurso para determinar a **anulação do processo, desde a perícia, inclusive, para que outra fosse feita**. Entendeu-se, no caso, ter havido ofensa tanto à regra do artigo 458, II [vício de fundamentação], quanto do art. 131 do CPC [livre convencimento motivado do juiz].

Em rápidas palavras, a situação retratada naquele acórdão era a seguinte: ma empresa distribuidora de combustíveis havia proposto ação ordinária contra a Petrobras Distribuidora S/A, pedindo indenização por perdas e danos em função da suspensão injustificada da venda de combustível que a Petrobras, habitualmente, com base em promessa de compra e venda mercantil, realizava para ela.

No curso da ação, foi produzida perícia para a apuração dos lucros cessantes, dos créditos contratuais, do ICMS cobrado a maior e da multa contratual.

⁴²⁷ AR 3290, in Portal do STJ. www.stj.gov.br. Acessado em 21.09.2007.

⁴²⁸ REsp 866298/PA, data de julgamento 24.04.2007. www.stj.gov.br acessado em 10.02.2008.

O laudo pericial considerou, como lucros cessantes, o lucro bruto (receita operacional bruta menos as deduções de vendas e os custos das mercadorias vendidas no período questionado).

O assistente técnico da Petrobras fez severas críticas ao laudo, dentre elas a de que, inexplicavelmente, foram desconsideradas as despesas administrativas, como se houvesse possibilidade de a autora realizar suas operações sem qualquer ônus administrativo, tais como salários, luz, encargos sociais etc.

Independentemente das críticas ao laudo, tanto o juiz de 1º grau, quanto o tribunal, com base na perícia, condenaram a Petrobras ao pagamento de indenização por perdas e danos no valor de mais de R\$ 82 milhões.

A Petrobras interpôs Recurso Especial com base na violação dos arts. 131, 293, 458, II e 460 do CPC, que foi provido. No voto do Relator, lê-se:

para dizer o menos, a perícia adotou, sem qualquer análise crítica, o método proposto por Discom Distribuidora de Combustíveis e Comércio Ltda para a apuração dos lucros cessantes. Os respectivos quesitos ignoraram o óbvio, isto é, o fato de que qualquer atividade empresarial só obtém resultados positivos mediante despesas operacionais. **Deixando de examinar essa objeção, reiteradamente enfatizada no laudo do assistente técnico da Petrobras Distribuidora S/A [...], o MM Juiz de Direito proferiu sentença nula. Nada vale a afirmação dogmática de que “sem dúvidas” [...] todas as parcelas conhecidas na perícia são devidas’.** Pergunta-se: com que responsabilidade isso foi dito, sabido que o perito se negou a responder quais os lucros tributáveis de Discom Distribuidora de Combustíveis e Comércio Ltda nos exercícios fiscais anteriores? Acaso tenham eles sido parecidos com os que foram orçados na perícia, a distribuição de combustíveis é mais rentável no Brasil do que qualquer outra atividade comercial e, com certeza, não tem paralelo em qualquer lugar do mundo. (grifo nosso)

Esses acórdãos revelam que há situações em que a ilegalidade cometida pelo julgador decorre de ilegalidade cuja origem está na prova, especialmente, na prova técnica. Nesses casos, a ilegalidade que contamina a perícia [seja porque adotou capitalização de juros, prática que é vedada por lei; seja porque calculou lucros cessantes com base na receita bruta, quando esse não é o conceito legal de lucros cessantes, que necessariamente devem excluir do cômputo das receitas, as despesas; seja em quaisquer circunstâncias nas quais o acréscimo ilegal resulta em distorções exorbitantes daquilo que é devido], contamina o pronunciamento de mérito.

O pronunciamento de mérito que é proferido com base em perícia que contém ilegalidade, absorve aquela ilegalidade que passa a ser do própria decisão judicial, sujeitando-se, portanto, aos meios de controle recursais [inclusive os de estrito direito] e ação rescisória.

A análise do inciso V do art. 495 do CPC passa, ainda, pela leitura da Súmula 343, segundo a qual, não é cabível ação rescisória com base no art. 485, V do CPC, quando, à época da prolação da decisão que se pretende rescindir, a jurisprudência era controvertida. Essa Súmula não se aplica para as ações rescisórias que envolvam questão constitucional. Reputa-se que não inaplicáveis, igualmente, para as ações rescisórias que versem questão de direito infraconstitucional. Isso porque, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier,

A segurança pela qual optamos não é a segurança por si mesma, mas a segurança de se ter conseguido melhor, portanto, segurança com conteúdo. Ao nos posicionarmos no sentido da impugnabilidade de tais decisões, optamos pela segurança ligada ao princípio da isonomia, à necessidade de uniformidade das decisões judiciais proferidas em face dos mesmos fatos e do mesmo texto legal, à segurança de que a decisão que prevalecerá será a melhor, enfim, a segurança com os olhos voltados para o futuro.⁴²⁹

5.7 PROVA FALSA

Outro fundamento que dá ensejo à propositura de ação rescisória é a prova falsa. Essa falsidade [tanto material, quanto ideológica] pode ser apurada em processo criminal [quando, então, na ação rescisória não se poderá mais discutir a respeito da falsidade]; na própria ação rescisória; ou em outro processo no âmbito civil [um incidente de falsidade de documento, por exemplo, que também vinculará o juízo rescisório]. Não é preciso que a prova falsa tenha sido a única prova em que o juiz se baseou para proferir a sentença, mas deve ser indispensável para sustentar a conclusão do julgamento. Qualquer meio de prova pode ser reputado falso. Outrossim, não é necessário que a parte tenha suscitado a questão da falsidade no processo originário.

Reconhecida a falsidade da prova, e, portanto, julgado procedente o pedido rescindente, deverá haver rejuízo, que, segundo Flávio Luiz Yarshell, pode ocorrer no próprio tribunal ou em 1º grau. Além disso, excluída a prova falsa, ainda assim pode acontecer de o resultado do rejuízo vir a ser favorável àquele que, no processo originário, produziu a tal prova. O reconhecimento da prova falsa não implica uma espécie de sanção à parte, que ficaria impedida de produzir outras provas na ação rescisória, caso se reputasse necessária nova instrução.

⁴²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 426.

5.8 INVALIDIDADE DE CONFISSÃO, RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO, RENÚNCIA E TRANSAÇÃO

O inciso VIII do art. 485 do CPC, além de sua redação deficiente, é responsável por uma das situações em que mais se propugna pela incidência do princípio da fungibilidade. Isso porque as hipóteses ali previstas parece enquadrarem-se, ‘também’, na regra do art. 486 do CPC, que disciplina a ação anulatória.

No inciso VIII do art. 485 lê-se: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] VIII houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença.”

Como a desistência resulta na extinção do processo sem julgamento de mérito, entende-se que, onde na lei consta desistência, deve-se ler reconhecimento jurídico do pedido. Uma vez que a confissão já está disciplinada no art. 352 do CPC, onde, no inciso VIII do art. 485 do CPC se lê confissão, deve-se ler renúncia ao direito em que se funda a pretensão.

Em síntese, esse dispositivo compreende a sentença homologatória de reconhecimento jurídico do pedido, renúncia ao direito e transação. A confissão está disciplinada no art. 352 do CPC, segundo o qual: “A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada: I- por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; II. por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir único fundamento.”

Além da imprecisão terminológica, há intenso debate acerca da natureza jurídica da sentença que homologa esses atos de disposição. Uma vez que a sentença homologatória não decorreria de um julgamento realizado pelo juiz, mas de simples chancela ao ato de composição das partes, não ficaria a mesma recoberta pela autoridade da coisa julgada. Por isso, ao invés da ação rescisória, o meio adequado para corrigir eventuais vícios de que padece seria a ação anulatória.^{430, 431}

⁴³⁰ Situação interessante foi objeto do Recurso Especial n. 509.793-RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini: -em ação judicial [ação de revisão], houve acordo entre as partes, envolvendo um contrato de arrendamento mercantil; - esse acordo foi homologado judicialmente; - posteriormente, o arrendatário propôs nova ação, visando a questionar o mesmo contrato de leasing, obtendo êxito no tribunal, que, desconsiderando o acordo anterior, procedeu à revisão de cláusulas contratuais; - a arrendante interpôs recurso especial; - no STJ, decidiu-se: “Ora, tratando-se de transação homologada judicialmente, que serviu, inclusive como fundamento da extinção do processo revisional, não poderia o Tribunal a quo simplesmente desconsiderá-la para corrigir o contrato por meio de nova ação de revisão contratual. O artigo 486 do Código de Processo Civil, diferentemente do concluído a seu respeito pelo tribunal local, estabelece ação própria para rescindir ‘os atos judiciais, que não dependem de sentença’ ou aqueles em que a sentença é meramente homologatória, qual seja, a ação anulatória. Assim, os efeitos da transação devidamente homologada judicialmente somente poderiam ser afastados por meio de ação própria, capaz de anular o negócio jurídico homologado judicialmente, especificamente aquela indicada

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, esta sentença deve ser rescindida e não anulada.

Isto porque se deve proporcionar á parte oportunidade de rescindir a decisão e provocar, a um só tempo, o rejuízo da causa. As sentenças homologatórias a que se refere o art. 486 são, por exemplo, aquelas que homologam a arrematação e a adjudicação. São as decisões meramente homologatórias, e não aquelas encartáveis em qualquer dos incisos do art. 269, ainda que sejam homologatórias.⁴³²

5.9 DOCUMENTO NOVO

O inciso VII do art. 485 do CPC refere-se, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, à única hipótese de sentença meramente rescindível. Ou seja, esse inciso trata de uma causa de rescindibilidade que não decorre da nulidade absoluta do pronunciamento de mérito [e do processo em que foi proferida], mas da descoberta de um documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pode fazer uso e que seja por si só, capaz de assegurar a ela – parte – um pronunciamento favorável, diferente daquele que foi obtido no primeiro processo e cuja sentença se pretende rescindir.⁴³³

Flávio Luiz Yarshell esclarece que

É preciso cautela, porque a suficiência do documento novo para assegurar a vitória da parte, exigida pela lei, parece considerar o conjunto probatório que existia quando proferido o julgamento de mérito. E, como o documento lá não estava, parece lícito presumir que outros eventuais elementos que poderiam se contrapor a tal documento também lá não estivessem. Por outras palavras, a produção do documento novo deve ser suficiente para mostrar que, naquele quadro probatório formado no processo originário, o êxito seria daquele que, agora, figura como autor da rescisória. Mas isso não parece ser decisivo para obstar a que seja dada àquele que figura como réu na ação rescisória, diante do documento novo, oportunidade de complementar sua atividade probatória. Tal é o que decorre da garantia do contraditório.⁴³⁴

Em outras palavras, o documento novo pode vir a ensejar instrução na própria ação rescisória, abrindo-se a possibilidade de contraditório à parte contrária, que poderá juntar

no artigo 486 do CPC, não sendo legítimo o seu afastamento por meio da ação revisional. (...) Ante o exposto, conheço do recurso para restabelecer a decisão de primeiro grau’.

⁴³¹ No REsp 267421/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, data de julgamento 23.10.2001, entendeu-se que “ a ação anulatória não é o instrumento apropriado para desconstituir sentença que extinguiu processo por efeito de desistência resultante de acordo. Cabível, na hipótese, e a ação rescisória”. www.stj.gov.br acessado em 07.10.2007.

⁴³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2007, p. 441.

⁴³³ Ibid., p. 437-438.

⁴³⁴ YARSHELL, 2005, p. 334.

outros documentos, para se contrapor àquele novo. Poderá, até mesmo, argüir a falsidade do documento.

Em ação rescisória intentada pelo CNF Consórcio Nacional Ltda. contra Maria José de Oliveira Petry, em que se buscava a desconstituição de sentença transitada em julgado que havia condenado o primeiro a restituir à segunda, os valores de parcelas pagas, devidamente corrigidas, considerou-se documento novo o microfilme de cheque comprovando a restituição das parcelas.

Entendeu o tribunal que,

em síntese, o documento devia existir ao tempo da sentença ou acórdão e deixou de ser juntado aos autos sem culpa do autor, além de ser capaz, por si só, de lhe assegurar um pronunciamento favorável. Efetivamente, é o caso das fotocópias do microfilme do cheque emitido pelo autor em favor da ré e do extrato da conta corrente, acusando a compensação do título. Tais documentos são anteriores à propositura da ação declaratória. Deles se observa claramente que o cheque foi emitido em março de 1995, enquanto a ação foi ajuizada em outubro de 1999. Também são documentos suficientes para demonstrar a restituição das parcelas pagas pelo autor, na falta de recibo de quitação. (...) As peculiaridades que envolvem o caso justificam a apresentação tardia do documento. É de conhecimento notório que foram ajuizadas, em pouco tempo e muito após a realização dos contratos, milhares de ações visando à restituição de parcela do consórcio administrado pelo autor. Em regra essas ações, tal como a que deu origem à decisão rescindenda, não eram acompanhadas de cópia do contrato ou de qualquer outro documento que demonstrasse o pagamento das parcelas. Essa circunstância definitivamente criou grande dificuldade ao autor para encontrar em seus arquivos as restituições já realizadas aos inúmeros consorciados.

Nesse mesmo caso, ainda, reconheceu-se a existência de dolo da ré da ação rescisória, haja vista, ter pleiteado na inicial valor já recebido. Em razão disso, foi a ré condenada em litigância de má-fé, além da devolução em dobro do valor pleiteado na ação de origem.⁴³⁵

Em outra ação rescisória, considerou-se documento novo apto a desconstituir sentença de mérito transitada em julgado, proferida em embargos à execução que foram rejeitados, cópia do contrato original de locação, firmado em 1994, em que se constatava a falsidade da assinatura da embargante como fiadora. Em rápidas palavras, a autora da ação rescisória, Marilu Teles, foi demandada, juntamente com seu marido, como fiadores, em execução de títulos extrajudiciais decorrentes de contrato de locação. Marilu opôs embargos à execução, suscitando a nulidade dos títulos, mas foi vencida. Posteriormente, veio a ter acesso ao contrato original – que não era aquele que fora juntado aos autos – e no qual a

⁴³⁵ Ação Rescisória n. 164.399-8, TJPR, data de julgamento:13.02.2008, relator Des. Hayton Lee Swain Filho.

assinatura que ali constava não era sua. A ação rescisória foi, com base nesse documento novo, julgada procedente.⁴³⁶

No STJ, considerou-se documento novo, sentença penal absolutória posterior à decisão judicial culminativa na demissão do servidor. Na ementa se lê,

a expressão “novo” significa dizer documento inexistente à época dos fatos, não podendo o autor da rescisória haver se valido quando da ação pretérita. Em não havendo a caracterização da desídia do autor em apresentá-lo quando dos fatos ou a sua inexistência ao tempo do processo anterior, é de ser conferido ao documento o “título de novo”.⁴³⁷

Esse entendimento, como, também, os posicionamentos do STJ a respeito de documentos para comprovação da condição de trabalhador rural, para fins de demonstração de tempo de serviço para aposentadoria, dão contornos distintos à caracterização do documento novo, o que não se pode deixar de entender como uma demonstração de certa abertura do tribunal na interpretação do texto legal.

5.10 ERRO DE FATO

Erro de fato é aquele que é determinante para conclusão contida no julgamento do mérito; em torno do qual não houve controvérsia entre as partes; em relação ao qual não houve pronunciamento do juiz.

Esse erro deve ser constatado do material probatório já constante dos autos, não sendo possível a produção de outra prova. Por isso, em regra, no caso de erro de fato, o rejuízo ocorre no próprio tribunal, não havendo anulação dos atos do processo e seu reinício em 1ª instância.

Eduardo Talamini destaca que

não parece razoável reputar que a mera menção ao fato, ou à sua inexistência, na sentença sempre baste para que haja ‘pronunciamento’ descaracterizador da hipótese de rescindibilidade em exame. A definição desse aspecto dependerá do contexto em que estiver inserida a menção. Por vezes, fica claro que a simples referência num ou noutro sentido não deriva propriamente de uma **tomada de posição**, não constitui

⁴³⁶ Ação Rescisória n. 209.874-0, TJPR, data de julgamento 24.01.2007, Relator Des. Ivan Bortoleto.

⁴³⁷ REsp 139379/SP, data de julgamento: 05.10.1999, Rel. Min. Gilson Dipp. www.stj.gov.br acessadp e, 09.02.2007.

rigorosamente a formulação de um juízo, consistindo, antes, na própria expressão do erro de fato.⁴³⁸

Na jurisprudência, as seguintes situações foram consideradas caracterizadoras de erro de fato:

a) Ação Rescisória. Sentença que declarou a revelia da autora, então demandada em ação revisional de contrato bancário. Defesa interposta atempadamente anexada em autos diversos. Erro cartorário que ensejou a aplicação dos efeitos da revelia. Situação que legitima a rescisão da sentença, porquanto considerado inexistente ato processual efetivamente praticado.⁴³⁹

b) Nos autos da ação de embargos à execução, os ora recorrentes alegaram que o imóvel penhorado destinava-se à residência dos executados e de sua família e que estão nos autos os seguintes elementos de prova: conta de luz da Eletropaulo; conta de água da Companhia de Saneamento Básico; lançamento do imposto predial; comprovante de entrega de correspondências da vara naquele endereço. Na v. sentença, porém, sobre o ponto assim ficou registrado: “No tocante à alegação do bem de família, verifica-se que nenhuma prova foi produzida nesse sentido, como determina o art. 333 do CPC.” Assim o fato da existência da prova nos autos do processo foi negado e dele decorreu o afastamento da defesa da imunidade do bem imóvel penhorado. Ora, negar a existência de prova existente nos autos é erro de fato, de acordo com o precedente da egrégia Primeira Seção. (...) Além disso, no caso, não houve controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato, isto é, “não foi assunto de discussão tal discrepância entre atos e documentos e a proposição existencial do juiz.”⁴⁴⁰

c) “Há erro de fato capaz de rescindir o acórdão, quando o julgador acolhe a alegação de prescrição partindo de equívoco quanto à data de propositura da ação.”⁴⁴¹

Em interessante acórdão proferido no REsp n. 733.742/MG, o Ministro Humberto Gomes de Barros pronunciou-se sobre questão referente à admissibilidade de recurso especial decorrente de acórdão proferido em ação rescisória intentada sob fundamento em erro de fato. Identificou o julgador que não há sentido algum em rejeitar, com base na Súmula 7 (que veda o reexame de questão de fato pelo STJ), o Recurso Especial cujo objeto é acórdão extraído de ação rescisória por erro de fato, porque não se tem como levar a questão de direito – ofensa ao art. 485, IX do CPC – sem tocar na questão de fato. Afirma o Ministro,

Por fim, veja-se que quando examinamos a alegação de violação ao art. 485, IX do CPC diremos se há ou não erro de fato capaz de rescindir a sentença. Nessa hipótese específica, não há como escapar do reexame dos atos ou documentos da causa, pois

⁴³⁸ TALAMINI, 2005, p. 190.

⁴³⁹ AR 70005732045, data de julgamento: 30.06.2006, TJRS, Rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. www.tj.rs.gov.br acessado em 05.03.2008.

⁴⁴⁰ REsp 400.326-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

⁴⁴¹ AR 1620/SP, data de julgamento 23.11.2005, relator Ministro Humberto Gomes de Barros. www.stj.gov.br acessado em 28.01.2008.

é deles que resulta o erro de fato. Admitir o contrário é dizer que o recurso especial fincado em erro de fato é estéril, pois sempre será barrado pela Súmula 7. Em suma: sem o reexame 'de atos ou de documentos da causa' **é impossível se concluir pelo erro de fato.** O Recurso Especial assentado em violação ao art. 485, IX do CPC trata de questão de direito, que implica e se confunde com questão de fato. O reconhecimento de ofensa ao dispositivo de Lei (ocorrência ou não de erro de fato) passa pela análise de atos e de documentos da causa (CPC, art. 485, IX).

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se refletir a respeito do instituto da ação rescisória frente a dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o **princípio da segurança jurídica** e do **acesso à justiça**.

É necessário enfatizar que não se trata de pretender evidenciar um, em detrimento do outro, mas analisar as tensões existentes pelos institutos jurídicos produtores de decisão frente à ampliação da cidadania, particularmente com a consolidação do Estado Democrático de Direito, personalizado na Carta de 1988.

E a ação rescisória exerce, no campo desta tensão, um papel relevante, na medida em que tem o condão de quebrar a estabilidade alcançada pelo trânsito em julgado – fundamento da segurança jurídica – permitindo uma nova chance de obtenção de direitos – fundamento do acesso à justiça.

Não se buscou, portanto, estabelecer dicotomias reducionistas, mas verificar até que ponto o princípio da segurança jurídica é permeável à nova exigência democrática que se alçou à condição de princípio fulcral do Estado Brasileiro. Ou seja: não se nega, nem se pretende negar, em hipótese alguma, o papel do princípio da segurança jurídica como conquista do Estado Contemporâneo, mas de discutir certas dogmatizações do princípio, erigidas ao longo de uma trajetória histórica na qual o Estado conheceu hipertrofias anômalas, frente aos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, ao refletir sobre a ação rescisória, fundamentada no princípio do acesso à justiça, o que se tem em mente é restabelecer o equilíbrio – ou até ousar-se-ia dizer, estabelecer o equilíbrio – necessário ao convívio dos dois princípios, como fundamentos de um Estado que, após longo e histórico esforço, mitigou seus excessos para expressar a representação de um Estado Democrático e, portanto, apto a integrar a manifestação cidadã, como contribuição positiva e não como ameaça à sua existência. Esta é a ênfase do Estado Democrático de Direito e sua mais clara distinção dos seus congêneres autoritários: a visão do exercício da cidadania – e o acesso à justiça aparece como exemplo basilar – como movimento que consolida o próprio Estado e não o coloca em risco.

É com base nessa premissa que se defendeu, dentre outras coisas: – que, ao exercerem o juízo de admissibilidade da ação rescisória, os tribunais deixem de inadmitir petições iniciais porque o autor, ao invés de formular seu pedido em relação ao acórdão, pede a rescisão da sentença, que já foi substituída; – que, reconhecendo que a competência para conhecer e julgar a ação rescisória é do tribunal local, os tribunais superiores remetam os

autos para lá ao invés de extinguirem a ação sem julgamento de mérito, o que, muitíssimas vezes, acaba fazendo com que se opere a decadência do direito; que seja admitido o mandado de segurança contra atos dos órgãos dos Juizados Especiais, como meio atípico de quebra da coisa julgada; – que a interpretação dada à regra do art. 741, parágrafo único do CPC seja ampla, em respeito à supremacia da Constituição.

Espera-se que esta reflexão estabeleça um campo de discussão que se amplie e aprofunde, no exercício de outro princípio fundamental do Estado Democrático de Direito: o diálogo respeitoso, que no processo traduz-se no amplo contraditório.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito**. Curitiba: Juruá, 2007.

ASSIS, Araken de et al. (Coord.). **Direito civil e processo**. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

_____. **Manual de execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

ATTARDI, Aldo. **Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1994. v. I.

ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Temas de direito constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interesses públicos versus Interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Prefácio.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999a.

_____. **Manual de direito constitucional**: um estudo sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999b.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: J. Oliveira, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, Tomo I.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a. v. 1.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008b. v. 3.

_____. **Mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CACHAPAZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9307/96. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Lições de direito processual**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. V. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2002.

COSTA, José Augusto Gaudino da. **Princípios no processo civil**: princípios fundamentais e princípios normativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: M. Fontes, 2006.

DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973.

DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: JUSPODIVM, 2006a.

_____. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2006b.

_____. (Coord.). **Execução Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006c.

_____. **Regras processuais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2006d.

DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. _____. 3. ed. Tomo 2. São Paulo: Malheiros, 2000b.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005a. v. I.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005b. v. II.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005c. v. III.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005d. v. IV.

_____. **Litisconsórcio**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. **Processo civil: aspectos relevantes**. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Meios de impugnação ao julgamento civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo [Repro]**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, p. 9-10.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e questões de ordem pública'. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, v. 21, nov./dez./2007, p. 97-108.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Da necessária releitura do fenômeno da suspeição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 88, n. 766, p. 97, ago. 1999.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes, 1991.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Premissas básicas da ação rescisória**. Ênfase nas polêmicas questões da finalidade, efeitos da decisão e execução, em função da procedência do ius rescindens. Execução civil. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Direito processual civil**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual civil coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. 10. ed. Porto Alegre: L&PM, 1986.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: C. Bastos, 1999.

LEONEL, Ricardo de Barros. Cognição judicial em grau de apelação, à luz das reformas do CPC. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, v. 21, nov./dez./2007, p. 79-96.

LIEBMAN. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Exceção de Suspeição de Magistrado: Tutela Provisória e Efeitos (Extrínsecos e Intrínsecos) do julgamento do Incidente. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 48, mar. 2007.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Defesa do executado por meio de ações autônomas**. Execução civil (aspectos polêmicos). São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Medidas cautelares inominadas. **Revista dos Tribunais**, v. 605, n. 14.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda pública (*ex vi* art. 741, parágrafo único do CPC). **Revista de Processo**, n. 141, p. 45.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado contemporâneo**. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

_____; _____. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A segunda etapa da reforma processual**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as Leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 136, ano 31, jun. 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Jose Ignácio Botelho. Da ação rescisória. **Revista do Advogado**. AASP, n. 27, p. 48.

MESQUITA, Jose Ignácio Botelho de et al. O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação. **Revista do Advogado**. AASP, ano XXVI, n. 88, p. 109 et seq., nov. 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratados da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

_____. **Temas de direito processual**. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. _____. Sexta série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Orgs.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NEVES, Celso. **Contribuição ao estudo da coisa julgada civil**. Dissertação (Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970.

NERY JUNIOR, Nelson. **Execução civil**. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 5.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 10.

_____; _____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 11.

_____. _____. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____; _____. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Conexidade e efetividade processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, e 22 de dezembro de 2005.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Novos contornos do efeito devolutivo do recurso de apelação.** Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 1017-1018.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. X, t. I.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do proceso civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica: instrumento de defesa da ordem jurídica. Possibilidade jurídica e alcance,** Porto Alegre. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil.** Porto Alegre: Fabris, 2001.

RIZZI, Sérgio. **Ação rescisória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. **Os embargos de terceiro no direito brasileiro.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Grande do Sul, 2002.

SANCHÍS, Luís Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1: Processo de conhecimento.

SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o 'novo' regime de cumprimento da sentença. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Direito e processo**. Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. **Execução forçada e títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1979. 3. v.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem**: aspectos gerais da Lei 9307/96. 2. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O direito constitucional de rescisão dos julgados**. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1073.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUBHIE, Berenice; MAGRI, Nogueira. **Ação anulatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 2. ed. Belo Horizonte: Maza, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

_____. **O emprego do mandado de segurança e do hábeas corpus contra atos revestidos pela coisa julgada.** Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela monitoria.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega da coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa (Coord.). **Nova sistemática processual civil.** 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

_____. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 774, p. 81.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 95/95, jan./jun. 2004a.

_____. **As novas reformas do código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. II.

_____. **Processo cautelar.** 21. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004b.

TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil:** questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALLE, Christino Almeida do. **Teoria e prática da ação rescisória.** 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade:** hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENTURI, Elton. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

VIDIGAL, Luís Eulálio. **Ação rescisória dos julgados.** São Paulo: Saraiva, 1948.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania:** a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Ação rescisória e pretensões relativas ao direito de família.** Curitiba: Juruá, Jurisprudência Brasileira n. 158/28.

_____. **Sentença civil:** liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- _____. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.
- _____. _____. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.
- _____. _____. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.
- _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da nova execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**. Juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Ação rescisória voltada contra decisão que reconhece a inadmissibilidade de recurso**. Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)