



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Juliano Oliveira Brandis

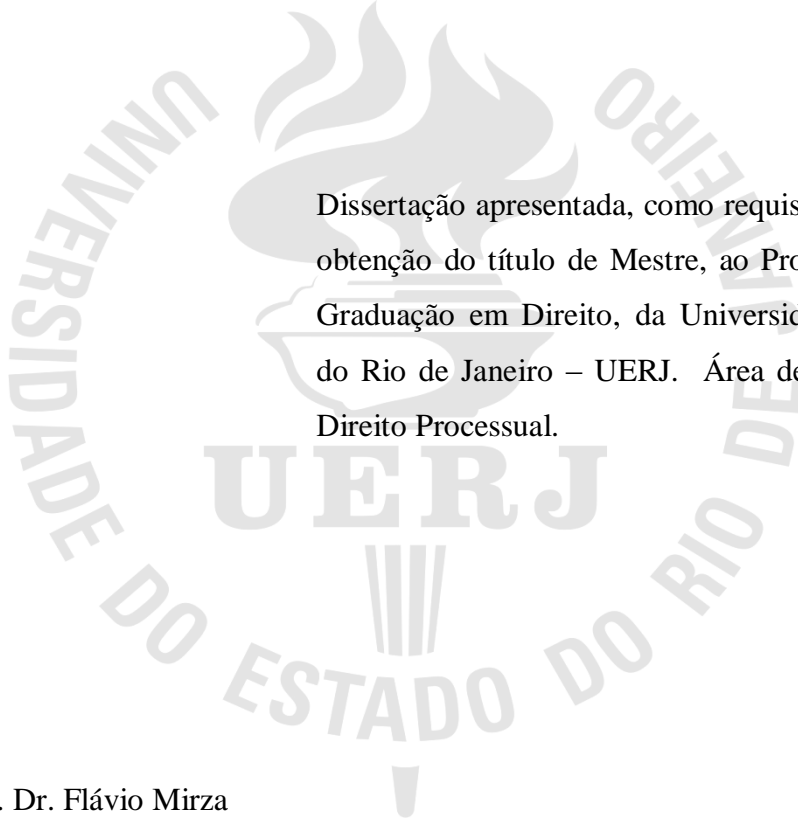
Ação rescisória e meios transrescisórios: perspectiva constitucional

Rio de Janeiro

2012

Juliano Oliveira Brandis

Ação rescisória e meios transrescisórios: perspectiva constitucional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Mirza

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B818 Brandis, Juliano Oliveira.

Ação rescisória e meios transrescisórios: perspectiva constitucional. /
Juliano Oliveira Brandis. – 2012.
149 f.

Orientador: Prof. Dr. Flavio Mirza.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Coisa julgada- Teses. 2. Ação Rescisória. I. Mirza, Flávio. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.953

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Juliano Oliveira Brandis

Ação rescisória e meios transrescisórios: perspectiva constitucional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Flávio Mirza (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Leonardo Greco
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto
Faculdade de Direito da UFF

Rio de Janeiro
2012

RESUMO

BRANDIS, Juliano Oliveira. **Ação rescisória e meios transrescisórios**: perspectiva constitucional. 149f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

Neste trabalho, analisa-se a segurança jurídica decorrente da coisa julgada e sua importância para a legitimação do discurso jurídico, assim como a ação rescisória e os meios transrescisórios, enquadrados pela doutrina e pela jurisprudência como meios que possibilitam a desconsideração da coisa julgada. Critica-se, além disso, as teorias que buscam permitir a desconsideração da coisa julgada por meio de mero juízo de ponderação exercido pelo magistrado em cada caso concreto. Inclui-se, ainda, um estudo sobre a maneira como esses institutos vêm sendo compreendidos diariamente nos tribunais, levando em conta, especialmente, a perspectiva constitucional do processo e o momento de fragilidade no tratamento da coisa julgada no cenário jurídico pátrio contemporâneo. No que tange especificamente à ação rescisória, são debatidos temas pontuais que se relacionam com a origem do instituto e também com sua aplicação prática. Um estudo de Direito Comparado é levado a cabo com a análise dos instrumentos de rescisão previstos na Itália, Espanha, Alemanha e Portugal, para que se tenha uma noção parcial do estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao tema objeto deste estudo.

Palavras-chave: Ação rescisória. Coisa julgada. Garantias constitucionais. relativização.

ABSTRACT

In this paper, we analyze the legal result of *res judicata* and its importance for the legitimacy of legal discourse, as well as the rescission action and related mechanisms, framed by the doctrine and jurisprudence as a means enabling the disregard of *res judicata*. Furthermore, we do a review about the theories that admit the disregard of *res judicata* through mere consideration judgment exercised by the magistrate in each case. Included is also a study on how these institutes have been included in the courts practice, taking into account especially the constitutional perspective of the process and timing of fragility in the treatment of *res judicata* in contemporary Brazilian legal scenario. With regard specifically to the rescission action, are discussed specific issues that are related to the origin of the institute and also its practical application. A study of comparative law is carried out with the analysis of instruments of termination provided for in Italy, Spain, Germany and Portugal, in order to give us a partial notion of the development stage in Brazilian legal system with regard to the theme object of this study.

Keywords: Rescission Action. *Res judicata*. Constitutional guarantees. Relativization.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|----|
| | INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. | NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO | 12 |
| 1.1 | A visão constitucional do Processo | 12 |
| 1.2 | As garantias processuais constitucionais | 18 |
| 1.3 | O formalismo excessivo e o formalismo valorativo | 22 |
| 2 | SEGURANÇA JURÍDICA, COISA JULGADA E DIREITO À RESCISÃO ... | 26 |
| 2.1 | A coisa julgada e a segurança jurídica | 26 |
| 2.1.1 | <u>Delimitação da coisa julgada material: limites objetivos e subjetivos</u> | 30 |
| 2.1.2 | <u>A Eficácia preclusiva da coisa julgada</u> | 34 |
| 2.2 | Direito constitucional à rescisão dos julgados | 37 |
| 3 | RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA | 39 |
| 3.1 | O panorama atual da (in) segurança jurídica e a relativização da coisa julgada | 39 |
| 3.2 | Ponderação entre segurança jurídica e justiça das decisões: algumas teorias... relativizadoras | 45 |
| 3.2.1 | <u>Relativização da coisa julgada em matéria tributária (?)</u> | 49 |
| 3.2.2 | <u>Relativização da coisa julgada em matéria ambiental</u> | 52 |
| 3.2.3 | <u>Exame de DNA e a investigação de paternidade no STF</u> | 56 |
| 3.2.4 | <u>Relativização da sentença proferida em mandado de injunção</u> | 59 |
| 3.2.5 | <u>Relativização da coisa julgada inconstitucional</u> | 65 |
| 3.3 | Vícios Transrescisórios | 67 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.3.1 | <u>Querela Nullitatis</u> | 67 |
| 3.3.2 | <u>Meios de defesa na execução</u> | 69 |
| 4 | AÇÃO RESCISÓRIA – PERSPECTIVA GERAL | 73 |
| 4.1 | Origem do instituto e evolução no Brasil pós-ordenações | 74 |
| 4.2 | Direito Comparado | 76 |
| 4.3 | Identificação dos vícios rescisórios com a ofensa as garantias processuais constitucionais e notas de Direito Comparado | 81 |
| 4.3.1 | <u>Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz</u> | 81 |
| 4.3.2 | <u>Impedimento ou incompetência absoluta</u> | 83 |
| 4.3.3 | <u>Dolo da parte vencedora ou colusão das partes para fraudar a lei</u> | 84 |
| 4.3.4 | <u>Ofensa a coisa julgada</u> | 86 |
| 4.3.5 | <u>Violação de literal disposição de lei</u> | 88 |
| 4.3.6 | <u>A prova falsa</u> | 92 |
| 4.3.7 | <u>O documento novo</u> | 93 |
| 4.3.8 | <u>Confissão, reconhecimento do pedido, desistência ou transação inválida</u> | 93 |
| 4.3.9 | <u>Erro de fato</u> | 94 |
| 4.4 | Crítica às hipóteses de ação rescisória previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro | 95 |
| 5 | AÇÃO RESCISÓRIA – ASPECTOS PROCEDIMENTAIS | 99 |
| 5.1 | Objeto da ação rescisória | 99 |
| 5.2 | Legitimidade para o ajuizamento da ação rescisória | 103 |
| 5.3 | Efeitos da propositura e do julgamento da ação rescisória | 105 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 5.4 | Procedimento..... | 110 |
| 5.5 | O depósito prévio na Justiça Comum e na Justiça do Trabalho..... | 113 |
| 5.6 | O prazo decadencial..... | 116 |
| 5.7 | A proibição da utilização da ação rescisória nos Juizados Especiais e no..... controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF | 120 |
| 6 | A AÇÃO RESCISÓRIA E A AÇÃO ANULATÓRIA..... | 125 |
| 7 | A FUNGIBILIDADE ENTRE AÇÃO RESCISÓRIA, <i>QUERELA</i> <i>NULLITATIS</i> E A AÇÃO ANULATÓRIA..... | 128 |
| 7.1 | A instrumentalidade do processo e o princípio da fungibilidade..... | 128 |
| 7.2 | A fixação da competência..... | 130 |
| 7.2.1 | <u>Competência para julgamento da ação rescisória.....</u> | 130 |
| 7.2.2 | <u>Competência para o julgamento da <i>querela nullitatis</i> e ação anulatória e proposta</u> <u>de tratamento uniforme</u> | 132 |
| 8 | AÇÃO RESCISÓRIA NO PROJETO Nº 166 DO SENADO FEDERAL..... | 135 |
| 9 | CONCLUSÃO..... | 138 |
| | REFERÊNCIAS..... | 143 |

INTRODUÇÃO

Neste trabalho se estudou a ação rescisória e os meios transrescisórios, levando-se em conta as vantagens e os problemas decorrentes do neoconstitucionalismo. O estudo desenvolve-se a partir de uma perspectiva constitucional e garantista do direito processual.

Ao longo do presente trabalho pode-se identificar como principais as seguintes finalidades: a) demonstrar a importância da coisa julgada e da segurança jurídica para o discurso jurídico, identificando-se a peculiaridade de alguns casos que evidenciam a possibilidade de relativização da coisa julgada; b) releitura constitucional da ação rescisória e dos meios transrescisórios, de modo que se torne identificável o âmbito de incidência de cada instituto; c) análise doutrinária e jurisprudencial hábil a promover uma discussão sobre a forma de aplicação destes institutos nos tribunais e, assim, viabilizar uma eventual simplificação em sua procedimentalização.

A ação rescisória e os meios transrescisórios revelam-se como instrumentos voltados para a descon sideração da coisa julgada. A ação rescisória pode ser qualificada como uma espécie de julgamento do julgamento, por meio do qual as sentenças de mérito transitadas em julgado podem ser atacadas, desconstituídas e reju gadas.

No direito pátrio, a ação rescisória foi enquadrada como meio autônomo de impugnação das decisões judiciais, enquanto no direito estrangeiro os institutos correspondentes ora são enquadrados como recursos, ora são enquadrados como meios autônomos de impugnação, razão pela qual se torna relevante um estudo sobre o Direito Comparado para a qualificação de possíveis erros e acertos do legislador pátrio na normatização do instituto.

Os meios transrescisórios, por sua vez, são aqueles também voltados para a descon sideração da coisa julgada, mas que não se encontram submetidos ao regramento do art. 485 do Código de Processo Civil. Podem ser citados como meios transrescisórios a *querela nullitatis* e os meios de defesa na execução.

Esclareça-se que o presente trabalho não possui o objetivo de esgotar as discussões em torno do meio rescisório, mas sim identificar qual deve ser a sua relação com os meios transrescisórios, devidamente reforçados pelo surgimento das teorias relativistas.

Destarte, revela-se fundamental identificar o âmbito de incidência atrelado a cada um desses institutos para que se facilite sua aplicação ao caso concreto, também favorecendo

a escolha pelo jurisdicionado do mecanismo processual adequado para a efetivação dos seus direitos.

Trabalha-se, outrossim, com possibilidades de desconsideração da coisa julgada em casos excepcionais, como é o caso da ação de investigação de paternidade e ações envolvendo dano ambiental. No entanto, ressalta-se que o reconhecimento desses casos dotados de fatores especiais não justifica a criação de uma teoria ampla da relativização da coisa julgada.

Utiliza-se como método uma releitura constitucional desses institutos, necessária em razão do cenário neoconstitucional, que determina uma interpretação da ciência processual a partir das regras e princípios consagrados no texto da Constituição Federal de 1988.

O tema descrito relaciona-se diretamente com a imutabilidade da coisa julgada, que é uma garantia constitucional decorrente do princípio da segurança jurídica. Desta feita, mais uma vez, demonstra-se pertinente a abordagem do objeto deste trabalho dentro de uma perspectiva constitucional do processo.

Para tanto, como fontes deste trabalho são utilizados o estudo jurisprudencial sobre as decisões proferidas pelos tribunais nacionais, a leitura de livros e artigos nacionais e estrangeiros; e, por fim, uma abordagem lógico-descritiva das normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o tema no Brasil e em outros países.

A finalidade do estudo em questão também se conecta com a necessidade de se conter o “espírito de fragilização contínua da coisa julgada”. O surgimento de teorias que buscam ampliar ainda mais as possibilidades de relativização da coisa julgada no cenário jurídico pátrio chama a atenção para a necessidade de revigoração da coisa julgada e do princípio da segurança jurídica.

A ação rescisória necessita, portanto, de um desenvolvimento mais aprofundado ao longo do presente trabalho, uma vez evidenciada a necessidade de se fazer uma releitura deste instituto dentro das características do neoconstitucionalismo, bem como em razão da grande divergência sobre o seu tratamento pela jurisprudência pátria.

A coisa julgada, essencial para a legitimação do discurso jurídico, vem sendo relativizada sob o pretexto de consagração da “justiça”. Por isso, neste estudo, ressalta-se a necessidade de se conter qualquer ampliação dos poderes dos juízes no que tange a desconsideração da sentença de mérito transitada em julgado.

Sendo assim, aborda-se a coisa julgada e sua conexão com a garantia da segurança jurídica, assim como se analisa a sua importância, já que a coisa julgada é uma garantia dada às partes sobre os limites de seus direitos e obrigações consagrados no conteúdo da sentença. A coisa julgada é a apoteose da segurança jurídica propagandeada pelo Poder Judiciário.

Será também objeto de debate se a previsão em lei ordinária de outros mecanismos de relativização, assim como a utilização do juízo de ponderação para desconsideração da coisa julgada são compatíveis com o princípio da segurança jurídica.

As teorias da relativização são oriundas de um cenário de significativa insegurança, caracterizado pela expansão dos valores e das regras constitucionais no ordenamento jurídico, ao lado da consagração da atividade judicante como “centro das atenções” pelo Estado, em contraposição à vertente positivista, que tinha como central o papel do legislador para a definição do conteúdo das normas no Direito.

É sabido que não é mais possível interpretar a lei à maneira positivista, sem jungir os valores e princípios que se destacam especialmente no artigo 5º do texto constitucional de 1988. O processo, visto sempre de maneira opaca e técnica, vivencia uma nova era, na qual o excesso de formalismo deve sucumbir perante sua finalidade instrumental e garantista.

Destaque-se que a garantia da coisa julgada não se revela como uma regra processual essencialmente formalista, pelo contrário, possui uma especial importância para o discurso jurídico, motivo pelo qual o seu afastamento só deve ser promovido da maneira mais segura e calculada possível, a dizer, por meio da ação rescisória, ou em casos excepcionais, conforme já mencionado.

Ao longo do desenvolvimento do presente trabalho destaca-se, entre outros temas, a evolução histórica da ação rescisória, visto que essa análise chama a atenção para a maneira como ela se cristalizou nos diversos ordenamentos jurídicos. Também serão discutidas as hipóteses de ação rescisória e identificadas as garantias constitucionais afetadas pela ocorrência de cada inciso do art. 485, CPC.

Discute-se, outrossim, as limitações criadas pelo legislador ordinário, no que se refere a aplicação da ação rescisória. Não há no Código de Processo Civil ou na Constituição Federal de 1988 qualquer limitação quanto ao uso do instrumento, mas, a legislação especial dispõe sobre algumas regras que expressamente vedam o ajuizamento da ação rescisória, aqui exemplificadas pelo art. 59 da Lei nº 9.099/90 e art. 26 da Lei nº 9.868/99.

Neste ensejo, em sede de Juizados Especiais Federais, registra-se uma tendência jurisprudencial no sentido de se ampliar a proibição da ação rescisória com base no artigo 1º da Lei nº 10.259/01.

Outras questões tormentosas são debatidas sob esse enfoque constitucional.

O enunciado contido no Enunciado nº 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, determina que sentença ou acórdão de mérito que verse sobre matéria controvertida à época da decisão, não poderia ser impugnado por meio de ação rescisória. Tal assertiva já vem sendo relativizada no âmbito do próprio STF e também do STJ, no que tange à matéria constitucional.

O texto do Enunciado nº 401 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça determina que o prazo de 2 (dois) anos somente passará a correr após o trânsito em julgado do último recurso interposto, todavia, esse entendimento deve ser contraposto à teoria dos capítulos da sentença e ao entendimento consagrado no inciso II do Enunciado nº 100 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

Lado outro, os aplicadores do Direito encontram grande dificuldade em identificar as hipóteses de cabimento da ação rescisória, *querela nullitatis* e ação anulatória, razão pela qual é importante não só identificar o âmbito de incidência de cada um desses institutos, mas também ratificar a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas e da fungibilidade quando houver erro na escolha do instituto cabível.

Pleiteia-se, por meio deste trabalho, introduzir questionamentos sobre a competência originária dos tribunais para julgamento da ação rescisória. De fato, essa competência dificulta a aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade entre a ação rescisória e outros meios destinados à impugnação das decisões de mérito transitadas em julgado.

Encerra-se, por derradeiro, o presente trabalho, a partir da análise do Projeto de Lei do Senado nº 166, que ainda tramita no Congresso Nacional, que tem como finalidade a elaboração de um novo Código de Processo Civil. Serão assim objeto de discussão todas aquelas alterações legislativas que possam interferir direta ou indiretamente na disciplina da ação rescisória.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

1.1. A visão constitucional do processo

O positivismo kelseniano se caracterizava como um positivismo metodológico, segundo o qual o único objeto da ciência jurídica seria o direito positivo¹. O positivismo conceitual associa-se com duas importantes teses: a primeira diz respeito à teoria das fontes do direito e a segunda, relaciona-se com a separação conceitual entre direito, moral e política.

O pós-positivismo modifica a direção da teoria das fontes do direito, sobretudo ao delegar ao juiz o papel principal na aplicação do direito. Esse papel, na era positivista, era delegado ao legislador².

No que se refere à separação entre direito e moral, o neoconstitucionalismo possui como parâmetro filosófico o pós-positivismo, que visa à aproximação desses campos de estudo, isto é, enquanto o positivismo caracterizava-se por ser acromático, desprovido de valores, o pós-positivismo percorria caminho inverso acomodando Direito e Ética dentro de uma mesma perspectiva interpretativa.

Desse modo, desde meados do século XX, observa-se que o constitucionalismo vive uma nova perspectiva, vez que o positivismo jurídico demonstrou-se insuficiente para atender as demandas da sociedade por meio da criação de um mecanismo interpretativo acromático de subsunção dos fatos à norma. A lei não se notabilizou como instrumento capaz de sanar todos os problemas oriundos da vida social, o que levou ao desenvolvimento da corrente neoconstitucionalista ou do constitucionalismo pós-moderno.

Por óbvio, nessa nova sistemática, os princípios ganham destacada importância, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), também situado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana torna-se uma espécie de princípio-matriz do qual se originam todos os direitos fundamentais explícitos ou implícitos no texto constitucional.

¹ CASAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Doxa 21-I, 1998. Texto disponível no sítio jurídico: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf. Acesso em 21/05/2012.

² Albert Casamiglia explica que “Os positivistas e, em certa medida, também os jusnaturalistas, tinham o legislador com centro básico de análise da ciência jurídica. O pós-positivismo retirou o centro de atenção da legislação (...). O intérprete do direito e o juiz ocupam o lugar que antes ocupava o legislador como objeto de análise”. *Op. cit.*, p. 1.

A densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo construída do ponto de vista doutrinário³, todavia, como preceito básico, traz a ideia *kantiana* de que o ser humano é um fim em si mesmo.

Um dos grandes méritos de Kant foi tirar o foco do objeto de conhecimento e trazê-lo para o sujeito de conhecimento. De certa forma, ele funda a concepção moderna de indivíduo ao afirmar que o homem é capaz de pensar abstratamente e independente de qualquer dado empírico, ou, em outras palavras, o indivíduo é o centro da filosofia moral. O homem racional passa a ser visto como um fim em si mesmo e não como um meio para o alcance de outros fins, e nesse sentido, também é construída a ideia de dignidade da pessoa humana⁴.

Importante mencionar que o pós-positivismo não pretende sustentar um retorno ao pensamento jusnaturalista, mas sim, criar um modo de pensar além do mecanismo de subsunção acromática dos fatos às normas, utilizando-se valores para interpretar corretamente o direito posto. É a condensação dos valores em todo o sistema jurídico que figura como uma das vertentes mais marcantes do pós-positivismo.

A normatividade dos princípios, segundo Luiz Roberto Barroso, cumpre as seguintes finalidades: a) condensamento de valores éticos e morais; b) uniformização do sistema jurídico; c) estabelecimento de limitações à atividade do intérprete⁵.

Outrossim, também pode-se apontar como consequências dessa nova vertente interpretativa neoconstitucional: i) – a Constituição ocupa o lugar das leis e se torna o centro do ordenamento jurídico; ii) – necessidade de interpretação conforme à Constituição de todos os ramos do Direito, inclusive os ramos do Direito Privado, o que leva ao arrefecimento da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; iii) – eficácia horizontal dos direitos fundamentais; e iv) – a força normativa dos dispositivos constitucionais.

A relação do Direito Processual com o Direito Constitucional e mais especificamente com os direitos fundamentais previstos no texto constitucional é importantíssima para o enquadramento do que se denomina de *teoria neoprocessual*⁶, assim

³ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Luiz Roberto Barroso expõe que: “ainda vive no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais”. (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 336).

⁴ Esta conclusão pode ser extraída da interpretação da obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

⁵ *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 329.

⁶ A mudança na perspectiva hermenêutica é descrita por Luiz Roberto Barroso na seguinte passagem: “A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de

como para o surgimento do denominado formalismo-valorativo, que será estudado no *item 1.3.*, ainda neste capítulo.

De acordo com o *neoprocessualismo*, não basta que o Estado confira ao jurisdicionado a possibilidade de tutelar os seus direitos, devendo-se também garantir que o acesso à justiça transcorra com a estrita observância dos direitos fundamentais, dentre os quais se inserem as garantias processuais constitucionais⁷.

A irradiação dos valores por todo o ordenamento jurídico também influencia a atividade legislativa e, por esse motivo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, constata-se uma sucessiva criação de normas jurídicas voltadas para a concretização de uma maior efetividade no trâmite processual.

As reformas processuais legislativas em busca da adequação a esse novo contexto hermenêutico podem ser divididas em três fases.

Na primeira fase, destaca-se a consagração legal da tutela antecipada (Lei nº 8.952/1994), essencial para possibilitar o deferimento no início do processo, de medidas satisfativas, de suma importância para a efetivação de direitos.

A segunda fase das reformas ao CPC, denominada por Cândido Rangel Dinamarco como a “*Reforma da reforma*”⁸, se refere basicamente à edição de cinco documentos normativos: Lei nº. 10.352/2001; Lei nº. 10.358/2001; Lei nº. 10.444/2002; Lei nº. 9.800/99 e, por fim, Lei nº 10.173/2001.

Entre os temas objeto de reforma destaca-se a inclusão do §7º, ao artigo 273 do CPC, para que fosse permitida a fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar, e, no artigo 527, I, do CPC, a previsão expressa de poderes especiais ao relator nos tribunais, no intuito de se promover uma maior celeridade do processo nos tribunais.

A terceira fase da reforma do CPC, por sua vez, foi composta das seguintes introduções legislativas: Lei nº. 11.187/2005; Lei nº. 11.232/2005; Lei nº. 11.276/2006; Lei nº. 11.277/2006 e Lei nº 11.280/2006. A partir daí, a disciplina da execução foi sensivelmente

princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional” (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 333).

⁷ Como retrata Eduardo Cambi: “(...) a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)”. (*Neonconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira* (Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 674).

⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

alterada, deixando de ser um processo autônomo para constituir uma fase do processo. Mais uma vez, evidenciou-se a busca da efetividade como sinônimo de celeridade.

O neoconstitucionalismo, para o legislador pátrio, pelo menos no que se refere à ciência processual, chamou a atenção para a crise de efetividade e determinou mudanças legislativas na tentativa de sanar a deficiência do sistema a respeito da garantia dos direitos fundamentais⁹.

Evidentemente, como já explicitado acima, com o enfraquecimento do papel do legislador no cenário pós-positivista, essas alterações, mesmo que importantes, não foram suficientes para garantir a efetivação dos direitos fundamentais no curso do processo.

O papel dos juízes e do Poder Executivo são essenciais e complementares da atividade legislativa, uma vez que a previsão constitucional ou legal dos direitos humanos demonstra-se insuficiente para a efetivação do seu conteúdo garantidor¹⁰.

Por isso, do ponto de vista do aplicador do Direito, é necessário que permaneça limitado o grau de subjetividade das decisões. Cada intérprete absorve os valores de maneira diferida, o que torna praticamente impossível a concretização de um tratamento isonômico dos litígios pelo Estado.

Nesse novo contexto, o despreparo dos juízes para decidir destaca-se no cenário neoconstitucional como um elemento potencialmente prejudicial à segurança jurídica, oriunda, dentre outros fatores, da incorporação de valores na interpretação do Direito¹¹. Como já visto, no positivismo o Direito era acromático, baseado unicamente na subsunção dos fatos

⁹ Norberto Bobbio há muito tempo já chamava a atenção para a dificuldade na efetivação dos direitos: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (*A era dos direitos*. Tradução Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. p. 25). O autor foi muito criticado por dizer que os direitos não possuem mais problemas quanto ao seu fundamento, o que posteriormente reconheceu como um equívoco da sua tese. Contudo, ainda que persista a problemática da fundamentação e ela influencie no campo da eficácia dos direitos fundamentais, a falta de efetividade desses direitos é um fator que salta aos olhos.

¹⁰ Ao versar sobre os direitos humanos José Ricardo Cunha e Nadine Borges também chegam a mesma conclusão: “Isso significa que, de acordo com a tradição jurídica e moral das sociedades ocidentais, um estado que possa ser considerado de direito se realiza apenas pela existência de um sistema formal de regras jurídicas e pela substituição da discricionariedade da vontade do soberano pela discricionariedade da vontade do legislador. Além disso, é preciso que existam, ao menos, outros dois elementos fundamentais: um conjunto de normas garantidoras dos direitos fundamentais de natureza civil, política, econômica e social; e um sistema efetivo de promoção e garantia desses direitos que alcance toda a população” (*Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade*. Organizado por José Ricardo Cunha. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. p. 207-208).

¹¹ Entende-se, neste trabalho, que esse ataque à segurança jurídica é fruto da atuação do aplicador do Direito, permitida por uma abertura sistêmica. A força normativa dos princípios deve ser tratada como mais um viés interpretativo em busca de se evitar o engessamento do Direito, todavia, alguns juízes e tribunais, de maneira errônea, utilizam os princípios de forma atécnicamente.

à norma, e, até por isso, era mais preciso e seguro, apesar de muitas vezes injusto, e incapaz de trazer soluções para os mais variados fatos da vida em sociedade.

No pós-positivismo, representado no âmbito do Direito pela teoria do neoconstitucionalismo, cabe ao juiz valorar os fatos e a norma, o que aumenta o grau de subjetividade na interpretação. Esta característica (ou efeito colateral) tem contribuído para o crescimento da insegurança jurídica, tema que será estudado no *item 3.1*.

É extremamente comum nos tribunais pátrios o afastamento de uma regra para que seja aplicado um princípio, sem que isso seja feito através de mecanismos razoáveis de racionalidade, o que expõe em demasia a capacidade do jurisdicionado de prever e programar as suas ações conforme o Direito¹².

O problema da segurança jurídica se agrava no contexto atual, por isso, para compreender esse fenômeno, importante esclarecer as diferenças entre princípios e regras.

À respeito da diferenciação entre princípios e regras, são protagonistas Ronald Dworkin e Robert Alexy. Dworkin explicou que as regras são aplicadas na máxima do tudo ou nada (*all-or-nothing*): se válidas, as regras são plenamente aplicáveis; se inválidas, absolutamente inaplicáveis. Os princípios, diferentemente das regras, trazem consigo fundamentos que poderão ser compatibilizados (ou ponderados)¹³, podendo incidir sobre um caso concreto de forma parcial e mitigada.

Robert Alexy parte dos ensinamentos de Dworkin, mas avança na diferenciação. Segundo Alexy, os princípios, sempre que em conflitos, serão ponderados, e será criada uma regra de prevalência, o que permitiria a sua aplicação também no modo tudo ou nada (*Alles-oder-Nichts*). A forma de resolução da tensão entre normas, para Alexy, é o elemento que diferencia regras e princípios¹⁴.

Nessa esteira, é a partir dessa definição que se identifica os princípios como deveres de otimização que se tornam normas de conduta de acordo com o caso concreto, por meio de um juízo de ponderação.

¹² Por isso é importante a lição de Humberto Ávila sobre a convivência entre princípios e regras: “O modelo ora apresentado demonstra que um sistema não pode ser composto somente por princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 120-121).

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 36-37.

¹⁴ Humberto Ávila explica a diferenciação proposta por Robert Alexy na seguinte assertiva: “enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora determinada ordem jurídica (problema do dentro ou fora), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão)”. *Op. cit.*, p. 38.

Os princípios exigem do aplicador do direito um processo de racionalização da decisão detido, o que não ocorre na prática. Ocorre que, diversas vezes, o mesmo tribunal, ponderando os mesmos valores, modifica em curto espaço de tempo os seus entendimentos, em demandas que têm suportes fáticos e normativos idênticos, ou muito próximos dos seus precedentes.

Pelo exposto, podem ser traçadas as seguintes conclusões sobre as influências do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo em matéria de ação rescisória:

1) Não há como ser abordada a possibilidade de relativização da coisa julgada sem que se dimensione previamente o cenário de insegurança jurídica e o significado da garantia constitucional da segurança jurídica em ponderação com o conceito de justiça das decisões, defendida pelos *relativistas* da coisa julgada.

2) A leitura constitucional do processo produz diversos efeitos que se irradiam sobre variados institutos e em distintos aspectos. Sendo assim, não há a possibilidade de interpretação dos vícios rescisórios e dos vícios transrescisórios, senão através da sua correspondência com garantias constitucionais refletidas em cada uma das suas hipóteses de cabimento¹⁵.

Importante identificar o contexto jurídico no qual este trabalho está sendo produzido, para assim compreender a real dimensão dos temas aqui debatidos. Tanto as tendências descritas, quanto o *efeito colateral*, representam fatores de grande importância para o adequado tratamento da relativização do conteúdo da sentença de mérito transitada em julgado.

1.2. As garantias processuais constitucionais

Entre os direitos fundamentais previstos essencialmente no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontram-se os princípios e garantias constitucionais do processo, que servem para informar a aplicação das regras processuais.

A identificação dessas garantias processuais constitucionais permite ao aplicador do Direito diluir o mecanicismo com o qual sempre foi tratado o Direito Processual. Se encarado o processo como um simples conjunto de atos concatenados em busca de um

¹⁵ Luiz Guilherme Marinoni assevera que “Se a Lei passa a se subordinar ao princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.” (*Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 47).

provimento final, aplicado nos termos estritos da lei, certamente seria deturpada a sua finalidade, que é ser instrumento para a tutela adequada do direito material em jogo.

Os direitos fundamentais, a partir da sua consagração expressa no ordenamento jurídico, mais especificamente na Constituição Federal, ganham em concretude¹⁶ e exercem uma pressão de baixo para cima, no sentido de que cada cidadão pode cobrar do Estado a efetividade desses direitos.

Na ciência processual, os direitos humanos estão previstos na cláusula geral do devido processo legal, que se subdivide em uma série de garantias processuais, informadoras e limitadoras da atividade estatal no exercício da tutela jurisdicional.

O devido processo legal transparece um conjunto de garantias que não deve ser restringido pelo legislador e pelo aplicador do direito em benefício do próprio Estado¹⁷. Esse conjunto de garantias cumpre um ideal de efetivação da tutela jurisdicional, intimamente conectado com a concretização da dignidade da pessoa humana no curso do processo.

A busca pela efetividade deve ser encarada como a exata medida na relação tempo e segurança jurídica¹⁸. Com isso, poderão ser contidos os anseios que visam a um processo instantâneo, no qual coincidiriam os termos efetividade e celeridade. O processo deveras efetivo é aquele que conjuga celeridade e as demais garantias processuais.

Um processo célere, mas sem decisões motivadas, sem a garantia do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, não atende aos objetivos do que se busca no Estado Democrático de Direito, que é permitir o acesso à ordem jurídica por meio do devido processo legal.

As garantias processuais confirmam a humanização do processo e possibilitam que o julgador não se prenda somente às regras processuais e suas formalidades, apesar de reconhecê-las como fundamentais para a manutenção da segurança jurídica.

A humanização do processo não é fenômeno pátrio, mas universal. Na Itália, por exemplo, o devido processo legal foi denominado de *Giusto Processo* no artigo 111 da Constituição italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla*

¹⁶ Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco “Desde que os direitos humanos deixaram de ser apenas teorias filosóficas, e passaram a ser acolhidos por legisladores, ficou superada também a fase em que coincidiam com meras reivindicações políticas ou éticas”. (*Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002. pp. 137-138).

¹⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. pp. 69 e 70.

¹⁸ José Roberto dos Santos Bedaque fala de ponderação entre celeridade e segurança jurídica para alcance da efetividade: “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. (*Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 49).

legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”¹⁹.

Sob esta ótica, fica evidente que a atividade do juiz não se restringe à subsunção dos fatos à norma, esta é apenas uma de suas feições. O juiz, portanto, deve produzir a decisão se atentando para o procedimento utilizado, além de analisar o arcabouço de garantias que determina a sua forma de agir durante todo o processo, inclusive no momento de proferimento da sentença ou acórdão.

As garantias fundamentais do processo atuam como importante nuance que informa a atividade jurisdicional. Servem elas para pautar toda a atividade jurisdicional e, neste trabalho, para justificar a existência dos vícios rescisórios.

O devido processo legal ou o processo justo é entendido como um princípio geral do direito processual que se capilariza em diversas outras garantias processuais. Todas as garantias do processo são fundadas por esse princípio. O processo justo possui o significado sistemático de fechar o círculo das garantias constitucionais do processo, ou seja, o princípio do devido processo legal ressalta a necessidade da indispensabilidade de todas as garantias processuais²⁰.

Sendo assim, para entender a real dimensão dessa cláusula, necessário se faz um breve estudo sobre algumas garantias decorrentes do seu conteúdo²¹.

Inicia-se pelo estudo das garantias individuais. A primeira delas é o acesso à justiça, que inicialmente pode ser entendido como o direito de ter sua pretensão respondida pelo Estado.

Conforme já estudado, hoje a ideia de acesso à justiça não se limita a esse viés, apesar de ser uma importante característica. Soma-se a esse entendimento a concepção de acesso à ordem jurídica justa, na qual se exige do Estado uma atuação em defesa de todas as garantias fundamentais do processo, isto é, não basta permitir o acesso, é preciso garantir que o processo tramitará de acordo com o devido processo legal.

¹⁹ “A jurisdição se atua mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo se desenvolve pelo contraditório entre as partes, em condição de igualdade, diante de um juiz terceiro e imparcial. A Lei assegurará a sua razoável duração” (tradução livre). Disponível em <http://www.governo.it>. Acesso em 01 de agosto de 2011.

²⁰ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “A expressa garantia do *due process of law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”. (*Instituições de Direito Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 250).

²¹ Sobre o tema Leonardo Greco: *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In PEIXINHO, Manuel Mesias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *In Os princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 369-406.

Na doutrina italiana o acesso à justiça de concretiza em dois corolários: 1) no sentido formal, sem discriminação, deve ser permitido o livre acesso a qualquer órgão jurisdicional para buscar a tutela dos direitos ou de interesses reconhecidos pelo ordenamento jurídico; 2) no sentido substancial, garantido o acesso igual a todos e o direito de defesa pleno, por meio do contraditório, o processo deve se exprimir por meio de decisões individualmente e socialmente justas²².

Quando se trata desse último aspecto, a doutrina italiana assenta a responsabilidade do Estado de efetivar as suas decisões. Dar o bem da vida a quem o possui de direito, uma das máximas de Chiovenda, é o que torna justificável a existência do processo²³.

Contudo, caminho mais complicado é analisar uma decisão e precisar o grau de justiça conferido em seu teor. O juiz deve se atentar para o transcurso do processo em contraditório e formar o seu convencimento de acordo com as provas produzidas durante a fase instrutória. A decisão também deve almejar a melhor interpretação possível do direito consagrado, de acordo com os direitos fundamentais, mas, é impossível impor ao juiz que ele chegue a uma decisão justa sob os olhos de todas as partes e de toda a sociedade.

Outra garantia é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Também se trata de uma garantia essencial, sem a qual a função jurisdicional restaria maculada. A garantia da imparcialidade ou da “*terzietà*” determina que o juiz permaneça como um terceiro estranho às partes e aos interesses debatidos no processo. A equidistância do juiz, que deve se colocar entre as partes e acima delas, é uma garantia individual do jurisdicionado. O aplicador do Direito que tende para um dos lados não cumpre com o objetivo estatal de garantir o acesso à justiça de maneira igualitária.

O princípio do juiz natural informa que o julgamento das demandas deve ser implementado através de um juiz ou tribunal pré-constituído. O juiz natural é o juiz competente de acordo com a constituição e com as leis. Ademais, relaciona-se esse princípio com o acesso igualitário ao Poder Judiciário, já que cada cidadão poderá, pelo menos em tese, ser julgado pelos mesmos juízes.

O princípio do juiz natural se dissemina em uma série de regras de competências que possuem a função de dividir atribuições de acordo com uma série de critérios: território,

²² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 15.

²³ “(...) a função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 80.

valor, matéria etc. Algumas dessas regras são consideradas matérias de ordem pública, pelas quais devem zelar os juízes, independentemente de provocação das partes.

O contraditório e a ampla defesa são garantias que permitem a participação do jurisdicionado no resultado do processo. Como já dito, impossível saber se a decisão justa foi alcançada, todavia, palpável é verificar se a decisão é fruto de uma construção das partes no bojo de um processo desenvolvido em contraditório.

O contraditório é o instrumento da ampla defesa. Sem o contraditório não é possível a parte se defender das alegações aduzidas pela parte adversa. Atribuem-se como características do contraditório os seguintes fatores: i - dever do juiz de dar ciência dos seus atos e das manifestações de uma das partes à outra; ii – possibilitar que as partes se manifestem sobre esses atos e manifestações; iii – dever de dar ciência antes do proferimento da decisão, para que seja possível a parte influenciar no ato decisório²⁴.

A participação das partes democratiza o processo. Se não permite às partes entenderem como justa a decisão, o que é um aspecto extremamente subjetivo, pelo menos abre a opção das partes aceitarem o teor decisório, já que tiveram a oportunidade de convencer o juiz de que estavam certas.

Intrinsicamente ligada ao tema ora debatido, a garantia da coisa julgada, que será estudada no item 2.1, traz segurança jurídica a atividade jurisdicional. Sem a ocorrência da coisa julgada, as decisões poderiam ser rediscutidas indefinidamente.

A coisa julgada, como qualquer outra garantia constitucional, pode ser relativizada, no entanto, o legislador e o aplicador do direito têm que saber a exata medida dessa relativização, que deve ser mínima, caso contrário a perenidade da sentença transitada em julgada será exceção e não a regra.

A boa-fé processual também é fator de fundamental importância no decorrer do processo. O juiz que atua com boa-fé é aquele que colabora com as partes, sempre atento e disposto a romper obstáculos que impeçam a efetiva participação dos sujeitos parciais do processo.

A boa-fé decorre do sistema jurídico de garantias e está prevista implicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que consagra como princípio da administração pública a moralidade. Todavia, a boa-fé não é exigida apenas numa perspectiva vertical e de cima para baixo, também atua esse princípio numa perspectiva horizontal, entre

²⁴ Sobre a conexão entre princípio do contraditório e da ampla defesa, Vittorio Denti: “Portanto, a elaboração do direito de defesa, que se substancia no exercício dos poderes de iniciativa processual e de aquisição probatória, idôneos para influir na formação do convencimento do juiz (...)” (tradução livre). (*La giustizia civile*. Bolonha: Editora il Mulino, 2004. p. 86.

os sujeitos parciais do processo, e, ademais, numa perspectiva de baixo para cima, visto que esses sujeitos não podem atentar para o bom funcionamento da justiça.

Adentra-se, agora, no exame das garantias estruturais.

A motivação trata-se de uma garantia voltada para as partes, sociedade e, internamente, para o Poder Judiciário.

Para as partes, ela significa a comprovação de que puderam influir, através do contraditório participativo, nas decisões tomadas pelo juiz. Para a sociedade, ela reflete a possibilidade de legitimação democrática do juiz, uma vez que o juiz, pelos seus fundamentos decisórios, confirma as regras e valores disseminados pelo ordenamento jurídico. A sociedade conferirá ao juiz legitimidade por meio da sua atuação conforme a Constituição e as leis em cada caso concreto. Por derradeiro, a motivação também possui uma finalidade interna, institucional, visto que permite aos órgãos hierarquicamente superiores controlar a atividade dos órgãos a eles subordinados.

Desse modo, percebe-se que não é qualquer motivação. Apenas servirá aquela motivação adequada, fruto da produção probatória das partes e de uma interpretação razoável do Direito envolvido no caso concreto.

A impessoalidade e a independência são outras garantias processuais estruturais importantes para o desenvolvimento do presente trabalho.

O significado da impessoalidade pode ser delineado por meio da ideia de que a jurisdição deve ser exercida a serviço dos cidadãos, da coletividade, e não a serviço de um grupo ou classe econômica. Já a garantia da independência é um atributo de que deve gozar o juiz e não o Poder Judiciário. O juiz não pode ficar sujeito à pressão externa, por isso, medidas devem ser tomadas para garantir a independência dos juízes²⁵.

Luigi Paolo Comoglio e Leonardo Greco citam uma série de outras garantias estruturais, mas, as citadas até o momento cumprem o objetivo de dimensionar o conteúdo do devido processo legal ou justo processo, que se trata de um feixe de garantias que, se observado, permitirá ao cidadão o acesso à justiça.

1.3. O formalismo excessivo e o formalismo valorativo

²⁵ O artigo 95 da Constituição Federal prevê como garantia aos magistrados a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade dos subsídios, no entanto, essas garantias são apenas um primeiro passo para se alcançar a independência da magistratura.

O processo é a técnica utilizada pelo Estado para tutelar os interesses levados ao seu conhecimento. A técnica processual sempre deve estar a serviço do direito material, razão pela qual o excesso de formalismo deve ser evitado pelo aplicador do Direito. No cenário jurídico atual, eminentemente neoconstitucional, a técnica processual deve ser tratada à luz dos princípios e garantias processuais previstos no texto constitucional.

Repensa-se a técnica processual de maneira a impedir que a aplicação dura do processo atue em sentido contrário aos direitos fundamentais. Toda a construção do ordenamento jurídico, seja ela referente ao direito material ou ao direito processual, deságua no objetivo de consagrar a dignidade da pessoa humana no meio social, o que só será possível com o implemento de uma ciência processual humana e racional.

A ciência processual não é um fim em si mesmo e não pode adorar a sua própria imagem, sob pena de cair no lago²⁶.

Contraopondo-se a essa primeira premissa, importa destacar que existe um núcleo de formas que trazem segurança jurídica, esse núcleo de formalidades é essencial para que as partes possam prever a sua atuação e assim exercer de maneira igualitária as faculdades processuais. Por isso, o desafio contemporâneo é alcançar o meio termo entre o excesso de formalidade e o informalismo.

É importante que o processo seja um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais, contudo, não pode ser abandonada a segurança jurídica em prol de uma busca desenfreada por justiça.

Outrossim, não há como ser abordado o tema deste item sem o estudo da obra já citada de José Roberto dos Santos Bedaque e também sem levar em conta os ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁷.

O formalismo, segundo o autor, busca organizar um método racional e previsível para solucionar a crise jurídica levada ao conhecimento do Poder Judiciário²⁸. A formalidade possibilita racionalizar o instrumento processual de forma certa e segura para o jurisdicionado.

²⁶ Seguem as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “De fato, a observância da técnica é fundamental para que o método estatal de solução de controvérsias cumpra com êxito sua função. O problema está nos exageros. Tudo que é levado às últimas consequências acaba produzindo efeitos perversos. A técnica processual deixa de ser fator de segurança e se transforma em fim, adorando a sua própria imagem. Necessário evitar que isso ocorra, pois ela está prestes a cair no lago”. (*Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 82).

²⁷ O Formalismo-valorativo em confronto com o Formalismo-excessivo. Disponível em http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em 14/05/2012.

²⁸ O autor expõe que: “O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. *Ibidem*.

Dentro dessa dimensão encontra-se a garantia da coisa julgada, que coloca um fim à incerteza trazida pela tutela judicial. Enquanto dura o processo, as partes sofrem com a incerteza sobre a titularidade do direito, por isso têm a esperança de que essa dúvida um dia se tornará uma certeza imutável. Essa garantia, desse modo, traz confiança na relação entre Estado e os jurisdicionados.

Da mesma forma que o princípio do acesso à justiça é encarado como a porta de entrada para o Poder Judiciário, o princípio da efetividade garante que o Estado irá dar uma resposta em tempo razoável, segura e única para esse litígio. É impossível efetivar direitos enquanto durar a incerteza das partes sobre a sua titularidade. O exercício do direito deve ser definitivo e não provisório, por isso fundamental o resgate da credibilidade da coisa julgada, extremamente volúvel no ordenamento pátrio²⁹.

A segurança jurídica trazida pela coisa julgada, garantia individual processual consagrada no texto constitucional, constitui a ideia central deste estudo, no sentido de que as teorias relativistas almejam um informalismo desajustado, o que ataca frontalmente o poder organizador conferido por essa formalidade.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta a importância do formalismo e da segurança jurídica trazida pela previsão de regras processuais, além de atacar o que ele intitula como *formalismo-excessivo*. O *formalismo-excessivo* relaciona-se com as hipóteses em que as formalidades desnecessárias ou excessivas se tornam ofensivas à efetivação do direito material vindicado, o que afasta a característica básica do processo: mero instrumento a serviço do direito material³⁰.

Os defensores do *relativismo* da coisa julgada, conforme será estudado mais à frente, tentam estabelecer a garantia da coisa julgada como uma limitação formal ao alcance de um provimento judicial justo, no entanto, faltam subsídios para verificação dessa premissa.

A ponderação entre segurança jurídica e justiça das decisões é a ponderação entre um conceito certo e palpável (coisa julgada), de um lado, e um conceito abstrato e de difícil comprovação, do outro. Ao enumerar as hipóteses de ação rescisória, instrumento previsto no

²⁹ “Das considerações até agora realizadas, verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador”. *Ibidem*.

³⁰ “Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial”. *Ibidem*.

texto constitucional, o legislador criou um mecanismo seguro para balancear os dois valores acima descritos. Salvo em casos excepcionais, que serão estudados ainda neste trabalho, a ação rescisória deveria ser o único instrumento voltado para desconstituir a coisa julgada.

Não há excesso de formalismo induzido pelo conteúdo da garantia da coisa julgada, todavia, há um excessivo informalismo quando se pretende deixar a critério do juiz, em cada caso concreto, a possibilidade de afastar a coisa julgada sob o argumento de que a decisão justa deveria prevalecer.

2. SEGURANÇA JURÍDICA, COISA JULGADA E DIREITO À RESCISÃO

2.1. Conexão entre segurança jurídica e coisa julgada

Com o advento da Revolução Francesa de 1789, surge o Estado de Direito, em oposição ao Regime Absolutista, que vigorava no decorrer da Idade Moderna. A vontade do povo, sobretudo da burguesia emergente, favorecida pela revolução industrial e pelo incessante desenvolvimento do comércio, passa a prevalecer sobre a vontade do soberano e sobre a influência da Igreja Católica.

O clima de agitação política transparecia no âmago das mais diversas sociedades ocidentais e trazia a esperança de um Estado com o poder limitado e, principalmente, regido por representantes escolhidos pelo povo.

A Revolução Francesa, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclama uma série de direitos individuais, o que influenciará de sobremaneira a construção da Teoria dos Direitos Fundamentais. Desse modo, os direitos fundamentais, em sua primeira dimensão, garantem a autonomia do indivíduo frente ao Estado³¹.

A segurança jurídica é uma característica fundamental do Estado Democrático de Direito liberal³², visto que objetiva traçar um limite à atuação do poder estatal e garantir a liberdade dos particulares. A partir desse momento o Estado somente poderia atuar nos limites das leis, devidamente aprovadas pela vontade daqueles que foram escolhidos pelo povo.

O instituto da coisa julgada material, apesar de seu surgimento ter origem em épocas mais remotas, no bojo do Estado Democrático de Direito se torna mais uma faceta do princípio da segurança jurídica. A forma mais adequada de o Estado tutelar os conflitos que lhe são submetidos é por meio de uma decisão única e imutável. A incerteza não tem espaço

³¹ “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 51).

³² Segundo Anne-Laure Valembois “A constitucionalização da segurança jurídica está inscrita dentro de um processo de autonomia de certas exigências trazidas com a concepção de um Estado de Direito. Com efeito, inicialmente, consubstancia-se a partir do Estado de Direito uma segurança jurídica tendente a se emancipar, em resposta à insegurança necessariamente gerada pelo sistema jurídico, fato que se sustenta a partir da maior complexidade observada nas relações das sociedades modernas. A segurança jurídica surge como uma exigência do Estado de Direito, na medida em que se revela como verdadeira garantia hábil a promover a correção de certas situações de desequilíbrio” (trad. Livre). (*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*. Paris: Editora LGDJ, 2005. p. 28).

nesse novo cenário político. A proteção da coisa julgada revela-se como uma conquista histórica de grande relevância e é um direito fundamental que deve ser observado e respeitado por todos os cidadãos e pelo Estado³³.

Chiovenda entendia que a sentença representava a vontade do Estado na aplicação da lei no caso concreto³⁴, dessa maneira, por ser a lei do caso concreto, seria imutável após o trânsito em julgado.

Seguindo os ensinamentos de Liebman, a coisa julgada nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco seria uma qualidade especial que imuniza os efeitos da sentença com a finalidade de conferir estabilidade à tutela jurisdicional³⁵. Sua utilidade, portanto, consistiria em dar estabilidade aos efeitos da sentença.

Crítica relevante foi feita por José Carlos Barbosa Moreira, para quem a coisa julgada não seria uma qualidade dos efeitos da sentença, mas sim uma referência à imutabilidade do próprio conteúdo da sentença³⁶.

Todavia, independentemente da discussão travada por estes grandes nomes do Direito Processual, neste trabalho, para melhor compreendermos o instituto da ação rescisória e dos meios transrescisórios, torna-se essencial mencionar o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco sobre a coisa julgada no sentido de que: “*auctoritas rei iudicata*, como fator de segurança jurídica, é uma garantia oferecida à parte vencedora, com o objetivo de lhe proporcionar segurança jurídica em relação aos bens que lhe foram atribuídos ou que foram negados ao adversário”³⁷.

³³ “O princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, e desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim José 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 calcabilidade, 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 (...). Com efeito, ausente a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito ‘se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança’”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.).

³⁴ “Formulamos o conceito de sentença como ato de tutela jurídica, ou seja, considerado com relação à vontade de lei que ela atua” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 1165).

³⁵ “A coisa julgada, não sendo efeito da sentença, mas a autoridade de que os seus efeitos se revestem (...)” (*A instrumentalidade do processo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009).

³⁶ *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 250.

³⁷ *A nova era do processo civil* – 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 217.

Acrescente-se ao entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, outrossim, que a coisa julgada não é apenas uma garantia dada à parte vencedora, mas também uma garantia dada à parte derrotada sobre os limites das suas obrigações.

Desse modo, a coisa julgada material visa trazer segurança jurídica aos dois pólos da demanda, tendo em vista que estabiliza a relação fática levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Desta feita, a ação rescisória e os meios transrescisórios só devem ser utilizados para a busca do aperfeiçoamento das decisões que foram proferidas e que contenham no seu bojo algum vício ligado a uma garantia constitucional.

A doutrina leciona que são dois os fundamentos para a existência da coisa julgada: um de ordem política e outro jurídico. O fundamento jurídico se origina do art. 471 do Código de Processo Civil e determina que a jurisdição deve ser exercida de maneira que uma única decisão seja proferida pelo Estado, diante da postulação que lhe foi encaminhada. O segundo, fundamento político, significa que a produção de uma única decisão imutável impossibilita que os litígios se eternizem, o que traz estabilidade para as relações sociais³⁸.

Diante desta construção teórica apreende-se de maneira insofismável que a coisa julgada possui um papel determinante para que a vida em sociedade siga o seu transcurso pacífico. O poder de dizer o Direito foi atraído para o Estado com a justificativa precípua de evitar a barbárie e a autotutela, por isso qualquer tentativa de relativização da coisa julgada deve ser tratada com extremo cuidado, para que não gere nos jurisdicionados uma sensação de instabilidade.

A conexão entre coisa julgada e segurança jurídica está longe de representar um formalismo excessivo previsto pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, a garantia da coisa julgada permite ao jurisdicionado prever qual será a atuação do Estado após o trânsito em julgado da sentença de mérito: ausência de intervenção, salvo nos casos de ação rescisória.

Desse modo, do ponto de vista valorativo, essa formalidade é fundamental para a legitimação social da atuação do Poder Judiciário³⁹.

³⁸ Segundo Leonardo Greco: “A coisa julgada possui dois fundamentos: um político e outro jurídico. Este se baseia no princípio da unidade da jurisdição (v. item 5.6 do 1º volume), segundo o qual o exercício da jurisdição exterioriza a vontade única do Estado acerca da postulação que lhe foi encaminhada. (...). O fundamento político da coisa julgada é a necessidade de estabilidade das decisões, que evita que os litígios se eternizem” (*Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 291).

³⁹ Cita-se a seguinte passagem da obra de Leonardo Greco: “A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (*Op. cit.*, p. 360).

Sem o mínimo de previsibilidade, o cidadão não dará crédito à atuação do órgão julgador, o que pode gerar uma crise jurídica, diante da expectativa do jurisdicionado de ser submetido a um processo quase sempre longo e a uma decisão final que pode ser relativizada por qualquer juiz, apenas se utilizando de um juízo de ponderação⁴⁰.

Como foi retratado no primeiro capítulo deste trabalho, o neoconstitucionalismo caminha para a insegurança, especialmente por aumentar em demasia o grau de subjetividade na interpretação do Direito. Esse fato indubitável pode ser remediado ou arrefecido no decurso do processo com a valorização de formalidades essenciais para a manutenção da ordem pública processual.

A garantia da coisa julgada, que permite a imutabilidade da sentença de mérito transitada em julgada, é uma das formalidades essenciais garantidoras da ordem pública processual. Tanto é assim que sua ofensa se trata de uma das hipóteses legais de ação rescisória, conforme o exposto no art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Outrossim, a coisa julgada transcende o seu caráter de princípio ou garantia fundamental, visto que possui papel indispensável e inerente à existência do discurso jurídico. Não é concebível conferir poder ao Estado para o exercício da jurisdição sem a ocorrência da coisa julgada, que põe fim à intervenção do Estado na esfera particular⁴¹.

Desse modo, além de ser corolário da segurança jurídica, a importância da coisa julgada também se relaciona com outros três aspectos: i – regra para a existência do discurso jurídico⁴²; ii – elemento indispensável à afirmação do poder estatal⁴³; e iii – a coisa julgada como corolário do direito fundamental à ação (à tutela jurisdicional efetiva)⁴⁴.

Com esses três aspectos somados ao conceito retratado por Cândido Rangel Dinamarco, identifica-se a coisa julgada como uma garantia constitucionalmente consagrada, indispensável para a efetivação dos direitos, para a afirmação do discurso jurídico e também para conferir legitimidade social ao poder judicante estatal.

⁴⁰ José Carlos Barbosa Moreira explica o significado da coisa julgada do ponto de vista da política jurídica: “Cumpra que as pessoas saibam em que pé estão no mundo do direito, para poderem pautar sua própria conduta por esse conhecimento (...). A atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã – e não atingiria o fim a que visa – se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações” (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 244).

⁴¹ Essas lições retratam o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni: “A coisa julgada obviamente não é mera regra de processo. Ademais, embora certamente protegida pela Constituição, ela é muito mais do que um princípio constitucional. Trata-se de uma regra indispensável à existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição”. (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 56).

⁴² *Op. cit.*, pp. 56-57.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 60-61.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 62.

2.1.1 Delimitação da coisa julgada material: limites objetivos e subjetivos

Essencial informar que a coisa julgada é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988 que se divide em coisa julgada formal e material .

Coisa julgada formal é aquela que produz efeitos apenas endoprocessuais, o que significa que a sua produção não impede o ajuizamento de uma nova ação para tratar do mesmo objeto da ação anteriormente decidida. A sua ocorrência está adstrita as hipóteses de sentenças contidas no artigo 267, do CPC, já que trata essencialmente da ausência pressupostos processuais e condições da ação, isto é, não adentra no mérito da causa.

Lado outro, a coisa julgada material produz efeitos extraprocessuais e, além de impedir a rediscussão da matéria no mesmo processo, também impedirá que outra ação, versando sobre o mesmo tema, seja apreciada pelo Poder Judiciário. O mérito de uma ação já decidida não pode ser objeto de duas decisões, sob pena de ser afetada a unidade da jurisdição.

A incidência da coisa julgada material depende da presença de três pressupostos: a) proferimento de uma decisão de mérito; b) necessidade de que a decisão proferida seja fruto de cognição exauriente; c) ocorrência da coisa julgada formal⁴⁵.

Verificando-se os pressupostos descritos forma-se a coisa julgada material.

Cumprido registrar que, neste trabalho, o que será objeto de ataque pela ação rescisória e pelos meios transrescisórios é apenas a ocorrência coisa julgada material, por isso, quando a expressão “coisa julgada” surgir com o transcorrer do texto, ela estará ligada ao significado de coisa julgada material.

Lado outro, existem duas espécies de limites para a imutabilidade da sentença que transitou em julgado: limites objetivos e subjetivos.

⁴⁵ Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira deverá estar presente um quarto pressuposto: “a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal; b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havia a preclusão máxima (coisa julgada formal)” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p. 410). Todavia, o conceito de jurisdição permite a relativização desse pressuposto. A arbitragem, pelo conceito clássico, não está abarcada pelo conceito de jurisdição, visto que não é um ato estatal, contudo, ainda assim, poderia ser levantada a hipótese de incidência da coisa julgada material na sentença arbitral. Um bom fundamento é que, pelo artigo 475-N, CPC, a sentença arbitral é uma modalidade de título executivo judicial.

O autor italiano, Elio Fazzalari, descreve o âmbito objetivo da seguinte maneira: “a coisa julgada cobre tanto o ‘comando’ ou os ‘comandos’, contidos no dispositivo, quanto o juízo contido na ‘motivação’”⁴⁶.

Contrário senso, no Brasil, admite-se que a coisa julgada atinge unicamente os comandos contidos no dispositivo da sentença⁴⁷ e não abarca o relatório e os motivos. Nesse sentido, o artigo 469 do Código de Processo Civil brasileiro expõe que a coisa julgada não atinge: “I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Somente a propositura de uma ação declaratória incidental, de acordo com os artigos 5º, 325 e 470 do diploma processual cível brasileiro, possibilita que uma questão incidental seja abordada no dispositivo da sentença, o que geraria a coisa julgada.

Os países que adotam o sistema da *civil law* visam o tratamento, por lei, da imensidão de situações que surgem na vida de seus cidadãos. Contudo, é latente a impossibilidade de previsão legal para o tratamento de todos os problemas oriundos da vida social, assim como é preciso o juiz compor eventuais antinomias nascentes desse mesmo ordenamento.

A forma mais eficaz de trazer segurança jurídica para essas situações é ratificar a força dos precedentes no sistema jurídico pátrio⁴⁸.

Há que se esclarecer que no ordenamento jurídico americano, por exemplo, não são criados enunciados nos moldes do modelo brasileiro de súmula vinculante, pelo contrário, é a *ratio decidendi*, em todas as suas peculiaridades fáticas e axiológicas, que influenciará o julgamento de novos processos.

⁴⁶ *Instituições de Direito Processual*. 1ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2006. p. 545.

⁴⁷ Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Decorre daí que a imutabilidade, insita à coisa julgada, somente atinge a parte dispositiva da sentença, na qual se estabeleceu a lei do caso concreto. Todo o restante, ou seja, fundamentação e o relatório, não restam imutáveis” (*Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 656).

⁴⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni: “Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Porém, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece presa à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente enxergar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encobrendo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outra dimensão, sente-se atordoada diante da desconfiança da população, além de envolta num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado”. (*Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Número 49. Curitiba: 2009. p. 35).

Desse modo, apesar de não ser abarcada pela coisa julgada, é a fundamentação ou a *ratio decidendi* do *decisum* que cumpre especial importância para o enquadramento do precedente judicial.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil que ela somente atinge as partes⁴⁹. Todavia, é necessário distinguir o papel dos terceiros não interessados juridicamente e dos terceiros juridicamente interessados.

Os terceiros não interessados juridicamente, ou seja, aqueles que não possuem relação jurídica com as partes do processo, sequer possuem legitimidade para ingressar com qualquer pleito perante o Poder Judiciário, por isso, nada podem fazer quanto à ocorrência da coisa julgada. Já os terceiros juridicamente interessados, que sofrem as consequências do *decisum*, sem ter participado do processo, poderão atacar essa decisão por meio de uma outra ação, já que foram atingidos pelos efeitos da sentença sem exercer o seu direito ao contraditório⁵⁰.

José Rogério Cruz e Tucci chama a atenção para o disposto no art. 274⁵¹ do Código Civil e estende a coisa julgada ao terceiro beneficiado pela sentença⁵².

Noutro viés, Leonardo Greco debate cinco hipóteses especiais de tratamento da coisa julgada: nas ações de estado; quando houver sucessão de partes; na substituição

⁴⁹ Esse também era o entendimento emanado pelo Código Napoleônico, que reproduziu a doutrina romana, segundo Estaban Ymaz: “*Este, en efecto, dispone en su art. 1351 que: ‘La autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar si no respecto de aquello que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la demanda este fundada en la misma causa; que la demanda sea entre las mismas partes y formulada por ellas o contra ellas en la misma calidad’.* Este texto es sólo la reproducción de la doctrina romana, ha podido escribir un clásico. Tres condiciones requeriríanse pues para la autoridad de la cosa juzgada: identidad de objeto, de causa y de personas”. (*La esencia de la cosa juzgada e otros ensayos*. Editora La Ley: Buenos Aires, 1995. p. 7).

⁵⁰ Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “Todo aquele que não participa do contraditório em processo pendente inter alios é considerado terceiro. Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte elevado, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele reagir contra a sentença. Essa insurgência, contudo, pode ser por via indireta, ou seja, como o terceiro não está adstrito à autoridade da coisa julgada, o direito objeto de decisão no precedente processo pode ser submetido à (re) apreciação judicial”. (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 209).

⁵¹ “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveitá-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”.

⁵² “Saliente-se, por outro lado, que alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E aqui também há de fazer-se a distinção entre os terceiros beneficiados de fato, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos, e. g., os credores, pelo vitória do devedor comum numa ação reivindicatória; e o terceiros juridicamente beneficiados que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão ultra partes geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a *res de qua agitur*. (...) Conclui-se, assim, que enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe proporcionar benefício” (*Op. cit.*, p. 209).

processual; a coisa julgada criminal e seus efeitos na área cível; e coisa julgada nas ações coletivas⁵³.

Nas ações de estado, segundo o art. 472 do Código de Processo Civil, a coisa julgada atingirá terceiros, desde que devidamente citados como litisconsortes necessários. Por exemplo, se numa ação de investigação de paternidade reconhece-se o estado de filiação, o autor dessa ação será filho do réu para todos os efeitos legais, inclusive para se habilitar como herdeiro em um processo. Todos os outros filhos do réu, devidamente citados, não poderão mais se insurgir contra essa decisão, já que integraram o contraditório. Contudo, se surgir um outro filho do réu que não participou da ação, ele não ficará submetido à coisa julgada, mas sofrerá os efeitos da sentença enquanto não se insurgir contra ela.

Os terceiros que não possuem interesse e são estranhos à relação processual sofrerão os efeitos da sentença e não poderão se insurgir contra ela por uma questão de legitimidade *ad causam*, conforme já estudado. Desse modo, conclui-se que nas ações de estado não há produção de efeitos *erga omnes* pela coisa julgada, mas sim a possibilidade de terceiros serem atingidos pelos efeitos da sentença⁵⁴.

Os casos de sucessão de partes não merecem maiores comentários, visto que os sucessores, a título universal e singular, são as próprias partes⁵⁵. A sucessão é tratada nos artigos 42 e 43 do Código de Processo Civil.

Nos casos de substituição processual, também denominada de legitimidade extraordinária, o direito subjetivo não é tutelado diretamente por seu titular (art. 6º, CPC), todavia, este permanecerá submetido aos efeitos da coisa julgada.

Neste ponto, vale menção o posicionamento de Leonardo Greco, segundo o qual os substituídos somente serão afetados na hipótese da sentença lhes favorecer, visto que não participaram efetivamente do processo e por isso não podem ser prejudicados⁵⁶.

Em ação na qual o ECAD atuou como substituto processual, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os efeitos da decisão do processo em que atuou atingiria todos os substituídos, especialmente nos casos de procedência, adotando-se na prática o posicionamento doutrinário de Leonardo Greco, entretanto, sem afastar expressamente a possibilidade de incidência dos efeitos em casos de improcedência da ação⁵⁷.

⁵³ *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. pp. 312/318.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 317.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 317/318.

⁵⁷ "Considerando-se que o ECAD atua em nome próprio, mas no interesse de seus associados e dos titulares de direitos autorais, seu papel em juízo é de verdadeira substituição processual. Os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada, nas hipóteses de substituição processual, estendem-se de forma a atingir o terceiro

Quanto aos limites subjetivos, há que se trazer, a título de observação, a ressalva no que tange à tutela dos direitos transindividuais, quando há a possibilidade de produção da coisa julgada *erga omnes* (direitos difusos e individuais homogêneos) e *ultra partes* (direitos coletivos estrito senso), todavia, este não é o foco do presente trabalho.

2.1.2. A Eficácia preclusiva da coisa julgada

Ao longo do processo uma série de atos processuais são produzidos, alguns deles evitados de defeitos. A classificação desses defeitos, denominados por alguns de vícios (registre-se que os termos defeitos e vícios serão utilizados nesse trabalho como sinônimos), é objeto de intenso debate e um dos temas mais árduos da disciplina processual, por isso será enfrentado apenas incidentalmente para a aferição de conceitos fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho.

Cumprido esclarecer que vários estudiosos do direito tentaram conferir um tratamento sobre este tema. Alguns, como Humberto Theodoro Júnior, entendem que a classificação adotada no Direito Civil pode ser aproveitada na ciência processual⁵⁸.

Outros, como Luís Eulálio de Bueno Vidigal, advertem que se adota “em direito processual, em matéria de vícios de sentença, técnica especial que não deve ser confundida com a consagrada pelo Código Civil”⁵⁹.

O estudo desses defeitos na ciência processual trata da preservação de certas formalidades no processo (como, onde e quando o ato deve ser produzido). Apesar de no art. 243, CPC, vigorar o princípio da liberdade das formas, alguns defeitos nos atos processuais não poderão ficar sujeitos à vontade das partes, tendo em vista a sua importância para uma segura tramitação do processo⁶⁰.

cujos interesses foram representados em juízo, sobretudo quando o juízo é de procedência”. (REsp nº 983357/RJ. Relatora Min. Nancy Andriahi. Publicado no DJ em 17/09/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 26/03/2012).

⁵⁸ *Nulidades no Código de Processo Civil*. In Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, ano 1, nº1, pp. 137-161, set./out. 1999. pp. 136-137

⁵⁹ *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 25.

⁶⁰ Desse modo, constata Leonardo Greco: “Assim, o regime moderno dos defeitos dos atos processuais deve encontrar o ponto de equilíbrio entre a preservação das formas, como garantia do devido processo legal, e a liberdade das formas como pressuposto da instrumentalidade do processo e da efetividade da tutela jurisdicional dos direitos” (*Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 387).

Por conseguinte, a teoria das nulidades se divide em três grandes planos: (in)existência, (in) validade e (in) eficácia.

Pontes de Miranda acreditava na existência de um “*mundo jurídico*” alheio ao mundo dos fatos, motivo pelo qual defendia a ocorrência de defeitos processuais no plano da existência, ou seja, determinados atos processuais praticados e que possuíssem defeitos graves, ligados a elementos essenciais, tais como sentença proferida por juiz não investido, apesar de existirem no mundo dos fatos, não existiriam no “*mundo jurídico*”.

Todavia, a forte tendência na doutrina moderna é a dispensabilidade desse plano de existência no que se refere aos defeitos processuais. Para Mauro Cappelletti: “A idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado”⁶¹.

José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio afirmam que a concepção de um mundo jurídico alheio ao mundo dos fatos reproduz um grave equívoco, já que a ciência jurídica é fruto da atividade humana e somente existe no mundo dos fatos⁶².

A aceitação de determinados defeitos de inexistência permitiria a relativização da coisa julgada, mesmo fora das hipóteses da ação rescisória, já que, ao se considerar a possibilidade de uma sentença inexistente, aceitaria-se que sequer a coisa julgada foi produzida em determinado processo.

Os atos inexistentes, na verdade, seriam aqueles atos absolutamente nulos, mas que, por se tratarem de casos tão extremos, acabam sendo classificados como inexistentes⁶³.

A classificação mais utilizada foi desenvolvida por Galeno Lacerda⁶⁴, que divide as nulidades em absolutas e relativas, dentro do plano da validade. A primeira se refere àquelas nulidades insanáveis, que nunca poderão ser convalidadas, e a segunda trata das nulidades sanáveis, que poderão se convalidar caso a parte contrária não se manifeste nos autos, após sua ocorrência, na primeira oportunidade que tiver.

Todavia, apesar de ser de fácil compreensão a classificação proposta, aponta-se a dificuldade de se identificar se os defeitos são ou não sanáveis. Quais seriam os elementos essenciais atingidos para definir um ato como sanável ou insanável? Boa parte da doutrina responderia que somente os defeitos que atacam a ordem pública processual seriam

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma no processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Editora Juruá, 1994. p. 30.

⁶² *Nulidade no Processo Civil brasileiro*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2008. pp. 8-9.

⁶³ Segundo Leonardo Greco: “o ato, por mais defeituoso que seja, emanou do sujeito legitimado e chegou a seu destinatário, ele existe e, portanto, deve ser tratado como um ato jurídico existente, somente podendo sair do mundo jurídico por um meio jurídico”. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 395.

⁶⁴ *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: Editora Fabris, 1990.

insanáveis. E qual seria o conceito de ordem pública processual? Em resposta, Leonardo Greco adverte que “A ordem pública ou o interesse público são ideias de significado impreciso, indeterminado, que facilmente se tornam motivadoras de decisões arbitrárias ou subjetivas”⁶⁵.

Por último, quanto ao plano da eficácia, observa-se que alguns atos embora existentes e válidos, não produzem efeitos. Os atos ineficazes deixam de irradiar efeitos por um certo período, visto que dependerão da produção de um outro ato para se consolidar. Cite-se como exemplo a desistência da ação, art. 158, parágrafo único, CPC.

Diante desse grande desafio doutrinário, que deve ser abordado em trabalhos específicos sobre o tema da nulidade processual, neste trabalho apenas se discute o comportamento da teoria das nulidades quando se confronta com a eficácia preclusiva da coisa julgada.

O art. 474 do Código de Processo Civil determina que “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Torna-se fundamental ao presente estudo a classificação de José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio referente às nulidades em processo findo⁶⁶, visto que é a partir dessa classificação que se chega à conceituação dos vícios rescisórios e transrescisórios, objeto deste trabalho.

Segundo os autores, as nulidades em processo findo se classificariam em: vícios preclusivos, rescisórios e transrescisórios.

i – **vícios preclusivos**: referem-se àquelas nulidades relativas e absolutas sujeitas à preclusão, seja no curso do processo, seja com o trânsito em julgado⁶⁷.

ii – **vícios rescisórios**: não se relacionam apenas com questões processuais, mas também com questões de mérito (art. 485, V, CPC). Contudo, as questões processuais que

⁶⁵ Informa, ainda, o autor que “Só vejo duas possibilidades de aceitar a ordem pública como critério de distinção entre as nulidades absolutas e as relativas. A primeira é conseguir determinar com objetividade e precisão o interesse público que o requisito de validade do ato ou do processo visa a assegurar. Assim, a concorrência das condições da ação visa a impedir que obtenha a prestação jurisdicional quem não tenha direito de exigí-la do Estado; o respeito às impenhorabilidades naturais, como, por exemplo, a de bens públicos de uso comum do povo, visa a resguardar o patrimônio público ou, ainda, a continuidade dos serviços públicos. Outro tipo de fundamento de ordem pública, que justifica a caracterização da nulidade como absoluta, é o que se sustenta na necessidade de proteção de direitos fundamentais indisponíveis e de efetividade das garantias constitucionais mínimas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (...)”. (*Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. pp. 400-401).

⁶⁶ *Nulidades no Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

⁶⁷ “Os vícios chamados preclusivos, porque sujeitos ao fenômeno da preclusão da alegação de sua invalidade em processo pendente, com o trânsito em julgado da decisão, não mais poderão ser arguidos, nem mesmo em ação rescisória” (*Op. cit.*, p. 261).

justificam a ação rescisória são consideradas nulidades absolutas e podem ser rediscutidas em sede de ação rescisória⁶⁸.

iii – **vícios transrescisórios**: são aqueles defeitos que podem ser impugnados por meio diverso da ação rescisória, mesmo após o trânsito em julgado⁶⁹.

A ação rescisória seria apta para atuar no plano da validade e atacaria, basicamente, os casos de nulidade absoluta que não sofrem com a preclusão máxima da coisa julgada (vícios ou defeitos rescisórios).

Os meios transrescisórios, ao contrário, serviriam para atacar sentenças inexistentes (para aqueles que persiste o plano da existência) e sentenças ineficazes. Independem do instrumento rescisório e podem ser suscitados a qualquer momento, mesmo fora do prazo para ajuizamento da ação rescisória.

Portanto, essa classificação identifica o comportamento da teoria da nulidade após a ocorrência do trânsito em julgado, por isso é fundamental para a identificação do instrumento rescisório e dos meios transrescisórios, objetos desse estudo.

2.2. Direito constitucional à rescisão dos julgados

Pelo exposto, até o presente momento percebe-se que a relativização da coisa julgada no Brasil origina-se de construção doutrinária diversificada acerca dos instrumentos processuais. No entanto, o único instrumento legítimo e previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 é a ação rescisória.

A previsão da ação rescisória pode ser extraída do texto constitucional em diversas passagens: artigo 102, I, “j”; art. 105, I, “e”; 108, I, “b” e art. 27, §10º, ADCT.

⁶⁸ “Verificando-se que a decisão transitada em julgado foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (CPC, art. 485, I), ou por juiz absolutamente incompetente ou impedido (CPC, art. 485, II), têm-se, aqui, casos típicos de vícios processuais rescisórios que, aliás, independem de demonstração de prejuízo” (*Op. cit.*, p. 262).

⁶⁹ “O sistema legal prevê a hipótese de vício processual que pode ser alegado independentemente da propositura da nova ação, ou seja, independentemente de ação rescisória (CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Tem-se, nesse caso, a chamada *querela nullitatis*. (...) esse vício pode ser alegado independentemente do prazo e da própria ação rescisória, o que faz o vício processual (ausência ou nulidade de citação) ser classificado como transrescisório. (...) Outros vícios transrescisórios estão sendo criados pela jurisprudência, pelo influxo doutrinário do movimento de relativização da coisa julgada” (*Op. cit.*, p. 263).

Em síntese, esses dispositivos tratam da competência do STF, STJ e TRF's para julgarem as ações rescisórias e revisões criminais de seus próprios julgados. Por óbvio, neste trabalho não tratamos da revisão criminal, que é um instrumento específico do processo penal.

Não há como negar que o direito à rescisão dos julgados é um direito de todo e qualquer cidadão e visa impedir que a coisa julgada perpetue uma má prestação jurisdicional.

Soma-se ao instituto da ação rescisória a cláusula do devido processo para caracterizar o real significado do direito à rescisão, já que depende de previsão legal, de um prazo limitado de 2 (dois anos) para o seu exercício, e é limitado a um rol taxativo a ser previsto pelo legislador ordinário (art. 485, CPC).

Da previsão do instrumento rescisório, deveriam se originar dois tipos de consequências: uma positiva e outra negativa.

A consequência positiva capta a permissão/autorização dada pelo poder constituinte originário para que o legislador ordinário regule um instrumento processual capaz de se voltar contra os efeitos da coisa julgada. Além disso, com a regulação infra-constitucional, todo e qualquer cidadão legitimado para o caso concreto específico poderá se insurgir contra as decisões definitivas tomadas pelo Poder Judiciário. Cria-se um direito subjetivo à rescisão quando verifica-se a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 485, CPC.

No aspecto negativo, evidencia-se que a técnica autorizada para a relativização da coisa julgada deveria ser somente a ação rescisória, o que impediria que o legislador ordinário criasse outros instrumentos menos seguros. A previsão da ação rescisória na seara constitucional deveria funcionar como uma norma de proteção da segurança jurídica no processo civil, visto que estipula o limite para a atuação do legislador ao tratar do tema da rescisão dos julgados.

Desse modo, o direito à rescisão possui como conteúdo a ideia de reafirmação da ordem jurídica e da moralidade no âmbito do Poder Judiciário⁷⁰. De acordo com a escolha do legislador, verifica-se uma série de hipóteses que colocam em risco a legitimação das decisões do Poder Judiciário, já que eivadas de graves vícios.

A ação rescisória deveria ser o instrumento adequado para permitir ao jurisdicionado o combate desses vícios, já que é o instrumento que permite a desconsideração da coisa julgada com a maior segurança possível, através da fixação de hipóteses taxativas e de um prazo máximo fixado em lei.

⁷⁰ O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, menciona a moralidade como um dos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

3. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

3.1. O panorama atual da (in) segurança jurídica e a relativização da coisa julgada

Entendida a correlação entre coisa julgada e segurança jurídica, bem como os limites da coisa julgada e sua eficácia preclusiva, parte-se, agora, *ab initio*, para o estudo da segurança jurídica, seguindo com o seu enquadramento no contexto atual de incerteza do Direito.

Leonardo Greco aponta que o contexto jurídico atual é de fragilização da coisa julgada, e, comprovando tal assertiva, aponta alguns fatores justificantes: a) o paternalismo histórico e a ideia de que o juiz, assim como o soberano, poderia reparar injustiças em benefício dos seus “súditos”; b) a necessidade de corrigir erros cometidos pelo Poder Judiciário, que lida diariamente com um número excessivo de processos, o que ocasiona perda de qualidade e de confiabilidade de suas decisões; c) o interesse estatal de eternizar o litígio e assim desacelerar o pagamento de sua moratória, que é “administrada” pelos juízes⁷¹.

A coisa julgada possui a finalidade de efetivar direitos, transformando a relação jurídica objeto da lide em uma relação estável, o que permitirá a previsão pela partes dos limites de seus direitos e obrigações⁷².

Dessa maneira, a garantia da coisa julgada dialoga de maneira próxima com o princípio da segurança jurídica, da efetividade e do devido processo legal. Como garantia, ela impõe que o Estado, após proferida a decisão, crie meios para efetivá-la (fase de cumprimento de sentença) e também meios para protegê-la.

Não existe devido processo legal sem a previsão de indiscutibilidade da decisão, uma vez que, salvo em matéria ambiental e na ação de investigação de paternidade, por motivos específicos, conforme será oportunamente discutido, deveria a relativização da coisa

⁷¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 293.

⁷² Seguem os ensinamentos de Leonardo Greco: “Quando uma dessas normas jurídicas se torna controvertida e o Estado, através do Poder competente, que é o Judiciário, declara quem tem razão, atuando a vontade da lei, revela e impõe ao demandante e ao demandado a norma que lícitamente eles devem respeitar como representativa da própria vontade do Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas travadas e dos respectivos efeitos produzidos sob a égide da sua própria decisão” (*Op. cit.*, p. 295).

julgada ser implementada apenas através de uma ação rescisória que obedecesse critérios rígidos e dentro dos limites da lei⁷³.

Jorge Amaury Maia Nunes ressalta que a sociedade atual possui como característica um menor grau de estabilização das relações sociais, o que torna ainda mais importante o estudo sobre o fenômeno da coisa julgada⁷⁴.

Para Humberto Ávila⁷⁵, os sentidos da palavra “segurança” poderiam ser classificados, quanto ao fim, em perspectiva estática / atemporal e perspectiva dinâmica / intertemporal. Quanto ao fundamento, classificar-se-ia a palavra “segurança” como resultado da ideia de Direito e como produto do Direito Positivo.

Iniciando pela classificação quanto à finalidade do conteúdo da palavra “segurança”, nota-se que, em perspectiva estática e atemporal, são relevantes dois aspectos: a determinação e a cognoscibilidade. Quanto à determinação, entende-se que “a segurança jurídica demanda a capacidade de o cidadão poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas, quer gerais, quer individuais”⁷⁶. Já a cognoscibilidade determina “que a segurança jurídica exige a elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”⁷⁷.

Portanto, a palavra “segurança” sob tal perspectiva permite a certeza e a determinação do Direito, assim como sua exata compreensão pelos destinatários da norma, seja ela uma norma geral produzida pelo legislador, seja uma norma individual.

Todavia, o sentido de segurança jurídica fundamental para a compreensão do presente tema relaciona-se com a perspectiva dinâmica e intertemporal, segundo a qual, utilizando-se os ensinamentos de Anne-Laure Valembois⁷⁸, “(...) apenas estabelece exigências

⁷³ José Carlos Barbosa Moreira relaciona coisa julgada e devido processo legal: “A garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, nº 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” (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 248).

⁷⁴ “É certo dizer, hoje, que as sociedades contemporâneas perceberam a necessidade de retomar o discurso e a discussão sobre a segurança jurídica como forma de preservar sua própria sobrevivência, admitindo, como será visto posteriormente, o imperativo de sua regulação para além da simples análise filosófica, pugnano a sua positivação. É certo que essa preocupação se mostra tanto mais evidente quanto menor é o nível de estabilização da sociedade” (*Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. pp. 78-79).

⁷⁵ *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 122.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁸ *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*. Paris: Editora LGDJ, 2005. p. 17.

relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas”⁷⁹. Trata-se da *confiabilidade* trazida pelo conteúdo da palavra “segurança”. Nessa mesma perspectiva está presente a ideia de *imutabilidade do Direito*, segundo a qual “pode-se entender que a segurança jurídica envolve a busca do ideal de imutabilidade de determinadas normas”⁸⁰.

Com vistas ao futuro, fala-se em *previsibilidade e calculabilidade*, no sentido de que previsível⁸¹ seria “a total capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta (própria ou alheia)”⁸². Já a calculabilidade refere-se “a capacidade do cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do poder público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais”.

José Amaury Maia Nunes diz que a previsibilidade funciona como uma espécie de controle de expectativas dos atos da administração estatal⁸³. Anne-Laure Valembois chama a atenção para o fato de que a periculosidade do poder dos juízes, em termos de segurança jurídica, resulta do exercício de sua função como intérprete da lei, o que pode tornar a aplicação das normas imprevisíveis⁸⁴.

Dessa maneira, os instrumentos de relativização da coisa julgada deveriam potencializar a confiança do cidadão na decisão proferida, de modo a possibilitar a previsão de suas ações para o futuro, e também calcular os limites da intervenção estatal após o proferimento da decisão de mérito transitada em julgado. Ao que parece, a ação rescisória é o único meio que atende à estas necessidades.

Quanto ao fundamento, classifica-se a palavra segurança como resultado da ideia de Direito ou como produto do Direito Positivo.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 124.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 124.

⁸¹ O autor refere-se ao entendimento da autora Misabel de Abreu MachadoDerzi em *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2009. p. 284.

⁸² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 125.

⁸³ *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 96.

⁸⁴ *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*. Paris: Editora LGDJ, 2005. p. 17.

Como resultado da ideia de Direito apresenta-se a “segurança” como “um valor que, ao lado da justiça e da paz social, inspira qualquer ordenamento jurídico no seu conjunto”⁸⁵.

Desse modo, a segurança seria ínsita a própria ideia de Direito, seria um fator constitutivo do ordenamento jurídico, juntamente com o ideal de justiça e de pacificação social, o que demonstra a fulcralidade de sua existência como valor constitucional. Como é fator constitutivo do Direito, sua previsão no ordenamento seria um verdadeiro pleonasma.

Seguindo o mesmo entendimento, Luiz Guilherme Marinoni ressalta também a importância da segurança jurídica para a justificação do discurso jurídico⁸⁶. Cada cidadão, ao levar ao conhecimento do Poder Judiciário um litígio, busca que o Estado resolva, definitivamente, o conflito. A imutabilidade das decisões judiciais, portanto, é inerente ao exercício da jurisdição contenciosa e fruto da segurança jurídica.

A segurança como produto do Direito Positivo poderia ser explicada como “uma norma jurídica específica de um dado ordenamento jurídico, e não, simplesmente, como uma noção inerente à ideia de Direito”⁸⁷. Importante ressaltar o fato de que a previsão expressa no ordenamento não impede que se considere a “segurança” como uma característica própria da ideia de Direito, mas se leva em conta a possibilidade de estar prevista de maneira diversa em diferentes ordenamentos jurídicos, até mesmo com a previsão de diferentes instrumentos para a sua garantia.

A partir da presente explicação acerca do conteúdo da palavra “segurança” consegue-se, de maneira mais clara, identificar o âmbito de incidência do princípio da segurança jurídica e sua importância para o ordenamento jurídico pátrio. Caso queiram o legislador e o julgador relativizar uma construção teórica de tamanha magnitude e relevância, devem, primeiramente, ter a noção exata da sua representação histórica e de seu significado para os destinatários do Direito.

A era contemporânea caracteriza-se por ser uma era de incertezas. A constante evolução científica e tecnológica, entre outros fatores, deflagra a frivolidade de quaisquer verdades, até mesmo das verdades jurídicas.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 126. Mais uma vez o autor utiliza obra de Anne-Laure Valembois: *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*. Paris: Editora LGDJ, 2005. p. 6.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (*A questão da relativização da coisa julgada material*). In: *Relativização da coisa julgada* (org. Fredie Didier Jr.). Salvador: Editora Jus Podium, 2004, p. 164.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 128.

Os estudos sobre as mais diversas áreas percorrem o mundo com velocidade alucinante, sobretudo por meio do uso da *internet*, o que gera um intercâmbio cultural, tecnológico e científico que afeta os mais diversos países, dentre os quais se insere o Brasil.

Evidentemente, o Direito não se mantém imune ao contexto social e, como ocorre em todos os campos da vida social, lida com a mutação constante de conceitos e valores, o que determina a sua modificação na forma de ser interpretado e aplicado. Nessa linha, Humberto Ávila também atribui aos fatores sociais a insegurança jurídica dos tempos atuais. Esclarece o autor que as características da sociedade atual (plural, global e baseada na circulação intensa de informações) conduz ao aumento do sentimento de insegurança⁸⁸.

A criação de princípios e regras, tanto no âmbito legislativo, quanto no âmbito doutrinário e jurisprudencial, anteriormente era feita de maneira sedimentada, isto é, mais espaçada no tempo, o que atenuava as possibilidades de construção de entendimentos apressados e destituídos de rigor científico⁸⁹.

Um sistema que é construído com o excesso de valoração dos princípios, aumenta a indeterminação e os conflitos, o que pode gerar “um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema”⁹⁰.

Todavia, o que se vê hoje em dia é uma completa miscelânea na construção do raciocínio jurídico. Até mesmo os tribunais superiores, não raras as vezes, modificam constantemente posicionamentos aplicando princípios e regras que consideravam não incidir em casos da mesma espécie.

Numa perspectiva dinâmica e intertemporal, voltada para o passado, como já foi visto, os legisladores e os aplicadores do Direito devem se preocupar em estabelecer um mecanismo racional para elaboração de novas normas jurídicas, enquanto que, no âmbito dos tribunais, devem os juízes buscar a estabilidade por meio de uma mudança racional de

⁸⁸ Segundo o autor: “(...) o cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que pode não se confirmar no futuro. O futuro, antes nas mãos de Deus, com a secularização, foi posto nas mãos do homem, cabendo a este último dominá-lo, por planejamento e não por ‘adivinhação’. No entanto, com a sociedade moderna e com o aumento da complexidade das relações, decorrente dos avanços técnicos e tecnológicos, o futuro ficou maior. Na busca por segurança – eis o paradoxo -, o homem terminou por sentir-se mais inseguro. Afinal, informação demais causa desinformação”. *Op. cit.*, p. 40.

⁸⁹ Luiz Roberto Barroso explica a mudança de paradigma: “Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. (...) Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir consequências jurídicas diversas” (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 137).

⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 1162.

entendimentos, já que poderão, inevitavelmente, por meio dessas decisões, afetar situações jurídicas futuras ou interferir em situações jurídicas pretéritas, já abarcadas pela coisa julgada.

O pós-positivismo, assim como o positivismo, traz em seu interior benefícios e malefícios. Entre os aspectos negativos, interessa agora exatamente a insegurança jurídica trazida pela valoração dos princípios em detrimento da regras.

Enquanto no positivismo o direito era acromático, isento de valoração, no pós-positivismo a interpretação normativa se sujeita constantemente a juízos de valoração, o que ocasiona instabilidade na atividade judicante.

Humberto Ávila menciona uma série de mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal, porém, neste trabalho, citam-se apenas três, a título de exemplificação: 1º) – “o Tribunal, em 2003, nega a competência para o Estado-Membro criar novas formas de extinção do crédito tributário. Em 2007, no entanto, passou a admiti-la”⁹¹; 2º) – em 1995, o STF decidiu que o depósito recursal de 30% para admissão do recurso administrativo era compatível com o devido processo legal⁹², entretanto, em 2007, decidiu pela incompatibilidade⁹³; 3º) – Em 2005 o STF entendeu que a prisão do depositário infiel era legítima⁹⁴, enquanto que, em 2008, decidiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos deveria prevalecer, já que seria uma norma supralegal, o que impediria a prisão do depositário infiel⁹⁵.

Partindo da definição do conteúdo da segurança, percebe-se que o panorama atual é de intensa insegurança jurídica. Destaca-se, assim, a dificuldade de determinação e cognoscibilidade por parte dos destinatários do Direito, além da dificuldade de previsibilidade e calculabilidade na aplicação da Direito, que enfrentam na esfera legislativa e judiciária a volatilização na criação e na interpretação das normas jurídicas.

Todos esses dados são fundamentais para o enfrentamento das teorias relativizadoras da coisa julgada, porque o contexto de insegurança jurídica é reafirmado no tratamento dado à coisa julgada no cenário pátrio.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. pp. 51-52. Citam-se, para comprovar o descrito pelo autor, as seguintes decisões proferidas pelo Tribunal Pleno do STF: ADI n. 1917/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, publicada no DJ em 10/09/2003 e ADI n. 2405/RS, Rel. Min. Carlos Britto, publicada no DJ em 17/02/2006. Disponíveis em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

⁹² ADI n. 1.049 MC. Rel. Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ em 25.8.95. Disponível no site <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13/03/2012.

⁹³ ADI n. 1.975 MC. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJ em 18.5.07. Disponível no site <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13/03/2012.

⁹⁴ HC n. 81.319. Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ em 19.8.2005. Disponível no site <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13/03/2012.

⁹⁵ HC n. 92.566. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ em 4.6.2009. Disponível no site <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13/03/2012.

A previsão do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que permite a desconsideração por qualquer ofensa a lei, somada ao oferecimento de impugnação e de embargos para rediscutir a justiça das decisões no curso da fase de cumprimento de sentença e da execução (art. 471, §1º, CPC e Art. 741, parágrafo único, CPC) são exemplos da fragilidade no tratamento da coisa julgada⁹⁶.

Como se não bastasse, surge uma outra via para agravar esse estado de insegurança jurídica e de fragilização da coisa julgada: a defesa da relativização da coisa julgada por meio de mero juízo de ponderação entre segurança jurídica e justiça das decisões.

Sendo assim, além da conseqüente insegurança oriunda do cenário contemporâneo, a fragilidade da coisa julgada é um fator que torna a justiça brasileira uma verdadeira loteria sem previsão de entrega da tutela jurisdicional definitiva.

3.2 Ponderação entre segurança jurídica e justiça das decisões: algumas teorias relativizadoras

As teorias relativizadoras da coisa julgada, em sua essência, partem do pressuposto de que deveria haver, no caso concreto, uma ponderação entre segurança jurídica e justiça das decisões para a determinação da desconsideração da sentença transitada em julgado. Ademais, há um segundo caminho para o alargamento da relativização da coisa julgada: bastaria se negar a formação da coisa julgada, enquadrando a sentença como inexistente.

A doutrina de Robert Alexy possui papel determinante na construção das teorias relativizadoras da coisa julgada, uma vez que, para o autor, quando em um caso concreto houver colisão / tensão entre princípios, de acordo com um mecanismo de ponderação, um dos princípios deverá ceder para que o outro possa prevalecer⁹⁷.

Neste ensejo, serão descritas algumas teorias relativizadoras que buscam afastar, em determinados casos, a incidência da coisa julgada.

A defesa da relativização da coisa julgada ganhou notoriedade com o entendimento de José Augusto Delgado, no sentido de que o Poder Judiciário deve se

⁹⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. pp. 291/293.

⁹⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 93.

preocupar com a justiça das decisões, sobretudo quando a decisão irrecurável confronta a moralidade, legalidade, ou vá de encontro à realidade dos fatos⁹⁸.

Para compreender o posicionamento do autor, necessário se faz mencionar a sua decisão proferida no Resp 240.712/SP⁹⁹.

Em ação de desapropriação indireta, o Estado de São Paulo foi condenado ao pagamento da quantia de R\$ 79.000.000,00 (setenta e nove milhões de reais). Todavia, durante a execução, promoveu acordo no qual se obrigava ao pagamento de determinada quantia em 30 (trinta) prestações.

Ocorre que, após o trânsito em julgado e já tendo cumprido o pagamento de 13 (treze) prestações, o Estado de São Paulo descobriu que a propriedade sempre foi sua, não sendo cabível qualquer indenização.

Ajuizou, então, ação declaratória de nulidade, voltando-se contra a sentença condenatória. Também havia na ação pedido de tutela antecipada com a intenção de interromper o pagamento das parcelas subseqüentes, o que foi permitido pelo Ministro José Augusto Delgado em grau de recurso especial, sob o fundamento de proteção da justiça das decisões, da moralidade e da legalidade.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina ressaltam o entendimento de que existiriam atos processuais inexistentes que impediriam a formação da coisa julgada, portanto, quando o aplicador se deparasse com essas sentenças inexistentes também poderia relativizar a coisa julgada, independentemente da ação rescisória¹⁰⁰.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria estão entre os primeiros a enfrentar o tema e trataram como mito a intangibilidade da coisa julgada, especialmente quando o teor decisório confronta-se com a Constituição Federal¹⁰¹.

⁹⁸ DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os Princípios Constitucionais. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 19, p.11-40, 01 jan. 2011.

⁹⁹ Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Publicado no DJ em 24/04/2000. Acesso em 02/06/2012.

¹⁰⁰ “1º) alargar-se a interpretação que vem sendo dada aos incisos do art. 485 do CPC, entendendo, *de lege lata*, pela via interpretativa, serem, alguns deles, mais abrangentes do que entende a doutrina nacional. 2º) Reconhecer-se que há certos “defeitos”, de que podem padecer sentença e processo, que, pura e simplesmente, por serem demasiadamente graves, impedem a formação da coisa julgada. Trata-se de sentenças juridicamente inexistentes” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004. p. 231-232.).

¹⁰¹ “Quando sustentamos a relativização do princípio da intangibilidade na hipótese de inconstitucionalidade, não amparamos nossa tese apenas e singelamente na injustiça da sentença, mas em um vício muito mais grave, qual seja, a vulneração pela sentença de algum preceito ou mandamento constitucional. Nesta hipótese, a insustentabilidade da força da *res iudicata* não seria conseqüência da injustiça da sentença apenas, mas sempre e necessariamente de sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Aí reside a injustiça, ou seja, o desrespeito ao “Direito Justo” como sendo aquele decorrente das normas, garantias e princípios insculpidos na Constituição Federal, considerados objetivamente” (*Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização*. In: *Coisa julgada inconstitucional* (coord. Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 169).

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “(...) o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá”¹⁰². Portanto, cada princípio analisado individualizadamente não permite o real enquadramento do problema processual conectado a cada instituto. Desse modo, conforme discorre o autor, as premissas para a garantia da coisa julgada: a primeira premissa relaciona com o fato de que a garantia da coisa julgada deve estar adstrita apenas aos efeitos a serem imunizados; a segunda premissa direciona para um equilíbrio entre coisa julgada e as demais garantias constitucionais.

Para o autor, a decisão produzida deve se originar de um processo justo, que não se preocupa apenas com o respeito ao procedimento legal pré-estabelecido, mas com o respeito a todas garantias previstas no texto constitucional.

Os defensores da relativização não se preocupam em definir o que seria justiça, apenas se resumem a defender que existem valores mais importantes no ordenamento jurídico que a segurança jurídica.

Alguns autores, como Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni e José Carlos Barbosa Moreira são contrários a essa tendência de ampliação desmedida da relativização.

José Carlos Barbosa Moreira faz crítica a denominação *relativização da coisa julgada* e estabelece que não há que se falar em relativização do que já é relativo, o que se pretende, na verdade, é o alargamento das hipóteses de relativização¹⁰³.

Para o autor, apenas há um caso dotado de condições especiais, que é a possibilidade de realização do exame do DNA em casos já decididos pelo Poder Judiciário e que transitaram em julgado, quando o exame não era possível à época da primeira decisão.

Luiz Guilherme Marinoni também é crítico das hipóteses de alargamento da relativização da coisa julgada. Ressalta, como se faz neste trabalho, a importância da segurança jurídica no discurso jurídico: “de nada adianta falar em direito de acesso à justiça

¹⁰² *Nova Era do Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 219.

¹⁰³ “Começamos pela palavra “relativização”. Não nos impressiona muito a circunstância de estar ela ausente da maioria dos dicionários., como ausente também está o verbo “relativizar”: uma das formas da natural evolução da língua é a criação de vocábulos novos, e esses se afiguram forjado de maneira compatível com a índole do idioma português. Nossa estranheza tem outro motivo. É que, quando se afirma que algo deve ser “relativizado”, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda “relativizar” o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada. O que se pode querer – e é o que no fundo se quer, como dicção imperfeita – é a ampliação do terreno “relativizado”, o alargamento dos limites da “relativização” (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In *Temas de Direito Processual*. Nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. pp. 235-236). Apesar de entender correta a crítica a nomenclatura, nesse trabalho adota-se indistintamente o termo relativização da coisa julgada e coisa julgada inconstitucional (também criticado pelo autor), visto que é a forma que se popularizou no debate jurídico.

sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente”¹⁰⁴. Rechaça o autor, veementemente, a possibilidade de balanceamento da coisa julgada, visto que se trata de regra formal do discurso jurídico.

Por fim, Leonardo Greco, conforme já citado no item anterior, ressalta a fragilidade da coisa julgada no cenário jurídico pátrio, que, entre outros fatores, teria como causa o descrédito do Poder Judiciário, além do interesse obscuro do Estado de eternizar a rolagem de sua moratória¹⁰⁵.

Em profunda pesquisa sobre o tema, Odilon Romano Neto, apresentou um resumo sobre as teorias relativizadoras no Brasil e no exterior e concluiu que, majoritariamente, a doutrina aceita a relativização, todavia, em graus diferentes¹⁰⁶.

Nesse momento, fulcral mencionar as críticas feitas pelo doutrinador Lenio Streck e expostas por Daniela Olímpio de Oliveira¹⁰⁷.

Segundo Daniela Olímpio de Oliveira, para Lenio Streck, o uso irrestrito dos mecanismos de ponderação utilizado na prática judicial, em patente desrespeito às normas constitucionais, denuncia uma arbitrariedade rotineira praticada pelos juízes e ofende, de sobremaneira, o Estado Democráticos de Direito¹⁰⁸.

Ao que parece, a doutrina relativizadora ressalta esse *principiologismo* contrário às regras constitucionais. O mecanismo de ponderação acentua em demasia o subjetivismo

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (*A questão da relativização da coisa julgada material*). In: Relativização da coisa julgada (org. Fredie Didier Jr.). Salvador: Editora Jus Podium, 2004, p. 164.

¹⁰⁵ *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In: Relativização da coisa julgada (org. Fredie Didier Jr.). Salvador: Editora Jus Podium, 2004. pp. 145/148).

¹⁰⁶ “Constata-se, numa perspectiva global, que não obstante haja sólidos posicionamentos contrários a esse afastamento (José Carlos Barbosa Moreira, Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Batista), a doutrina nacional e estrangeira exposta nesse trabalho se orienta majoritariamente a favor da relativização, embora com diferentes níveis de aceitação (Cândido Rangel Dinamarco, Eduardo Talamini, Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria, José Augusto Delgado, Paulo Otero, Roberto Omar Berizonce, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina). Numa análise mais detida dos posicionamentos contrários à relativização, porém, é possível constatar que verdadeiramente nenhum dos autores citados neste trabalho nega peremptoriamente, em toda e qualquer situação, a possibilidade de afastamento da coisa julgada fora dos estritos termos legais” (*Coisa Julgada Inconstitucional: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC*. Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. p. 91).

¹⁰⁷ *Neoconstitucionalismo e instrumentalidade pela doutrina de de Lenio Streck*. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 9º. 2009. pp 60-89. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 18/06/2012.

¹⁰⁸ Explica a autora o pensamento de Lenio Streck: “De se considerar, ainda, o uso irrestrito do aclamado princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores, o que denuncia uma arbitrariedade rotineira, escondida por detrás de um fenômeno cunhado pelo autor de *panprincipiologismo* que permite uma proliferação desenfreada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”. *Op. cit.*, p. 63.

das decisões e torna possível ao julgador simplesmente desconsiderar as regras que pautam a vida em sociedade.

A mudança sucessiva de posicionamento das cortes superiores diagnostica *a era da insegurança jurídica*, o que torna ainda mais fundamental a preservação da coisa julgada. As partes precisam compreender a atuação do Poder Judiciário (cognoscibilidade) e somente conseguirão se compreenderem a tutela jurisdicional como a última palavra sobre determinado conflito de interesses que aflige a sua vida.

Em um contexto de intensa insegurança pela valorização dos princípios em detrimento das regras e pela valorização da atividade do aplicador do Direito, a possibilidade de afastamento da coisa julgada no caso concreto por meio da ponderação representaria a morte do discurso jurídico. O que já é instável, tornaria-se insustentavelmente imprevisível, o que feriria o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica.

Os relativistas utilizam como subterfúgio o paradigma da excepcionalidade de alguns casos (exame de DNA) para tentar criar regras gerais abertas para a desconsideração por meio de um juízo de ponderação.

A segurança jurídica trazida pela coisa julgada é ínsita ao discurso jurídico, não sendo apenas resultado do Direito Positivo. O Direito deve ser determinado e compreendido pelos cidadãos, assim como deve haver previsibilidade e calculabilidade, senão a incerteza dominará e, aos poucos, poderá ser retirada a legitimidade social de que tanto necessita o Poder Judiciário.

3.2.1. Relativização da coisa julgada em matéria tributária (?)

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional elaborou o Parecer nº 492/2011, que trata da relativização da coisa julgada em matéria tributária. No referido documento descreve-se a relação tributária como sendo continuativa, o que permitiria, diante do surgimento de novos fatos e situações jurídicas, a criação de uma nova relação jurídica¹⁰⁹.

¹⁰⁹ “Possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados; (ii) quando posteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte” (MACEDO, Luana Vargas. Parecer PGFN/CRJ/Nº492/2011. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e->

Em síntese, considera-se que os precedentes do STF constituem situação jurídica nova, capaz de fazer cessar os efeitos da sentença transitada em julgada anteriormente.

De acordo com a fundamentação do citado parecer, o enquadramento da relação jurídica tributária como uma nova relação possibilitaria a cobrança do tributo pelo Fisco, independentemente de nova ação judicial, assim como o contribuinte poderia deixar de recolher o imposto sem prévia autorização do Poder Judiciário¹¹⁰.

Ao final, registrou-se no parecer a possibilidade de o Fisco somente cobrar os mencionados tributos a partir da publicação do Parecer nº 492/2011, com a finalidade de salvaguardar a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes, tudo em respeito ao princípio da não surpresa¹¹¹.

O Código de Processo Civil estabelece no seu artigo 471, I, que: “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”.

O parecer, data máxima vênia, parte de uma premissa equivocada, especialmente por acreditar que a declaração de inconstitucionalidade serviria para configurar a existência de um direito novo. Ademais, a mera publicação do parecer em comento está longe de garantir a segurança jurídica e a proteção da confiança do jurisdicionado, que acredita na observância da sentença judicial que lhe favoreceu¹¹².

[normas/cessacao%20eficacia%20coisa%20julgada%20STF%20MODIFICADO%2007.02.11-1.doc/view](#). Acesso em 02/06/2012. p. 1).

¹¹⁰ “A cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado opera-se automaticamente, de modo que: (i) quando se der a favor do Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional na anterior decisão, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; (ii) quando se der a favor do contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional na decisão anterior, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido” (*Ibidem*).

¹¹¹ “Face aos princípios da segurança jurídica, da não surpresa e da proteção à confiança, bem como por força do art. 146 do CTN, nas hipóteses em que o advento do precedente objetivo e definitivo do STF e a conseqüente cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado sejam pretéritos ao presente Parecer, a publicação deste configura o marco inicial a partir do qual o Fisco retoma o direito de cobrar o tributo em relação aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor” (*Op. cit.* pp. 1-2).

¹¹² Sobre o tema, Leonardo Greco explica que: “Portanto, à sentença proferida em matéria tributária, notadamente quando decida questão ligada à relação jurídica continuativa, aplicar-se-ia a opinião de Kohler, citado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, para quem esse tipo de sentença está sujeita a uma reserva implícita ou mesmo à cláusula *rebus sic stantibus* implícita. Em outras palavras, a sentença (e a coisa julgada) “é dada na pressuposição de que, mudando as circunstâncias, ocorra a modificação”.⁴⁹ Contudo, como bem observa Barbosa Moreira, não há necessidade de recorrer à figura da cláusula *rebus sic stantibus*, porque essa nova situação jurídica não tem nada de excepcional, eis que a coisa julgada que alcança o dispositivo da sentença está delimitada pelos fatos e pelo direito nela reconhecidos. Diante de novos fatos ou de novo direito, estar-se-ia diante de uma nova relação jurídica, que não desmente a eficácia da sentença quanto à relação jurídica anterior por ela acobertada” (GRECO, Leonardo. *A declaração de constitucionalidade da lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior – análise do parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*.

Importante esclarecer que a situação descrita no parecer não é hipótese de relativização da coisa julgada, visto que, ao surgir uma relação jurídica nova, alteram-se os fundamentos da demanda anterior, transitada em julgado¹¹³.

Reconhece-se, portanto, que a relação jurídica tributária é continuativa e que, caso ocorram alterações fáticas ou de direito que representem uma alteração na causa de pedir, o Fisco estaria habilitado para cobrar o tributo independentemente de nova ação, todavia, o problema consiste em saber se a declaração de constitucionalidade é capaz de criar direito novo.

O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente considerar a cobrança do tributo constitucional, não é suficiente para que o Fisco inicie, automaticamente, a cobrança, já que em sede de controle de constitucionalidade o Poder Judiciário atua somente como legislador negativo, incapaz de criar direito novo¹¹⁴.

Luiz Guilherme Marinoni também dispõe que não há modificação na situação jurídica, mas sim afirmação da ordem jurídica: “Não há dúvida que a declaração de inconstitucionalidade não modifica o ordenamento jurídico, mas antes o afirma, pronunciando a legitimidade constitucional de uma norma posta em dúvida¹¹⁵”.

Deveras, a norma não é modificada em seu teor, mas o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal de 1988, apenas afirma a compatibilidade ou não da norma com o ordenamento constitucional.

Por isso, entende-se no presente trabalho que a proteção da segurança jurídica e da confiança do jurisdicionado/contribuinte somente será possível se for mantida a eficácia da coisa julgada mesmo diante da declaração de constitucionalidade, isto pelo fato de a sentença no processo individual e a sentença em sede de controle de constitucionalidade constituírem

In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 9º. 2009. p. 430. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 18/06/2012).

¹¹³ Luiz Guilherme Marinoni leciona que: “Frise-se que a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecem as mesmas, inseridas que estão na causa de pedir da ação. Sempre que as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa forem alteradas de maneira a dar composição a nova causa de pedir, surgirá ensejo a nova ação, totalmente diferente da ação anterior, e, por esta razão, não preocupada com a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão” (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 139).

¹¹⁴ Mais uma vez as lições do prof. Leonardo Greco: “E não cria direito novo porque a Corte Constitucional pode atuar como legislador negativo, retirando a lei do ordenamento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade, mas não pode funcionar como legislador positivo, o que cabe privativamente ao Poder Legislativo e, excepcionalmente, ao Poder Executivo, por força de expressas disposições constitucionais” (*A declaração de constitucionalidade da lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior – análise do parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 9º. 2009. pp. 440-441. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 18/06/2012).

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 155.

duas legítimas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, portanto, aptas para produzirem seus efeitos¹¹⁶.

3.2.2. Relativização da coisa julgada em matéria ambiental

O procurador de justiça Hugo Nigro Mazzilli registrou a possibilidade de serem consideradas inócuas por sentença as remessas de gases na atmosfera por uma fábrica. Todavia, nesse exemplo, verificaria-se, posteriormente, que a sentença desconsiderou laudo pericial. Para o autor, neste caso, comprovada a potencial ofensividade ao meio ambiente, deve ser mitigada a coisa julgada¹¹⁷.

Tendo em vista o grau de importância para a coletividade, inexistente direito adquirido ou coisa julgada que garanta a possibilidade de poluição perene do meio ambiente, utilizando como subterfúgio a coisa julgada e o direito adquirido¹¹⁸.

Há que se concordar com a conclusão do autor, uma vez que o meio ambiente é um bem da coletividade e não pode ficar sujeito às agressões de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas.

A relação do ser humano com o meio ambiente é contínua e sempre está sujeita a modificações. Se o Ministério Público ou algum dos legitimados para a promoção da ação civil pública comprovar por meio de prova robusta que persiste o dano ambiental, mesmo após o prazo para ajuizamento da ação rescisória, poderá, a qualquer momento, ajuizar uma nova ação e deverá o Poder Judiciário, obrigatoriamente, conhecê-la.

¹¹⁶ Nesses termos, Leonardo Greco: “Não há, portanto, uma coisa julgada posterior, fruto do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, apta a desfazer a coisa julgada anterior, formada em processo quanto a um bem da vida específico, mas sim dois atos de vontade do Estado com as suas respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos”. (“A declaração de constitucionalidade da lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior – análise do parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional”. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 9º. 2009. p. 436. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 18/06/2012).

¹¹⁷ “Tomemos um exemplo ligado à questão ambiental. Uma ação civil pública pode hoje resultar em improcedência, não por falta de provas, mas porque o juiz, desconsiderando a perícia, erroneamente entendeu que o resíduo emitido pela chaminé da fábrica do réu não é poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos é inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia erga omnes, e vencida a oportunidade da rescisória, será que a humanidade ficará eternamente condenada a suportar aqueles resíduos altamente tóxicos e prejudiciais, assim já tidos na perícia indevidamente desprezada pelo juiz?” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 616).

¹¹⁸ “Ora, não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade. A verdade suprajurídica é a de que não existe nem pode existir o direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio *habitat* do ser humano” (*Op. cit.*, p. 617).

O artigo 3º, I, da Lei 6.938/1981 dispõe que meio ambiente seria “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A preservação contínua do meio ambiente é fundamental para a sobrevivência da raça humana, sendo papel do poder público e da coletividade zelar pela sua integridade.

Imagina-se, parafraseando o exemplo do autor, que tenha sido ajuizada uma ação civil pública contra determinada empresa, já que esta causaria poluição sonora acima dos limites permitidos pela lei. O juiz, consubstanciado em laudo pericial errôneo, isenta, na sentença, a empresa requerida de qualquer responsabilidade. A decisão transita em julgado.

Após o trânsito em julgado, várias pessoas apresentaram problemas auditivos ocasionados pela poluição sonora praticada por essa empresa.

O Ministério Público, portanto, poderá percorrer dois caminhos: a) ajuizar a ação rescisória, desde que comprove a ocorrência de uma das hipóteses do art. 485; b) ultrapassado o prazo da ação rescisória, comprovar que a empresa permanece poluindo o meio ambiente, juntando prova técnica, robusta e inequívoca sobre a falsidade do laudo pericial.

Fundamental que o Ministério Público ou qualquer legitimado comprove, incontestavelmente, nessa nova ação, o erro ou a fraude do laudo pericial, o que afasta qualquer hipótese de mera alegação ser capaz de desconstituir a força da coisa julgada em matéria ambiental.

Nesse caso, todavia, não é a ponderação entre justiça das decisões e segurança jurídica que determinará a relativização da coisa julgada, visto que, na verdade, o que há é um conflito aparente de regras previstas no texto constitucional.

Além do dispositivo que consagra a coisa julgada – art. 5º, inciso XXXVI –, há, em sede de matéria ambiental, no texto constitucional, a imposição de um dever de preservação do meio ambiente voltado para o Estado e para a sociedade, nos termos do artigo 225, *caput*¹¹⁹.

Esse dispositivo consagra a obrigatoriedade da proteção ambiental e determina a responsabilidade da sociedade e do Estado, inclusive do Poder Judiciário, na conservação do meio ambiente, o que impossibilita que a parte se valha da coisa julgada para continuar a poluir o meio ambiente.

¹¹⁹ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O Poder Judiciário, como órgão estatal, em função desse princípio, ao tomar conhecimento de uma ofensa ao meio ambiente, devidamente comprovada, não pode se omitir e permitir a contínua afetação do meio ambiente.

Dessa maneira, como o art. 225, *caput*, da Constituição, impõe a obrigação de defesa do meio ambiente à sociedade e ao Poder Público, essa regra, constante do próprio texto constitucional, limita a incidência da regra da coisa julgada no que tange à matéria ambiental.

Outrossim, como essa regra impõe que é dever da sociedade preservar o meio ambiente, ou seja, o réu favorecido pela coisa julgada, ainda que não possua interesse econômico, também possui o dever de fazer cessar esse ataque ao meio ambiente¹²⁰.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a incoerência do *direito adquirido de poluir*, ratificando que uma lei nova poderia produzir efeitos para o passado¹²¹.

A matéria ganha importância com a aprovação do Código Florestal¹²², que aumenta a área de conservação obrigatória, em determinados cenários, de 20% (vinte por cento) ou 35% (trinta e cinco por cento) para até 50% (cinquenta por cento). Sendo assim, por exemplo, o agricultor que cultivava em 80% da sua propriedade deverá passar a produzir em apenas 50% (cinquenta por cento) da área, não havendo, conforme entendimento acima exposto, direito adquirido de poluir ou, no caso em comento, direito adquirido de desmatar 80% da propriedade.

Contudo, há que se tomar cuidado, visto que a lei nova ambiental irá alcançar situações pretéritas para evitar a ocorrência de direito adquirido de degradar o meio ambiente, mas, em sede de responsabilidade civil e criminal, ela não deveria se aplicar. Por óbvio, a exploração de 80% (oitenta por cento) da área somente se deu em observância a lei vigente até aquele momento, não podendo qualquer cidadão ser responsabilizado por atuar de acordo com a vontade do legislador.

¹²⁰ “O primeiro aspecto positivo que se observa nos vários regimes constitucionais do meio ambiente, especialmente no brasileiro, é a instituição de um inequívoco dever de não degradar, contraposto ao direito de explorar, inerente ao direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal” (*Direito Constitucional Ambiental Brasileiro* (Org. José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite). 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 89)

¹²¹ “Por sua vez, cumpre ressaltar que as normas editadas com o escopo de defender o meio ambiente, por serem de ordem pública, têm aplicação imediata, vale dizer, aplicam-se não apenas aos fatos ocorridos sob sua vigência, como também às consequências e aos efeitos dos fatos ocorridos sob a égide da Lei anterior (*facta pendencia*)” (REsp nº 948.921. Rel. Min. Herman Benjamin. Publicado no DJ em 11/11/2009. Disponível no site <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/07/2012).

¹²² Até a finalização da elaboração deste trabalho o Congresso Nacional não havia aprovado o projeto de novo Código Florestal. Dados disponíveis em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/07/2012.

Os efeitos da lei nova retroagem, portanto, apenas para evitar o surgimento de direitos adquiridos de poluir o meio ambiente.

Quanto à coisa julgada, a ideia é a mesma. Se um cidadão foi beneficiado por uma sentença que transitou em julgado, ele não poderá ser responsabilizado por suas ações, salvo a hipótese de utilização da ação rescisória.

Todavia, se, após o prazo para o ajuizamento da ação rescisória qualquer legitimado comprovar o erro da decisão anterior, o juiz poderá torná-lo responsável pelos atos a partir do momento em que tomar conhecimento dessas alegações, ou seja, com a citação.

Soma-se a este aspecto o fato de a relação do ser humano com o meio ambiente ser continuativa, por isso, ainda que não haja prova inequívoca e robusta sobre algum erro cometido no *decisum* transitado em julgado, a existência de alteração fática ou de direito pode ensejar o ajuizamento de uma nova ação¹²³, já que não haverá coincidência com a causa de pedir da ação anterior¹²⁴.

Resumidamente, a proposta de conciliação entre os dispositivos retrocitados considera que: a) a coisa julgada também incide em ações que versem sobre direito ambiental, contudo, de maneira diferida; b) para atingir fatos pretéritos, abarcados pela coisa julgada, a parte juridicamente interessada deverá se valer da ação rescisória; c) ultrapassado o prazo da ação rescisória, somente se permite o ajuizamento de uma nova ação excepcionalmente, ou seja, desde que a parte comprove por meio de prova técnica, robusta e inequívoca a manutenção do dano ao meio ambiente; d) Proposta a nova ação, o réu somente poderá ser responsabilizado a partir do momento em que tomar conhecimento do possível erro na decisão abarcada pela coisa julgada, uma vez que, consubstanciado em decisão judicial transitada em julgado, confiava que sua atividade não era poluidora; e) a relação dos seres humanos com o meio ambiente é continuativa, razão pela qual, comprovada a alteração fática ou de direito, sempre será possível o ajuizamento de nova ação.

Com essa interpretação conjuga-se a regra da coisa julgada, o direito à rescisão e a obrigatoriedade da proteção ao meio ambiente¹²⁵.

¹²³ Art. 471, I, Código de Processo Civil.

¹²⁴ Neste sentido Hugo Nigro Mazzilli: “Suponhamos que uma ação civil pública receba julgamento definitivo de procedência, para, nos termos da lei vigente, condenar uma empresa a colocar determinado filtro em sua chaminé. Pode ocorrer que, antes ou até mesmo depois do cumprimento da sentença, a lei seja alterada, quer para tornar mais rigorosa, quer para atenuar a exigência de colocação de referido filtro. Terá havido mudança no estado de fato ou de direito, a permitir a revisão do *decisum* (*Op. cit.*, p. 613).

¹²⁵ Outra medida interessante seria a previsão legal de ação rescisória sem limite de prazo em matéria ambiental. O mesmo se defende em relação à ação de investigação de paternidade, conforme será discutido no próximo item.

3.2.3. Exame de DNA e a investigação de paternidade no STF

A discussão sobre a ampliação das hipóteses de relativização da coisa julgada ganhou maior destaque com o surgimento de especialíssimo caso, a partir da possibilidade de nova ação de investigação de paternidade com pedido de inédito exame de DNA, visto que, quando proferida a primeira sentença, o referido exame era desconhecido ou inacessível para as partes.

Frisem-se, então, as seguintes especialidades do caso em questão: i - a sentença proferida na primeira ação foi baseada somente em provas (testemunhal, documental etc.) não aptas a comprovar a relação de filiação; ii – a insuficiência das provas decorre de um fator externo e não da atuação das partes e do juiz; iii – o desenvolvimento científico e tecnológico permitiu a criação de um método (exame de DNA) capaz de sanar, com segurança, as dúvidas sobre a existência de vínculo biológico¹²⁶.

Desse modo, é possível extrair-se dos preceitos acima descritos as peculiaridades do caso em comento, que não poderá servir de pretexto para a instauração de uma teoria geral relativizadora da coisa julgada.

Destarte, duas seriam as possibilidades para as partes se voltarem contra a primeira sentença: a) – ação rescisória, nos termos do artigo 485, VII, CPC; b) – ajuizamento de uma nova ação de investigação de paternidade.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento segundo o qual o laudo de exame de DNA deve ser considerado documento novo apto para ajuizamento da ação rescisória, nos termos do art. 485, VII, CPC¹²⁷.

A maior dificuldade, todavia, consiste em saber se é cabível o afastamento da coisa julgada quando exaurido o prazo decadencial de 2 (dois) anos contados a partir da publicação da sentença transitada em julgado.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revela-se paradigmático o acórdão do REsp nº 226436/PR¹²⁸. Nesse julgado, o relator fixou como fundamentos para a

¹²⁶ José Carlos Barbosa Moreira chama atenção para o segundo fator mencionado: “Em regra, as divergências do gênero decorrem da omissão em produzir-se alguma prova (possível), ou da má apreciação da prova produzida; em suma, do comportamento insatisfatório da parte, do juiz ou de ambos. Aqui, não: por mais que se esforçassem o litigante e o órgão judicial, empenhados um e outro na cabal averiguação dos fatos, não teria havido a possibilidade de fazê-la completa e inequívoca, por causa da inexistência (ou – o que dá praticamente no mesmo – do desconhecimento, pela ciência) do meio mais idôneo à apuração da verdade”. (*Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. In Temas de Direito Processual, Nona série. Rio de Janeiro: Saraiva: 2007).

¹²⁷ Nesse sentido decisão proferida no REsp 653942/MG, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, publicada no DJ em 28/09/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

desconsideração da coisa julgada os seguintes critérios: a) – não foi excluída expressamente a paternidade na primeira ação; b) – o exame de DNA não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito; c) – a coisa julgada nas ações de estado deve ser interpretada *modus in rebus*; d) – o Poder Judiciário deve atuar em prol de um processo justo.

Antes de entrar no mérito específico do julgado recém proferido pelo Supremo Tribunal Federal, aborda-se o conceito de “estado”, já que a investigação de paternidade enquadra-se nos moldes de uma ação de estado.

O “estado” distingue-se das outras situações jurídicas por ser: necessário (nenhum homem pode dispensá-lo), permanente (tem duração ilimitada) e indivisível (cada indivíduo possui um único estado perante todos)¹²⁹.

Clóvis Beviláqua definia estado “como o modo particular de existir da pessoa” ou “situação jurídica resultante de certas qualidades inerentes a ela”. Em relação a família admitia os seguintes estados: a) de casado e de solteiro; b) de parente; c) de afim. O estado de parente compreendia, sob sua ótica, “pai e filho; irmão, tio e sobrinho, etc”. Além disso, o parentesco podia ser classificado como legítimo, natural e civil. A afinidade, por sua vez, determinava “diversas situações de direito, à semelhança do parentesco”¹³⁰.

Segundo Leonardo Greco, as ações de estado mais comuns são a investigação de paternidade, a ação negatória de paternidade, a ação de separação judicial, a ação de divórcio, a ação de conversão da separação em divórcio, a ação de nulidade ou de anulação de casamento etc. A ação de cancelamento de naturalização também pode ser mencionada como tal¹³¹.

Na concepção de Leonardo Greco o estado é uma posição da qual goza o indivíduo perante a coletividade, que, no direito romano, dividia-se em *status libertatis* (estado de liberdade), *status civitatis* (estado de cidadania) e *status familiae* (estado de membro de uma determinada família). Registre-se que o *status libertatis* foi suprimido do contexto atual, já que se ligava a existência de escravos e homens livres¹³².

O instituto da coisa julgada, quando se refere às ações de estado, tendo em vista suas características peculiares, deve ser interpretado de maneira diversa. Melhor seria,

¹²⁸ Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado em 04/02/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

¹²⁹ SALOMÃO, Jorge. *A coisa julgada nas ações de estado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A, 1966. p. 79.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 80.

¹³¹ *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. pp. 315-316.

¹³² *Op. cit.*, pp. 315/316.

portanto, fazer como no direito alemão e permitir o ajuizamento de ações rescisórias sem limitação temporal¹³³.

Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 116/01 que pretendia acrescentar o art. 8º, da Lei 8.560/92 a seguinte redação: “A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada”. A criação de um dispositivo no ordenamento jurídico também poderia ser uma boa solução, contudo, o projeto foi arquivado em 22/01/2007¹³⁴.

Outrossim, importante decisão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no RE 363.889, publicada no DJ em 16/12/2011¹³⁵, segue a tendência relativizadora nos casos de investigação de paternidade e exame de DNA.

No voto, destacou o Ministro Dias Toffoli que o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Destacou que a imprescritibilidade desse direito sempre foi reconhecida pela Suprema Corte, conforme enunciado sumular a respeito do tema, de nº 149, aprovado no dia 13/12/63, que dispõe o seguinte: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”¹³⁶.

O Ministro Relator consignou expressa ressalva quanto à adoção da ponderação de princípios fundamentais para determinar o afastamento da coisa julgada e aponta que esse raciocínio apenas possibilita entender que a coisa julgada não pode ser encarada como um valor intangível.

Os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal consolidam a tese de que a investigação de paternidade não deve estar sujeita aos efeitos da coisa julgada quando inacessível o exame de DNA ao tempo da primeira decisão. Apenas há que se ter cuidado, para que um caso dotado de qualidades especiais não sirva de pretexto para a configuração de uma teoria genérica da relativização da coisa julgada, baseada na visão simplista de ponderação entre justiça das decisões e segurança jurídica.

José Carlos Barbosa Moreira, conforme já mencionado, embora se posicione contrariamente às teses de alargamento das hipóteses de relativização, também se declina

¹³³ Leonardo Greco explica o dispositivo que consta na lei sobre procedimento de família alemã, de 2008: “Assim, no processo civil, é necessário reconhecer direitos fundamentais mais valiosos do que a coisa julgada. O Direito germânico, por exemplo, estabelece expressamente que a sentença relativa à paternidade pode ser anulada a qualquer tempo, por um meio que, na Alemanha, corresponde à nossa ação rescisória que, nesse caso, não está sujeita a prazo (Fam FG, § 185.4)” (*Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 297).

¹³⁴ Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/06/2012.

¹³⁵ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

¹³⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

diante da problemática acerca do exame de DNA¹³⁷. A solução, como no ordenamento alemão, poderia ser dada pelo legislador, o que facilitaria o papel do aplicador do direito e não fomentaria teorias extremistas que pugnam pela relativização desmedida da coisa julgada.

3.2.4. Relativização da sentença proferida em mandado de injunção

O mandado de injunção foi inserido no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 5º, inciso LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

José Afonso da Silva aponta o *writ of injunction*, do direito inglês como sendo a fonte do mandado de injunção brasileiro¹³⁸.

Contudo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³⁹ entende que não existe instrumento similar no direito comparado, visto que o *writ of injunction* impõe um não fazer, o que impede de compará-lo com o mandado de injunção brasileiro.

Independetemente da origem, no Brasil, o instrumento previsto no art. 5º, inciso LXXI, vem sendo admitido no Supremo Tribunal Federal, apesar de até o presente momento não ter sido elaborada norma regulamentadora do instituto¹⁴⁰.

Consolidou-se, portanto, o entendimento de que seria aplicada a Lei do Mandado de Segurança, no que couber, ao mandado de injunção, o que foi consolidado com o texto do artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90: “No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

O mandado de injunção serve para combater a inefetividade das normas constitucionais, ocasionada pela omissão injustificada do legislador. Portanto, sempre que uma norma constitucional não for autoexecutável e faltar a norma infraconstitucional regulamentadora será possível o ajuizamento do mandado de injunção.

¹³⁷ *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. pp. 255-257

¹³⁸ “O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 449).

¹³⁹ *Curso de Direito Constitucional*. 35ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 324.

¹⁴⁰ STF. MI 107 QO / DF. Rel. Min. Moreira Alves. Publicado no DJ em 02/08/1991. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

Todavia, esse instrumento não deve ser voltado contra qualquer ausência de norma regulamentadora, mas apenas contra aquela ausência que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativa inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania¹⁴¹.

Questão deveras tormentosa é aquela que tenta identificar a natureza dos efeitos da sentença no mandado de injunção.

A primeira corrente, *não concretista*, entende que a sentença que concede a injunção é de natureza declaratória, apenas reconhecendo a omissão do legislador na edição da norma regulamentadora¹⁴².

A segunda corrente, *concretista*, identifica que a sentença do mandado de injunção é de natureza declaratória e constitutiva, uma vez que viabiliza o exercício do direito, que necessitava de regulamentação infraconstitucional, até que sobrevenha a regular edição de norma¹⁴³.

Essa corrente divide-se em *concretista geral* e *concretista individual*. Na primeira a sentença da injunção produz efeitos *erga omnes*. Para a segunda, defendida por José Afonso da Silva, a eficácia da sentença é mais restrita, somente atingindo as partes do mandado de injunção¹⁴⁴.

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal adotava a teoria *não concretista* e se limitava a reconhecer a omissão, determinando que o órgão administrativo a suprisse no em prazo pré-fixado.

Desse modo, era reconhecida a necessidade da norma regulamentadora e simplesmente comunicada a omissão para que a mora fosse sanada pela autoridade competente, devido ao princípio da separação dos poderes.

¹⁴¹ Segundo Paulo Roberto de Figueiredo Dantas: “Somente será cabível o mandado de injunção, portanto, conforme redação do dispositivo constitucional, na ausência de norma regulamentadora que garanta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, expressamente albergados pelo Título II da Constituição, que trata dos direitos individuais, coletivos e sociais, ou que estejam inseridos em outros Capítulos da Constituição, como, por exemplo, as limitações ao poder de tributar etc.” (*Direito Processual Constitucional*. 3ª Edição. Editora Atlas: São Paulo, 2012. p. 399).

¹⁴² *Op. cit.*, p. 403-404.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 404.

¹⁴⁴ José Afonso da Silva aponta que: “O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício” (*Op. cit.*, p. 451). Paulo Hamilton Siqueira Jr. segue o mesmo entendimento: “A finalidade do mandado de injunção é solucionar o caso concreto, no sentido de realizar o direito obstado pela falta de norma regulamentadora. No mandado de injunção, não compete ao Poder Judiciário editar norma geral para o exercício do direito tutelado, uma vez que, pelo princípio da separação dos poderes, não cabe ao Poder Judiciário legislar, mas apenas suprir lacuna no caso concreto” (*Direito Processual Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 407).

Cite-se como exemplo a antiga redação do art. 192, §3º, CF, que previa a taxa de juros anual em 12% (doze por cento). Entendia-se que a norma não era autoaplicável e que necessitava de uma lei para regulamentar. No Mandado de Injunção nº 472, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão do legislador nesse caso e determinou a produção de norma regulamentadora, contudo, essa norma nunca foi produzida e o dispositivo acabou sendo retirado do texto constitucional. O mandado de injunção assemelhava-se à ADIN por omissão, visto que se limitava a declarar a falta de norma regulamentadora.

Ocorre que esse entendimento foi modificado, e em 2007, no julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, que tratavam do exercício do direito de greve pelos servidores, adotou-se a *corrente concretista*, uma vez que o Supremo Tribunal Federal determinou que fosse aplicada a lei da greve do setor privado (Lei nº 7.783/89) até que fosse editada norma específica para o setor público. Nos mandados de injunção 708 e 712 foi adotada a *corrente concretista geral*, já que restou definido que decisão produziria efeitos *erga omnes*¹⁴⁵.

Diante desse quadro de adoção da *corrente concretista geral*, como ficaria a hipótese de futuramente ser produzida lei, fora do prazo estipulado pelo Poder Judiciário? A coisa julgada atingiria a sentença do mandado de injunção e impediria que a lei nova revogasse a solução concreta estipulada pelo Poder Judiciário?

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela prevalência da coisa julgada, ao tratar do Mandado de Injunção nº 283¹⁴⁶. O caso trata do artigo 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁴⁷.

O Congresso Nacional não promulgou a lei para tratar da reparação de natureza econômica das pessoas enquadradas no dispositivo acima mencionado. Desse modo, um cidadão atingido pela omissão do legislador ajuizou mandado de injunção e requereu que fosse determinada a produção da norma regulamentadora e também o exercício do seu direito constitucionalmente previsto.

¹⁴⁵ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam: “O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo também seus efeitos normativos para os demais casos que guardem similitude” (*Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 1334).

¹⁴⁶ Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ 14/11/1991. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso 19/06/2012.

¹⁴⁷ “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

O Superior Tribunal Federal, conforme se verifica na sentença acima descrita, determinou prazo de 60 dias para a aprovação da lei, mas também garantiu o direito do autor do mandado de injunção de buscar a reparação econômica dos danos que lhe foram causados, de acordo com o artigo 8º, §3º, ADCT.

Todavia, no voto do Min. Sepúlveda Pertence restou ratificado o seguinte: “declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”.

Portanto, nesse caso, admitiu-se a relativização da coisa julgada no mandado de injunção apenas em favor do autor, o que transparece um posicionamento anti-isonômico do Supremo Tribunal Federal.

Entende-se, nesse trabalho, que existem dois caminhos a serem adotados: a) – prevalência da sentença no mandado de injunção aos fatos ocorridos durante a sua vigência, nos seus exatos termos, em razão da garantia da coisa julgada e da segurança jurídica; b) – aplicação retroativa da lei superveniente, em função da aplicação do princípio da isonomia.

Entende-se como mais adequado o primeiro caminho proposto, visto que, parece incongruente que o autor do mandado de injunção, além de beneficiar-se com os termos da decisão proferida pelo Poder Judiciário, ainda possa ser atingido pela lei futura. Essa solução se trata de uma invenção do aplicador do direito e não possui abrigo constitucional ou legal.

Na questão da greve dos servidores civis, por exemplo, caso surja uma lei específica disciplinando o tema, mesmo fora do prazo conferido pelo Supremo Tribunal Federal para o legislador, a coisa julgada permitirá às partes que sejam obedecidas as condições da lei do setor privado apenas no período de omissão, em razão da sentença do mandado de injunção.

Desse modo, a lei da greve do setor privado se aplicará integralmente àquelas greves deflagradas antes da promulgação da lei da greve específica dos servidores civis. Após, diante do fim da omissão, aplica-se a lei específica do setor, em razão da própria natureza do mandado de injunção.

Da mesma maneira, no caso descrito no Mandado de Injunção nº 283, em que foi permitido ao cidadão ajuizar ação para reparação econômica, uma vez ajuizada a ação e produzida a coisa julgada na ação indenizatória, não haverá que se falar em adesão de benefícios conferidos por uma hipotética futura lei.

Quando o Poder Judiciário permite que o autor pleiteie danos morais e materiais, mesmo sem uma norma regulamentar, ele dá uma solução concreta capaz de solucionar aquele caso descrito.

Permitir a relativização da coisa julgada no mandado de injunção pela produção de uma lei futura seria um retrocesso, já que a *corrente concretista* surge com a finalidade de dar ao Poder Judiciário a possibilidade de resolver conflitos de maneira perene, mesmo diante da omissão do legislador.

Importante esclarecer que a solução dada nesse mandado de injunção possui caráter de sentença condicional, ou seja, os tribunais determinam uma solução concreta para os fatos ocorridos enquanto não produzida a norma regulamentadora. A edição desta “norma geral” pelos tribunais equipara-se a uma lei e, por isso, apenas aplica-se aos fatos ocorridos na sua vigência, enquanto não disciplinados pela nova norma regulamentadora.

O artigo 572, CPC, trata das sentenças condicionais, admitindo a sua existência. Todavia, essas sentenças difererem-se das sentenças proferidas em sede de mandado de injunção, uma vez que há a condenação, mas os seus efeitos ficam condicionados a ocorrência de uma condição futura e incerta¹⁴⁸.

A sentença condicional do mandado de injunção, de acordo com a corrente concretista geral, produz efeitos *erga omnes* e regula todas as relações similares até que seja elaborada uma norma regulamentadora pelo Poder Legislativo. Essa sentença produz efeitos imediatos, aplicando-se a todos os casos semelhantes aos discutidos em sua decisão, contudo, estão submetidas a uma condição resolutive, que determinará a cessação dos seus efeitos, qual seja: a edição de uma norma regulamentadora pelo Poder Legislativo.

Conclui-se assim, em sede de mandado de injunção, pela própria natureza do instrumento, que a sentença, quando produz efeitos concretos gerais, é condicional, ou seja, aplica-se apenas aos casos ocorridos antes da edição da norma regulamentadora, estando todos esses casos abarcados pela coisa julgada, não havendo que se falar em adesão de elementos normativos favoráveis ao autor¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Cândido Rangel Dinamarco explica que “Condenação para o futuro é aquela que se refere a um direito previsível mas ainda inexistente, ou existente mas inexigível no momento de sua prolação. São existentes, mas inexigíveis, os direitos sujeitos a termo porque nesses casos o direito e correspectiva obrigação existem mas o dever de cumprimento desta ainda não se configurou – o que só vai acontecer quando chegar o momento preestabelecido (vencimento da obrigação)” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 243/244).

¹⁴⁹ Pode-se extrair esse fundamento do julgamento do Mandado de Injunção nº 712: “Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso 19/06/2012.

Ainda que seja adotada a corrente *concretista individual*, como ocorreu no mandado de injunção nº 283, a solução estabelecida pelo Poder Judiciário aplica-se de maneira perene ao caso concreto, não havendo que se falar em adesão aos benefícios da lei posterior, que apenas deverá produzir efeitos *ex nunc*¹⁵⁰.

Por isso, não há que se fala em relativização da coisa julgada quando houver a promulgação da norma regulamentadora, visto que, pela própria natureza do mandado de injunção, sabe-se que ele produz uma sentença com efeitos limitados no decurso do tempo, ou seja, uma sentença com aplicabilidade condicionada à omissão do legislador.

3.2.5. Relativização da coisa julgada inconstitucional¹⁵¹

Parte da doutrina defende que a sentença inconstitucional conteria em seu bojo um pedido juridicamente impossível, o que justificaria o ajuizamento da ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis*. Portanto, a inconstitucionalidade superveniente de uma norma jurídica justificaria a revisão de uma sentença transitada em julgado mesmo passados 2 (dois) anos do trânsito em julgado, conforme art. 495, CPC¹⁵².

Outro fundamento que justificaria a relativização da coisa julgada pela declaração de inconstitucionalidade é o princípio da isonomia. Segundo esse entendimento, possibilitar que a coisa julgada crie tratamento diferenciado para aqueles que ajuizaram ações ofenderia o dever do Estado de dar tratamento idêntico àqueles que pertencem a uma mesma categoria fático-jurídica.

Quem defende a primeira hipótese, alega que a coisa julgada sequer existiu, uma vez que a sentença inconstitucional seria inexistente, o que permitiria a sua relativização por meio da ação rescisória, *querela nullitatis* e meios de defesa na execução. Já aqueles que

¹⁵⁰ Paulo Hamilton Siqueira Jr. confirma esse entendimento: “Interessante ressaltar, com fundamento no princípio da segurança jurídica, que a edição de norma regulamentadora após a decisão em mandado de injunção terá eficácia *ex nunc*, passando a reger os casos futuros” (*Direito Processual Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 426)

¹⁵¹ Apesar de ter se popularizado como coisa julgada inconstitucional, José Carlos Barbosa Moreira chama a atenção para impropriedade da nomenclatura, visto que a coisa julgada nunca seria inconstitucional, mas sim o conteúdo da sentença (*Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In Temas de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. pp. 252-255).

¹⁵² Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina explicam que: “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”. (*Relativização da coisa julgada*. In Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. 2ª Ed. Coord. Fredie Didier Jr. Editora Jus Podivm: Salvador, 2006. p. 344).

defendem essa segunda linha, utilizam de um juízo de ponderação entre segurança jurídica e isonomia para determinar o afastamento da regra constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXVI.

Contudo, o problema da coisa julgada inconstitucional possui liame com as seguintes questões: o Poder Judiciário pode mudar os seus entendimentos¹⁵³ ou está vinculado a eles? Qual a maneira correta de alterá-lo? Quais são os efeitos dessa mudança?¹⁵⁴

A resposta para a primeira questão é a seguinte: o Poder Judiciário está vinculado aos seus precedentes, contudo, poderá alterá-lo, desde que se utilize de justificativa plausível. O princípio da isonomia e da segurança jurídica justificam a primeira constatação, enquanto a necessidade de adequação do Direito à realidade social justifica a segunda¹⁵⁵.

A modificação de entendimento possui um viés positivo, visto que pode significar uma evolução ou aperfeiçoamento do posicionamento anterior proferido pelo órgão julgante, contudo, há que se conter os seus efeitos danosos, no que se refere às relações jurídicas já consolidadas por sentença judicial transitada em julgado.

Quanto à maneira de alteração do precedente, sempre deverá ocorrer por meio de uma decisão fundamentada e de maneira que sejam respeitadas as decisões anteriores. A modificação de entendimento, portanto, deve ser suave e gradual. Segundo Humberto Ávila, o Poder Judiciário “pode mudar, desde que o faça de maneira estruturada ou suave, graças ao dever de respeito às decisões anteriores e à necessidade de freios à mudança”¹⁵⁶.

Desse modo, quando um indivíduo é parte de um processo em que se discute a constitucionalidade de uma norma e o Poder Judiciário profere uma sentença definitiva, esse indivíduo confia na solução trazida pelo Poder Judiciário e calcula as suas atividades de acordo com esse entendimento.

Então, após proferida essa decisão, o indivíduo compreende juridicamente aquele conflito de acordo com o *decisum*.

Utilizar a declaração de inconstitucionalidade como fundamento para a desconsideração da coisa julgada anterior atingiria o núcleo central da garantia de segurança

¹⁵³ Humberto Ávila conceitua mudança jurisprudencial: “quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 467)

¹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 467.

¹⁵⁵ Humberto Ávila ensina que: “Isto significa que a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação”. *Op. cit.*, p. 463.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 463.

jurídica. Conforme já visto, um dos elementos limitadores dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ser a coisa julgada. O Estado, ao proferir uma decisão contrária a um entendimento anterior, transitada em julgado, deve proteger a confiança dos cidadãos, sob pena de se tornar impossível para eles compreender o Direito e calcular as suas ações futuras¹⁵⁷.

Em sede de controle de constitucionalidade, é sabido que os efeitos da decisão operam-se para o passado (*ex tunc*), salvo nas hipóteses de modulação dos efeitos todavia, não há que se confundir a sentença (norma do caso concreto) com a aplicação da lei.

Além da proteção da segurança jurídica, em todo o seu conteúdo já descrito (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade), também existem outros argumentos que densificam o entendimento de prevalência da coisa julgada frente à decisão superveniente de inconstitucionalidade.

Independentemente de a sentença transitada em julgada ter sido proferida por um magistrado e não pelo plenário da Corte Suprema, no sistema de controle de difuso, também adotado no Brasil, qualquer juiz está legitimado para reconhecer a constitucionalidade de atos normativos¹⁵⁸.

Ademais, a ação rescisória é o instrumento de desconsideração da coisa julgada que permite a manutenção da segurança jurídica das partes. Apesar de neste trabalho se admitir a desconsideração da coisa julgada na ação de paternidade e em matéria ambiental, o mais seguro seria que essas hipóteses fossem enquadradas dentro das possibilidade de ação rescisória.

Desse modo, resumidamente, considera-se que declaração de inconstitucionalidade, oriunda do controle concentrado, não é causa suficiente para a desconsideração da coisa julgada, seja pelo argumento da inexistência, seja pelo argumento da ponderação entre direitos fundamentais. Isso pelo fato de caber a todo juiz a incumbência de

¹⁵⁷ Luiz Guilherme Marinoni explica que “O cidadão tem uma expectativa legítima na imutabilidade da decisão judicial, sendo absurdo supor que a confiança por ele depositada no ato de resolução judicial do litígio possa ser abalada pela retroatividade da decisão de inconstitucionalidade”. (*Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 85).

¹⁵⁸ “No sistema de controle difuso, o juiz tem o dever de realizar a interpretação para chegar a um juízo a respeito da constitucionalidade da norma. A decisão do juiz ordinário é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal, já que tanto o juiz ordinário em caráter incidental, quanto o Supremo Tribunal Federal por via incidental ou via principal, têm legitimidade constitucional para tratar da questão de constitucionalidade” (*Op. cit.*, p. 85).

realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos e também por ser a ação rescisória o único meio seguro para a desconsideração da sentença transitada em julgada¹⁵⁹.

Ademais, para afastar por completo a doutrina que entende a coisa julgada inconstitucional como fruto de uma sentença inexistente, basta mencionar o art. 27 da Lei nº 9.868/99, que confere ao Supremo Tribunal Federal, através de quorum qualificado, poderes para restringir os efeitos da decisão fruto do controle de constitucionalidade. Nessa hipótese a declaração de inconstitucionalidade só produziria efeitos a partir do trânsito em julgado da Ação Direita de Inconstitucionalidade ou de outro momento que venha a ser fixado, não sendo razoável afirmar que inexistente uma norma que produz efeitos jurídicos mesmo após a declaração de inconstitucionalidade.

Isso posto, qualquer hipótese alheia à disciplina do art. 485, CPC, ofende a segurança jurídica em todo o seu conteúdo.

3.3. Vícios Transrescisórios

Além da ação rescisória e do mecanismo de ponderação entre segurança jurídica das decisões, existem outros dois meios de relativização da coisa julgada: a *querela nullitatis* e os meios de impugnação à execução, que serão estudados a seguir.

3.3.1. *Querela Nullitatis*

A *querela nullitatis*, no Brasil, é o instrumento utilizado para afastar a coisa julgada por vícios processuais gravíssimos, mesmo fora do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Contudo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰ a utilização do instrumento tem sido aceita especialmente nas hipóteses de ausência de citação.

¹⁵⁹ Assim leciona Leonardo Greco: “A segurança jurídica, como direito fundamental, é o limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão posterior do Supremo Tribunal Federal. Também por força da segurança jurídica, como visto, o único instrumento processual cabível para essa anulação, alcançando os efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, isso se ainda subsistir o prazo bienal para a sua propositura” (*A declaração de constitucionalidade da lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior – análise do parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. In Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 9º. 2009. p. 443. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 18/06/2012).

¹⁶⁰ Em 1982 o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado pela permissão da utilização do instrumento em caso de ausência de citação. STF. RE 97589/SC. Rel. Min. Moreira Alves. Publicado no DJ em 03/06/1983. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

Como já explicado sucintamente, para aceitar a aplicação do instrumento para a impugnação de um defeito capaz de ensejar a inexistência do processo ou a sua ineficácia, enquanto a ação rescisória atuaria apenas no plano da validade.

Mesmo em um processo no qual não houve citação, o processo continuará existindo e produzindo efeitos. Imagine-se a hipótese de em uma ação de divórcio litigioso a parte ré não ter sido devidamente citada. Ao tomar ciência por terceiros da decisão e de seu teor, o prejudicado resolve não se voltar contra a decisão transitada em julgado. O processo transitado em julgado existirá faticamente e produzirá efeitos, sendo impossível enquadrar essa hipótese dentro do plano da inexistência ou ineficácia.

Ocorre que a ausência de citação de uma das partes possibilita que ela não seja submetida à coisa julgada, visto que não fez parte do processo em contraditório. O processo existe, produz efeitos, mas, esses efeitos não podem atingi-la, caso ela se insurja contra o *decisum*.

Desse modo, a *querela nullitatis*, voltada ao ataque de vícios insanáveis (*querela nullitatis insanabilis*) justifica-se plenamente no caso de ausência de citação, em virtude da impossibilidade de submeter os efeitos da coisa julgada àquele que não participou efetivamente do processo.

No entanto, em alguns julgados, como no REsp nº1252902¹⁶¹, verificou-se uma tendência de ampliação das hipóteses de cabimento da *querela nullitatis*, ou seja, criam-se argumentos capazes de enquadrar novos vícios insanáveis no plano da existência e da ineficácia. Sendo assim, o aplicador do Direito cria uma espécie de rescisão atípica de julgados, bastando à parte comprovar que o vício processual é insanável para conseguir afastar os efeitos da coisa julgada no caso concreto.

Dessa feita, segundo o referido voto, alastra-se a *querela nullitatis* para as seguintes hipóteses: a) sentença que adentra o mérito sem observar a ausência de condições da ação; b) sentença contrária à coisa julgada anterior; c) sentença embasada em lei declarada inconstitucional.

¹⁶¹ Sobre a tendência ampliadora do instrumento o seguinte entendimento: “O cabimento da *querela nullitatis insanabilis* é indiscutivelmente reconhecido em caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o *decisum* transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de torná-lo juridicamente inexistente, tem ampliado o rol de cabimento da *querela nullitatis insanabilis*. Assim, em hipóteses excepcionais vem sendo reconhecida a viabilidade de ajuizamento dessa ação, para além da tradicional ausência ou defeito de citação, por exemplo: (i) quando é proferida sentença de mérito a despeito de faltar condições da ação; (ii) a sentença de mérito é proferida em desconformidade com a coisa julgada anterior; (iii) a decisão está embasada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal” (REsp nº1252902. Relator Min. Raúl Araújo. Publicado no DJ em 24/10/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

Resta claro que, prevalecendo esse entendimento, a *querela nullitatis* será utilizada indevidamente como instrumento mais amplo que a ação rescisória, capaz de relativizar a coisa julgada de acordo com o caso concreto, independentemente de qualquer prazo. Entre as hipóteses reconhecidas jurisprudencialmente, apenas a ausência de citação é aceitável, pelos motivos já expostos.

Salta aos olhos que o instrumento tem sido utilizado a favor daqueles que pretendem ampliar as hipóteses de relativização para além da ação rescisória, o que demonstra, mais uma vez, a fragilidade da coisa julgada no cenário pátrio. A rescisão de julgados deve estar adstrita à hipótese da ação rescisória, constitucionalmente prevista, e não pode estar condicionada à vontade do aplicador do Direito.

O legislador, autorizado pela Constituição Federal de 1988, escolheu os vícios procedimentais mais graves e os reproduziu no art. 485, CPC, dentro das hipóteses de ação rescisória. Ainda assim, mesmo diante desses graves vícios, estipulou-se o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento dessa ação. Não parece razoável que o aplicador do Direito eleja outros vícios processuais e, mais que isso, permita às partes se voltarem contra eles independentemente do tempo decorrido.

Mais que isso, das três hipóteses mencionadas no voto, duas delas já são hipóteses amplamente aceitas pela doutrina e jurisprudência de ação rescisória. A sentença baseada em lei declarada inconstitucional pode ser rescindida de acordo com o artigo 485, V, CPC, e a sentença que afeta o teor de uma coisa julgada anterior, enquadra-se na hipótese prevista no artigo 485, IV, CPC.

Cumprido mencionar que no Direito Português a ausência ou nulidade da citação permite o ajuizamento da ação de revisão, instrumento processual semelhante à ação rescisória brasileira¹⁶².

3.3.2. Meios de defesa na execução

Por último, serão abordados os meios de defesa no curso da execução, última maneira de relativizar a coisa julgada fora das hipóteses da ação rescisória.

Os artigos 475-L e 741 do Código de Processo Civil tratam, entre outras matérias, das seguintes causas que podem ser alegadas como fundamento da defesa durante a execução:

¹⁶² “Art. 771. A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos: (...) f) Quando, tendo corrido a acção e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a sua citação ou é nula a citação feita” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19).

a) falta ou nulidade de citação; b) inexigibilidade do título; c) penhora ou avaliação incorreta; d) ilegitimidade das partes; e) excesso de execução; f) causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação superveniente à sentença; g) cumulação indevida de execuções; e h) incompetência do juízo da execução, bem como seu impedimento e suspeição.

Algumas dessas hipóteses determinam diretamente a desconSIDERAÇÃO da coisa julgada, uma vez que comprovada a ausência ou nulidade da citação e a inexigibilidade do título, a sentença, mesmo transitada em julgado, não conservará os seus efeitos.

Quanto à ausência ou nulidade da citação, dúvidas não sobejam sobre o seu cabimento, uma vez que se trata de hipótese reconhecida de cabimento da *querela nullitatis*, que pode ser alegada a qualquer momento, independentemente do prazo de 2 (dois) anos estipulado pela ação rescisória¹⁶³.

Todavia, maiores discussões surgem a respeito do art. 475-L, II, e 741, II, do Código de Processo Civil, que tratam da inexigibilidade do título judicial e são complementados pelos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, respectivamente, ambos do CPC.

Esses dispositivos foram incluídos pela Lei nº 11.232/05 e são objetos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3740 e 2418, ainda pendentes de julgamento.

A possibilidade de alegar a inconstitucionalidade da sentença, durante a execução, independentemente do prazo, configura-se ofensa clara e flagrante à segurança jurídica.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ainda não ter se manifestado sobre o tema, já que a matéria está pendente de julgamento, existe uma tendência ao reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, conforme restou decidido no Recurso Extraordinário nº 594.350/RS¹⁶⁴.

¹⁶³ Cassio Scarpinella Bueno explica que: “Neste caso, o questionamento a ser feito pelo executado – desde que não se tenha manifestado anteriormente – é denominado, comumente, ‘*querela nullitatis*’, uma petição endereçada ao juízo da execução dando ciência da circunstância aqui evidenciada e, conseqüentemente, da necessidade de serem desfeitos não só os atos executivos e seus efeitos, mas também o título sobre o qual eles se fundamentam” (*Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 534).

¹⁶⁴ “A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

- A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes” (Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ em 10/06/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02/06/2012).

No caso acima, que consta no Informativo nº 591 do STF, afastou-se a possibilidade de relativização da coisa julgada pelo artigo 741, parágrafo único do CPC, uma vez que a ação rescisória seria o instrumento apto para atingir esse objetivo. Sinalizou-se, outrossim, conforme exposto nos primeiros capítulos deste trabalho, que a coisa julgada é um limite para a produção dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, cabendo somente à ação rescisória a legitimidade para relativizá-la.

Odilon Romano Neto¹⁶⁵, todavia, entende que a aplicação desses dispositivos pode ser compatível com o ordenamento jurídico pátrio, desde que observados alguns critérios.

Do ponto de vista formal, defende o autor que a desconsideração pelo art. 475-L, §1º, e pelo art. 741, parágrafo único, ambos do CPC, seria possível tanto em controle concentrado de constitucionalidade como em controle difuso, desde que a decisão seja tomada pelo pleno.

Do ponto de vista temporal, entende que a declaração de inconstitucionalidade tem que ser anterior ao trânsito em julgado da sentença, e que haja ofensa ao entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por último, do ponto de vista material, explica que a contrariedade com a decisão proferida pela Corte Suprema deve se relacionar com a aplicação ou interpretação de ato normativo declarado inconstitucional.

Ademais, afirma que superadas essas três hipóteses, o aplicador do Direito determinaria, de acordo com o caso concreto, decidirá por meio de um juízo de ponderação, se seria ou não afastada a coisa julgada.

Caso o Supremo Tribunal Federal reconheça a constitucionalidade dos dispositivos, essa parece ser a melhor interpretação, sobretudo no que se refere à limitação imposta pelo aspecto temporal.

Luiz Guilherme Marinoni possui o mesmo entendimento ao ratificar que a declaração de inconstitucionalidade superveniente ao proferimento da sentença transitada em julgado não deveria justificar a relativização da coisa julgada¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *Coisa Julgada Inconstitucional: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC*. Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2010. pp. 177-178.

¹⁶⁶ “Assim, a possibilidade de a inconstitucionalidade vir a ser sucessivamente invocada para impedir a execução constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível (eficácia preclusiva da coisa julgada)”. (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 471).

Contudo, entende-se, aqui, conforme o disposto no Recurso Extraordinário nº 594.350/RS, já mencionado, que a via adequada para o reconhecimento de suposta sentença inconstitucional é a ação rescisória (art. 485, V, CPC), único instrumento que garante a manutenção da segurança jurídica, salvo as hipóteses excepcionais da investigação de paternidade e das ações envolvendo dano ambiental.

4. AÇÃO RESCISÓRIA – PERSPECTIVA GERAL

A partir desse capítulo será estudada mais profundamente a ação rescisória dentro da perspectiva trazida pelos três primeiros capítulos. A intenção não é exaurir as divergências acerca da aplicação do instituto, mas sim compreendê-lo e identificá-lo dentro da perspectiva neoconstitucional e neoprocessual.

Já se sabe que as teorias relativizadoras, utilizando o principal *efeito colateral* do neoconstitucionalismo, buscam ampliar os meios transrescisórios por meio do *principiologismo*, o que, neste trabalho, entende-se que deve ser rechaçado pelo aplicador do Direito.

Por isso, o neoconstitucionalismo, durante o estudo da ação rescisória, não será utilizado como forma de afastar as regras. A perspectiva constitucional do processo, o garantismo processual e a ideia exposta acerca do formalismo excessivo e valorativo são marcos teóricos que serão apontados como fatores interpretativos do mecanismo rescisório e seu regramento, especialmente com a finalidade de melhor interpretar o instituto e ressaltar a sua importância como instrumento de defesa da ordem jurídica.

Ab initio, de longa data já se sabe que a ação rescisória não é um recurso, mas sim um meio autônomo de impugnação das decisões. Jorge Americano, em 1926, já diferenciava os dois instrumentos¹⁶⁷.

A fundamentação para a existência desse instrumento, segundo Luís Eulálio de Bueno Vidigal “está em que o Estado considera alguns casos de nulidade ou de injustiça como perigosos para a paz pública, para a respeitabilidade e realização do direito objetivo”¹⁶⁸.

Visto isso, percebe-se que a ação rescisória é um instrumento escolhido pelo Estado para a defesa da ordem jurídica, ou seja, o Estado elege taxativamente, por meio de lei, determinadas nulidades ou injustiças que devem prevalecer sobre a garantia da coisa julgada. A preservação da coisa julgada quando presentes essas nulidades ou injustiças, conforme descrito pelo autor, atentaria contra a paz pública, a respeitabilidade e realização do direito objetivo.

¹⁶⁷ “Acção rescisória é, como vimos no n. 7, ‘a acção pela qual se pede a decretação judicial da nulidade ou ilegalidade da sentença que extrinsecamente passou em julgado, e por via de consequencia, o novo julgamento da especie nella apreciada’. O recurso visa, portanto, modificar a sentença” (*Da acção rescisoria*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva & cia, 1926. p. 12).

¹⁶⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI – arts. 485 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. p. 6.

4.1. Origem do instituto e evolução no Brasil pós-ordenações

José Carlos Barbosa Moreira denomina ação rescisória “à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trânsita em julgado, com eventual rejuízoamento, a seguir, da matéria nela julgada”¹⁶⁹.

Segundo o autor, no Direito Romano não era necessário recurso ou ação autônoma para que as partes se voltassem contra *error in procedendo* e, em algumas hipóteses, contra o *erro in iudicando*. Foi apenas no direito intermédio, nos estatutos italianos, por influência do direito germânico, que foi criada uma espécie de denúncia para o *error in procedendo*: a *querela nullitatis*¹⁷⁰.

A *querela nullitatis* se dividia em *querela nullitatis sanabilis* e a *querela nullitatis insanabilis*. A primeira, com o decorrer do tempo, foi absorvida pelo recurso de apelação e a segunda acabou desaparecendo.

Outro instituto, de origem romana, que concorreu para a formação da ação rescisória, nos moldes em que ela é conhecida atualmente, é a *restitutio in integrum*. Nesse instituto não se trabalha com vícios processuais propriamente ditos, mas com motivos que determinam o reexame da matéria, segundo a equidade. Pode-se citar como exemplo a hipótese de dolo da parte vencedora ou a descoberta de novas provas, capazes de modificar o convencimento judicial¹⁷¹.

Desse modo, pode-se dizer que a ação rescisória traz hipóteses que historicamente eram combatidas com o uso da *querela nullitatis* e também com o uso da *restitutio in integrum*.

Outrossim, a evolução histórica do instituto pós-ordenações no Brasil traz importantes considerações para a identificação do instituto nos moldes atuais. Segundo Sérgio Gilberto Porto, em 1828 já se discutia no Brasil se existiria ou não uma ação de nulidade de sentença. A celeuma teria durado até a edição do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, marco da processualística nacional posterior às ordenações¹⁷².

¹⁶⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565.16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 99.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 100.

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 100.

¹⁷² *Ação rescisória atípica: instrumento de defesa da ordem jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 14.

O Regulamento 737 previa uma distinção entre nulidade do processo e nulidade da sentença e no seu artigo 681 legitimou expressamente a ação rescisória como uma das formas de se anular uma sentença¹⁷³.

Algumas décadas depois, a Constituição Federal de 1891 possibilitou aos estados da federação que elaborassem o seu próprio Código de Processo, todavia, alguns desses estados permaneceram inertes, sendo o Regulamento 737 aplicado até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939. Em alguns outros estados, como o do Rio Grande do Sul, houve a edição de um Código Processual Estadual, sendo disciplinada a ação rescisória¹⁷⁴.

Tanto no Regulamento 737, quanto no Código de Processo do Rio Grande do Sul, estava prevista, entre as hipóteses de rescisória, a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória quando as partes se deparassem com nulidades insanáveis, o que demonstra a adoção de um rol não taxativo de erros procedimentais que justificassem o cabimento da ação rescisória.

Bastava as partes comprovarem que determinado *error in procedendo* era insanável para que fosse possível o ajuizamento da ação rescisória. Essa hipótese, foi retirada do ordenamento jurídico a partir de 1939 e foi absorvida pela jurisprudência, conforme já visto, pelo instituto da *querela nullitatis insanabilis*.

O Código de Processo Civil de 1939 previu a ação rescisória nos artigos 798 a 801¹⁷⁵.

¹⁷³ As hipóteses de anulação de sentença eram: “(a) fosse dada por juiz incompetente, supeito, peitado ou subordinado; (b) fosse proferida contra expressa disposição da legislação comercial; (c) fosse fundada em instrumentos ou depoimentos julgados falsos pelo juízo competente; e (d) fosse anulado o processo em que foi proferida, em razão das nulidades então reconhecidas” (*Op. cit.*, p. 16).

¹⁷⁴ Sérgio Gilberto Porto explica o tratamento dado à ação rescisória no Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul: “(a) fosse dada por juiz incompetente, supeito, peitado ou subordinado; (b) fosse proferida contra expressa disposição de lei; (c) se fundada em instrumentos ou depoimentos falsos; e (d) sendo o processo em que foi proferida anulado em razão de nulidades insanáveis ou não supridas. Afora as hipóteses integrantes da disciplina processual da sentença nula, o próprio artigo 1.054 abria outras possibilidade: (a) se a sentença tivesse por suporte falsa causa ou erro de fato; (b) quando fosse proferida contra a coisa julgada; (c) quando fosse prolatada em processo anulável em razão de nulidades insanáveis ou não supridas” (*Op. cit.*, p. 18).

¹⁷⁵ “Art. 798. Será nula a sentença : I – quando proferida : a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e; b) com ofensa à coisa julgada; c) contra literal disposição de lei. II – quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal. Art. 799. Admitir-se-á, ainda, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, quando se verificar qualquer das hipóteses previstas no n. I, letras a e b ou no caso do n. II, do artigo anterior. (Não foi introduzido no CPC de 1973, o que possibilita que mesmo as sentenças proferidas na ação rescisória, se ofenderem literal dispositivo de lei, sejam objeto de nova rescisória). Art. 800. A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória. Parágrafo único. Os atos judiciais que não dependerem de sentença, ou em que esta for simplesmente homologatória, poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. Art. 801. A ação rescisória será julgada, em única instância, pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação, si houver mais de uma, e processada da forma seguinte: § 1º Si a petição se revestir dos requisitos constantes dos artigos 158 e 159, o juiz da Câmara Cível, a que for distribuída, ordenará a citação do réu para intermédio da Secretaria do Tribunal, para qualquer das formas previstas neste Código. § 2º Feita a citação, o réu, no prazo marcado pelo juiz relator, apresentará a contestação na Secretaria do Tribunal. § 3º Si os fatos em

Percebe-se que o CPC/39 deu tratamento semelhante àquele dado pelo Regulamento 737 e pelo Código Processual do Rio Grande do Sul, todavia, restou excluída a hipótese de cabimento da ação rescisória baseada em vício insanável, o que tornou o rol taxativo quanto ao *error in procedendo*.

Ademais, havia previsão expressa da competência das “Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação” para o julgamento da ação rescisória, diferente do que ocorre atualmente, já que a previsão da competência dos tribunais para o julgamento da rescisória é implícita e não expressa no ordenamento jurídico.

O artigo 800 afastava a possibilidade da injustiça ou da má apreciação da prova para justificar o ajuizamento da ação rescisória. O prazo para ajuizamento da ação rescisória não estava previsto no Código de Processo Civil, mas sim no Código Civil de 1916, art. 178, §10º, VIII, e era de 5 (cinco) anos.

Já o Código de Processo Civil de 1973 caracteriza-se pela ampliação das hipóteses de ação rescisória.

Os incisos III, VII, VIII e IX, do artigo 485, não estavam previstos na legislação anterior. O prazo para a ação rescisória também é reduzido para 2 (dois) anos e criou-se a exigência do depósito prévio no valor de 5% (cinco) por cento do valor da causa como condição para o ajuizamento da ação.

4.2. Direito Comparado

No que tange ao Direito Comparado, algumas observações serão feitas sobre o ordenamento jurídico italiano, espanhol, português e alemão.

No direito italiano, o instrumento processual que mais se assemelha à ação rescisória brasileira é a *revocazione*, que, diferentemente da ação rescisória, não se trata de um meio autônomo de impugnação da sentença, mas sim de um recurso que, em algumas de suas hipóteses, é voltado para a impugnação das decisões de mérito transitadas em julgado.

que se fundar a petição inicial, ou a contestação, dependerem de prova testemunhal ou de exames periciais, o relator delegará a competência para dirigir as provas ao juiz de direito do termo ou comarca onde residirem as testemunhas ou onde se encontrar a coisa, objeto do exame. devendo o processo ser devolvido no prazo marcado, salvo caso de força maior. § 4º Devolvidos, permanecerão os autos na Secretaria durante dez (10) dias para oferecimento de razões: findo o prazo, serão conclusos, respectivamente, ao relator e ao revisor, para estudo e designação de dia para julgamento, observado o disposto no art. 783, e seus parágrafos”.

O recurso de *cassazione*, previsto no Código de Processo Civil italiano no artigo 360 também possui hipóteses de cabimento parecidas com as previstas na ação rescisória¹⁷⁶, todavia, esse recurso somente pode ser interposto antes do trânsito em julgado, o que o diferencia significativamente do instituto da ação rescisória.

Desse modo, seguem os itens que informam as hipóteses de *revocazione* (art. 395 do Código de Processo Civil italiano: 1) se a sentença é fruto de dolo de uma parte em prejuízo da outra; 2) sentença julgada com base em prova reconhecida como falsa; 3) se após a sentença são encontrados documentos decisivos que não puderam ser produzidos no curso do processo em virtude de força maior ou fato do adversário; 4) quando a sentença for proferida mediante erro de fato oriundo dos documentos ou dos autos da causa; 5) se a sentença ofende coisa julgada anterior; 6) se a sentença é resultado do dolo do juiz, comprovado em sentença transitada em julgado¹⁷⁷.

Existem, ainda, mais duas hipóteses de *revocazione*, contudo, essas só podem ser propostas pelo Ministério Público: nos casos em que a participação do Ministério Público é obrigatória e a sentença foi pronunciada sem a sua participação; quando a sentença é fruto da colusão entre as partes com o intuito de fraudar a lei¹⁷⁸.

O que mais chama atenção nesse estudo comparativo é que as hipóteses da ação rescisória no Brasil estão distribuídas entre dois tipos de recursos do direito italiano, a *revocazione* e a *cassazione*, que possuem âmbitos de incidência autônomos e distintos, isto é, enquanto no Brasil o jurisdicionado pode alegar a ofensa a Constituição e à lei federal para justificar a interposição de recurso extraordinário *lato sensu* (extraordinário e especial) e ação rescisória (art. 485, V, CPC), na Itália, a ação de *revocazione* apenas aplica-se aos casos não abarcados pelo recurso de *appello* e de *cassazione*¹⁷⁹.

¹⁷⁶ “Art. 360 (Sentenze impugnabili e motivi di ricorso) Le sentenze pronunciate in grado di appello o in único grado, possono essere impugate com recurso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non é prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 4) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Può inoltre essere impugnata com ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se la parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tal caso l'impugnazione può proporsi soltanto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto”. (FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo (Org). *Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. pp. 143-144).

¹⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 155-156.

¹⁷⁸ PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*. 5ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 2231.

¹⁷⁹ O autor italiano Nicola Picardi explica que: “A *revocazione* é um meio de impugnação de caráter excepcional, que concorre ou se soma ao *appello* ou ao recurso per *cassazione*, entre *appello* e *revocazione* existe uma relação de subordinação, pois esta última é admissível quando o primeiro está excluído” (tradução livre) (*Op. cit.*, p. 2218).

Ademais, o recurso de *revocazione* é classificado em duas espécies: ordinária e extraordinária.

A *revocazione* ordinária difere-se da extraordinária por possuir hipóteses de cabimento diversas e por ser utilizada antes do trânsito em julgado, enquanto a *revocazione* extraordinária somente é utilizada após o trânsito em julgado¹⁸⁰.

Duas são as hipóteses de interposição ordinária desse recurso, ou seja, utilizadas somente antes do trânsito em julgado (art. 395, itens 4 e 5) e quatro são hipóteses de recurso de *revocazione* extraordinária (art. 395, itens 1,2,3 e 6). Nestes quatro casos, a doutrina italiana entende que ocorrem vícios anormais e graves e que quase nunca poderão ser descobertos imediatamente pelo sucumbente¹⁸¹.

As hipóteses dos itens 4 e 5, que tratam de erro da sentença por má apreciação de provas ou fatos e da ofensa a um caso julgado anterior, são consideradas vícios que poderiam, em tese, serem conhecidos antes do trânsito em julgado, razão pela qual não justificariam o cabimento da *revocazione* extraordinária.

O prazo para a interposição da *revocazione* é de trinta dias, com *dies a quo* fixado de acordo com a ocorrência de cada hipótese, nos termos do art. 325 e 396 do *Codice di Procedura Civile*.

No direito espanhol, ao contrário do que existe hoje no direito italiano, após a sua respectiva reforma processual, a *revisión* se tornou meio autônomo de impugnação às sentenças *firμες* (transitadas em julgado)¹⁸².

Neste aspecto o artigo 510 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*: 1) após a sentença ser pronunciada são descobertos novos documentos decisivos; 2) se a sentença for baseada em documentos falsos; 3) falsidade testemunhal ou nas declarações do perito que serviram de fundamento para a sentença; 4) – se a sentença for fruto de suborno, violência ou maquinação fraudulenta¹⁸³.

Como ocorre no direito pátrio, a *revisión* está sujeita a um depósito prévio (art. 513) e não terá efeito suspensivo (art. 515), salvo em situações excepcionais e se for prestada a caução (art. 566, nº 1).

¹⁸⁰ CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuali civile*. Vol. III. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 411.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² José M^a Asencio Mellado conceitua o recurso de revisão como “ação impugnativa autônoma mediante a qual se pretende a obtenção da rescisão de uma sentença transitada em julgado” (tradução livre) (*Derecho Procesal Civil*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2010. p. 177).

¹⁸³ AROCA, Juan Montero; CUADRADO, Maria Pía Calderón (Coord.). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. 19^a ed. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2011. pp. 396-397.

O prazo não poderá exceder 5 (cinco) anos, mas ficará sujeito a um prazo curto de 3 (três) meses, a ser contados de acordo com a ocorrência de cada hipótese específica de cabimento¹⁸⁴.

José M^a Asencio Mellado explica como funcionam os prazos para o ajuizamento da *revisión*: 1º) Em qualquer caso dentro do prazo de 5 (cinco) anos a ser contado a partir da publicação da sentença impugnada; 2º) – Dentro do prazo de 5 (cinco) anos, a ação deverá ser ajuizada no prazo de 3 (três) meses desde os dias que foram descobertos os documentos, a coerção, a violência, a fraude ou do dia em que houver sido reconhecida ou declarada a falsidade¹⁸⁵.

Lado outro, como ocorre no direito pátrio, não é necessário o esgotamento das vias recursais para o cabimento desta ação, bastando, para tanto, que a sentença transite em julgado e ocorra uma das causas de cabimento da *revisión*¹⁸⁶.

Em Portugal, o instituto que se assemelha à ação rescisória é a revisão, que é considerada um recurso extraordinário e só é cabível após o trânsito em julgado¹⁸⁷.

José Lebre de Feitas estabelece que “o recurso extraordinário de revisão interpõe-se de decisões transitadas em julgado (sentenças, despachos, acórdãos), sendo, por isso, um dos dos recursos extraordinários do Código de Processo Civil (...)”¹⁸⁸.

Suas hipóteses de cabimento estão no artigo 771 do CPC português¹⁸⁹.

Tanto na Espanha como em Portugal chama a atenção o fato de que a falta de citação leva a utilização de seus institutos correspondentes à ação rescisória no Brasil, enquanto aqui, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a ausência de citação deve ser objeto de utilização de um meio transrescisório.

¹⁸⁴ Art. 512 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (*Op. cit.*, p. 397).

¹⁸⁵ *Derecho Procesal Civil*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2010. p. 179-180.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, p. 177.

¹⁸⁷ Art. 676, 2, dispõe que “Os recursos são ordinários ou extraordinários, sendo ordinários os recursos de apelação e de revista e extraordinários o recurso para uniformização de jurisprudência e revisão” (NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 21ª ed. Lisboa: Editora Ediforum, 2009. p. 998).

¹⁸⁸ *Código de Processo Civil anotado*. Vol. III. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 222.

¹⁸⁹ “Art. 771. A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão quando: a) Outra sentença transitada em julgado tenha dado como provado que a decisão resulte crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções; b) Se verifique a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos ou árbitros, que possam, em qualquer dos casos, ter determinado a decisão a rever, não tendo a matéria sido objecto de discussão no processo em que foi proferida; c) Se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida; d) Se verifique nulidade ou anulabilidade de confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundou; e) Tendo corrido a acção e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a citação ou que é nula a citação feita; f) Seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português; g) O litígio assente sobre acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665.º, por se não ter apercebido da fraude.” (NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 21ª ed. Lisboa: Editora Ediforum, 2009. p. 998).

Ademais, em Portugal, assim como na Espanha, o prazo para ajuizamento da revisão é de 5 anos, mas, deverá ser ajuizada em 60 dias, de acordo com a ocorrência de determinada hipótese de cabimento (art. 772, nº 2, *a e b*)¹⁹⁰.

Por último, na Alemanha há a previsão de dois instrumentos para a descon sideração da coisa julgada: demanda de nulidade (*Nichtigkeitsklage*) ou de restituição (*Restitutionsklage*). A interposição simultânea dos dois instrumentos gera a suspensão do julgamento da demanda de restituição até o julgamento da demanda de nulidade¹⁹¹.

A demanda de nulidade (*Nichtigkeitsklage*) é admitida nas seguintes hipóteses: a) – Tribunal que conheceu a causa não foi legitimamente constituído; b) – o juiz que decidiu a causa esteja excluído do exercício da judicatura; c) – juiz que participou da decisão da causa tenha sido recusado por temor de parcialidade; d) falta de representação adequada da parte no curso do processo¹⁹².

Já a demanda de restituição (*Restitutionsklage*) leva em consideração as seguintes hipóteses: a) declaração falsa da parte sob juramento; b) a sentença tiver sido embasada em documento falso; c) quando perito ou testemunha tiverem faltado com a verdade; d) a sentença tiver sido obtida por meio de ato da parte ou de seu representante punível criminalmente; e) quando o juiz proleta a sentença, mas infringe um dever profissional em relação a uma das partes, punível criminalmente; f) quando a sentença de um tribunal ordinário se funda em sentença de um tribunal especial ou administrativo declarada nula por outra sentença transitada em julgado; g) se a sentença ofender a coisa julgada anterior ou a parte tiver um documento novo¹⁹³.

Em regra, na Alemanha, as partes possuem o prazo de 5 (cinco) anos para ajuizarem as respectivas ações, todavia, o prazo será de 1 (um) mês a partir do conhecimento de uma das causas previstas nos seguintes dispositivos: § 579 e § 580¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Nesse sentido José Lebre de Freitas: “Há um prazo de 5 anos a partir do qual já não é possível interpor o recurso extraordinário de revisão. Esse prazo de caducidade conta-se do trânsito em julgado da sentença a rever. É interposto em nome do valor Segurança” (*Código de Processo Civil anotado*. Vol. III. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 222).

¹⁹¹ PRADILLO, Juan Carlos Ortiz e RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideú: Editora Gisela Elsner, 2006. p. 305.

¹⁹² § 579 do Código de Processo Civil alemão (PRADILLO, Juan Carlos Ortiz e RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideú: Editora Gisela Elsner, 2006. p. 305.).

¹⁹³ § 580 do Código de Processo Civil alemão (PRADILLO, Juan Carlos Ortiz e RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideú: Editora Gisela Elsner, 2006. p. 305-306).

¹⁹⁴ PRADILLO, Juan Carlos Ortiz e RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Editora Gisela Elsner: Montevideú, 2006. p. 307.

4.3. Identificação dos vícios rescisórios com a ofensa as garantias processuais constitucionais e notas de Direito Comparado

Os vícios rescisórios, previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, podem ser identificados como vícios processuais (*error in procedendo*) e como vícios de julgamento (*error in iudicando*).

Sendo assim, importante fazer uma leitura das hipóteses de cabimento de acordo com o garantismo processual, já que a ação rescisória possui como característica o fato de ser um instrumento de defesa da ordem jurídica, privilegiando, conforme o artigo 485, CPC, alguns valores que deverão se sobrepor à garantia da coisa julgada.

4.3.1. Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

O julgamento por meio de um juiz imparcial é essencial para que a prestação jurisdicional seja feita de uma maneira efetiva. O juiz, ao julgar a causa, deve observar o arcabouço jurídico consagrado no ordenamento jurídico e não levar em conta aspectos subjetivos para favorecimento de uma das partes.

A quebra da imparcialidade se dá essencialmente pela quebra da equidistância do juiz em relação às partes e aos interesses envolvidos. O juiz possui uma contaminação subjetiva, o que o faz pender para um dos lados e produzir uma sentença eivada por um vício rescisório.

A primeira hipótese de cabimento da ação rescisória prevista no CPC, art. 485, I, relaciona-se com a quebra da garantia individual da imparcialidade e também da impessoalidade (art. 37, caput, CF/88).

Para a sua configuração, o juiz deverá praticar as condutas previstas nos artigos 316 (concussão), 317 (corrupção) e 319 (prevaricação) do Código Penal¹⁹⁵. Nesses termos o teor do artigo 485, I, CPC: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.

A concussão, segundo o Código Penal, 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”.

¹⁹⁵ De acordo com José Carlos Barbosa Moreira “O art. 798, n° I, letra a, do Código de 1939 dizia ‘nula’ a sentença proferida ‘por juiz peitado’; parte da doutrina ententia a expressão em sentido amplo, sem vinculação a qualquer conceito específico de direito penal” (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 119).

A corrupção se dará quando o juiz “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 acertar promessa de tal vantagem”.

Por derradeiro, a prevaricação ocorre quando o juiz “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Nos três casos ocorre uma contaminação psicológica do juiz que leva a quebra de sua imparcialidade. Essa quebra não pode ser tolerada pelo ordenamento jurídico, sendo assim, a partir do momento em que a parte toma conhecimento do enquadramento da conduta do juiz em algum desses tipos penais será possível a rescisão da coisa julgada.

A segurança jurídica trazida pela coisa julgada não deve prevalecer sobre a quebra de uma garantia essencial para a legitimação do Poder Judiciário, moralização do processo e garantia da ordem pública. Como já foi visto, os vícios rescisórios não são atingidos pela preclusão máxima da coisa julgada, já que são vícios que retiram qualquer possibilidade de a sentença ter sido produzida através do respeito ao devido processo legal.

Outra questão interessante diz respeito à necessidade de julgamento prévio no juízo criminal. Como a lei processual atual não traz nenhum dispositivo estabelecendo essa necessidade, ela é dispensada¹⁹⁶.

Contudo, no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, art. 928, parágrafo único, estipula que o prazo para ajuizamento da ação rescisória nessa hipótese passa a ser contado do trânsito em julgado da ação penal, o que pode gerar confusão sobre a necessidade ou não da prévia condenação no juízo criminal¹⁹⁷.

Lado outro, se a decisão for proferida por órgão colegiado, basta a parte comprovar a prevaricação, concussão ou corrupção passiva de apenas um dos membros do órgão colegiado. José Carlos Barbosa Moreira excepciona a possibilidade do vício atingir o voto vencido, oportunidade em que não seria cabível a ação rescisória.¹⁹⁸

¹⁹⁶ José Carlos Barbosa Moreira explica que: “É necessário, para que seja rescindível a sentença, que o comportamento do juiz a um desses tipos penais. Não se exige, contudo, a prévia condenação criminal do prolator da sentença, nem sequer a preexistência de processo penal contra ele instaurado”. (*Op. cit.*, p. 120).

¹⁹⁷ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em 02/06/2012.

¹⁹⁸ “Não é suficiente, ao nosso ver, que o juiz infrator tenha participado do julgamento: se o seu voto foi vencido, não teve consequência alguma, devendo aplicar-se aqui, *a fortiori*, o princípio geral de que não há nulidade sem prejuízo. Tampouco é necessário, por outro lado, que o voto do juiz infrator haja sido numericamente decisivo para a apuração do resultado: ainda que o desfecho houvesse de permanecer o mesmo, feita abstração desse voto, subsiste sempre a possibilidade de ter ele influenciado outros membros do órgão, de modo que todo o julgamento fica, por assim dizer, contaminado pelo vício” (*Op. cit.*, p. 121).

No que tange ao Direito Comparado, hipótese idêntica está prevista no Código de Processo Civil português, art. 771, “a”, que trata sobre a ação de revisão, paralelo da ação rescisória em Portugal.

Todavia, de acordo com o Código de Processo Civil português, exige-se que a sentença transitada em julgado tenha dado como comprovado o crime cometido pelo magistrado. Além disso, não há previsão das espécies de crimes que justificariam a rescisão¹⁹⁹.

Na Itália, o instituto é aplicado de maneira semelhante ao ordenamento português, nos termos do art. 395, item 6, do Código de Processo Civil italiano, uma vez que não há previsão de crimes e também se exige o trânsito em julgado da sentença para ratificar o dolo do juiz.

Na Alemanha, o §580, “e”, traz a hipótese do juiz prolatar sentença que infrinja dever funcional em relação a uma das partes e que também seja punível criminalmente.

4.3.2. Impedimento ou incompetência absoluta

O juiz impedido é aquele que se enquadra dentro das hipóteses previstas nos artigos 134 e 136 do CPC. As causas de impedimento também atuam na proteção da garantia da imparcialidade do juiz dada às partes. Apenas os casos de impedimento podem ser alegados para justificar o ajuizamento de uma ação rescisória, já que os casos de suspeição do artigo 135 do CPC encontram-se sanados pela incidência da preclusão máxima trazida pela coisa julgada²⁰⁰.

Os vícios rescisórios da imparcialidade do juiz, previstos nos incisos I e II, do artigo 485, CPC, podem ser alegados quando se tratar de decisão proferida por juiz singular ou por órgão colegiado, se um de seus membros cometer a conduta prevista nos dispositivos mencionados.

Conforme entedimento já exposto no item anterior, será cabível a ação rescisória sempre que o voto do magistrado fizer parte da maioria, ainda que esse voto não seja determinante, na medida que haveria uma presunção de sua influência no convencimento dos demais membros do órgão colegiado.

¹⁹⁹ “A nova previsão é mais abrangente, na medida em que exige que uma sentença transitada em julgado tenha dado ‘como comprovado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz [ou árbitro] no exercício das suas funções’, sem indicar tipos de crimes” (FREITAS, José Lebre de. Código de Processo Civil anotado. Vol. 3, Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 224).

²⁰⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda expõe que: “A sentença proferida pelo juiz que era suspeito não é nula, nem rescindível” (*Tratado da ação rescisória*. 2ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003. p. 237).

Quanto aos casos de incompetência absoluta, as suas regras são matérias de ordem pública que permitem ao jurisdicionado que a decisão seja proferida com observância estrita às regras fixadas na lei e na constituição, o que se conecta com a garantia constitucional do juiz natural.

O respeito às normas processuais, sobretudo em matérias que se ligam à ordem pública processual, traduz a necessidade de previsibilidade do procedimento pelo jurisdicionado. Se a ação de separação foi julgada, por exemplo, por um juiz trabalhista, houve um desrespeito às regras de repartição de competência em razão da matéria, o que vicia o procedimento, e, dessa maneira, enseja o ajuizamento da ação rescisória.

Assim sendo, no segundo inciso do artigo 485 do CPC, verifica-se a ofensa a garantia da imparcialidade e ao princípio do juiz natural, e que também é capaz de possibilitar o ajuizamento da ação rescisória.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros aqui estudados (Itália, Portugal, Espanha e Alemanha), não foram encontradas causas semelhantes de rescisão de sentenças transitadas em julgado.

Na primeira versão do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 retirou-se a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória sob o fundamento de ofensa às regras de competência absoluta, todavia, após promovidas alterações ao projeto, foi reinserida essa previsão²⁰¹.

4.3.3. Dolo da parte vencedora ou colusão das partes para fraudar a lei

A terceira possibilidade de rescisão da coisa julgada poderia tranquilamente ser enquadrada como ofensa ao princípio da boa-fé processual, previsto expressamente no Código de Processo Civil, artigo 14, inciso II.

O dolo da parte vencedora é levado em conta em relação ao juiz e não em relação à parte contrária. Ademais, esse dolo da parte ou das partes acaba por ocasionar uma motivação inadequada da sentença pelo juiz ou pelo órgão colegiado, já que teriam sido induzidos a erro.

Sendo assim, além do princípio da boa-fé ou da cooperação, afeta-se, indiretamente, a motivação ou fundamentação adequada da sentença, ou seja, ocorre uma

²⁰¹ Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 02/06/2012.

falha na motivação do juiz induzida pelas partes, o que não pode ser perpetuado por meio do instituto da coisa julgada e da decorrente segurança jurídica²⁰².

A coisa julgada serve para a proteção da confiança dos jurisdicionados na relação que travam com o Estado, todavia, se os próprios indivíduos se utilizam de má fé no curso do processo, não poderão eles impedir a revisão da coisa julgada por meio da ação rescisória.

Na Itália há previsão de hipótese de cabimento semelhante. O art. 395, item I, do CPC italiano, permite a relativização da coisa julgada na hipótese da sentença ser resultado do dolo de uma das partes em prejuízo da outra²⁰³.

Giampiero Balena explica que os atos da parte vencedora que limitam notavelmente a possibilidade de defesa da parte contrária e limita a busca pela verdade real por parte do juiz são justificativas para o ajuizamento da *revocazione* extraordinária²⁰⁴.

Na Espanha, o art. 510, item 4, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, prevê a possibilidade de rescisión quando a sentença for fruto de suborno, violência ou maquinação fraudulenta.

José M^a Asencio Mellado reproduz os seguintes esclarecimentos sobre o teor do dispositivo retromencionado: 1) O suborno deve ser declarado em sentença penal transitada em julgado²⁰⁵; 2) A violência contra o juiz, contra as partes, seus defensores e representantes também justificam o cabimento da revisão; 3) – A maquinação fraudulenta promovida por uma parte contra a outra²⁰⁶.

Em Portugal, o art. 771, “g”, prevê que o recurso de revisão é cabível quando “O litígio assente sobre acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665.º, por se não ter apercebido da fraude”²⁰⁷.

²⁰² Nesse sentido o seguinte exemplo citado por Alexandre Freitas Câmara: “O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro examinou um caso em que uma servidora fora a juízo em face do Município do Rio de Janeiro para postular sua aposentadoria, valendo-se da regra que permite contar em dobro o tempo das licenças especiais e das férias não gozadas. No curso do processo, porém, a servidora gozou de um dos períodos de férias a que renunciara para obter a aposentadoria, e não comunicou este fato ao juízo, tendo, afinal, saído vencedora da causa (e tendo transitado em julgado a sentença de mérito). Entendeu o TJRJ que, ao agir assim, a autora daquela demanda violou o dever de lealdade e boa-fé a que se submetem os sujeitos do processo e, deste modo, considerou-se que houve dolo da parte vencedora a justificar a rescisão do julgado”(Ação rescisória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 69).

²⁰³ Segue o dispositivo: “Art. 395 (Casi di revocazione) Le sentenze pronunciate in grado di appello o in único grado possono essere impugnate per revocazione: se sono l’effetto del dolo di una delle parti in danno dell’altra” (FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo (Org). *Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2011. pp. 143/144).

²⁰⁴ *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Vol. II. 2ª ed. Bari: Cacucci Editore, 2012. p. 472.

²⁰⁵ Hipótese semelhante ao art. 485, I, do CPC brasileiro.

²⁰⁶ MELLADO, José M^a Asencio. *Derecho Procesal Civil*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2010. p. 178.

²⁰⁷ NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 21ª ed. Lisboa: Editora Ediforum, 2009. p. 1209

4.3.4. Ofensa a coisa julgada

A quarta hipótese de cabimento da ação rescisória, prevista no artigo 485, inciso IV, do CPC, se dá quando uma decisão transitada em julgado decide uma questão já alcançada anteriormente pela coisa julgada material²⁰⁸. É sabido que o Poder Judiciário, salvo em hipóteses excepcionais, não pode se manifestar duas vezes sobre o mesmo litígio, por isso, a coisa julgada material pode ser considerada como um dos reflexos produzidos pelo princípio da segurança jurídica.

Proferida uma segunda sentença ou acórdão sobre matéria anteriormente já decidida, ou seja, com as mesmas partes, pedidos e *causa petendi*, essa segunda sentença poderá ser rescindida, o que possibilitará que apenas a primeira decisão produza efeitos. Será necessário que o teor da segunda sentença contrarie o teor da primeira, sob pena de não haver interesse no ajuizamento da ação rescisória.

As teorias da natureza jurídica da coisa julgada, conforme será estudado, foram e ainda são objeto de intensa discussão doutrinária. Todavia, o que interessa saber, neste momento, é que a coisa julgada nada mais é do que a garantia dada à parte vencedora sobre a dimensão do seu direito, e, da mesma maneira, a garantia dada à parte vencida sobre os limites da sua obrigação relacionada ao litígio.

Uma leitura constitucional do Direito Processual deve preservar a segurança jurídica e a boa-fé nas relações sociais e não pode a utilização da técnica processual servir de subterfúgio para afastar elementos tão centrais para a defesa de uma ordem jurídica segura e justa.

Em sede de Direito Comparado, encontramos paralelo no Código de Processo Civil italiano (art. 395, item 5)

No entanto, na Itália, a alegação de coisa julgada fica adstrita ao recurso de *revocazione* ordinário, que só pode ser interposto antes do trânsito em julgado. Giampiero Balena explica que um dos motivos justificadores da *revocazione* ordinária consiste em ser a sentença contrária a outra precedente já transitada em julgado, desde que o juiz não tenha se pronunciado sobre essa alegação no curso do processo²⁰⁹.

²⁰⁸ Apenas a ofensa as sentenças definitivas permitem o ajuizamento da ação rescisória, nesse sentido José Eduardo Carreira Alvim: “Portanto, somente as sentenças definitivas, que resolvem o mérito da causa (art. 269), têm aptidão para passar materialmente em julgado (produzir coisa julgada material); não as sentenças terminativas, que extinguem o processo sem resolução do mérito (art. 267), que, apenas formalmente passam em julgado (produzem coisa julgada formal)” (*Ação rescisória comentada*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 45).

²⁰⁹ *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Vol. II. 2ª ed. Bari: Cacucci Editore, 2012. p. 470.

Em Portugal, art. 771, “f”, do Código de Processo Civil português, havia a previsão de causa idêntica à prevista no caso brasileiro com a seguinte redação: “Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente”. No entanto, conforme explica Abílio Neto, a hipótese foi prejudicada pela redação do art. 675, que prevê regra específica relativa aos casos julgados contraditórios²¹⁰.

O art. 771, “f”, somente permite o ajuizamento do recurso extraordinário de revisão quando o julgado ofender decisão definitiva proferida em instância internacional de recurso e vinculativa para o Estado Português²¹¹.

Dessa maneira, em Portugal, caso haja um conflito entre duas sentenças transitadas em julgado, a solução será dada pelo art. 675 que prevê a seguinte regra: “Havendo duas decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumpri-se-á a que passou em julgado em primeiro lugar”²¹².

A solução portuguesa parece ser razoável para sanar conflito doutrinário que persiste no Brasil.

Aqui, discute-se se a parte não se utilizar da ação rescisória no prazo de 2 anos, conforme disposto no artigo 495, CPC, qual decisão prevaleceria, se seria a primeira ou a segunda sentença transitada em julgado.

Parte da doutrina entende que deveria prevalecer a segunda coisa julgada, sob pena de se retirar a aplicabilidade do artigo 485, IV, do CPC. Além disso, alega-se que o não exercício do direito potestativo de rescindir tornaria eficaz apenas a segunda sentença, já que abarcada pelo instituto da decadência²¹³.

²¹⁰ “As previsões das actuais als. a) a e) deste artigo não diferem das correspondentes alíneas anteriores a não ser em pormenores de ordem formal. Todavia, a anterior al. f), que permitia a revisão da decisão transitada em julgado quando fosse ‘contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente’, foi suprimida, ao que se crê por imutabilidade, face à regra fixada no art. 675, relativa aos casos julgados contraditórios” (*Código de Processo Civil anotado*. 21ª ed. Lisboa: Editora Ediforum, 2009. p. 1209).

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Op. cit.*, p. 996.

²¹³ Encabeça esse posicionamento José Carlos Barbosa Moreira: “Seria evidente contrassenso recusar-se eficácia à segunda sentença, depois de consumada a decadência, quando nem sequer antes disso era recusável a eficácia. A passagem da sentença, da condição de rescindível à de irrecindível, não pode, é claro, diminuir-lhe o valor. Aberraria dos princípios tratar como inexistente ou como nula uma decisão que nem rescindível é mais, atribuindo ao vício, agora, relevância maior do que a tinha durante o prazo decadencial. Daí se infere que não há como obstar, só com a invocação à coisa julgada, à produção de qualquer efeitos, inclusive executivos, da segunda sentença, quer antes, quer (*a fortiori!*) depois do termo final do prazo extintivo” (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 224).

José Eduardo Carreira Alvim informa que, se o Poder Judiciário permitir tal fato, estará incentivando o ajuizamento de ações sucessivas que tratem sobre sentenças definitivas, ou seja, incentivará a má-fé do jurisdicionado²¹⁴.

Imagina-se, conforme explicado pelo autor, o caso de a segunda ação ter sido ajuizada contra sucessores do réu da primeira ação e que esses não tenham conhecimento da existência da coisa julgada anterior. A parte adversa, sorrateiramente, poderá tentar reverter o resultado negativo da primeira ação.

A solução adotada em Portugal está apta para sanar o conflito descrito, porque impõe, taxativamente, que a primeira sentença sempre deverá prevalecer quando houver conflito entre julgados. Todavia, no Brasil, como permanece a hipótese de cabimento da ação rescisória por ofensa a coisa julgada, mais correta parece ser a interpretação já mencionada de José Carlos Barbosa Moreira.

4.3.5. Violação de literal disposição de lei

Pela primeira vez neste trabalho será enquadrado um erro *in judicando* dentro da hipótese de ofensa a uma garantia processual. Sobre o teor da sentença, a princípio, apenas se preocupava o direito material, cabendo ao direito processual se preocupar apenas com o caminho percorrido até o momento que antecede o proferimento da sentença.

Na Itália, Espanha, Portugal e Alemanha, a hipótese do inciso V, do artigo 485, do CPC brasileiro, somente pode ser fruto de recursos a serem interpostos antes do trânsito em julgado da demanda.

Desse modo, fundamental uma leitura crítica do inciso V, art. 485, do Código de Processo Civil brasileiro, porque o mesmo não possui precedentes em sede de Direito Comparado. O caso de rescisão aqui previsto é objeto de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais e dificulta em demasia a aplicação do meio rescisório.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda defendia que a incidência do dispositivo se comunicava com as ofensas às regras jurídicas de direito material e de direito processual²¹⁵.

²¹⁴ José Eduardo Carreira Alvim posiciona-se da seguinte maneira: “O fato de não haver uma das partes alegado existência de coisa julgada, relativamente à primeira sentença, não faz a menor diferença, a uma, porque elas não têm o poder de criar para o Estado-juiz o dever de decidir a respeito daquilo que ele já decidiu; e, a outra, porque, pode a segunda demanda ter se travado entre sucessores das partes originárias, que nem tinham conhecimento da primeira sentença” (*Ação rescisória comentada*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 50).

²¹⁵ “A regra jurídica que pode ser violada e tal violação levar à rescindibilidade da sentença tanto é a de direito processual quando a de direito material” (*Tratado da ação rescisória*. 2ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003. p. 237). Também encontra-se decisões do Superior Tribunal de Justiça permitindo a utilização da coisa

José Carlos Barbosa Moreira também entende que: “É irrelevante que se viole o direito material ou o direito processual: será rescindível, *v.g.*, a sentença que, ao arrepio do preceito insculpido no art. 128, julgue *ultra petita* ou *extra petita*”²¹⁶.

Luís Eulálio Bueno Vidigal defende o cabimento somente quando a ofensa se referir ao direito material²¹⁷, uma vez que não deveria ser possível a inclusão de novos erros *in procedendo* no bojo do art. 485, V, sob pena de se esvaziar a construção do art. 485 como um rol taxativo de hipóteses de cabimento da ação rescisória.

Não faria sentido a escolha pelo legislador de determinadas hipóteses de erros *in procedendo* no rol do art. 485 se o inciso V permitisse o ajuizamento de ação rescisória contra qualquer violação à lei, seja ela processual ou material.

Seguindo na análise do dispositivo, José Carlos Barbosa Moreira chama a atenção para a nomenclatura errônea adotada pelo legislador, visto que não deveria o legislador mencionar apenas a violação de literal disposição de lei, mas sim violação ao direito em tese, o que possibilitaria às partes se voltarem contra sentenças que ofendam os texto constitucional e outras normas jurídicas²¹⁸. Sustenta-se, ainda, que a simples ofensa as sumulas dos tribunais superiores, com a ressalva da súmula vinculante, não configura ofensa a norma jurídica²¹⁹.

Por isso, o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, art. 919, V, modifica a nomenclatura e dispõe que a existência de violação à norma jurídica justificará o cabimento da ação rescisória²²⁰.

Noutro giro, insta ressaltar o teor do enunciado contido na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”²²¹.

A jurisprudência atual do STJ e STF impõe que a característica *da interpretação controvertida* ao tempo da decisão não pode determinar o impedimento do ajuizamento da

julgada quando ocorrer ofensa à norma processual (AR nº 761/SE. Publicada no DJ em 25/09/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 02/06/2012;

²¹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 129.

²¹⁷ *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948. pp. 58-59.

²¹⁸ *Op. cit.*, p. 129.

²¹⁹ *Op. cit.* p. 131.

²²⁰ Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 02/06/2012.

²²¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02/06/2012.

ação rescisória com base no inciso V quando houver ofensa a norma constitucional. São dois os argumentos que permitem o entendimento acima exposto.

O primeiro deles relaciona-se com uma dificuldade prática que surge da tentativa de identificação da abrangência da expressão “*interpretação controvertida nos tribunais*”. Quantas decisões seriam necessárias para configurar esse dissídio nos tribunais?

O segundo refere-se à impossibilidade de se admitir que diversas interpretações sejam permitidas acerca de um dispositivo normativo constitucional, já que o STF seria o órgão judicial responsável por estabelecer a interpretação correta em matéria constitucional, motivo pelo qual não poderia ser impedido de conhecer da ação rescisória, sob pena de não se ratificar a força normativa da Constituição Federal. Nessa esteira, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça²²² e do próprio Supremo Tribunal Federal²²³.

Chama atenção o fato de que o Superior Tribunal de Justiça não vem aplicando o mesmo entendimento quando se trata de violação à norma infraconstitucional, prevalecendo o texto do Súmula 343, o que parece incongruente. A mesma competência que é destinada ao STF, no que tange a matéria constitucional, é destinada ao STJ no que se refere à lei federal.

Se o STJ não admite uma ação rescisória por ofensa a lei federal utilizando posicionamento consubstanciado no enunciado contido na Súmula 343/STF, ele estaria se eximindo de exercer função determinada pelo Poder Constituinte de atuar em defesa da lei federal²²⁴.

Contudo, neste trabalho, considera-se o art. 485, V, do CPC, um dispositivo que traz grande insegurança jurídica aos jurisdicionados e que possui âmbito de incidência que deveria ser objeto do sistema recursal e não de uma ação autônoma de impugnação.

Os vícios rescisórios deveriam estar conectados com erros no procedimento ou erros materiais que não pudessem ser verificados pelo juiz ou pelas partes no momento do proferimento do *decisum*. Se a sentença ofende à norma jurídica legal ou constitucional, é

²²² REsp. nº 183169/RS., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Publicado no DJ de 04/06/2001. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 02/06/2012.

²²³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 235794/SC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 14/11/2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02/06/2012.

²²⁴ Por isso, o posicionamento adotado neste trabalho é aquele exposto por Luiz Guilherme Marinoni: “Sabe-se, entretanto, que a teoria da “interpretação correta” não logrou ser demonstrada a contento pela doutrina, assim como não haveria razão qualquer para se supor que apenas uma dada qualidade da norma - a norma constitucional - poderia exigir uma única interpretação. (...) Não há razão para se supor que a interpretação constitucional seja diversa da interpretação infraconstitucional no que tange os seus resultados. (...) Sustentar-se a necessidade de interpretação “correta” no plano constitucional e de interpretação “razoável” no plano infraconstitucional constitui evidente *contradictio in terminis*, porque o ato de interpretar é um só no que tange à compreensão de normas jurídicas” (Coisa julgada inconstitucional. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008. pp. 95-96).

possível que as partes busquem a reforma da decisão por meio da via recursal ordinária e extraordinária, provocando, até mesmo, a análise das cortes superiores.

A ação rescisória por violação à norma se assemelha tanto com o recurso especial e extraordinário que o Tribunal Superior do Trabalho exige que na sentença ou acórdão rescindendo tenha havido pronúncia expressa sobre a aplicação da norma violada, o que se assemelha à exigência de prequestionamento da matéria para interposição do recurso especial e extraordinário²²⁵.

Mais seguro são os modelos europeus aqui estudados.

Conforme já mencionado no estudo sobre Direito Comparado, na Itália, as hipóteses de cabimento da *revocazione* extraordinária, que podem ser utilizadas após o trânsito em julgado, se conectam com vícios graves e anormais que quase sempre seriam descobertos apenas com o trânsito em julgado²²⁶.

Ademais, a lei define, claramente, o âmbito de incidência da *cassazione*, da *revocazione* ordinária e da *revocazione* extraordinária, para que a parte não possa suscitar, repetidas vezes, as mesmas matérias em meios de impugnação diversos. A ofensa a norma jurídica, na Itália, deverá ser impugnada por meio do recurso de *cassazione*, ou seja, antes do trânsito em julgado.

A *cassazione* é um recurso que pode ser interposto contra sentenças pronunciadas em grau de *appello* (ou em único grau) para denunciar a Corte Suprema determinados vícios elencados taxativamente no art. 360 do CPC italiano. Na *cassazione* podem ser apontados erros *in procedendo* ou *in iudicando*²²⁷.

Nessa esteira, em Portugal, o artigo 722 determina que a revista poderá ter como fundamento: a - a violação de lei substantiva, que pode consistir tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação da norma aplicável, b - A violação ou errada aplicação da lei de processo; c) As nulidades previstas nos artigos 668.º e 716.º²²⁸. Portanto, não será cabível a revisão para impugnar violação à norma jurídica, mas somente o recurso de revisão, que se aproxima do nosso recurso extraordinário, poderá ser utilizado.

²²⁵ Enunciado 298 do TST: “A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada” (Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 06/06/2012).

²²⁶ CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuali civile*. Vol. III. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 411.

²²⁷ *Op. cit.*, p. 242.

²²⁸ FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil anotado*. Vol. III. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 157.

Sistemática idêntica à adotada na Itália e Portugal, é a utilizada na Espanha. A ofensa a norma jurídica não deve ser objeto da ação de *revisión*, mas sim do recurso de *casación*²²⁹, com função semelhante a *cassazione* italiana e a revista portuguesa.

Por fim, na Alemanha, da mesma maneira, a ofensa a norma jurídica deverá ser suscitada por meio do recurso de revisão e não por meio da demanda de nulidade (*Nichtigkeitsklage*) ou de restituição (*Restitutionsklage*), que são institutos próximos à ação rescisória. O §573 do ZPO determina como causa de revisão, entre outras: quando favorecer o aperfeiçoamento do direito ou assegure a unificação da jurisprudência²³⁰.

Percebe-se, claramente, por meio da análise de Direito Comparado, que o inciso V, art. 485, do CPC brasileiro, deveria ser objeto de impugnação apenas por meio do sistema recursal, preservando-se a ação rescisória apenas para vícios graves e que não poderiam ser objeto de recurso, visto que seriam desconhecidos pelo julgador e pela parte no momento de proferir a decisão.

4.3.6. A prova falsa

Se a prova produzida é falsa, o que foi comprovado no bojo de ação criminal ou nos próprios autos da ação rescisória, e nela se fundamentou a decisão de mérito transitada em julgado, será permitida a rescisão da decisão, de acordo com o artigo 485, inciso VI.

Pode-se identificar que a má-fé de algum dos sujeitos do processo foi determinante para que induzisse a erro o juiz durante a fundamentação da decisão. Evidencia-se a ofensa ao princípio da boa-fé processual, e, indiretamente, o vício da fundamentação da decisão ocasionado por uma das partes parciais do processo.

Cumprido esclarecer que na prova falsa deve ter sido baseada a fundamentação da decisão que se busca rescindir. Se, ao contrário, a decisão estiver baseada em dois fundamentos, sendo um deles destacado das consequências dessa prova, não há que se falar em rescisão.

Esta causa de rescisão está prevista em todos os ordenamentos jurídicos estrangeiros estudados neste trabalho²³¹.

²²⁹ MELLADO, José M^a Asencio. *Derecho Procesal Civil*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2010. p. 242.

²³⁰ PRADILLO, Juan Carlos Ortiz; RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideu: Editora Gisela Elsner, 2006. p. 129.

²³¹ O artigo 395, item 2, do Código de Processo Civil italiano traz hipótese semelhante à hipótese do art. 458, VI, do CPC brasileiro. Na Espanha o art. 510, item 2, da lei processual. Em Portugal o art. 771, “b”, do CPC, e na Alemanha o § 580, item 2, do ZPO.

O projeto de novo CPC, art. 928, parágrafo único, também dispõe que o prazo para ajuizamento da ação rescisória somente passará a correr após o trânsito em julgado da ação criminal.

4.3.7. O documento novo

A hipótese do documento novo se trata de um erro na motivação da sentença induzido por elementos externos, isto é, a não utilização desse documento não pode ser imputada ao juiz ou às partes.

Se a parte não possuía conhecimento da existência do documento ou, apesar de possuir conhecimento, não possuía meios de acesso, insere-se o disposto no artigo 485, VII, do CPC.

Percebe-se que o documento inédito deve ser capaz de modificar as conseqüências do feito, sendo assim, pela ausência dessa prova, determinante para o enquadramento dos fatos às normas, a coisa julgada que se formou possui um erro na sua fundamentação.

Mais uma vez, assim como no inciso V, trata-se de um erro *in judicando* que gera uma falha na motivação da sentença, contudo, diferentemente do dispositivo retromencionado, tal erro não pode ser imputado ao juiz, já que este sequer possuía conhecimento da prova.

Essa hipótese de cabimento possui equivalentes no Direito Comparado dos três ordenamentos jurídicos processuais aqui estudados: Itália (art. 395, item 3), Espanha (art. 510, item 1) e Portugal (art. 771, “c”).

4.3.8. Confissão, reconhecimento do pedido, desistência ou transação inválida

Nessa hipótese de cabimento, o fundamento no qual se baseou a sentença ou acórdão, que está adstrito a uma manifestação de vontade das partes possui um vício que o torna inverídico. Desse modo, por exemplo, se a parte reconheceu a procedência do pedido sob coação da parte autora, esse reconhecimento não pode produzir efeitos no curso do processo.

No exemplo citado, resta clara a ofensa ao princípio da boa-fé, que rege toda atuação das partes. Todavia, seja qual for o motivo que leve a invalidade do ato da parte, ele induzirá a erro o juiz durante a fundamentação da sentença, ou seja, esta também é uma hipótese de erro no julgamento.

Portanto, é o erro na fundamentação, na motivação da sentença que justifica o afastamento da coisa julgada. No entanto, cumpre esclarecer que, na hipótese de sentença homologatória de transação, ou seja, sentenças em que não há qualquer decisão proferida pelo juiz, mas, somente homologação da vontade das partes, caberá a ação anulatória, já que não há qualquer motivação da decisão pelo juiz, nesses casos o magistrado apenas se limita a ratificar a vontade das partes.

O artigo 771, “d”, do Código de Processo Civil português trata de hipótese semelhante.

Por último, chama-se a atenção para o fato de o vocábulo “desistência” deve ser interpretado como renúncia ao direito material e reconhecimento do pedido (incisos II e V do art. 269, CPC), caso contrário seria cabível ação rescisória contra decisões meramente terminativas (art. 267, VIII, CPC). Nesse sentido o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira²³² e Luís Eulálio Bueno Vidigal²³³.

4.3.9. Erro de fato

A última hipótese de cabimento da ação rescisória também se relaciona com um vício na motivação ou fundamentação da sentença. Trata-se de um erro *in iudicando* que origina um grave vício na fundamentação da sentença.

Se o juiz enquadrrou erroneamente um fato no qual fundou a sua sentença e isso pode ser apurado por meio dos documentos e provas produzidos nos autos, significa que foi proferida uma sentença que não foi fundamentada de acordo com as provas produzidas nos autos.

Todavia, as considerações feitas sobre o art. 485, V, CPC, também se reproduzem na previsão desse dispositivo, já que a parte deve se valer do sistema recursal para pleitear a reforma de erros de julgamento não oriundos de fatores externos.

Para que o *error in iudicando* justifique o ajuizamento da ação rescisória, ele deve ser imputado a fatores externos à atividade judicial, como, por exemplo, documentos falsos, confissão inválida ou documento novo. Quando a decisão é fruto de uma atividade instrutória exaurida, como nas hipóteses do inciso V e IX, o cidadão deve valer-se do sistema recursal para modificá-la.

²³² *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 143-144.

²³³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI – arts. 485 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. pp. 146-147.

Na Itália, por exemplo, só cabe a ação de *revocazione* contra a hipótese do item 4 do artigo 395 antes do trânsito em julgado, adotando-se o proposto nesse trabalho.

4.4. Crítica às hipóteses de ação rescisória previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com o exposto nos três primeiros itens deste capítulo, verifica-se que a ação rescisória é uma ação autônoma que visa desconstituir a coisa julgada material. É um remédio oriundo da junção entre os institutos da *querela nullitatis insanabilis* e da *restitutio in integrum*, capaz de combater determinados vícios processuais ou de julgamento que constam das decisões²³⁴ de mérito transitadas em julgado.

Percebe-se que o tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos aqui estudados (Itália, Espanha, Portugal e Alemanha) é muito diverso, sendo que o Brasil é, de certa maneira, aquele que instituiu um regime mais aberto para a desconsideração da coisa julgada, especialmente pela previsão dos incisos V e IX, art. 485, do Código de Processo Civil.

Para entender essa constatação, classificamos os vícios rescisórios em três espécies: a) - *error in procedendo*; b) - *error in iudicando* provocados por fatores externos ao julgamento do juiz ; e c) - *error in iudicando puro*.

No que se refere aos erros no procedimento, algumas hipóteses de cabimento da ação rescisória caracterizam-se como nulidades processuais absolutas, que não são convalidadas com o trânsito em julgado, mas apenas com o esgotamento do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. São hipóteses que muito se aproximam do instituto da *querela nullitatis insanabilis*. Das nove hipóteses previstas no artigo 485, são hipóteses de *error in procedendo* os incisos I (*verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz*), II (*proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente*) e IV (*ofender a coisa julgada*).

As outras seis hipóteses são casos de *error in iudicando*, todavia, alguns desses erros não podem ser imputados diretamente ao conteúdo do julgamento proferido pelo juiz, já que somente ocorreram devido a fatores externos ou excepcionais. Assemelham-se a origem do instituto da *restitutio in integrum*. Sendo assim, são exemplos de *error in iudicando*

²³⁴ O artigo 485, *caput*, CPC, dispõe que “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...)”, todavia, não podem ser excluídas as decisões de mérito dos tribunais, nesse sentido José Carlos Barbosa Moreira: “seria bem pouco razoável excluir do âmbito da ação rescisória as decisões de tribunais, que constituem a imensa maioria das que transitam em julgado” (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 108)

provocados por fatores externos ao julgamento do juiz os incisos III (resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei), VI (se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória), VII (depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável) e VIII (houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença).

Outras duas hipóteses referem-se a *error in iudicando* sem influência de algum fator estranho ao ato de julgar. Tutela-se, nesses casos, uma má prestação da função jurisdicional somente no momento de proferir a decisão. São os incisos V (*violar literal disposição de lei*) e IX (fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa) que se enquadram como causas de *error in iudicando puro*.

Conforme já estudado, não se encontra em nenhum dos ordenamentos jurídicos estudados causas de rescisão idênticas ou assemelhadas ao inciso V, art. 485, CPC. Na Itália, por exemplo, a ofensa as normas do ordenamento jurídica possibilita o ajuizamento do recurso de *cassazione* (art. 360, item 3)²³⁵ e não da *revocazione*, instituto assemelhado à ação rescisória. Portanto, na Itália, sentença que ofende normas jurídicas só podem ser impugnada enquanto não houver o trânsito em julgado.

Na Espanha e em Portugal também não há hipótese paralela ao inciso V, art. 485, CPC, devendo a matéria ser alegada apenas em sede de recurso. O mesmo ocorre na Alemanha, que, de acordo com o § 545, item 1, qualquer ofensa a lei federal será objeto de recurso de revisão²³⁶.

Quanto ao inciso IX, o dispositivo foi importado do ordenamento jurídico italiano (art. 395, item 4). Todavia, na Itália, ele só serve para fundamentar a *revocazione* ordinária, ou seja, aquela utilizada contra decisões não transitadas em julgado (art. 396 do Código de Processo Civil italiano)²³⁷.

²³⁵ “Art; 360 (*Sentenze impugnabili e motivi di ricorso*) *Le sentenze pronunciate in grado di appello o in único grado, possono essere impugnate con ricorso per cassazione: (...) 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.* pp. 13-14).

²³⁶ PRADILLO, Juan Carlos Ortiz e RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideu : Editora Gisela Elsner, 2006. p. 292

²³⁷ Nesse sentido Alexandre Freitas Câmara: “(...) os casos previstos nos itens 4 e 5, a *revocazione* só é cabível contra sentenças ainda não transitadas em julgado (conforme estabelece o art. 396 do código). Nos demais casos, a *revocazione* pode ser utilizada mesmo depois do trânsito em julgado”. (*Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16).

A previsão do inciso IX parece perigosa e incompatível com o instrumento da ação rescisória. Em qualquer caso concreto a parte pode sustentar que o juiz admitiu um fato inexistente ou considerou inexistente um fato que para ela ocorreu. Simples erros de julgamento entram no campo da subjetividade dos juízes e tribunais, podendo cada magistrado interpretar de forma diversa as provas constantes nos autos.

A forma das partes se voltarem contra suposta má apreciação de provas pelo juiz é por meio dos recursos existentes no ordenamento jurídico e não por meio de um instrumento processual que somente pode ser utilizado após o trânsito em julgado.

Da previsão dos incisos V e IX, do art. 485, que tratam, como já explicado, de puros erros no julgamento, pode-se escolher entre duas conclusões: a) o ordenamento jurídico brasileiro é mais desenvolvido que o italiano, espanhol, português e alemão; b) no Brasil, inclusive em matéria de ação rescisória, a coisa julgada não é um instituto valorizado e sofre constantes ataques.

Mais uma vez aplicam-se as críticas feitas às teorias relativistas. As duas hipóteses debatidas possuem como pano de fundo uma eventual injustiça na decisão oriunda da má aplicação do Direito (inciso V) ou da má apreciação dos fatos (inciso IX). O grau de subjetividade trazido por essas hipóteses destoam da aplicação do instituto, seja na perspectiva de sua origem, seja numa perspectiva de Direito Comparado.

Ademais, a intenção de fixar um rol taxativo de hipóteses de cabimento, com prazo pré-fixado, serve para proteger o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica. A existência do inciso V, art. 485, CPC, praticamente torna inócua essa previsão, já que qualquer ofensa a norma de direito poderia, em tese, ser alegada como fundamento para ajuizamento do meio rescisório.

A última crítica aqui exposta, é referente à escolha do legislador de enquadrar a incompetência absoluta como vício capaz de dar origem à ação rescisória.

Em sede de Direito Comparado, não há previsão da incompetência absoluta como causa de relativização da sentença por instrumentos semelhantes ao rescisório dentro do ordenamento jurídico italiano, espanhol, português e alemão.

A primeira versão do Projeto de Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei do Senado nº 166, visava excluir a previsão da incompetência absoluta, todavia, com as consecutivas alterações ao projeto, a hipótese voltou a ser prevista.

Ao que parece, se a decisão foi proferida por um juiz devidamente investido, e a parte não alegou a incompetência absoluta no decorrer do processo, não há motivos para que esse vício se configure como apto para ensejar o ajuizamento da ação rescisória.

No enunciado constante da súmula vinculante nº 22²³⁸, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a Justiça do Trabalho seria competente para julgar as ações de indenização decorrente de acidente do trabalho, inclusive aquelas ainda não sentenciadas em primeiro grau de jurisdição. Desse modo, os casos já sentenciados poderiam ser decididos pelos juízes absolutamente incompetentes.

Desse modo, levando em conta o direito comparado e o tratamento dado à incompetência absoluta pelos tribunais superiores, entende-se que a violação às regras de competência absoluta não é um vício que justifique a desconsideração da coisa julgada através da ação rescisória.

O mais correto seria a previsão, como ocorre no direito alemão, de cabimento da ação rescisória nos seguintes casos : a) – o tribunal que conheceu a causa não foi legitimamente constituído; b) – o juiz que decidiu a causa esteja excluído do exercício da judicatura²³⁹.

A falta de investidura é um vício insanável e que deveria ser tutelado pelo art. 485. Outra inovação do sistema alemão, já citada, é a possibilidade de ajuizamento irrestrito de ações voltadas para a identificação da paternidade. A previsão dessa hipótese serviria para esvaziar a forte tendência de ampliação dos casos de relativização no Brasil.

O julgamento *extra petita* e *citra petita*, assim como a ausência ou deficiência comprovada de defesa técnica em ações envolvendo direito indisponível, também são outros exemplos de falhas graves processuais, podendo ser dimensionados como nulidades mais latentes que o vício por incompetência absoluta previsto atualmente no texto legal.

Por isso, no Projeto de Lei do Senado nº 166, que visa à produção de um novo Código de Processo Civil, poderia rever de maneira mais aprofundada a escolha do legislador de 1973 a respeito das hipóteses de erros *in procedendo* justificadores da ação rescisória, assim como rever a previsão dos incisos V e IX, art.485, pelos motivos aqui expostos.

²³⁸ Segue o texto da súmula vinculante nº 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02/06/2012.

²³⁹ § 579, itens 1 e 2 do Código de Processo Civil alemão.

5 AÇÃO RESCISÓRIA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

5.1 Objeto da ação rescisória

O ajuizamento da ação rescisória funda uma nova relação jurídica processual que, via de regra, cumulará duas pretensões: rescindente e rescisória. Assim dispõe o art. 488, I, do Código de Processo Civil: “A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor: I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa”.

O *iudicium rescindens* refere-se ao pedido de rescisão da coisa julgada. Será por meio desse pedido que será possível o afastamento dos efeitos da coisa julgada. Afastada a coisa julgada, a parte também deve requerer novo julgamento, que se trata do *iudicium rescissorium*.

Essa cumulação de pedidos se deve ao fato de que o órgão judicial competente para o julgamento do *iudicium rescindens* no Brasil, via de regra, ser o mesmo órgão competente para o julgamento do *iudicium rescissorium*, o que atende à finalidade da economia processual.

O juízo rescindente sempre será anterior ao juízo rescisório, todavia, em alguns casos, como na hipótese do art. 485, IV, não haverá a necessidade de um juízo rescisório, já que o reconhecimento da ofensa a coisa julgada determina a prevalência da primeira sentença transitada em julgado. Sendo assim, o pedido rescindente é indispensável, enquanto o pedido rescisório pode ou não ser apropriado²⁴⁰.

Também na hipótese de improcedência do *iudicium rescindens* não haverá a necessidade de enfrentamento do *iudicium rescissorium*.

Contanto, imagine a hipótese de ajuizamento de uma ação rescisória em que seja necessária a cumulação do pedido rescindente e rescisório, mas a parte se esquece de fazê-lo. Poderão ocorrer duas hipóteses: o órgão judicial percebe a falha e determina a emenda da petição inicial, nos termos do art. 284, CPC; o órgão judicial somente percebe a falha posteriormente, após a citação do réu, não sendo mais possível a emenda da inicial.

A divergência doutrinária surge na segunda hipótese, já que a omissão do autor e do órgão judicial determinaria a extinção do processo sem julgamento do mérito. José Carlos

²⁴⁰ Nesse sentido Fabiano Carvalho “O pedido rescindente é indispensável. O pedido rescisório pode ou não ser apropriado, a depender da situação concreta, que eventualmente exija novo julgamento, que não poderia realizar-se sem pedido”. (*Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 24).

Barbosa Moreira, por exemplo, entende que “Não é lícito ao órgão judicial suprir, por si, o pedido de novo julgamento que o autor haja porventura cometido”²⁴¹.

O Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.544/RJ, ao contrário, reconheceu a possibilidade do pedido rescisório ser um pedido implícito²⁴².

O tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça parece ser o mais correto, visto que, diante do marco teórico deste trabalho, que retrata a necessidade de uma interpretação do processo de acordo com as garantias processuais, não conhecer essa causa seria determinar como valorativa uma formalidade que é excessiva.

Conforme descrito no voto, o rejuízo da causa é uma consequência implícita da rescisão julgada não fazendo sentido, exceto em casos excepcionais, como o do inciso VI, art. 485, CPC, a desconsideração da coisa julgada sem que seja emitido um novo pronunciamento do Poder Judiciário.

Utilizando essas premissas, o Superior Tribunal de Justiça vem ampliando a interpretação sobre os pedidos implícitos para além dos casos de ação rescisória, o que ressalta o verdadeiro tratamento que deve ser dado à disciplina processual no que se refere às formalidades excessivas²⁴³.

Acertada a decisão, visto que a mera ausência de previsão expressa do pedido no capítulo da petição inicial “dos pedidos” não deve ser suficiente para restringir a apreciação da ação pelo órgão judicial, sob pena de se configurar um formalismo excessivo. Caso o pedido possa ser inferido de uma interpretação lógico-sistemática da petição inicial pode o Poder Judiciário apreciá-lo sem que isso configure julgamento *citra, ultra* ou *extra petita*, conforme exposto no julgado.

A mesma solução poderá ser dada se a parte se esquece de promover o pedido rescindente no capítulo “dos pedidos”, desde que por meio de uma interpretação lógico-sistemática seja possível extrair esse pedido do teor da petição inicial²⁴⁴.

²⁴¹ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 177.

²⁴² “Permito-me entender que esta, do pedido implícito, é a interpretação ao art. 488, item I, que a meu sentir devemos adotar. Mais ainda porque não é indubitoso o elenco daqueles casos, em que ao *judicium rescindens* se deva necessariamente seguir o *judicium rescissorium*”. Relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ em 29/04/1991. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 02/06/2012.

²⁴³ AgRg no Ag 666835 / MS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado no DJ em 21/03/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁴⁴ Em sentido contrário, Fabiano Carvalho entende que somente seria possível o pedido implícito quando for o rescisório: “A solução não será a mesma para a hipótese de defeito do pedido rescindente, que não pode ser considerado como ‘pedido implícito’”. (*Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 25).

Feitas essas observações, o pedido rescindente e rescisório só podem ser feitos com o escopo de desconstituir decisões de mérito transitadas em julgado.

Apesar do *caput* do art. 485 mencionar o termo “sentença de mérito”, é sabido que o termo sentença é apenas “espécie” do gênero “decisão”, portanto, uma interpretação literal do texto normativo impediria o ajuizamento de ação rescisória contra acórdãos e decisões monocráticas dos tribunais, o que não reflete o espírito da lei (*mens legis*).

Portanto, uma interpretação sistemática, que leve em conta o teor normativo do art. 102, I, “j”, art. 105, I, “e”; 108, I, “b” e art. 27, §10º, ADCT, todos da CF/88, determinará que a ação rescisória é um instrumento apto para se voltar contra sentenças, decisões monocráticas e acórdãos de mérito que coloquem fim ao processo de conhecimento ou a execução.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que “Caberá ação rescisória de decisão proferida pelo Plenário ou por Turma do Tribunal, bem assim pelo Presidente, nos casos previsto na lei processual”²⁴⁵.

Todavia, a ação rescisória não ataca qualquer decisão, mas somente aquelas que resolvem o mérito da demanda.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria das condições da ação, ou seja, antes de adentrar o mérito, deve o julgador verificar se a demanda preenche requisitos mínimos. Portanto, o mérito no ordenamento jurídico brasileiro não se confunde com as condições da ação e com os pressupostos processuais. Adriane Donadel explica que: “Partindo dessas premissas, Enrico Tullio Liebman conclui que o objeto do processo não é a lide, mas sim, o pedido do autor”²⁴⁶.

Ademais, duas questões surgem: seria possível utilizar a ação rescisória contra algumas decisões interlocutórias? E contra decisões terminativas?

Quanto às decisões interlocutórias, via de regra, assim como os despachos, não podem ser objeto de impugnação pela via rescisória, todavia, em alguns casos específicos tem-se admitido o cabimento da ação rescisória. Assim, utiliza-se como exemplo o proferimento que julga parcialmente os pedidos, dando seguimento ao processo quanto às demais pretensões. Trata-se de decisão interlocutória que resolve o mérito, portanto, será cabível a ação rescisória. Chega-se a denominar essa decisão de *sentença parcial*, todavia, veremos que a evolução do conceito de sentença não permite o enquadramento desse ato como sentença.

²⁴⁵ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 02/06/2012.

²⁴⁶ *Ação rescisória no direito processual civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 72.

O Código Processual Civil de 1973 (CPC) definia originalmente sentença como "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa". Tal disposição estava prevista no artigo 162, §1º, do diploma processual.

Contudo, o conceito de sentença foi finalmente repensado e revisado, sobretudo com a modificação do texto do art. 461 (Lei nº 8.952/94) e a inclusão do art. 461-A (Lei nº 10.444/02), que criou a fase de cumprimento de sentença. Por esse motivo, o conceito original do CPC passou a não representar a realidade, já que a sentença não colocaria termo ao processo, e sim determinaria o fim de uma fase do procedimento.

Desse modo, a Lei 11.232/2005, alterou o art. 162, §1º nos seguintes termos: "sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei".

Ainda que bem intencionado, o legislador não conseguiu dispor adequadamente sobre o conteúdo do conceito de sentença, visto que as situações previstas nos artigos 267 e 269 podem ocorrer no curso do processo sem que isso represente a extinção da fase cognitiva ou o fim da execução, ou seja, apesar de se enquadrarem no art. 162, §1º, esses atos do juiz deveriam ser impugnados por meio de agravo de instrumento.

Desse modo, o conceito que mais bem define sentença é aquele adotado pelo Projeto de Novo CPC, segundo qual: "Art. 170. § 1º Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 472 e 474, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução"²⁴⁷.

Por isso, as "sentenças parciais", por não colocarem fim à fase cognitiva, devem ser definidas como verdadeiras decisões interlocutórias.

Outro exemplo muito citado é o caso do reconhecimento da prescrição em segundo grau de jurisdição no julgamento de agravo de instrumento. Contudo, verificando o conceito de sentença acima exposto, fica claro que essa decisão é verdadeiramente uma sentença de mérito e não uma decisão interlocutória. Nesses termos, Adriane Donadel: "As decisões interlocutórias, com força de definitivas, tal como aquela que decide questão incidente que acaba por extinguir a relação jurídica processual não são interlocutórias: são sentenças"²⁴⁸.

A respeito do cabimento da ação rescisória em face de decisões terminativas, a jurisprudência pátria demonstra-se contrária a esta possibilidade pautada no fundamento de

²⁴⁷ Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 02/06/2012.

²⁴⁸ *Op. cit.* p. 75

que, de acordo com a letra da lei, a ação rescisória promovida com amparo em decisão exclusivamente processual deve ser extinta sem resolução do mérito por falta do interesse de agir, na medida em que inexistiria necessidade a justificar iniciativa processual desta ordem, pois nada obsta o ajuizamento de nova ação idêntica²⁴⁹.

Tal entendimento merece algumas reflexões no ordenamento jurídico brasileiro. José Roberto dos Santos Bedaque alerta para uma grave consequência desta vedação taxativa quanto ao cabimento da ação rescisória em face de sentenças terminativas²⁵⁰.

De fato, o simples enquadramento das condições da ação como matérias exclusivamente processuais parece ser equivocado, na medida em que é possível cogitar que essas decisões podem compreender matéria de mérito, sobretudo no tocante às categorias da possibilidade jurídica do pedido e da legitimidade para a causa.

Assim, a simples exclusão da ação rescisória por uma mera rotulação das hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito não se coaduna com a inafastabilidade da jurisdição, restando algumas situações em verdadeiro desamparo se não admitido o seu cabimento.

Destarte, resta delineado o objeto da ação rescisória e sua finalidade para impugnar decisões de mérito (em hipóteses excepcionais também as decisões terminativas) por meio de um pedido rescindente e outro rescisório, salvo as hipóteses em que o pedido rescindente é suficiente para garantir a defesa da ordem jurídica.

5.2. Legitimidade para o ajuizamento da ação rescisória

Para a propositura da ação rescisória essencial que a parte possua interesse, por isso o artigo 487 do Código de Processo Civil dispôs que possui legitimidade: I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor; II – o terceiro juridicamente interessado; III - Ministério Público em processo no qual não foi citado, sendo obrigatória a sua participação e em processos em que há colusão da parte com o intuito de fraudar a lei.

²⁴⁹ Neste sentido: REsp 488.512/MG. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Publicado no DJ, 06/12/2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁵⁰ “Admitida, todavia, a imutabilidade da sentença de carência, ainda que em grau mínimo, deve ser admitida a ação rescisória para desconstituí-la, sob pena de quebra da coerência do sistema: o autor, considerado parte ilegítima, não mais poderá propor a ação após o trânsito em julgado, nem terá à disposição a via rescisória. Esta sentença seria mais imutável que a própria decisão de mérito – o que não parece razoável” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 357).

A hipótese do inciso I, do art. 487, não gera muitas polêmicas, uma vez que aqueles que figuraram como parte serão submetidos aos efeitos da sentença e, por consequência, à coisa julgada.

A única informação a se acrescentar é a respeito do conceito de “parte”. O inciso I aborda o conceito de parte do processo e não parte da demanda, por isso, todos aqueles que estiveram sujeitos ao processo em contraditório se enquadram como legitimados para a propositura da ação rescisória. São exemplos: o assistente simples; litisconsorcial; o denunciado à lide; e o chamado ao processo.

Lado outro, mais complexa é a hipótese do inciso II. O Código de Processo Civil de 1939 era omissivo no que se refere ao tema da legitimidade, desse modo, prevalecia na doutrina que os terceiros seriam legítimos para ajuizar a ação rescisória²⁵¹.

O problema se confunde com os limites subjetivos dos efeitos da sentença, já estudado neste trabalho.

Quanto aos limites subjetivos dos efeitos da sentença, dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil que a coisa julgada somente atinge às partes. Todavia, apesar de não serem partes, em alguns casos os terceiros poderão ser afetados. Sendo assim, é necessário distinguir o papel dos terceiros não interessados e dos terceiros interessados.

Os terceiros não interessados juridicamente, ou seja, aqueles que não possuem relação jurídica com as partes do processo, sequer possuem legitimidade para ingressar com qualquer pleito perante o Poder Judiciário, por isso, nada podem fazer quanto à ocorrência da coisa julgada. Já os terceiros juridicamente interessados, que sofrem as consequências do *decisum*, sem ter participado do processo, eles poderão atacar essa decisão por meio de uma outra ação, já que foram atingidos pelos efeitos da sentença sem exercer o seu direito ao contraditório.

Quanto aos terceiros não interessados, dúvidas não sobejam sobre a sua ilegitimidade para a propositura da ação rescisória. Já os terceiros juridicamente interessados poderão propor a ação rescisória, nos termos do art. 487, II, CPC, visto que são atingidos pelos efeitos da sentença e possuem interesse jurídico, apesar de não serem parte²⁵².

²⁵¹ Luís Eulálio de Bueno Vidigal na época possuía entendimento contrário, conforme descreve: “Na vigência do Código de 1939, que era omissivo em relação às partes legítimas para proporem a ação rescisória, sustentamos, contrariando a doutrina prevalecente, que somente as partes e seus sucessores a título universal ou singular poderiam fazê-lo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI – arts. 485 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. p. 174).

²⁵² Alexandre Freitas Câmara descreve a possibilidade: “Em primeiro lugar, há terceiros que não são alcançados pela autoridade da coisa julgada material, embora não tenham participado do processo em que se produziu a sentença. É o caso dos sucessores das partes (...). É, também, o caso do substituído processual, no caso de

Por último, sobre a legitimidade do Ministério Público, descrita no art. 487, inciso III, CPC, ela não se restringe aos processos no qual não foi citado, sendo obrigatória a sua participação, e em processos em que há colusão da parte com o intuito de fraudar a lei. Também nos processos em que o Ministério Público atuou normalmente, como parte, ele possuirá legitimidade para ajuizar a ação rescisória com fundamento em qualquer um dos incisos do art. 485²⁵³.

No que tange ao polo passivo da demanda, todos aqueles que participaram do processo em contraditório na demanda transitada em julgado e que não figuram no polo ativo da ação rescisória deverão ser citados para atuarem como réus²⁵⁴.

No caso de sucessão *causa mortis* ou em de sucessão da pessoa jurídica, o sucessor deve passar a ocupar o lugar antes ocupado pelo seu antecessor, razão pela qual passa a ser legitimado para figurar no polo passivo da demanda, caso não seja o autor da ação rescisória.

Alexandre Freitas Câmara amplia, acertadamente, essa hipótese para a sucessão *inter vivos* ao sustentar que, se o sucessor pode propor a demanda rescisória por possuir interesse jurídico, motivo não há para se limitar a sua presença no polo passivo: “Deste modo, se é admissível que o sucessor (a qualquer título) proponha a ação rescisória, não há porque não se admitir que essa demanda seja proposta em face do sucessor, ainda que tal sucessão se tenha dado a título singular, por ato entre vivos”²⁵⁵.

5.3. Efeitos da propositura e do julgamento da ação rescisória

Questão mais intrigante e que irradia sobre o texto constitucional se trata da possibilidade de atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória a partir de sua propositura. A redação original do art. 489 do Código de Processo Civil previa que “a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda”.

sentença proferida em processo em que tenha atuado em seu lugar um legitimado extraordinário. Assim, por exemplo, o menor que é alcançado pela coisa julgada formada no processo de ‘investigação de paternidade’ em que figurou como autor o Ministério Público” (*Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007. p. 127).

²⁵³ EAR 384/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Publicado no DJ em 06/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁵⁴ Alexandre Freitas Câmara acrescenta que “No caso de ter o Ministério Público atuado como custos legis no processo original, e não sendo ele o autor da ação rescisória, deverá ser intimado a participar deste novo processo também na condição de fiscal da lei. Já no caso de ter o MP atuado como parte da demanda original e não sendo ele próprio o autor da ação rescisória, deverá ocupar o polo passivo desta” (*Op. cit.*, p. 132).

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 134.

Parte da doutrina entendia que, se interpretado literalmente, o art. 489 poderia impedir a tutela efetiva do Direito, já que o bem da vida poderia se tornar inacessível ao final do processo, o que ofenderia, flagrantemente, os princípios do devido processo legal, da instrumentalidade do processo e da efetividade. Contudo, o que visava o legislador, com essa redação, era simplesmente estabelecer que a ação rescisória não possui natureza de recurso e que, portanto, não poderia ser cogitada a aplicação de efeito devolutivo e/ou suspensivo²⁵⁶.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda concluiu sobre o tema: “Quanto à execução da sentença rescindenda, uma vez que a propositura da ação rescisória não tem qualquer efeito suspensivo, a execução definitiva pode ser iniciada ou prosseguir, como se nenhuma ação rescisória tivesse sido proposta”²⁵⁷.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, o primeiro a defender o deferimento do efeito suspensivo à ação rescisória foi Galeno Lacerda, que demonstrou que a ação rescisória seria uma ação como qualquer outra, razão pela qual, comprovado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, poderia a parte se valer de uma tutela de urgência²⁵⁸.

A partir dessa tese, a Corte Suprema aceitou a medida cautelar com a finalidade de atribuir efeito suspensivo à ação rescisória²⁵⁹.

Como marco legislativo pode ser mencionada a Lei nº 11.280/06, que modificou o texto do art. 489 e passou a prever o seguinte: “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

Desse modo, a parte, utilizando desse dispositivo, poderia impedir que os efeitos da sentença transitada em julgado fossem produzidos por meio de simples juízo de cognição sumária, o que mais uma vez demonstra a fragilidade da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵⁶ Luís Eulálio de Bueno Vidigal defendia sobre o tema que “Realmente, no silêncio da lei, deve prevalecer, em toda a extensão dos seus efeitos, a coisa julgada, e a execução da sentença deve processar-se livremente”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI – arts. 485 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. p. 197).

²⁵⁷ *Tratado da ação rescisória*. 2ª ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003. p.489.

²⁵⁸ “Cumpra não esquecer que a rescisória é uma ação como qualquer outra. Assim como se admite mandado de segurança contra ato judicial e embargos de terceiro contra efeitos da sentença, assim também permite a lei, por motivos sérios, graves e válidos, a desconstituição da coisa julgada, quando a imutabilidade atentar contra o direito” (*Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007. p. 144).

²⁵⁹ Processual Civil. Medida Cautelar. Pressupostos. I. – Medida Cautelar deferida para o fim de ser concedido efeito suspensivo à ação rescisória proposta perante o T.R.T/2ª Região, ali julgada improcedente, posteriormente julgada procedente pelo Tribunal Superior do Trabalho, cujo trânsito em julgado foi obstado pela interposição de recurso extraordinário. II – *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* ocorrentes. III – Decisão concessiva da cautelar submetida ao referendo da Turma (Pet 2487/SP. Relator Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ em 15/03/2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

Sabe-se que no processo cautelar e na tutela antecipada o magistrado não adentra profundamente no mérito, o que cria uma situação ímpar no ordenamento jurídico: a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada por meio de um simples juízo de cognição sumária do julgador.

Noutro giro, caso fosse considerado inconstitucional esse dispositivo, por ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI, CF/88, em determinados casos concretos a ação rescisória poderia se tornar um instrumento processual inócuo, já que não mais haveria a possibilidade do titular do Direito ter acesso ao bem da vida.

Como já foi visto, a Constituição Federal de 1988 previu o instrumento rescisório como apto para a defesa da ordem jurídica, quando os vícios da sentença fossem mais graves que a proteção da coisa julgada. A ação rescisória é, por isso, um instrumento processual legítimo para a desconstituição da coisa julgada.

A finalidade do processo, como um todo, é ser instrumento do direito material, prerrogativa que também se aplica a ação rescisória, o que deve servir de fundamento para que se aceite a tutela antecipada e a medida cautelar em casos excepcionais, nos quais o indeferimento dessas medidas impliquem no possível perdecimento do Direito levado ao conhecimento do Poder Judiciário²⁶⁰.

Em estudo específico somente sobre o tema, Luciana Diniz Nepomuceno segue a mesma linha e ressalta que, diante da possibilidade de ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, negar a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória seria negar à parte o direito à adequada tutela jurisdicional²⁶¹.

Desse modo, com o intuito de trazer mais confiabilidade, propõe-se aqui a identificação de um princípio que poderia ao menos tornar mais segura a desconstituição da coisa julgada por meio de tutelas sumárias, trata-se do princípio da colegialidade.

A doutrina desenvolve o princípio da colegialidade numa perspectiva meramente recursal, no sentido de que o excesso de poder dado ao relator, nos tribunais, ofenderia o

²⁶⁰ Adriane Donadel ainda reforça: “Outro argumento que reforça a possibilidade de concessão de medida cautelar na ação rescisória é a ausência de regra impeditiva dessa faculdade. Ao contrário, há permissivo legal constante do art. 798 do Código de Processo Civil que trata do poder cautelar geral que é concedido ao juiz para que determine as medidas cautelares inominadas mais adequadas com vistas a proteger direito ameaçado de lesão grave ou de difícil reparação (*A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 278).

²⁶¹ Restando constatado que a execução do julgado rescindendo acarretará um dano irreparável ou de difícil reparação ao direito afirmado pelo autor é medida, de inteira justiça, sua suspensão pois, de que adianta a garantia pelo Estado do direito à (de) ação rescisória se, ao mesmo tempo, não se garantir que esta esseje, a final, resultados úteis e efetivos no plano material? O direito à adequada tutela jurisdicional há de ser lido, neste contexto, como direito à (de) ação rescisória adequada (*A antecipação da tutela na ação rescisória*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 105).

devido processo legal e a colegialidade. Aduz-se que, quando o cidadão interpõe um recurso em face de uma sentença proferida por um único juiz, ele busca no âmbito do tribunal uma manifestação colegiada, sendo assim, ele visa uma decisão mais segura, já que seria oriunda da manifestação de um grupo de pessoas e não de um único indivíduo²⁶².

Isso posto, entende-se neste trabalho que o princípio da colegialidade deveria ser aplicado sempre que o Poder Judiciário se deparar com decisões de grande repercussão jurídica ou social, seja em primeira instância ou no âmbito dos tribunais.

Uma decisão que acolhe uma tutela sumária e, por consequência, gera a desconsideração da coisa julgada, seja no curso de uma ação de *querela nullitatis*, que pode ser de competência do juiz de primeiro grau, seja no curso de uma ação rescisória, de competência do tribunais, não deveria ser tomada por um único juiz, mas sim por um órgão colegiado.

Como o deferimento da tutela sumária pode trazer efeitos catastróficos para processo anterior, abarcado pela coisa julgada, o princípio da colegialidade potencializaria o acerto dessa decisão e diminuiria a possibilidade de não confirmação da tutela sumária de urgência no acórdão final.

Por isso, para o deferimento das tutelas de urgência nos autos de uma ação rescisória deveriam, além do preenchimento dos requisitos legais dessas medidas, serem preenchidos outros dois requisitos: a – a excepcionalidade do caso, que traria alto grau de possibilidade de comprometimento do juízo rescindente e rescisório²⁶³; b – a tutela de urgência deveria ser deferida não pelo relator, mas por órgão colegiado, o que potencializaria a possibilidade de acerto de uma decisão dessa magnitude.

²⁶² “O que o julgamento por órgão colegiado pode propor aos recorrentes é um aumento da probabilidade de acerto. É o mesmo que alargar e solidificar a base sobre a qual se edifica uma construção qualquer. O recurso é o remédio utilizado pelo vencido na ânsia de se ver livre de uma sentença desafinada com sua própria justiça. Não há garantia de que seu ponto de vista prevalecerá ou não. O fato de alguém recorrer não pode conduzir ao raciocínio de que o recorrente tem mais razão do que o recorrido ou vice-versa. A decisão tomada de forma conjunta é imprescindível em um país de primeira instância monocrática. Não há razão para que os tribunais se componham de juízes monocráticos revisores, o que afrontaria nossa própria Constituição, fugindo de seu espírito” (MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no Processo Civil brasileiro*. p. 210 (pp 210-225). In Revista Eletrônica de Direito Processual. 1ª edição. Outubro/dezembro 2007. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf. Acesso em 22 de junho de 2012).

²⁶³ Alexandre Freitas Câmara expõe: “É de fundamental importância, porém, ter-se clara a ideia segundo a qual a atribuição do efeito suspensivo à ação rescisória é medida absolutamente excepcional. Em regra, o provimento rescindendo permanecerá eficaz, não obstante o ajuizamento da ação rescisória, e produzirá normalmente seus efeitos até que eventual decisão de procedência do pedido de rescisão se torne, ela própria, eficaz”. (*Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007. p. 152).

Sobre o critério da “excepcionalidade”, resta claro que, por se tratar de um termo juridicamente indeterminado, caberá ao juiz verificar, de acordo com o caso concreto, se o caso é excepcional ou não²⁶⁴.

A atribuição do efeito suspensivo através de tutela de urgência não é matéria unânime no Superior Tribunal de Justiça²⁶⁵. Nesses termos, inclusive, a Súmula 234 do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) dispendo que não seria cabível medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada.

Merece ser citado o fato de que, historicamente, a medida cautelar sempre foi utilizada para que fosse deferido efeito suspensivo à ação rescisória, todavia, existem aqueles que acreditam ser caso de tutela antecipada, já que com o efeito suspensivo antecipa o que se pretende ao final. O legislador preferiu não optar por uma das teorias e mencionou os dois institutos no art. 489²⁶⁶. O Superior Tribunal de Justiça vem aceitando os dois instrumentos, todavia, em qualquer dos casos, destaca a excepcionalidade da medida²⁶⁷.

Em sede de Direito Comparado, cumpre mencionar que o art. 401 do Código de Processo Civil italiano prevê a possibilidade de suspensão da execução no curso da *revocazione*. Utiliza-se as mesmas prerrogativas do recurso de *cassazione* (art. 373, CPC italiano), desde que comprovada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação²⁶⁸.

²⁶⁴ Nesses termos recente *decisum* do Superior Tribunal de Justiça: “Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça” (AgRg na MC 12581 / RN. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJ em 15/06/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

²⁶⁵ MC n.º 1.150/DF. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ em 08.09.1998. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

²⁶⁶ A previsão da fungibilidade entre medida cautelar e tutela antecipada (art. 273, §6º) arrefece a discussão, já que, no caso concreto, independentemente do entendimento do juiz, ele deverá conhecer do pedido de tutela de urgência sumária realizado pela parte.

²⁶⁷ “Não obstante o disposto no art. 489 do Código de Processo Civil - “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda.” - o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, excepcionalmente, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória com o fito de suspender a execução da decisão rescindenda, desde que presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil” (AgRg na AR 4425 / RJ. Rel. Min. Gilson Dipp. Publicado no DJ em 07/10/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

²⁶⁸ O art. 373 dispõe sobre a suspensão da execução pelo recurso de *cassazione*: “*Sospensione dell'esecuzione. Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza. Tuttavia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata puo', su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che la esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione. L'istanza si propone con ricorso al giudice di pace, al tribunale in composizione monocratica o al presidente del collegio, il quale, con decreto in calce al ricorso, ordina la comparizione delle parti rispettivamente d'innanzi a se' o al collegio in camera di consiglio. Copia del ricorso e del decreto sono notificate al procuratore dell'altra parte, ovvero alla parte stessa, se questa sia stata in giudizio senza ministero di difensore o non si sia costituita nel giudizio definitivo con la sentenza impugnata. Con lo stesso decreto, in caso di eccezionale urgenza puo' essere disposta provvisoriamente l'immediata sospensione dell'esecuzione*”. Já o art. 401 trata da suspensão da execução pelo recurso de *revocazione*: “*Sospensione dell'esecuzione. Il giudice della revocazione puo' pronunciare, su istanza di parte inserita nell'atto di citazione, l'ordinanza prevista nell'articolo*

Na Espanha, art. 515, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, há previsão no sentido de que a *revisión* não suspenderá a execução, salvo nas hipóteses do art. 566: a – quando a parte requerer; b – as circunstância do caso aconselharem a suspensão. O tribunal, todavia, deverá exigir que a parte preste caução para garantir o pagamento das perdas e danos originados da não execução da sentença²⁶⁹.

Ultrapassada a discussão a respeito da atribuição do efeito suspensivo à ação rescisória, inicia-se o estudo a respeito dos efeitos do julgamento da ação rescisória.

Apesar da divergência quanto à atribuição do efeito suspensivo à ação rescisória, no que tange aos efeitos da julgamento que rescinde a coisa julgada anterior, dúvidas não sobejam no sentido de que, proferida a sentença na ação rescisória, impede-se o início da execução ou a sua continuação, visto que não mais existirá título executivo judicial que lhe sirva de base²⁷⁰.

A sentença desconstituída será declarada nula no julgamento da ação rescisória, mas, para José Carlos Barbosa Moreira “não haverá, para o credor, obrigação de indenizar com fundamento no art. 588, nº I, pois não se trata de execução provisória”²⁷¹.

5.4. Procedimento

A petição inicial observará os requisitos do art. 282, CPC, combinado com o disposto no art. 490, CPC. Dessa forma, além do que comumente se exige em qualquer ação ordinária, será necessário o depósito prévio de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa previsto no art. 488, II, sob pena de ser determinada a emenda da petição inicial, nos termos do art. 490, CPC.

Como já exposto no *item 5.1* deste capítulo, quando o relator verificar a ausência do pedido rescindente e/ou rescisório também deverá determinar a emenda da inicial, ainda

373, *con lo stesso procedimento in camera di consiglio ivi stabilito*” (FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo (Org). *Codice di Procedura Civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2011. p. 148).

²⁶⁹ AROCA, Juan Montero; CUADRADO, Maria Pía Calderón (Coord.). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. 19ª ed. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2011. pp. 428-429.

²⁷⁰ José Carlos Barbosa Moreira leciona que: “Caso seja rescindida, por acórdão transitado em julgado, a sentença exequenda, antes de iniciar-se a execução, é claro que a esta já não se poderá legitimamente proceder, pois não existirá título que lhe sirva de base; se a execução for instaurada, será nula”. (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 185).

²⁷¹ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 185-186. Adriane Donadel possui entendimento doutrinário diverso, no sentido de que o credor deve ser responsabilizado pelos danos causados (*A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 256).

que futuramente a parte possa alegar a presença implícita do pedido em virtude de uma interpretação lógico-sistemática da petição inicial.

Cabe ao juiz verificar, além dos pressupostos processuais e condições da ação, se a parte observou o prazo decadencial de 2 (dois) anos estabelecido pelo art. 495, CPC. Verificada a decadência da ação, deverá o juiz indeferir a petição inicial nos termos do art. 295, IV, CPC²⁷².

O indeferimento da petição inicial deve ser impugnado por meio de agravo regimental, a ser julgado pelo órgão colegiado competente para o julgamento da ação rescisória²⁷³.

A partir de então, desde que apta a petição inicial, o relator determinará a citação da parte contrária para contestar no prazo a ser fixado pelo próprio magistrado, não podendo ser inferior a 15 dias e nem superior a 30 dias, nos termos do art. 491 do Código de Processo Civil.

O fato do prazo para citação ser um prazo judicial e não legal, gera discussão a respeito da incidência do art. 188, CPC, que estipula o prazo em quádruplo para a Fazenda Pública contestar.

José Carlos Barbosa Moreira entende que “inaplicável o art. 188, que somente concerne aos prazos legais, não aos judiciais”²⁷⁴. Alexandre Freitas Câmara, ao contrário, entende “ser perfeitamente aplicável o disposto no art. 188 do CPC ao prazo de resposta no processo da ação rescisória”²⁷⁵.

De certa maneira, não há como se negar a incidência do artigo 188 sob o argumento de que se trata de prazo judicial e não legal. Não há na lei qualquer impedimento expresso da incidência do art. 188 à ação rescisória²⁷⁶, nesse sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁷ e do Supremo Tribunal Federal²⁷⁸.

²⁷² Em virtude da exigência do contraditório prévio, seria mais correto que o magistrado ouvisse a parte autora antes de reconhecer a decadência da ação rescisória.

²⁷³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação rescisória comentada*. 2ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 162.

²⁷⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 191.

²⁷⁵ *Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007. p. 178.

²⁷⁶ O mesmo pode ser dito em relação ao art. 191, CPC, já que seria contraditório permitir a incidência do art. 188 e afastar a incidência do art. 191, ambos do CPC.

²⁷⁷ REsp 363.780/RS. Relator Min. Paulo Gallotti. Publicado no DJ em 02/12/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁷⁸ RE 94.960/RJ. Rel. Min. Rafael Mayer. Publicado no DJ em 08/10/1982. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

Quanto às respostas, ela poderá consistir em contestação, exceção e reconvenção, desde que, no último caso, a demanda reconvençional se enquadre em uma das hipóteses do art. 485, CPC, além de preencher os pressupostos do art. 315, CPC²⁷⁹.

Promovido o saneamento do processo, o relator verificará se os fatos alegados dependem de prova, caso a resposta seja positiva²⁸⁰, determinará a remessa dos autos para um juiz da comarca competente, onde serão produzidas as provas (art. 492, CPC). Após a volta dos autos, será aberta vista para as partes se manifestarem.

Se houver produção de provas, o juiz deverá possibilitar às partes a produção de alegações finais no prazo de dez dias (art. 493, CPC), o que não deverá ocorrer em caso de julgamento antecipado da lide. Em qualquer hipótese, deverá ser ouvido o Ministério Público como *custos legis* (art. 82, III, CPC)²⁸¹.

Antes de ser marcada a sessão de julgamento, o processo deve seguir para o relator que deverá preparar o relatório, fixando os pontos controvertidos (art. 549, CPC). A secretaria do colegiado irá encaminhar cópias autenticadas do relatório para todos os integrantes do órgão colegiado e remeterá os autos para o revisor (art. 551, *caput*, CPC), que pedirá dia para o julgamento.

No julgamento, deve o tribunal examinar os pressupostos processuais e condições da ação antes de ingressar no mérito. Estando formalmente apta a demanda, passa-se ao exame do juízo rescindente.

No juízo rescindente busca-se, pela incidência de uma das hipóteses do art. 485, a rescisão do provimento judicial abarcado pela coisa julgada. O julgamento de procedência desse pedido possui natureza constitutiva negativa²⁸², já que desfaz a sentença passada em julgado. Já o julgamento de improcedência dará a sentença a natureza declaratória negativa.

Todavia, importa ressaltar que a classificação das sentenças não pode observar critérios estanques. No caso do juízo rescindente, irá preponderar o caráter constitutivo negativo, mas, impossível dissociar que a sentença, no que tange ao juízo rescindente,

²⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 191-192.

²⁸⁰ Se a resposta for negativa, o órgão colegiado poderá julgar antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, CPC.

²⁸¹ O fato de a ação rescisória discutir a validade de uma sentença judicial, proferida pelo Estado, é fator suficiente para comprovar o interesse público para a intervenção do MP. O Superior Tribunal de Justiça seguiu esse entendimento no REsp 244.375/PB. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ em 01/07/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁸² VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI – arts. 485 a 495. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. p. 40.

também declarará a nulidade da sentença anterior pela ocorrência dos vícios rescisórios do art. 485.

No o juízo rescisório, que trata do rejuízo da primeira demanda, devidamente desconstituída no juízo rescindente, a sentença terá força declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o objeto da demanda²⁸³.

Em algumas hipóteses, o juízo rescisório não deverá ser promovido pelo tribunal que desconstituíu a sentença, todavia, trataremos sobre competência em capítulo específico.

No que se refere aos recursos, além do já mencionado agravo regimental, serão cabíveis em sede de ação rescisória os embargos declaratórios, embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário.

5.5. O depósito prévio na Justiça Comum e na Justiça do Trabalho

Merece destaque as considerações feitas José Carlos Barbosa Moreira a respeito do valor da causa na ação rescisória, visto que esse valor será utilizado como parâmetro para o recolhimento do depósito de 5% (cinco por cento) exigido pelo art. 488, II, CPC.

O autor rechaça a possibilidade do valor da causa da ação rescisória ser sempre idêntico ao valor da primeira ação, cuja sentença pretende-se rescindir. Devem ser levados em conta o pedido realizado pelo autor na ação rescisória e o benefício econômico almejado com esse pedido²⁸⁴.

Dessa forma, adota-se o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, visto que o recolhimento do depósito de 5% (cinco por cento) deverá levar em conta o proveito econômico da ação rescisória, como em qualquer outra ação. A ação rescisória é uma ação

²⁸³ Adriane Donadel, adota a teoria quinária da classificação das ações, e explica, utilizando os ensinamentos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que “*uma vez cumulado ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa – juízo rescisório – a decisão de procedência terá força declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva lato sensu, conforme seja a espécie pleiteada*”. (A ação rescisória no direito processual civil brasileiro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 264).

²⁸⁴ “No art. 259 não se depara regra específica atinente à ação rescisória; a questão há de resolver-se à luz dos princípios gerais, tendo em vista: a) que o valor da causa se fixa, basicamente, em função do que o autor pretende conseguir, ou seja, do pedido; b) que a ação rescisória não é mero prosseguimento da causa em que foi proferida a sentença rescindenda, mas ação distinta e autônoma, a cujo exercício corresponde novo processo, inconfundível com o anterior; c) que, mesmo quanto ao rejuízo da causa, nas hipóteses em que caiba, a pretensão deduzida pode não coincidir, em sua significação econômica, com a apreciada no primeiro feito” (Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 178).

autônoma como qualquer outra, devendo seguir as regras do art. 259, CPC para a fixação do valor da causa²⁸⁵.

O Superior Tribunal de Justiça²⁸⁶, contudo, vem adotando linha intermediária. Somente se comprovada a discrepância entre o valor da primeira causa, corrigido monetariamente, e o proveito econômico da ação rescisória, aplicaria-se o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira²⁸⁷. Se o valor da primeira ação, devidamente atualizado monetariamente, não for discrepante em relação ao proveito econômico da ação rescisória, poderia ele utilizado como valor da causa.

Não parece haver motivo para se mitigar o posicionamento. Como já dito, a ação rescisória é uma ação autônoma, portanto, não pode fugir a regra, devendo o valor da causa levar em conta o provável conteúdo econômico da demanda.

Na Justiça Comum aplica-se o disposto no art. 488, II, CPC, sendo exigido o depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa exigido para que seja admitida a ação rescisória. O parágrafo único, do art. 488, dispensou do depósito: União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.

A dispensa do depósito foi ampliada para o beneficiário da justiça gratuita, sob pena de se inviabilizar a utilização do instrumento rescisório pelos menos providos. Também as autarquias estão dispensadas do depósito²⁸⁸.

Numa perspectiva constitucional, considera-se anti-isonômica a previsão dessas prerrogativas a favor da Fazenda Pública, sendo apenas justificável em relação ao Ministério Público, que, em tese, deveria sempre atuar de maneira isenta, tutelando o interesse público, seja como parte, seja como fiscal da lei. Já o Estado, um dos maiores litigante do país, não deveria restar isento do depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, já que não há motivos plausíveis para a fixação desse privilégio processual.

²⁸⁵ Todavia, Adriane Donadel menciona a existência de três correntes sobre o valor da causa na ação rescisória: Parcela da doutrina aponta que, em regra, o valor da causa será o mesmo da ação cuja sentença se pretende rescindir. Outra facção doutrinária sustenta que esse valor deve ter ainda a devida atualização monetária. Uma terceira corrente advoga no sentido de que o valor da causa seja condizente com a realidade jurídica e econômica contemporânea ao ataque à coisa julgada” (*A ação rescisória no direito processual civil brasileiro. 2ª Ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 190).

²⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal segue a segunda corrente, *vide* AR nº 1.176/GO. Rel. Min. Paulo Brossard. Publicado no DJ em 19/02/1993. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁸⁷ AgRg no AREsp 136378 / SP. Rel. Min. Sidnei Beneti. Publicado no DJ em 10/05/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁸⁸ “O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme, cristalizada no verbete sumular 175, no sentido de que, nas ações rescisórias propostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, é incabível o recolhimento do depósito previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a Lei nº 8.620/90 estendeu à autarquia os mesmos privilégios assegurados à Fazenda Pública” (REsp nº 459 / SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Publicado em 12/11/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

Apesar desse entendimento, o Projeto do Senado nº 166 (novo Código de Processo Civil), além de manter o privilégio, consagra o entendimento jurisprudencial para ampliá-lo às autarquias e às fundações públicas²⁸⁹.

A exigência do depósito visa desestimular o ajuizamento de demandas temerárias, evitadas de má-fé. Dessa forma, cria-se um obstáculo ao acesso à justiça com fundamento na proteção da confiança. Tal medida é acertada, desde que, como já é plenamente aceito, seja conferido aos mais pobres a dispensa do depósito.

A parte final do art. 488, CPC, impõe que o depósito de 5% será revertido para a parte ré “caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente”²⁹⁰. O art. 494 também dispõe que “Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20”²⁹¹.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que se a ação rescisória for julgada improcedente em decisão monocrática, pelo relator, não poderá ser liberado o valor da multa em favor do réu da ação rescisória, já que o dispositivo legal exige unanimidade, isto é, exige julgamento pelo órgão colegiado²⁹².

Ademais, quanto ao julgamento pela improcedência, exigido pelo art. 494, CPC, concorda-se com o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que ele se refere apenas ao *iudicium rescindens*, sendo irrelevante o julgamento do *iudicium rescissorium*²⁹³.

A configuração de uma das hipóteses do art. 485, CPC, já é suficiente para justificar a desconsideração da coisa julgada, independentemente da consequência do rejuízo. Ao pleitear o afastamento de uma sentença transitada em julgado, repleta de um vício rescisório, o cidadão atua em defesa da manutenção da ordem jurídica, não podendo sofrer sanções em razão da utilização devida do instrumento rescisório.

²⁸⁹ “Art. 921, §1º: Não se aplica o disposto no inciso II à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município, respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, e aos que tenham obtido o benefício da gratuidade de justiça”. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/06/2012).

²⁹⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁹¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁹² Embargos Declaratórios em Ação Rescisória nº 12798/PR. Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ em 13/09/2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

²⁹³ José Carlos Barbosa Moreira refere-se as palavras “procedente” e “improcedente”, que constam do art. 494, CPC: “No texto comentado, as palavras ‘procedente’ e ‘improcedente’ referem-se ao pedido de rescisão, e portanto ao resultado do *iudicium rescindens*, sendo irrelevante o teor do julgamento proferido, se for o caso, no *iudicium rescissorium*, favorável ou desfavorável – pouco importa – ao autor”. (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 210-211).

Analisa-se, neste momento, a disciplina do depósito prévio na justiça laboral.

Na Justiça do Trabalho entendia-se que o depósito prévio se tratava de limitação ao acesso à justiça, motivo pelo qual o TST editou duas súmulas (169 e 194) no sentido de que o ajuizamento da ação rescisória não ficaria condicionado ao pagamento desse depósito²⁹⁴.

Todavia, seguindo uma lógica contrária ao acesso à justiça, foram cancelados os enunciados e modificado o texto do artigo 836 da Consolidação das Leis Trabalhistas pela Lei nº 11.495/07, para que fosse previsto o depósito prévio na absurda proporção de 20% do valor da causa²⁹⁵.

Salienta-se, portanto, que o valor do depósito prévio é medida que possui como pretexto não fomentar o ajuizamento de ações rescisórias e, portanto, impedir ataques injustificados à coisa julgada.

Contudo, conforme o exposto, a ação rescisória, antes de tudo, é um direito do jurisdicionado, sendo assim, o Estado deve incentivar o seu exercício e não criar meios para dificultá-lo.

No que tange ao Direito Comparado, na Espanha, conforme já visto, há previsão do depósito prévio no art. 513 do Código de Processo civil.

5.6. O prazo decadencial

A fixação de um prazo limite de 2 (dois) anos pelo art. 495, CPC, é medida que legitima, ainda mais, o instrumento rescisório como aquele adequado para a relativização da coisa julgada. Além do art. 485, CPC trazer um rol taxativo de hipóteses de cabimento, o art. 495 estipula um limite máximo para a alegação em juízo dessas hipóteses.

Esses fatores objetivos possibilitam ao jurisdicionado compreender a ação rescisória (cognoscibilidade), além de permitir às partes calcular e prever suas ações futuras.

²⁹⁴ FELIX, Deborah da Silva; VILLELA, Fábio Goulart; BOMFIM, Rosildo da Luz. *Ação rescisória na Justiça do Trabalho com enfoques no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 83.

²⁹⁵ “Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida, na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor²⁹⁵. Além de dificultar desproporcionalmente o acesso à justiça, esse dispositivo também ofende o princípio da isonomia, já que na Justiça do Trabalho raramente o benefício da justiça gratuita será conferido ao empregador, o que influenciará para que somente o empregado exerça o direito à rescisão. Portanto, esta se trata de uma barreira econômica que torna desigual o acesso à justiça.

Qualquer cidadão que faça parte de um processo judicial poderá saber, de antemão, que no prazo de 2 (dois) anos do trânsito em julgado, caso ocorra alguma das hipóteses do art. 485, CPC, a sua sentença poderá ser destituída em juízo pela parte interessada ou pelo Ministério Público. Desse modo, a ação rescisória relativiza a garantia constitucional da coisa julgada, mas sem comprometer o núcleo essencial de segurança jurídica, fundamental para o discurso do Direito.

Quanto à natureza desse prazo, apesar de algumas discussões teóricas no início do século passado, prevalece, quase unanimemente, o entendimento de que se trata de um prazo decadencial²⁹⁶.

Este trabalho também se preocupa com o termo *a quo* da contagem do prazo de 2 (dois) anos previsto no artigo 495, além do seu tempo de duração. Entende-se que esse prazo deveria ser mais longo, bem como seu início adequado às peculiaridades de cada hipótese de cabimento.

Conforme já visto no item sobre Direito Comparado, na Espanha, Portugal e Alemanha, há um prazo mais dilatado, de 5 anos, para utilização do instrumento rescisório, todavia, a partir do momento em que a parte toma conhecimento da hipótese de cabimento, ela possui o prazo de apenas 3 meses (Espanha), 60 dias (Portugal) e 1 mês (Alemanha) para ajuizar a ação.

Parece ser esta a forma mais diligente de trabalhar o instituto, alargar o prazo genérico e condicionar o exercício de ação a um prazo mais curto no momento em que nasce o direito de ação (*actio nata*). Dessa maneira, se a parte que possui conhecimento de que o juiz da causa era impedido, a partir do momento em que toma conhecimento desse fato, ela deveria ser submetida a um prazo mais curto para o ajuizamento da ação rescisória.

Por exemplo, se a parte tem conhecimento do vício do inciso I, art. 485, CPC, na segunda semana após o trânsito em julgado, ela deveria ter um prazo de 90 (trinta) ou 60 (sessenta) dias para ajuizar a ação. Não faz sentido que ela possa ajuizar essa ação no último dia antes de completar os 2 (dois) anos do prazo decadencial, se ela já possui todos os elementos para desconstituir a coisa julgada.

²⁹⁶ José Carlos Barbosa Moreira leciona: “O direito à rescisão da sentença constitui exemplo típico de direito potestativo só exercível 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 direito potestativo (e de ações constitutivas), não há que cogitar de prescrição (...)” (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 219-220).

Outrossim, se entende que o prazo de 2 (dois) anos é deveras exíguo, o que pode dificultar a descoberta dos vícios rescisórios. Seria mais diligente ampliar o prazo para 3 (três) ou 5 (cinco) anos²⁹⁷.

Ao contrário desse entendimento, no Brasil, o Projeto do Senado nº 166, que possui o objetivo de criar o novo Código de Processo Civil, reduz o prazo para ajuizamento da ação rescisória para 1 (um) ano, o que pode inviabilizar a utilização desse instrumento²⁹⁸.

Mais temerosa ainda é a proposta do art. 928, parágrafo único, do referido projeto, segundo a qual as ofensas do art. 919, incisos I e VI (mesmas hipóteses do art. 485, I e VI, com algumas alterações *pro forma* de nomenclatura), somente passarão em julgado 1 (um) ano após trânsito em julgado da ação penal.

Desse modo, se o juiz sentenciante for condenado penalmente 10 (dez) anos após o trânsito em julgado, a parte poderá ajuizar a ação rescisória até 11 (onze) anos após o trânsito em julgado da ação cível.

Discorda-se do teor desse dispositivo, visto que não deve a ação rescisória ficar submetida a um prazo indeterminado, condicionada ao trânsito em julgado da ação penal. Uma das qualidades da ação rescisória é possuir traços objetivos para a desconsideração da coisa julgada, o que atende minimamente aos objetivos da cognoscibilidade, previbilidade e calculabilidade do Direito.

Ademais, esse entendimento destoaria do posicionamento da doutrina mais abalizada, que defende a desnecessidade da sentença penal para justificar a interposição da ação rescisória²⁹⁹.

Noutro giro, verdadeira *vexata quaestio* é a identificação do termo inicial para a contagem do prazo do artigo 495 do CPC quando a decisão for impugnada por recurso inadmissível. O enunciado contido na Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça determina que o prazo de 2 (dois) anos somente passará a correr após o trânsito em julgado do último recurso interposto.

Com esse entendimento privilegia-se a segurança jurídica, pois o julgamento do recurso inadmitido poderia ser promovido após o decurso do prazo para a ação rescisória, o que impediria que a parte utilizasse essa via para impugnar sentença transitada em julgado³⁰⁰.

²⁹⁷ O prazo de 5 (cinco) anos era aplicado à ação rescisória durante a vigência do CPC/39. Todavia, a previsão do prazo contava no Código Civil de 1916 (art. 178, § 10º, inciso VIII).

²⁹⁸ A intenção está presente no art. 928 do projeto: “Art. 928. O direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do trânsito em julgado da decisão. Parágrafo único. Se fundada no art. 919, incisos I e VI, primeira parte, o termo inicial do prazo será computado do trânsito em julgado da sentença penal”. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 06/06/2012.

²⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 120).

Em julgados recentes, o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o Enunciado nº 401 da Súmula mesmo diante do julgamento de recursos intempestivos, privilegiando, desta forma, a segurança jurídica³⁰¹.

Contudo, há que se verificar nos autos se a parte não cometeu erro grosseiro ou agiu de má-fé, caso contrário, esse subterfúgio poderia ser utilizado por demandantes com a finalidade de protelar o feito, ou, ainda, ampliar o seu prazo para ajuizamento da ação rescisória³⁰².

Ademais, deve ser objeto de estudo o entendimento consagrado no inciso II do enunciado contido Enunciado nº 100 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, que determina momentos diferentes para o início da contagem prazo da ação rescisória quando o recurso impugna apenas parte da sentença³⁰³.

Do ponto de vista teórico, dúvidas não sobejam no sentido de que o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho é o mais fiel à conceituação do trânsito em julgado, já que considera o momento em cada a decisão se torna irrecorrível em relação a cada capítulo da sentença. Contudo, esse entendimento pode levar a uma multiplicação desnecessária de ações rescisórias, além de criar a possibilidade de aparição, simultânea, de ação rescisória e recursos, todos relacionados a um único litígio.

O Superior Tribunal de Justiça, através do teor do Enunciado nº 401, adotou entendimento no sentido de que, mesmo a parte não tendo recorrido de determinado capítulo da sentença, o trânsito em julgado somente se daria quando não forem cabíveis mais recursos. Tal medida, cria uma ficção para o momento do trânsito em julgado tornando mais simples a utilização do instrumento.

³⁰⁰ Bernardo Pimentel Souza explica que: “Imagine-se, por exemplo, que o recurso interposto não é conhecido pelo tribunal três anos após a interposição do inconformismo. Sustentar o efeito *ex tunc* e pronunciar a decadência da posterior ação rescisória é apenas o recorrente pela morosidade do Poder Judiciário” (*Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 869).

³⁰¹ “definição do dies a quo para o início da contagem do prazo decadencial de dois anos para propositura de ação rescisória, no caso de existência de recurso intempestivo interposto contra a decisão rescindenda, encontra-se sedimentada nesta Corte Superior, a teor do enunciado da Súmula 401” (AgRg nos EAg 1218222 / MA. Publicado no DJ em 01/07/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

³⁰² Segue julgado de relatoria do Min. Luiz Fux: “O prazo para ajuizamento da ação rescisória somente tem início com o trânsito em julgado material, ou seja, após o transcurso “in albis” do prazo para recorrer, mesmo que o último recurso interposto não tenha sido conhecido por intempestividade, exceto configuração de erro grosseiro ou má-fé. (Precedentes: REsp nº 841592/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.05.2009; EREsp nº 441.252/CE, Rel. Min. GILSON DIPP, Corte Especial, DJ 18.12.06; AgRg nº REsp 958.333/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25.02.08)”. (REsp 1186694 / DF. Publicado em 17/08/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

³⁰³ “Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial (Disponível em <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

5.7. A proibição da utilização da ação rescisória nos Juizados Especiais e no controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF

A ação rescisória serve para impugnar sentença ou acórdão de mérito protegidos pela qualidade da coisa julgada. Não há no Código de Processo Civil ou na Constituição Federal qualquer limitação quanto ao uso da ação rescisória, mas, a legislação especial dispõe sobre alguns casos em que não seria possível o ajuizamento da ação rescisória, são eles: contra decisões dos Juizados Especiais Cíveis, art. 59, Lei nº 9.099/90, e decisões proferidas no julgamento do controle abstrato de constitucionalidade, artigo 26 da Lei nº 9868/99.

A tendência doutrinária³⁰⁴ e jurisprudencial é de ampliação da proibição da ação rescisória também contra as decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais, com base no artigo 1º da Lei nº 10.259/01.

Neste ensejo, dispõe expressamente o art. 41 da Resolução nº 273, do Presidente do Conselho da Justiça Federal que: “Nas causas de que trata a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, não haverá rescisória de seus julgados”. Em igual direção, foi aprovado o Enunciado nº 44 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF com a seguinte redação: “Não cabe ação rescisória no JEF. O art. 59 da Lei 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais”³⁰⁵.

O direito à rescisão está previsto implicitamente no texto constitucional e conecta-se, essencialmente, com a moralização da justiça. Os vícios rescisórios são vícios tão graves que impedem que a preclusão máxima, produzida pela coisa julgada, alcance esses defeitos, tendo em vista o grau de comprometimento da decisão que eles geram.

Portanto, não haveria fundamento constitucional para a perpetuação desses vícios nos Juizados Especiais Cíveis, Federais e no controle abstrato de constitucionalidade.

Entende-se, neste trabalho, que a limitação na utilização do uso da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis e Federais possui a finalidade de tornar o processo mais célere e menos complexo, ainda que isso represente a limitação das garantias processuais das partes, que devem observadas sempre que o Poder Judiciário promove a sua atuação.

Em igual sentido, registra Fabiano Carvalho a existência de posicionamento doutrinário no sentido de que a rescindibilidade das decisões proferidas em sede de juizados

³⁰⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 857.

³⁰⁵ Disponível em <http://www.jf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>. Acesso em 14/06/2012.

especiais seria desaconselhável, pois a adoção da ação rescisória no rito especial traria um grande risco de burocratização do novel sistema, quando a intenção legislativa seria justamente em sentido oposto, no intuito de criar um procedimento mais ágil e anti-burocrático por excelência³⁰⁶.

Registre-se que há na doutrina brasileira uma corrente que entende o art. 59 da Lei 9.099/95 inconstitucional, sob o fundamento de que a ordem constitucional pátria não comporta o afastamento da ação rescisória em determinados casos, quando o vício existente é tão grave a ponto de sustentar a superação da coisa julgada³⁰⁷.

Para uma corrente intermediária, embora não se reconheça a inconstitucionalidade do art. 59 da Lei 9.099/95, sendo uma faculdade do legislador eleger quais meios de impugnação serão cabíveis ou não em cada procedimento, defende-se que a opção legislativa pela não admissibilidade da ação rescisória em sede de juizados especiais carece de qualquer fundamentação plausível, não sendo razoável admitir que os juizados de primeiro grau ou os colégios recursais não incidam jamais nas hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil³⁰⁸.

Embora este posicionamento doutrinário reprove o conteúdo da norma do art. 59 da Lei 9.099/95, firma sua aplicabilidade sem ressalvas, sendo assim incabível a ação rescisória sem que existam outros meios alternativos de impugnação.

Seria, sob este enfoque, inconcebível admitir-se a informalidade e celeridade, características do procedimento especial dos juizados, como simples justificativa para a supressão da ação rescisória, convalidando-se, por si só, uma decisão judicial com graves vícios, em detrimento da ordem pública e da qualidade da prestação jurisdicional invocada.

A celeridade sem segurança não serve para um processo efetivo, motivo pelo qual, além da ofensa ao princípio da isonomia, verifica-se uma evidente ofensa ao princípio da moralidade e do devido processo legal, visto que a perpetuação de um vício rescisório não prejudica apenas as partes, mas a própria idoneidade do Poder Judiciário.

A respeito da mitigação das garantias processuais em sede de juizados especiais, Leonardo Greco faz uma importante construção sobre a ausência de mecanismos de revisão do julgado tal como contemplados no procedimento ordinário, asseverando que, diante de tal lacuna, para que se compatibilize o rito especial com os preceitos constitucionais do

³⁰⁶ CARVALHO, Fabiano. *Ação Rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ FIGUEIRA JR., Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. pp. 398-399.

contraditório e da ampla defesa, “seriam perfeitamente admissíveis, para resolver a maior parte das situações, o mandado de segurança e a ação anulatória do art. 486 do CPC”³⁰⁹.

Tal construção doutrinária, no sentido de se admitirem outros mecanismos de revisão em lugar à ação rescisória nos juizados revela a necessidade de se compatibilizar a adoção de um rito especial com mitigação de garantias processuais, sem que tal redução implique a nulificação dos meios do jurisdicionado para que possa lutar efetivamente pela tutela do seu alegado direito³¹⁰.

Ademais, importante destacar que a inadmissibilidade da ação rescisória se agrava em nosso ordenamento pela ausência de um sistema rigoroso de regramento da responsabilidade civil do Estado Juiz, quando configurado erro judiciário *stricto e lato sensu*³¹¹.

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, admite que a vedação disposta no art. 59 da Lei 9.099/95 não afasta o manejo da *querela nullitatis* contra sentenças dos juizados especiais, na medida em que tais decisões não poderiam ficar imunes a qualquer tipo de controle, mesmo quando eivadas dos vícios enumerados no art. 485, CPC³¹².

Por fim, ainda com relação à inaplicabilidade da ação rescisória no procedimento dos juizados especiais, observa-se uma evidente incongruência entre as normas que regulamentam sua aplicação.

Se, por um lado, o art. 59 da Lei 9.099/95 veda expressamente o cabimento da ação rescisória em sede de juizados especiais, regra estendida aos juizados especiais federais como já anteriormente mencionado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 102, inciso I, alínea “j”, dispõe que compete do Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento da ação rescisória de seus julgados.

Ora, analisando-se o sistema recursal adotado no procedimento dos juizados especiais, temos, basicamente, o cabimento de dois importantes recursos: o recurso inominado, tal como previsto no art. 41 da Lei 9.099/95 e art. 5º da Lei 10.259/2001, sendo competente para seu julgamento o próprio juizado, por meio de um órgão colegiado composto por três magistrados conhecido costumeiramente como Turma Recursal, e o recurso extraordinário, quando existente ofensa direta à Constituição.

³⁰⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 386.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ FIGUEIRA JR., Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 398.

³¹² *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 278.

Portanto, em processo que tramita perante o rito dos juizados especiais, quando admitido o recurso extraordinário para processamento e julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, a aplicabilidade do art. 102, I, alínea “j” passa a consolidar interessante situação, na qual se autoriza o manejo da ação rescisória em face de decisão de um Tribunal Constitucional, enquanto uma lei ordinária veda expressamente sua utilização em instâncias inferiores.

Todavia, em que pese essa antinomia aparente, vários precedentes do Supremo Tribunal Federal registram que a questão sobre o cabimento da rescisória em sede de juizados especiais seria uma questão meramente infraconstitucional, não sendo passível a sua discussão em sede de Recurso Extraordinário³¹³.

Diante deste quadro, nota-se que a vedação da ação rescisória sem que haja mecanismo similar que proporcione a revisão dos julgados em sede de juizados, implicaria não só uma violação às garantias constitucionalmente previstas, como também, repercutiria uma total incongruência com o art. 102, I, alínea “j”, que prevê o cabimento da rescisória, sem exceções, das decisões do Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário.

Quanto à proibição da utilização da ação rescisória no artigo 26 da Lei nº 9.868/99, quando se trata de controle de constitucionalidade, somente se consegue pensar, *a priori*, em barreiras políticas para a adoção de tal medida.

É sabido que não será possível o enquadramento de algumas hipóteses de cabimento da ação rescisória no controle abstrato de constitucionalidade por motivos lógicos.

Primeiramente, não há se falar em ofensa a norma jurídica disposta no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil Brasileiro, já que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e sua palavra sempre deve ser a última sobre o mérito da constitucionalidade de uma lei ou qualquer ato normativo.

Em segundo lugar, o descabimento da ação rescisória em face de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal proferida em controle abstrato de constitucionalidade, ao contrário do que parece, não foi pensado pelo legislador em razão de questões meramente políticas, mas sim, para que se pudesse promover uma maior segurança jurídica aos pronunciamentos judiciais, conferindo maior estabilidade às relações jurídicas³¹⁴.

Ao lado da especial segurança jurídica que o legislador propôs conferir às decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade, adicione-se como

³¹³ A exemplo, cite-se alguns julgados do STF: RE-AgR 533749, RE-AgR 445736 e RE-AgR 522267. Disponíveis em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 06/06/2012.

³¹⁴ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 472.

fundamentação para o não cabimento da ação rescisória a força vinculante destes julgados, que encerram definitivamente a atividade jurisdicional, produzindo seus efeitos também em face da Corte Constitucional³¹⁵.

Como forma de se reforçar a segurança jurídica e a ordem pública, autorizou o legislador, por meio da norma insculpida no art. 27 da Lei 9.868/99, que a Suprema Corte Constitucional faça a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo³¹⁶.

Pelo exposto, resta evidente que o descabimento da ação rescisória no controle abstrato de constitucionalidade além de lógico, compatibiliza-se com a ponderação das garantias constitucionais envolvidas, privilegiando-se a segurança jurídica e a ordem social, razão pela qual se conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder exclusivo de julgar ações desta natureza, em grau definitivo, fazendo cessar absolutamente o exercício da jurisdição.

³¹⁵ *Ibidem.*

³¹⁶ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101.

6. A AÇÃO RESCISÓRIA E A AÇÃO ANULATÓRIA

A ação rescisória caracteriza-se como “meio extrínseco de impugnação judicial à relação jurídica processual que se encerrou com decisão de mérito, revestida pela autoridade da coisa julgada”³¹⁷.

Como já visto, a partir da ação rescisória inaugura-se uma nova relação jurídica processual que geralmente compreende duas pretensões, a primeira, relacionada ao pedido de rescisão da decisão judicial revestida pela coisa julgada, e a segunda, consistente no pedido de um novo julgamento da causa.

A ação rescisória é um mecanismo que tem como principal finalidade promover a garantia da ordem pública e a segurança jurídica, também conferindo maior legitimidade e autoridade às decisões judiciais.

Por outro lado, resta indene de dúvidas que o objeto da ação rescisória deve ser necessariamente uma decisão judicial transitada em julgado, o que por si só afasta de seu alcance decisões transitórias, impugnáveis por qualquer outro meio, ainda não unidas com a coisa julgada capaz de garantir-lhe a imutabilidade.

Nessa seara se insere a ação anulatória, prevista no art. 486, que dispõe que “Os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

A ação anulatória nada mais é do que uma ação de conhecimento que visa à desconstituição de atos jurídicos praticados pelas partes ou por terceiros intervenientes no curso do processo³¹⁸.

Esse dispositivo repete o disposto no art. 800, parágrafo único, do CPC/39 e possui como parâmetro no Direito Comparado o art. 301 do Código de Processo Civil português.

Dessa maneira, de acordo com o dispositivo acima, seria cabível a ação anulatória em duas hipóteses: a) – atos judiciais que não dependem de sentença; b) – sentenças meramente homologatória, desde que comprovada a ocorrência de algum vício, nos termos da lei civil.

Todavia, uma série de equívocos foram produzidos na redação do art. 486.

³¹⁷ CARVALHO, Fabiano. *Ação Rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

³¹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 904.

Primeiramente, a expressão “rescindidos” é utilizada de maneira equivocada, visto que pode gerar confusão com as hipóteses de rescisão dos julgados previstas no art. 485, CPC.

Ademais, quando a lei diz “atos judiciais” que não dependem de sentença, ela quer dizer atos das partes praticados em juízo, já que o ato judicial (decisão interlocutória, despacho etc) não poderia ser desconstituído nos termos da lei civil. Parece claro o erro de redação.

José Carlos Barbosa Moreira cita algumas hipóteses de cabimento da ação anulatória referentes aos atos das partes produzidos em juízo que não dependem de sentença: “a outorga de poderes em procuração passada nos autos, a renúncia ao direito de recorrer, a aceitação expressa da decisão, a desistência do recurso e, de modo geral, as declarações de vontade das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam”³¹⁹.

No que tange às *sentenças meramente homologatórias*, nomenclatura utilizada pelo legislador, mais uma vez demonstra-se inadequada. Não existem duas espécies de sentença homologatória, ou a sentença é homologatória ou não.

Nas hipóteses de sentenças homologatórias, alheio qualquer conteúdo decisório do juiz, a forma de se voltar contra essa decisão seria por meio da ação anulatória.

Esse traço fundamental é utilizado pela jurisprudência para romper a dificuldade que surge quando se confronta a ação anulatória com a ação rescisória, especialmente quando esta for utilizada nos termos do inciso VIII, do artigo 485: “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”³²⁰.

A sentença que leva em consideração uma transação extrajudicial ou realizada em processo anterior, mas possui conteúdo decisório, deve ser impugnada por meio da ação rescisória, nos termos do art. 485, VIII, CPC. Em sentido contrário, se a sentença se restringe a homologar acordo realizado entre as partes, as partes somente poderão se voltar contra ela comprovando a existência de algum vício na realização do acordo, nos termos da lei civil.

Ainda que mais adequada ao espírito da lei, vale a pena citar o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, que leva em conta o teor do art. 352 do Código de Processo Civil, ou seja, a ação anulatória servirá para desconstituir as hipóteses do art. 485, VIII, enquanto não houver o trânsito em julgado. Após o trânsito, mesmo se tratando de sentença homologatória, deveria ser utilizada a ação rescisória³²¹.

³¹⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 158.

³²⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19/06/2012.

³²¹ “Pensamos, destarte, que é necessário distinguir, no tocante os atos homologáveis por sentença, entre os abrangidos pelo art. 485, nº VIII, e os restantes. Com relação àqueles (renúncia à pretensão, reconhecimento do

Apesar de prevalecer na jurisprudência³²², via de regra, a diferenciação feita por Galeno Lacerda, a solução proposta por José Carlos Barbosa Moreira permite uma maior racionalidade no tratamento desses instrumentos processuais, já que o critério objetivo do trânsito em julgado afastaria qualquer dúvida sobre a utilização da ação anulatória ou da ação rescisória.

Isto é, para as partes se voltarem contra a confissão, renúncia, reconhecimento do pedido e transação, por meio da ação anulatória, hipóteses do art. 485, VIII, elas deverão verificar se ainda não ocorreu o trânsito em julgado, de acordo com uma interpretação analógica do art. 352 do CPC. Caso seja verificado o trânsito em julgado, as partes deverão utilizar a ação rescisória para impugnar eventuais vícios nesses atos, caso contrário, utilizarão a ação rescisória.

Quanto às demais hipóteses de ação anulatória, que não coincidem com o disposto no inciso VIII, art. 485, seria cabível unicamente a ação anulatória antes e após o trânsito em julgado.

Ainda que essa interpretação não corresponda a intenção do legislador, ela é a mais segura e ratifica a importância do processo ser encarado como meio / instrumento para a efetivação do direito material, já que permite uma simplificação do procedimento e permite às partes verificar com maior clareza qual o instrumento processual cabível para a defesa do seu direito.

pedido, transação), o regime será análogo ao da confissão, tal como o define o art. 352; isto é: a ação anulatória unicamente poderá ser utilizada no curso do processo, antes do trânsito em julgado da sentença homologatória; depois disso, o remédio próprio e exclusivo será a ação rescisória do art. 485, nº VIII. Quanto aos atos estranhos à área de incidência deste último dispositivo, como não há cogitar de rescindibilidade da sentença homologatória por vício do ato homologado, deixa de pôr-se o problema da conciliação das normas; a ação anulatória do art. 486, via única de ataque, será exercitável sem outras restrições que as porventura estabelecidas em regras específicas” (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 159-160).

³²² “É cabível a ação do art. 486 do CPC quando a parte, alegando vícios que invalidariam os atos jurídicos em geral, procura desconstituir o próprio ato homologado, não a sentença homologatória. No caso concreto, a sentença é simplesmente homologatória de transação, não a prevista no art. 485, VIII, do CPC, que regula a desconstituição de decisão cujas conclusões se baseiam em transação” (REsp nº 151.870. Rel. Min. Pádua Ribeiro. Publicado no DJ em 13/06/05. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

7. A FUNGIBILIDADE ENTRE AÇÃO RESCISÓRIA, *QUERELA NULLITATIS* E A AÇÃO ANULATÓRIA

7.1. A instrumentalidade do processo e o princípio da fungibilidade

Sabe-se que a ciência processual encontra-se em um momento no qual os resultados do processo são mais importantes do que o próprio processo. Quando foi tratado o tema do formalismo processual, explicou-se que o juiz deve afastar as formalidades excessivas e se preocupar em dar uma solução para o conflito levado ao seu conhecimento³²³.

Cândido Rangel Dinamarco analisa o princípio da instrumentalidade levando em conta os escopos do processo: escopo social, político e jurídico³²⁴.

Sobre o escopo social, o autor ratifica que a finalidade da atuação jurisdicional Estado é pacificar com justiça. A paz social somente poderá ser alcançada se o Estado cumprir o seu objetivo de organizar devidamente a vida em sociedade³²⁵.

Quanto ao escopo político, explica o autor que o processo é um instrumento estatal e serve para solucionar conflitos atinentes à vida do próprio Estado³²⁶.

Por último, no que tange ao escopo jurídico, o autor chama a atenção para a necessidade de se verificar o ponto de inserção do processo no universo do direito, já que o processo atua como instrumento do direito material e, portanto, aproxima-se deste³²⁷.

O processo, devido ao seu caráter instrumental, deve dialogar com o direito material e, principalmente, o magistrado, agente estatal, deve ter a exata noção de que está exercendo uma função com a finalidade de pacificar conflitos (escopo social) e reafirmar a autoridade estatal (escopo político).

Ao longo deste trabalho foram estudados vários instrumentos processuais, entre eles a ação rescisória, a *querela nullitatis* e a ação anulatória.

Os profissionais do Direito possuem grande dificuldade de identificar o cabimento de um ou outro desses institutos no caso concreto, principalmente pelo fato da jurisprudência ser vacilante no que tange a essas matérias.

³²³ José Roberto dos Santos Bedaque expõe que: “O tratamento dos institutos fundamentais de nossa ciência deve perder a conotação excessivamente processualista. A abordagem precisa levar em consideração critérios de racionalidade material, não apenas formal” (*Direito e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 18).

³²⁴ *A instrumentalidade do processo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

³²⁵ *Op. cit.*, p. 188.

³²⁶ *Op. cit.*, pp. 199-200.

³²⁷ *Op. cit.*, pp. 208-211.

Neste trabalho tentou-se definir o âmbito de incidência desses três institutos da seguinte maneira: a) a ação de *querela nullitatis insanabilis* deveria ser utilizada unicamente para os casos em que há uma ausência ou invalidade na citação; b) os demais erros *in procedendo* somente poderiam desconstituir a coisa julgada se previstos no rol do art. 485, CPC, hipótese em que seria utilizada a ação rescisória; c) a ação anulatória, no que coincide com a ação rescisória do art. 485, VIII, somente poderia ser utilizada antes do trânsito em julgado, visto que, após o trânsito em julgado, deveria ser utilizada a ação rescisória.

Contudo, jurisprudencialmente, verifica-se uma tendência de ampliação das hipóteses de *querela nullitatis*, bem como admite-se a utilização da ação anulatória mesmo após o trânsito em julgado, razão pela qual, em vários casos concretos, as partes ficam em dúvida sobre qual instrumento processual devem utilizar.

Dessa maneira, como todos esses instrumentos tratam-se de ações autônomas, a aplicação do princípio da fungibilidade permitiria a efetivação do acesso à justiça, já que, mesmo que a parte utilize o meio processual errado, o Poder Judiciário conhecerá e julgaria essa ação.

A fungibilidade decorre desse viés instrumental da ciência processual e está prevista nos arts. 273, §7º, art. 805 e 920, todos do CPC, além disso, a doutrina e jurisprudência vem admitindo a sua utilização em sede recursal.

Sabe-se, outrossim, que a fungibilidade não pode ficar adstrita às hipóteses legais, já que, conforme ensina José Roberto dos Santos Bedaque: “*É de ser considerado princípio geral do sistema processual, tanto quanto o da instrumentalidade das formas, de que constitui mera decorrência lógica*”³²⁸.

A incidência desse princípio vem sendo limitada às hipóteses de dúvida objetiva, mas, ausente o prejuízo da parte contrária e a má-fé, indubitável que deveria ser aplicado o princípio da fungibilidade.

Resta claro que, diante de uma perspectiva constitucional do processo, o juiz não deveria extinguir sem o julgamento de mérito uma ação anulatória ajuizada quando seria cabível a ação rescisória. Mais correto seria receber a anulatória como rescisória e, caso haja a necessidade de adequação dos pedidos, abrir prazo para que a parte possa emendar a petição inicial.

Como essas ações possuem prazo para ajuizamento diferenciado, a não aplicação do princípio da fungibilidade poderia significar a perda da possibilidade de efetivação do

³²⁸ *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 118.

direito, o que ofende de sobremaneira o princípio da acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

7.2. A fixação da competência

Para a aplicação do princípio da fungibilidade analisa-se a forma como o ordenamento jurídico pátrio dispõe sobre a competência para o julgamento da ação rescisória, *querela nullitatis* e ação anulatória. Isto é, seria facilitada a aplicação desse princípio se o mesmo órgão competente para o julgamento da ação rescisória também fosse competente para o julgamento das outras duas ações.

7.2.1. Competência para julgamento da ação rescisória

Pontes de Miranda explica que o legislador, para fixar a competência para julgamento da ação rescisória, lidou com três possibilidades: a) – atribuir ao mesmo tribunal ou juiz que proferiu a sentença; b) – atribuir a tribunal superior; c) – ou atribuir a um só, para todos os casos, a competência para julgar a rescisória³²⁹.

Prevaleceu, entre essas hipóteses, a competência dos tribunais sob o argumento de que haveria ofensa a hierarquia e à subordinação se um juiz de primeiro grau ou de tribunal inferior fosse legitimado para anular uma decisão proferida por um órgão superior³³⁰. Alexandre Freitas Câmara explica que “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”³³¹.

Sendo assim, na ação rescisória, fixou-se como regra a competência dos tribunais para o julgamento dessa ação, mesmo que elas tenham transitado em julgado na primeira instância³³².

³²⁹ *Tratado da ação rescisória*. 2ª Ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003. p.457.

³³⁰ Mais uma vez Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: “Sem dúvida, a decisão proferida por tribunal de último grau de jurisdição não deveria ser rescindida por tribunal ou juiz de inferior grau de jurisdição. Mas, aí, o que se leva em conta é a hierarquia, e não a natureza da sentença, nem, tampouco, a conexão, ou a continência”. *Op. cit.* p. 461

³³¹ *Op. cit.* p. 42.

³³² Recordar-se que o enunciado contido na Súmula 514 do STF dispensa o esgotamento das vias recursais para a utilização da ação rescisória.

Por exemplo, se a questão chegou a ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, esse será o órgão competente para analisar o pedido rescisório. Nessa linha, se foi conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, esse será o órgão competente, assim sucessivamente.

O Código de Processo Civil não esclarece sobre a fixação da competência, todavia, como os artigos 491, 492 e 493 falam na figura do relator, convencionou-se que a competência para julgamento da ação rescisória é originária dos tribunais. Outrossim, a ação rescisória está situada no Título IX do CPC, que trata sobre os processos nos tribunais.

Na Constituição Federal de 1988 também pode ser extraída essa regra, já que o art. 102, I, “j” e o art. 105, I, “e”, estabelece, respectivamente, a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da rescisão dos seus próprios julgados. Também o art. 108, I, “b”, estabelece que compete aos Tribunais Regionais Federais julgar as ações rescisórias dos seus julgados e dos juízes federais de sua região.

Uma série de percalços surgem dessa construção teórica acerca da competência para o julgamento da ação rescisória.

O primeiro deles é o enunciado contido na Súmula 249 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: “é competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”³³³.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal não conhece o recurso, ou seja, não o admite, não se adentra no julgamento do mérito, portanto, competente seria o órgão judicial de onde o recurso extraordinário é proveniente e não o Supremo Tribunal Federal, que só possui competência para rescindir os seus próprios julgados.

Na verdade ocorre um erro terminológico no momento do proferimento das decisões nos tribunais superiores, já que em diversos casos dizem não conhecer do recurso, mas apreciam o mérito.

Essa situação expõe em demansia as partes, uma vez que não conseguem identificar, claramente, qual o tribunal competente para julgar a sua rescisória. Ajuizada a ação rescisória perante o tribunal incompetente, até que seja reconhecida essa incompetência, poderá ter expirado o prazo do art. 495, CPC.

Outro grave problema se origina dos capítulos da sentença. Existe a possibilidade de a parte recorrer apenas de parte da sentença, fazendo com que cada capítulo transite em

³³³ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

julgado perante órgãos diferentes. Nesses casos, podem ser cabíveis ações rescisórias autônomas contra cada dispositivo em separado, ajuizadas perante tribunais diferentes, o que gera grande confusão no momento de desconstituir a coisa julgada³³⁴.

Resumidamente, percebe-se que a fixação da competência como sendo dos tribunais torna extremamente complexa a instrumentalização da ação rescisória, levando, inclusive, ao perecimento de direitos.

7.2.2. Competência para o julgamento da *querela nullitatis* e ação anulatória e proposta de tratamento uniforme

Diferentemente da ação rescisória, a *querela nullitatis* e a ação anulatória devem ser ajuizadas perante o juiz de primeiro grau.

José Carlos Barbosa Moreira explica sobre a ação anulatória que “Dado o vínculo de acessoriedade entre ela e a ação em cujo curso se praticou o ato impugnado, incide a regra do art. 108: será competente para a ação anulatória o mesmo juiz que esteja processando, ou tenha processado, a outra causa”³³⁵.

Também a *querela nullitatis* deve ser proposta perante o juízo de primeiro grau, já que não há regra processual específica para a fixação da competência para esses casos, tendo a jurisprudência se consolidado nesse sentido³³⁶.

O ponto de contato entre a ação anulatória e a ação rescisória ocorre quando entra em prática a sua segunda finalidade, já que o artigo 485, inciso VIII, também permite a rescisão da transação, o que gera um conflito entre os dois institutos.

Como o prazo para ajuizamento da ação rescisória e da ação anulatória não são coincidentes e a competência para julgar a ação anulatória é do juiz de primeiro grau, enquanto a competência para julgar a ação rescisória é originária dos tribunais, é fundamental que se identifique, claramente, o papel de cada instituto.

³³⁴ Na tentativa de sanar esse problema, a Min. Nancy Andrighi, em julgamento da AR 2895/SP, proferido no dia 11/05/05, atraiu para o Superior Tribunal de Justiça os capítulos da sentença não apreciados por essa corte, o que configura verdadeira usurpação de competência: “Se o acórdão rescindendo decidiu parte do mérito da causa, é competente o STJ para apreciar e julgar o pedido rescisório, mesmo que seu objeto envolva matéria além daquela por ele apreciada”. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

³³⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 163-164.

³³⁶ EDcl nos EDcl na AR 569 / PE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Publicado no DJ em 05/08/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012.

O mesmo ocorre com as hipóteses de enquadramento da *querela nullitatis*, também chamada de ação declaratória de inexistência da sentença ou ação declaratória de nulidade da sentença.

Apesar da proposta feita neste trabalho, o cenário doutrinário e jurisprudencial ainda não encontrou esse marco divisório entre esses três institutos, por isso, defende-se, como já exposto, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas e da fungibilidade entre ação rescisória e ação anulatória, para que os direitos das partes sejam devidamente tutelados.

Todavia, em recente decisão, O STJ entendeu que não poderiam ser aplicados esses princípios em virtude da competência ser distinta para o julgamento da ação rescisória (tribunais), da ação anulatória e da *querela nullitatis* (1º grau)³³⁷.

Desse modo, por meio desse trabalho, pleiteia-se introduzir questionamentos sobre a competência originária dos tribunais para julgamento da ação rescisória. De fato, essa competência, conforme esclarecido no julgado mencionado, dificulta a aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade entre ação rescisória, *querela nullitatis* e ação anulatória.

Qual fato jurídico, que não seja ligado à prática e aos costumes jurídicos, justificaria a definição da competência dos tribunais para julgar a ação rescisória? Por que o juiz de primeiro grau pode relativizar sentença por meio da *querela nullitatis*, que sequer previsão legal possui, e não poderia apreciar uma demanda rescisória?

A resposta dada prontamente, conforme estudado neste capítulo, seria no sentido de que o enquadramento da ação rescisória como sendo de competência da primeira instância daria azo a uma quebra da hierarquia, porque o juiz de primeiro grau poderia rescindir a decisão de um tribunal, órgão hierarquicamente superior.

Contudo, o mesmo pode ser verificado quando se utiliza a ação de *querela nullitatis*. Assim como este meio transrescisório, a ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação que possui hipóteses de cabimento específicas, por isso deve ser ajuizada perante o mesmo juízo que teria competência originária para decidir a demanda da qual se originou a ação rescisória.

³³⁷ “Não está autorizada a aplicação dos princípios que norteiam o sistema de nulidades no direito brasileiro, em especial os da fungibilidade, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento racional dos atos processuais, para que a rescisória seja convertida em ação declaratória de inexistência de citação, máxime quando inexistente competência originária do Superior Tribunal de Justiça para apreciar aquela ação cognominada *querela nullitatis*” (EDcl na AR 569/PE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Publicado no DJ em 05/08/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 19/06/2012).

O controle da decisão poderá ser feito por meio do sistema recursal, motivo pela qual não há que se falar em quebra de hierarquia.

Além da facilidade no que tange à aplicação do princípio da fungibilidade, concentrando a competência em primeiro grau de jurisdição se evitaria o ajuizamento de várias ações rescisórias perante tribunais diferentes, voltadas, cada uma delas, para um capítulo diferente da decisão transitada em julgado.

O caráter instrumental do processo seria levado em consideração e o procedimento simplificado, desde que uniformizada a competência do juiz de primeiro grau para o julgamento da ação rescisória, anulatória e *querela nullitatis*.

Diante dessa sistemática atual, na qual a competência para o julgamento da ação rescisória é originária dos tribunais, o mínimo que se espera do Poder Judiciário é que remeta o processo para juízo competente sem que seja extinta a ação.

Nesses termos o julgado já mencionado, EDcl na AR 569/PE, que determinou a remessa dos autos para o juízo de primeiro grau, mesmo verificando que a ação rescisória havia sido utilizada pela ausência de citação, hipótese de *querela nullitatis*.

Na fundamentação da decisão ressaltou a extinção do feito pela utilização do instrumento errado atentaria contra os princípios da celeridade e da economia processual, assim como representaria excesso de formalismo.

A reforma na competência da ação rescisória facilitaria consideravelmente a compreensão do jurisdicionado na identificação do juízo competente para o julgamento da sua ação, sobretudo nos casos em que os capítulos da sentença transitam em julgado perante órgãos diferentes.

8. AÇÃO RESCISÓRIA NO PROJETO Nº 166 DO SENADO FEDERAL

Cabe agora a análise do Projeto de Lei do Senado nº 166, que tramita no Congresso Nacional, com o escopo de trazer a previsão de um novo Código de Processo Civil.

As alterações promovidas no projeto são pontuais e na maioria dos casos buscam um aperfeiçoamento da redação dos dispositivos do Código de Processo Civil vigente. Por exemplo, o artigo 919, *caput*, do projeto, corrige o erro do *caput* do artigo 485 do atual CPC e dispõe que sentença ou acórdão de mérito podem ser impugnados por meio da ação rescisória³³⁸. O CPC atual se refere apenas ao termo “sentenças”.

Outra correção terminológica consta do artigo 919, V, do projeto, que, ao invés de falar em ofensa a lei, como ocorre no atual art. 485, V, CPC, fala em ofensa a norma jurídica³³⁹.

Sabe-se que do conceito de norma jurídica se extraem as regras e os princípios, razão pela qual, de acordo com essa nova redação, consagra-se o entendimento segundo o qual as partes podem ajuizar ações rescisórias com fundamento na ofensa as regras constitucionais e infraconstitucionais³⁴⁰, além de abrir a possibilidade para as partes utilizarem a violação aos princípios de Direito como fundamentação da ação rescisória.

O artigo 921, §1º, do projeto, serviu apenas para dar tratamento legal ao entendimento jurisprudencial que determina a dispensa do depósito prévio de 5% (cinco por cento) do valor da causa para os beneficiários da justiça gratuita. O texto também inclui as autarquias e fundações públicas entre os destinatários desse benefício, também consagrando entendimento já exposto no Enunciado nº 175 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça³⁴¹.

³³⁸ A redação atual do art. 919, *caput*, no projeto é a seguinte: “A sentença ou o acórdão de mérito, transitados em julgado, podem ser rescindidos quando:” (Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/06/2012).

³³⁹ Art. 919, inciso V, do Projeto: “violarem manifestamente a norma jurídica” (Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/06/2012).

³⁴⁰ José Carlos Barbosa Moreira já define a expressão “Lei” do texto atual da seguinte maneira: “‘Lei’, no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende, à evidência, a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta da República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário (v. g., regimento interno: Constituição Federal, art. 96, nº I, letra a). Inexiste qualquer diferença, a este respeito, entre normas jurídicas editadas pela União, por Estado-membro ou por Município. Também a violação de norma jurídica estrangeira torna rescindível a sentença, na hipótese de ter-se de aplicar à espécie o direito do outro país” (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 129).

³⁴¹ Segue o texto do art. 921, §1º, do projeto: “Não se aplica o disposto no inciso II à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município, respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, e aos que tenham obtido o benefício da gratuidade de justiça” (Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/06/2012).

No entanto, a modificação mais relevante do ponto de vista prático é o artigo 928 do projeto que altera o prazo para ajuizamento da ação rescisória para 1 (um) ano, em contrariedade ao entendimento já exposto neste trabalho, no sentido de que o ideal seria fixar um prazo genérico amplo e outro específico.

O legislador adotou outro posicionamento no parágrafo único do artigo 928, quando diz que o prazo só correrá a partir do trânsito em julgado da sentença penal, nas hipóteses dos incisos I e VI.

Uma leitura literal do dispositivo poderia levar a crer que as hipóteses do incisos I e VI somente poderiam ser utilizadas após o trânsito em julgado da sentença penal, o que contradiz o entendimento doutrinário e jurisprudencial atual, conforme já discutido.

Analisando as alterações como um todo, percebe-se que o legislador pouco evoluiu em matéria de ação rescisória, apenas se limitando a consagrar no texto entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já consolidados.

A redução do prazo para o ajuizamento da ação rescisória para 1 (um) ano é medida temerária e que poderá praticamente inviabilizar a utilização do instituto constitucionalmente conferido aos jurisdicionados. Além disso, a limitação da rescisória reforçará os argumentos lançados pelas teorias relativistas que passarão a buscar, por meio de inseguros juízos de ponderação o rompimento do conteúdo da sentença transitada em julgado.

Como já dito no *item 4.3* deste trabalho é necessária uma reforma nas hipóteses do art. 485, CPC. A incompetência absoluta, que teria sido retirada na primeira versão do projeto, voltou na versão atual.

Outras hipóteses deveriam ser incluídas, como a falta de investidura, a sentença *extra* e *citra* petita, a falta ou a insuficiência de defesa técnica em ações envolvendo interesse indisponível *etc.*

Também poderia ser abolida a limitação do prazo para ajuizamento da ação rescisória nas ações que tratem do estado de filiação e nas ações que tratam sobre direito ambiental, tendo em vista o fato de que são casos excepcionais e que não podem ficar sujeitos ao prazo limite de 2 (dois) anos.

Enfim, salvo hipóteses excepcionais, o meio rescisório, juntamente com a ação revisional criminal, é o instrumento processual previsto no texto constitucional para relativizar a coisa julgada. Caso se queira reformar a legislação atual, importante seria promover uma análise crítica e aprofundada acerca das hipóteses de cabimento da ação rescisória.

Outrossim, deveria ser contraposto o instrumento rescisório e a técnica de julgamento por amostragem. Além da repercussão geral e dos recursos repetitivos, o projeto do novo CPC traz a previsão expressa de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”.

O art. 903 do projeto dispõe *que* “Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”³⁴². Neste incidente, interposto perante os tribunais de cada estado ou região, decide-se a matéria de direito comum em vários processos e, após essa decisão, transporta-se a tese jurídica para todos os demais idênticos casos.

Imagine que na decisão da tese, proferida pelo tribunal, seja enquadrada alguma das hipóteses de ação rescisória. Pode ser que, exemplificativamente, um dos votos integrantes da maioria tenha sido proferido por um desembargador impedido para julgar a tese jurídica, na forma da lei.

Portanto, o vício na tese jurídica deveria ser passível de ação rescisória, pois por meio dessa decisão se decide o mérito.

Evidencia-se ainda outro problema, relativo ao prazo para ajuizamento da rescisória. De acordo com a leitura do dispositivo contido no projeto, resta a dúvida sobre a contagem do termo inicial da ação rescisória, que poderia ser a partir da data do julgamento do incidente ou do trânsito em julgado de cada ação autônoma.

Verifica-se, portanto, uma necessidade de confronto da ação rescisória com novos instrumentos de solução de litígios, bem como com os instrumentos de julgamento por “amostragem”, questão que, com a máxima vênia, também não restou solucionada pelo projeto nº 166 do Senado Federal.

³⁴² Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 19/06/2012.

9. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto nos três primeiros capítulos, conclui-se o seguinte:

a) O cenário *neoconstitucional* determina uma mudança de paradigma interpretativo, visto que o aplicador do Direito não pode simplesmente aplicar as normas aos fatos por meio de um mecanismo meramente de subsunção. A incorporação dos valores exige uma interpretação conforme às regras e aos valores previstos na Constituição.

b) Dentro desse contexto, os princípios possuem função essencial, já que são eles os responsáveis pela irradiação dos valores pelos demais ramos do Direito, inclusive no Direito Processual.

c) A consequência / *efeito colateral* desse contexto é criar um cenário de insegurança jurídica. No pós-positivismo, diante desse novo quadro interpretativo, o subjetivismo na tomada de decisão dificulta a previsibilidade dos cidadãos sobre o posicionamento dos juízes acerca do conteúdo da norma, uma vez que lidam com diferentes posicionamentos dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, que modificam constantemente o seu posicionamento.

d) Em virtude dessa insegurança jurídica, a coisa julgada, uma das formas de expressão da segurança jurídica, deve ser ainda mais protegida, o que permitirá aos cidadãos confiar na definitividade da prestação jurisdicional, sendo respeitadas, dessa maneira, a capacidade de *prever* e *calcular* as suas ações para o futuro.

e) Salvo casos excepcionais, somente os vícios rescisórios (art. 485, CPC) deveriam ser discutidos após o trânsito em julgado, no prazo de 2 (dois) anos, em função da eficácia preclusiva da coisa julgada. A ação rescisória é o mecanismo adequado para relativizar as sentenças de mérito transitadas em julgado, uma vez que trabalha com um rol de hipóteses taxativas e com um limite temporal para a sua utilização.

f) As teorias da relativização partem de um conceito de justiça não devidamente identificado e muitas vezes utilizado a favor do Estado, ou seja, nas ações em que a coisa julgada prejudica o Estado, como em ações de desapropriação indireta. Relativiza-se a coisa julgada em busca de uma tutela “justa” sobre o interesse público envolvido no caso concreto. Desse modo, as teorias da relativização podem tornar ainda mais desigual e imprevisível a relação cidadão/poder público.

g) A ponderação entre segurança jurídica e justiça das decisões abre um caminho sem volta, no qual o discurso jurídico pode perder uma de suas fontes de legitimação. Os cidadãos, em busca de uma solução definitiva, recorrem ao Estado para solucionar os seus litígios. As teorias relativistas permitem a perpetuação do litígio e, por isso, além de ofenderem à segurança jurídica, atentam contra a efetividade do processo.

h) Em matéria tributária, discorda-se do Parecer 492/2001, da Procuradoria da Fazenda Nacional, visto que, neste trabalho, considera-se que a declaração de constitucionalidade superveniente não cria direito novo, portanto, não é capaz de ensejar a cobrança de tributos pelo Fisco daqueles que se beneficiaram pela coisa julgada.

i) Outro exemplo tratado como fundamentador de uma possível teoria relativista é aquele relacionado ao Direito Ambiental. Considera-se que há um conflito aparente de regras constitucionais – art. 5º, inciso XXXVI e art. 225, CF/88 –, razão pela qual a regra da coisa julgada deveria incidir de maneira diferida no que tange a matéria ambiental, tendo em vista a obrigatoriedade do Estado de preservar o meio ambiente.

j) A ausência do exame de DNA é um caso especial. Nesse caso, a primeira solução dada pelo Poder Judiciário teve como fundamento uma instrução limitada, visto que o referido exame não era acessível ao tempo da primeira decisão. Essa limitação pode gerar um erro no julgamento que não é oriundo da ação ou omissão do Poder Judiciário ou das partes, mas causado pela insuficiência de meios probatórios adequados em determinado lapso temporal. Por ser um caso singular, melhor seria que o legislador previsse a possibilidade *ad eternum* de ajuizamento de ações envolvendo estado de filiação, como ocorre no direito alemão.

k) No Mandado de Injunção nº 283, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a prevalência da coisa julgada em sede de mandado de injunção, mas permitiu a relativização da coisa julgada para que fossem aderidas a sentença da injunção eventuais benefícios trazidos pela futura norma regulamentadora. Contudo, adotada a *corrente concretista*, mais correto seria determinar a aplicação da sentença aos fatos ocorrido até a edição da norma regulamentadora. O teor dessa norma não pode beneficiar e nem prejudicar aqueles que se valeram da injunção, já que a nova norma só poderá atingir os fatos ocorridos durante a sua vigência (*tempus regit actum*).

l) A superveniência de controle de constitucionalidade não é suficiente para desconstituir a coisa julgada, seja pelo argumento da inexistência da sentença, seja por meio de um juízo de ponderação. Considera-se a ação rescisória como instrumento apto para desconstituir a coisa julgada, tendo em vista a taxatividade de suas hipóteses e a limitação

temporal para a utilização do instituto, o que possibilita uma relativização da coisa julgada com a manutenção da segurança jurídica. Ademais, por adotar o sistema difuso, no Brasil cabe a todo juiz realizar o controle de constitucionalidade, não apenas ao Supremo Tribunal Federal, sendo a decisão do juiz ordinário tão legítima quanto a decisão da Corte Suprema proferida posteriormente.

m) Os meios transrescisórios, *querela nullitatis* e meios de impugnação à execução, são alternativas criadas à regra da ação rescisória. Os defensores das teorias relativizadoras têm utilizado a ação de *querela nullitatis insanabilis* como forma de criar hipóteses de relativização sem observância do prazo de 2 (dois) anos da ação rescisória. É o que ocorre com a tentativa de enquadrar a coisa julgada inconstitucional como hipótese de cabimento da *querela nullitatis*. Aceita-se, aqui, a utilização da *querela nullitatis* apenas quando houver ausência de citação válida, já que não há como impor um *decisum* àquele que não figurou efetivamente em um dos pólos da ação.

n) Os meios de impugnação à execução, após a inclusão do art. 475-L, §1º, CPC e art. 741, parágrafo único, CPC, pela Lei nº 11.232/05, também objetivam a desconsideração da coisa julgada em virtude da declaração de inconstitucionalidade superveniente. Apesar do Supremo Tribunal Federal não ter se pronunciado em sede de controle concentrado sobre a compatibilidade dos dispositivos com a Constituição Federal, entende-se que os dispositivos são inconstitucionais, já que ofendem a coisa julgada e a segurança jurídica.

o) Questiona-se, outrossim, a possibilidade de utilização da ação rescisória nos termos do art. 485, V e IX, CPC. Conforme classificação proposta, esses incisos representam *erros in iudicando puros*, que deveriam ser sanados por meio do sistema recursal, antes do trânsito em julgado. Em sede de Direito Comparado, analisando institutos correspondentes do Direito italiano, espanhol, português e alemão, não se encontra paralelo na aplicação desses incisos para a desconstituição da coisa julgada.

p) Sugere-se, outrossim, a revisão das hipóteses de ação rescisória que se conectam com erros *in procedendo*, já que a escolha do legislador do 1973 demonstra-se ultrapassada. A ausência de investidura, o julgamento *extra* e *citra petita*, a falta ou deficiência de defesa técnica em ações que versam sobre direitos indisponíveis, são exemplos de hipóteses que poderiam ser incluídas no rol do art. 485, CPC, ao contrário da incompetência absoluta, atualmente prevista, e que não representa um erro *in procedendo* que justifique a desconsideração da coisa julgada.

q) Outra hipótese prevista no Direito alemão e que poderia ser transportada para o ordenamento pátrio é o cabimento da ação rescisória sem limitação de prazo quando se tratar do reconhecimento de paternidade.

r) Quanto ao objeto, apesar de entender que a ação rescisória deve se voltar contra sentenças e acórdãos de mérito, admite-se, excepcionalmente, a sua utilização para impugnar decisões interlocutórias que resolvem o mérito, bem como admite-se a sua utilização em face de falsas sentenças terminativas, sob pena de se gerar uma contradição sistêmica.

s) Admite-se, excepcionalmente, a utilização das tutelas de urgência para conferir efeito suspensivo à ação rescisória, todavia, propõe-se que o deferimento dessa tutela seja determinado por órgão colegiado com a finalidade de aumentar a probabilidade de acerto no proferimento dessa decisão.

t) O depósito prévio é exigência legal que possui o objetivo de desincentivar a utilização do meio rescisório e o ataque à coisa julgada. Todavia, na Justiça do Trabalho, o depósito alcança o patamar absurdo de 20% (vinte por cento) do valor da causa, o que praticamente inviabiliza a utilização desse instrumento na justiça laboral em flagrante ofensa ao princípio do acesso à justiça.

u) O prazo decadencial de 2 (dois) anos também necessita ser revisto. Mais correto seria a ampliação desse prazo ao invés da redução, conforme pretendido pelo Projeto de Novo CPC. A fixação de um prazo mais amplo e genérico, com a fixação de um prazo curto a partir da ocorrência de uma das hipóteses do art. 485, CPC, como ocorre no ordenamento jurídico espanhol, português e alemão, é a medida mais correta, visto que viabiliza a proteção à ordem jurídica e também garante a segurança jurídica.

v) A limitação do uso da ação rescisória nos juizados especiais demonstra-se como medida inconstitucional, já que o direito à rescisão possui como objetivo assegurar a ordem jurídica e moralizar a atividade judicante, não fazendo sentido, por exemplo, que sentença proferida por juiz corrupto em sede de juizados seja imodificável.

w) A ação rescisória e a ação anulatória possuem campo de incidência diverso, contudo, no intuito de evitar confusão na utilização desses institutos, melhor seria adotar a regra do art. 352, CPC, conforme propõe José Carlos Barbosa Moreira.

x) A dificuldade de identificação, pela doutrina e jurisprudência, das fronteiras entre ação rescisória, ação anulatória e *querela nullitatis* implica necessariamente a aplicação do princípio da fungibilidade, o que permitirá aos juízes e tribunais receber um instrumento pelo outro, quando utilizada a via errada.

y) A fixação da competência para julgamento da ação rescisória como sendo originária dos tribunais gera uma série de percalços que poderiam ser evitados se a competência para julgamento fosse atribuída ao juízo de primeiro grau. A mera alegação de ofensa a hierarquia não é suficiente, uma vez que, através do sistema recursal, os tribunais novamente poderão implementar o controle das decisões.

z) O Projeto de novo CPC apenas se preocupa em consagrar determinados posicionamentos jurisprudenciais em seu texto. Não é promovido nenhum avanço na análise das hipóteses de cabimento do art. 485, CPC, conforme sugerido neste trabalho. Ademais, O Projeto nº 166 do Senado Federal reduz o prazo de ajuizamento da ação rescisória para 1 (um) ano, o que praticamente inviabiliza a utilização do instituto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMERICANO, Jorge. *Da acção rescisoria*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1926.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- AROCA, Juan Montero; CUADRADO, Maria Pía Calderón (Org.). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. 19. ed. Valência: Editora Tirant Lo Blanch, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- _____. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BALENA, Giampiero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Bari: Cacucci Editore, 2012. V.2.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual, Nona série*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Arts. 476 a 565*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. V.5.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- _____. *Direito e Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/Doxa21_12.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neonconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma no processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Editora Juruá, 1994. p. 30.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação rescisória comentada*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

CARVALHO, Fabiano. *Ação Rescisória: Decisões rescindíveis*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del giusto processo*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2004.

CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuali civile*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011. V. 3.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos Humanos, Poder Judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os Princípios Constitucionais. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 19, p.11-40, 01 jan. 2011.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Editora il Mulino, 2004.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2009.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e conhecimento*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. V. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. V. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. V. 1.

_____. *Instituições de Direito Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. V. 2.

_____. *Instituições de Direito Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. V. 3.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *A nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

DONADEL, Adriane. *A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo (Org). *Codice di Procedura Civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Editora Bookseller, 2006.

FELIX, Deborah da Silva; VILLELA, Fábio Goulart; BOMFIM, Rosildo da Luz. *Ação rescisória na Justiça do Trabalho com enfoques no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FIGUEIRA JR., Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. V.3, Tomo 1.

GOLDSTEIN, Leslie Friedman. *From Democracy to Juristocracy?* Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu>>. Acesso em: 06 mar. 2010.

GRAU, Eros Grau. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. 1.

_____. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 2.

_____. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004. p. 145/148

_____. *A declaração de constitucionalidade da lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior – análise do parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In PEIXINHO, Manuel Mesias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 369-406.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Fabris, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, Trad. De Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACEDO, Luana Vargas. *Parecer PGFN/CRJ/Nº492/2011*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/cessacao%20eficacia%20coisa%20julgada%20STF%20MODIFICADO%2007.02.11-1.doc/view>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito as precedentes no Brasil*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/17031>>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão da relativização da coisa julgada material*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004. p. 164.

_____. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MELLADO, José M^a Asencio. *Derecho Procesal Civil*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no Processo Civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf> Acesso em: 22 jun. 2012.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *A antecipação da tutela na ação rescisória*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. Lisboa: Editora Ediforum, 2009.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Disponível em <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Neoconstitucionalismo e instrumentalidade pela doutrina de de Lenio Streck*. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*. 5. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 2. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Ação rescisória atípica: instrumento de defesa da ordem jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz; RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevidéo: Editora Gisela Elsner, 2006.

ROMANO NETO, Odilon. *Coisa Julgada Inconstitucional: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC*. 2010. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Processual, Uerj, Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. V. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SALOMÃO, Jorge. *A coisa julgada nas ações de estado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1966.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidade no Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

TESHEINER, José Maria, *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; NASCIMENTO, Carlos Valter do. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2006. p. 169.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. V.1.

_____. THEODORO JUNIOR, Humberto. Ação rescisória: sentença *ultra petita*. *Revista Ibero-americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p.279-294, 01 set. 1999.

_____. THEODORO JUNIOR, Humberto. No Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, n. 1, p.136-137, 01 set. 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*. Paris: Editora LGDJ, 2005.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Editora Saraiva, 1948.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 485 a 495*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974. V.6.

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

_____. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2004. p. 231-232.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

YMAZ, Esteban. *La esencia de la cosa juzgada e otros ensayos*. Buenos Aires: Editora La Ley, 1995.