

FLÁVIO ADAUTO ULIAN

**DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA:
IMPUGNABILIDADE POR MEIO DA AÇÃO RESCISÓRIA**

MESTRADO EM DIREITO

**UNIFIEO
Osasco – 2012**

FLÁVIO ADAUTO ULIAN

**DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA:
IMPUGNABILIDADE POR MEIO DA AÇÃO RESCISÓRIA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito inserido na linha de pesquisa n.2 “A Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Cláudio da Costa Machado.

UNIFIEO

Osasco – 2012

Banca Examinadora

À minha esposa Cláudia que suportou a ausência
Mesmo estando ao seu lado em momentos de pesquisa.

Ao meu avô Baptista Pereira

In memoriam

AGRADECIMENTOS

Mais uma vez, a Deus que me proporcionou a vida.

Ao Prof. Dr. Sérgio Shimura que foi, sem dúvidas, o maior colaborador para a conclusão deste estudo.

A todos que permitiram a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O objetivo central deste trabalho consiste na apresentação de elementos que justifiquem o cabimento da ação chamada ação rescisória atípica, uma vez que a legislação vigente, de forma precipitada, restringiu o campo de atuação desta espécie de demanda, contudo, considerando o teor das decisões que passam em julgado se tornando imutáveis, reconhece-se ser passível a utilização de meios alternativos à sua impugnação, sem que haja hipótese expressa pelo legislador, mais sim por mecanismos de ponderação de princípios, colocando em grau de prevalência aquele que melhor atender os interesses sociais.

Palavras-chave: Relativização da Coisa Julgada. Ação Rescisória. Segurança Jurídica. Estado Democrático de Direito. Justiça.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present evidence to justify the appropriateness of the action called atypical action for rescission, since the current legislation, in a hasty way, restricted field of action of this kind of demand, however, considering the content of decisions are judged on becoming immutable, it is recognized to be likely to use alternative means of their dispute, without the hypothesis expressed by the legislature, but rather by a system of weighting of principles, putting on the degree of prevalence that best meet the social interests.

Keywords: Relativization of res judicata. Action Rescissory. Legal Security. Democratic State of Law. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
1.1 Noções de Estado, Poder Político, Governo e Estado de Direito	13
1.2 Direitos Fundamentais	19
1.2.1 Notas sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais	22
1.3 Princípios, Regras, Direitos Fundamentais e Constitucionalismo	24
1.3.1 Devido Processo Legal: O Princípio dos Princípios	29
1.3.2 Princípio do Acesso à Justiça: Por uma Justiça Justa	36
1.3.3 Princípio da Segurança Jurídica: Existe um Fim	38
2 A COISA JULGADA	42
2.1 A Coisa Julgada sob uma perspectiva Constitucional	42
2.2 Momento de Formação da Coisa Julgada	46
2.3 Coisa Julgada: Efeito ou Qualidade da Sentença?	49
2.4 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material: Uma Discussão Infraconstitucional	52
2.4.1 Coisa Julgada Formal	53
2.4.2 Coisa Julgada Material	57
2.5 O Alcance da Coisa Julgada	59
2.5.1 Limites Objetivos da Coisa julgada	59
2.5.2 Limites Subjetivos da Coisa Julgada	64
2.6 A Coisa Julgada no Processo Coletivo	67
2.6.1 A Coisa Julgada <i>Secundum Eventum Litis</i> e <i>In Utilibus</i>	71
2.7 Discussões sobre uma Teoria da Relativização da Coisa Julgada	74
2.7.1 A Coisa Soberanamente Julgada	84
2.7.2 A Coisa Julgada Inconstitucional	85
2.7.3 Instrumentos Legais para Relativização do Direito Fundamental à Coisa Julgada	90
2.7.4 Coisa Julgada, Justiça e Proporcionalidade: Elementos para Criação da Ação Rescisória Atípica	94
3 AÇÃO RESCISÓRIA	102
3.1 Histórico da Ação Rescisória no Direito Brasileiro	102

3.2 Conceito e Natureza Jurídica da Ação Rescisória	104
3.3 Pressupostos da Ação Rescisória	112
3.3.1 Pressupostos Objetivos	113
3.3.1.1 <i>Existência de Sentença de Mérito Transitada em Julgado</i>	113
3.3.1.2 <i>Ocorrência de uma das Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória</i>	115
3.3.1.3 <i>Inocorrência do Prazo Decadencial de Dois Anos</i>	117
3.3.2 Pressupostos Subjetivos	119
3.3.2.1 <i>Legitimidade Ativa</i>	119
3.3.2.2 <i>Legitimidade Passiva</i>	124
3.4 Hipóteses de Admissibilidade da Ação Rescisória	125
3.4.1 Prevaricação, Concussão ou Corrupção do Juiz	126
3.4.2 Impedimento ou Incompetência Absoluta do Juízo	128
3.4.3 Dolo da Parte Vencedora ou Colusão a fim de Fraudar a Lei	130
3.4.4 Ofensa à Coisa Julgada	132
3.4.5 Violação de Literal Disposição de Lei	134
3.4.6 Falsidade de Prova	136
3.4.7 Documento Novo	137
3.4.8 Confissão, Desistência ou Transação Inválidas	138
3.4.9 Erro de Fato	140
3.7 Cabimento da Ação Rescisória Contra Decisão Interlocutória	141
3.7.1 Objeto da Ação Rescisória	142
3.7.2 Atos Judiciais não Sujeitos a Rescisão	143
3.7.3 O Termo “Sentença de Mérito”	146
3.7.4 A Decisão Interlocutória	148
3.7.4.1 <i>Conceito de Decisão Interlocutória</i>	148
3.7.4.2 <i>A Questão prejudicial</i>	151
3.7.4.3 <i>Decisões Interlocutórias: Passíveis ou Não de Ação Rescisória</i>	152
CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral, no mundo jurídico, que as concepções de Estado e forma de governo são matérias de suma importância para se reconhecer sua estrutura política.

Contudo, sabendo-se que no Brasil se está diante de um Estado Democrático de Direito, pautado pelo constitucionalismo, a proteção dos direitos fundamentais se faz, em sua grande maioria, por meio de princípios expressamente contidos na Carta Política.

No entanto, quando se está diante de um sistema que regulamenta diversos princípios para manter a proteção do cidadão em face das atuações abusivas do Poder Judiciário, é quase que impossível que inexistam colisões entre estes princípios.

Neste trabalho, especificamente, o que se tenta é demonstrar que essas colisões entre direitos fundamentais existem na prática, restando ao magistrado utilizar o melhor mecanismo para conseguir alcançar seu mister.

Sendo assim, foram traçados entendimentos específicos sobre os princípios do devido processo legal, acesso à justiça e segurança jurídica, tudo com o escopo de ser permitido identificar em um caso concreto qual interesse deveria prevalecer em detrimento do outro, pautado sempre em um juízo de ponderação.

O grande conflito apresentado no decorrer do trabalho está calcado na possibilidade de se impugnar decisão que já estejam acobertadas pela imutabilidade (segurança jurídica) mesmo que em situações não previstas pela legislação, em prol da justiça (acesso à justiça).

No entanto, para se chegar nesse entendimento, se faz necessário apreciar diversos conceitos fundamentais, como o da coisa julgada, que se mostra dentre

todos os apontamentos o de maior relevância, haja vista que a coisa julgada que determinará o campo de atuação das medidas impugnativas contra tais decisões.

Não obstante, buscou-se analisar a conceituação de coisa julgada e sua estruturação constitucional, bem como suas limitações, conquanto os efeitos e qualidades que são produzidos.

Ainda, se fez necessário garimpar o instituto da coisa julgada no intuito de analisar as possibilidades de relativização da coisa julgada, em vistas de buscar o melhor a cerca de medidas impugnativas das decisões passadas em julgado, quando diante de alguma irregularidade que a faça destoar dos primados da justiça, pelo que procuramos denominar de teoria para criação de uma ação rescisória atípica, o que se pode confirmar por meio de jurisprudência analisada.

Adentrando no ponto concernente a ação rescisória, oportuno formar sua conceituação e natureza jurídica, a fim de se estabelecer parâmetros básicos de sua utilização dentro da sistemática processual atual, uma vez que o CPC de 1973 apresentou inovações quanto ao instituto Processual de 1939.

Como toda ação, a ação rescisória também exige seus pressupostos, assim, foram delimitados seus pressupostos específicos, tanto de ordem objetiva, quanto subjetiva.

Ademais, é importante demonstrar as hipóteses específicas de cabimento da ação rescisória, que estão previstas no artigo 485 do CPC, pois são estas hipóteses que determinam a aplicação da ação rescisória, eis que não foi interesse do legislador propiciar meios desordenados para rescindir-se as decisões passadas em julgado.

Concluída a parte inerente a todas as ações rescisórias, passou-se a apresentar questões específicas sobre a aplicação desta ação sobre as decisões interlocutórias, enfocando prioritariamente seu objeto, que são mais amplos do que muitos autores determinam.

Questionou-se ainda, a utilização equivocada do termo “sentença de mérito”, aplicáveis às ações rescisórias, posto que trouxe limitações desnecessárias ao seu campo de atuação.

Por fim, foi realizado estudo específico quanto as decisões interlocutórias e as questões prejudiciais, para, tão-somente, com base nos conceitos e argumentos arrolados neste estudo, determinar a possibilidade de aplicação da ação rescisória contra as decisões interlocutórias.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Noções de Estado, Poder Político, Governo e Estado de Direito

Para uma análise e compreensão do Estado Democrático de Direito, imprescindível estudar preliminarmente o que é Estado. No entanto, é preciso verificar que a apresentação de um conceito único de Estado não se mostra tarefa simples. Seja como for, algumas noções sobre Estado se fazem necessárias.

Segundo a lição de Dalmo de Abreu Dallari afirma ser termo originado do latim *status* que significa estar firme, no sentido de “situação permanente de convivência e ligada à sociedade política”.¹

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho consagra a entidade Estado como “uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)”.²

Seguindo a apresentação destes elementos constitutivos, pode-se afirmar que:

- a) seu poder se exerce por meio e de acordo com o direito (é uma ordem jurídica);
- b) é o poder máximo dentro de suas fronteiras (soberania);
- c) possui como objetivo final a satisfação dos interesses e necessidade da comunidade que o instituiu (bem como);
- d) seu poder se exerce sobre um determinado grupo de indivíduos (povo); e
- e) exercício de seu poder possui limites espaciais (território).³

Historicamente, não há dúvidas de que o Estado é fenômeno posterior ao fenômeno sociedade.

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

³ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Conceitual Editorial, 2011, pp. 99/100.

Já no que concerne à palavra “Estado”, esta teve sua origem apenas com o Renascimento, no século XVI, com a publicação da obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, que pela primeira vez aplicou a expressão Estado de forma acertada quanto à sua etimologia.⁴

Apesar dessa tentativa de implementar data para surgimento do Estado – período do Renascimento no século XVI ou a Paz de Westfália no ano de 1648 – Dalmo de Abreu Dallari, detalha as divergências doutrinárias para designar a época de aparecimento do Estado:⁵

a) Para muitos autores, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. Entre os que adotam essa posição destacam-se Eduard Meyer, historiador das sociedades antigas, e Wilhelm Koppers, etnólogo, ambos afirmando que o Estado é um elemento universal na organização social humana. Meyer define mesmo o Estado como o princípio organizador e unificador em toda organização social da Humanidade, considerando-o, por isso, onipresente na sociedade humana.

b) Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, por motivos diversos, que serão indicados quando tratarmos das causas que levaram à formação do Estado, este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais. Segundo esses autores, que, no seu conjunto, representam ampla maioria, não houve concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar.

c) A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas. Justificando seu ponto de vista, um dos adeptos dessa tese, Karl Schmidt, diz que o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a idéia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII. Outro defensor desse ponto de vista, Balladore Pallieri, indica mesmo, com absoluta precisão, o ano do nascimento do Estado, escrevendo que

⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**: Comentada por Napoleão Bonaparte. Traduzido por Pietro Nasseti. 8. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010. Por diversas vezes Maquiavel apresenta a expressão Estado, mesmo sem de fato ter a conceituado, condição que não causou empecilho ao entendimento do seu conteúdo e essência, que fica claro com a frase apresentada na página 15 da obra: “Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados”.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 52/53.

"a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália". Entre os autores brasileiros adeptos dessa teoria salienta-se Ataliba Nogueira, que, mencionando a pluralidade de autonomias existentes no mundo medieval, sobretudo o feudalismo, as autonomias comunais e as corporações, ressalta que a luta entre elas foi um dos principais fatores determinantes da constituição do Estado, o qual, "com todas as suas características, já se apresenta por ocasião da paz de Westfália".

Apesar dos mais variados entendimentos doutrinários, não se aparenta crível aceitar o surgimento do Estado entre os séculos XVI e XVII, haja vista que "certas formas primitivas de organização social, dotadas de um rudimentar sistema de governo (as *polis* gregas, o Império Romano, a pluralidade de poder da Idade Média européia), seriam tipos ou formas históricas de Estado, tal qual o Estado Moderno".⁶

No entanto, Dalmo de Abreu Dallari em apresentação de seus estudos sobre o Estado esclarece que:

Quanto ao momento histórico em que o Estado apareceu existem inúmeras teorias, [...], em boa parte, as divergências se prendem às diferenças de conceituação. Para uma considerável corrente teórica a história do Estado se confunde com a própria história da humanidade, pois desde os agrupamentos primitivos o Estado já existia, ainda que embrionariamente e à espera de circunstâncias especiais para se desenvolver. [...].

A maioria dos autores sustenta que o Estado surgiu após um período durante o qual a sociedade humana existiu sem ele. [...]. Para alguns a evolução social foi determinando uma complexidade crescente da organização, chegando-se a um ponto em que o poder político precisou surgir, utilizando um órgão especial que é o Estado.⁷

Em total harmonia, ainda assevera que o Estado sempre se manteve igual ao qual se verifica nos dias atuais, e, o que ocorrera, nada mais foi, do que a designação de nomenclaturas distintas, mas o conteúdo significativo se mantinha intacto, ou seja, sociedades políticas organizadas que possuam uma autoridade maior e regras de condutas sociais para regramento dos seus membros.⁸

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 50/51.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

Sahid Maluf complementa⁹:

Os autores norte-americanos nos oferecem as seguintes definições “O Estado é uma parte especial da humanidade considerada como unidade organizada” (John W. Burgess); “ O Estado é uma sociedade de homens unidos para o fim de promover o seu interesse e segurança mútua, por meio da conjugação de todas as suas forças” (Thomaz M. Cooley); “O Estado é uma associação que, atuando através da lei promulgada por um governo investido, para esse fim, de poder coercitivo, mantém, dentro de uma comunidade territorial delimitada, as condições universais da ordem social” (R. M. Mac Iver). [...] a definição de Clóvis Beviláqua: “O Estado é um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe dá unidade orgânica”. [...]. Da doutrina de Von Ihering extraiu Clóvis este conceito: “O Estado é a sociedade que se coage; e para poder coagir é que ela se organiza tomando a forma pela qual o poder coativo social se exercita de um modo certo e regular; em uma palavra, é a organização das forças coativas sociais”. Em última análise, o tecnicismo jurídico leva sempre à definição simplista de Duguit – “O Estado é a força a serviço do Direito”.

Observe-se, entretanto, que quando se discute Estado e sua forma governamental, o principal elemento que se busca analisar é o poder político, que segundo Norberto Bobbio “é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceitar por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo”.¹⁰

Este denominado poder político consiste na aplicação de força sobre um determinado grupo social, que terá diversificação quanto aos seus efeitos e consequências segundo o regime governamental adotado, isto quer dizer que dependendo de sua forma de constituição, será possível apontar sua forma de regime governamental que influenciará diretamente na estruturação de um Estado Democrático de Direito.

Seguindo esse entendimento, Platão afirmou que o poder político pode ser constituído por três formas distintas: monarquia, aristocracia e democracia. A monarquia é aquela pela qual o poder político se concentra em uma única pessoa,

⁹ MALUF, Sahid. **Curso de direito constitucional. Parte geral: Teoria geral do estado**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A: São Paulo, 1970, p. 25.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e terra, 2000, p. 86.

desdobrando-se na realeza – quando o político agia em conformidade com a lei, guiado pela ciência ou pela sua própria convicção para o interesse comum do povo – ou tirania – consistente na atuação do poder político por meio de transgressões as leis, com o fim de prevalecer seus interesses pessoais pela cobiça ou ignorância.¹¹

Norberto Bobbio identifica a monarquia como o poder “sem lei nem freios”, e a revelada pelo nome de despotismo.¹²

A segunda forma, chamada de Aristocracia, é concentração do poder em um governo representado por um pequeno número de pessoas, que agiam em benefício do bem comum do povo. Ou, pela Oligarquia, atuando seus entes em benefício próprio.¹³

Assim, o que distingue essa espécie de governo entre aristocracia ou oligarquia, é que a primeira se constitui pela atuação de poucos – considerados os melhores – em detrimento dos interesses comuns do povo, e, por sua vez, a oligarquia se mostra como uma forma degenerada de aristocracia, isto porque, a minoria que possui o controle do poder político, exerce esse poder em proveito próprio¹⁴, ou seja, “em toda parte que os homens governem em razão de sua riqueza, sejam muitos ou poucos, há ali uma oligarquia”.¹⁵

E por fim, a Democracia que seria constituída pela soberania e vontade da massa na regência da atuação do governo¹⁶, que representa a “realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana”.¹⁷

¹¹ PLATÃO. **Diálogos: O banquete – Fédon – Sofista – Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza (O Banquete), Jorge Paleikat e João Cruz Costa (Fédon, Sofista, Político). São Paulo: Abril Cultural: 1972, pp. 247-248.

¹² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e terra, 2000, p. 105.

¹³ PLATÃO. **Diálogos: O banquete – Fédon – Sofista – Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza (O Banquete), Jorge Paleikat e João Cruz Costa (Fédon, Sofista, Político). São Paulo: Abril Cultural: 1972, p. 248.

¹⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993, p. 206.

¹⁵ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 125.

¹⁶ PLATÃO. **Diálogos: O banquete – Fédon – Sofista – Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza (O Banquete), Jorge Paleikat e João Cruz Costa (Fédon, Sofista, Político). São Paulo: Abril Cultural: 1972, p. 248.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 112.

Patente que o regime democrático é aquele em que todo o poder emana do povo, sendo o poder concentrado nas mãos de todos do povo, concentrado no bem comum da sociedade, tendo de forma clara a soberania do povo nas decisões comuns.

Nessa espécie de governo, o povo não representa o soberano, mas é ele mesmo o soberano, pois é nele que se situa originariamente o poder supremo, do qual derivam os direitos dos indivíduos, até mesmo, pelo fato de atuarem com a finalidade maior do bem comum.¹⁸

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em uma análise da obra “O espírito das Leis” de Montesquieu, afirma que os homens não possuem o conhecimento e discernimento necessário para decidir questões políticas, o que deveria ser feito por aqueles que possuem maior capacidade.¹⁹

Na constituição do poder político em formas diversas da Democracia, a insegurança jurídica prevalece pela própria possibilidade de os governantes atuarem sem observância do bem comum, prestigiando e favorecendo pessoas predeterminadas segundo seus interesses privados.

Não obstante as diversas formas de constituição do poder, o Estado de Direito surgiu em meados dos séculos XVIII e XIX, com a Carta Magna em 1215, como forma de limitação do poder, mediante a implementação de leis criadas segundo a vontade comum, visando proteger direitos tidos por fundamentais, que deram nascimento à principal norma de um povo, reconhecida como a estrutura de um sistema jurídico: a Constituição.

Apesar de existirem diversos textos normativos consagrando a defesa dos direitos considerados fundamentais, é por força da Constituição que se reconhece

¹⁸ CICCO, Cláudio de. Kant e o estado de direito: o problema do fundamento da cidadania. In: **Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre a lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 183.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

efetivamente se um Estado é de Direito, visto que por se tratar de uma carta política que delimita a estrutura governamental de um Estado, concretiza também medidas e regras limitadoras dos abusos de poder pelo próprio Estado, promovendo a proteção de direitos fundamentais.

1.2 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são frutos da evolução da humanidade, oriunda das conquistas e lutas travadas pelos mais diversos povos, e tiveram seus primeiros passos advindos na idade média por influência do cristianismo, que reconhecia ser o direito algo próprio da natureza do ser.

O surgimento dos direitos fundamentais se deu pelo inevitável desejo do povo à limitação do poder dos governantes, isto porque, as formas de governo que existiam à época se voltavam ao poder absoluto e supremo de uma única pessoa ou grupo pequeno de pessoas, que impunha seus interesses ao povo, por meio da força.

Sem adentrar na discussão acerca das diversas concepções da expressão direitos fundamentais, basta ao estudo apresentar algumas conceituações trazidas pela vasta doutrina.

A conceituação dos direitos fundamentais se apresenta como sendo matéria de peculiar dificuldade, isto porque se trata de tema deveras atual que está em constante construção, diante das modificações no pensamento social, o que só faz crescer as terminologias empregadas pelos ordenamentos jurídicos, que apresentam os direitos fundamentais como direitos humanos, direitos e garantias individuais, direitos e liberdades fundamentais, direitos do homem, liberdade públicas, dentre outras.²⁰

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179.

Não obstante a diversidade de nomenclaturas, os direitos fundamentais continuam sendo posicionamentos jurídicos voltados às pessoas, que foram incluídos nos textos constitucionais devido a importância do seu conteúdo.²¹

Assim, é possível dizer, com Alexandre de Moraes, que:

[...] a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberania popular²².

Ao conceituar os direitos fundamentais, o mesmo autor, afirma tratar-se de garantias voltadas ao respeito da dignidade da pessoa humana, “por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.²³

Ainda, na busca pela melhor conceituação aos direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, escrevem que:

Direitos Fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual²⁴.

Desta feita, é possível conceituar direitos fundamentais como a gama de normas, internas e externas, que, por sua essência, buscam proteger direitos que constituem elementos imprescindíveis à consagração da dignidade da pessoa humana, considerando também toda a coletividade, tanto nas relações existentes entre Estado e particulares, quanto nas relações apenas entre particulares.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007. p. 89.

²² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. Coleção temas jurídicos; 3. São Paulo: Atlas, 1998. p. 19.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. Coleção temas jurídicos; 3. São Paulo: Atlas, 1998. p. 39.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

Bom expor que os direitos fundamentais são aqueles direitos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo que, na maioria dos casos, constam do corpo da norma constitucional, formando um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos.

José Afonso da Silva reconhece que “os direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.²⁵

José Joaquim Gomes Canotilho ao conceituar direitos fundamentais, reconhece a diferença existente quando contraposto ao conceito de direitos do homem, afirmando o seguinte:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempo (dimensão jusnaturalista-universalista; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta²⁶.

E, por sua vez, Norberto Bobbio conduz o tema afirmando, sob um conteúdo avaliativo, que “os direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização”.²⁷

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 183.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 393.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

Vale ressaltar, que o surgimento dos direitos fundamentais, se deu pela busca de contenção dos abusos de poder pelo Estado, não bastasse constituíram-se por um conjunto normativo visando a manutenção da dignidade humana²⁸.

Ademais, o “Estado tem o dever de abstenção ou de não-impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o judiciário e a organização do processo”,²⁹ a fim de assegurar a proteção do Estado Democrático de Direito.

No intuito de promover tal amplitude protetiva, o próprio Estado, por força do poder constituinte, originário ou reformador, instituiu no texto constitucional uma gama principiológica necessária à manutenção dos direitos fundamentais.

Por essa razão, pode-se verificar, no §1º do artigo 5º do texto constitucional vigente, que a lei maior atribui força imediata as normas constitucionais, incluindo-as, ainda, para que não restem dúvidas quanto a sua indispensabilidade, no rol das cláusulas pétreas, aduzindo assim, Luiz Guilherme Marinoni que a Constituição Federal “confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...], seja inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas”,³⁰ contemplando desta forma, a expressão voltada ao Estado Democrático de Direito, com a força do direito positivado, por meio de seus princípios.

1.2.1 Notas Acerca da Eficácia dos Direitos Fundamentais

As discussões referentes à eficácia das normas constitucionais passam a ter importância após a promulgação da Constituição Federal de 1891, que, observando a teoria norte americana da *self-executing*, *self-acting*, ou *self-enforcing* e normas *not self-executing*, *not self-acting*, ou *not self-enforcing*, implementou no texto

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. Coleção temas jurídicos; 3. São Paulo: Atlas, 1998. p. 19.

²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 260.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. v. 1. 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 68.

constitucional a distinção entre normas auto-aplicáveis ou auto-executáveis e normas não-auto-aplicáveis ou não-auto-executáveis.³¹

As normas auto-aplicáveis, pelo próprio nome, seriam aquelas que geram seus efeitos por si só, independentemente de qualquer ato legislativo, visto que realizado em sua completude, ou seja, a aplicabilidade da norma constitucional se vislumbra quando completa naquilo que lhe objetiva, sendo dispensável a criação de lei para ulterior regulamentação.³²

Já as normas constitucionais não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis são aquelas que necessitam de atividade legislativa para alcançarem seu conteúdo, nas quais o próprio texto legislativo invocará a necessidade de uma complementação, o que gerará a complementação da Constituição.³³

A denominação utilizada pelo ordenamento jurídico foi se adaptando com o passar do tempo, a fim de se adequar a estrutura jurídica, tendo em vista que denominar a norma de “não-auto-executáveis” davam a falsa impressão de inexistir eficácia quanto àquela norma, o que de fato não é correto já que todas as normas constitucionais possuem efeitos jurídicos.

Não obstante, é de se reconhecer que as normas constitucionais auferem alguma eficácia, que se classificam gradualmente em normas constitucionais de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida.

Para esclarecer, as normas de eficácia plena são aquelas que alcançam o objetivo do legislador constituinte, e produz efeitos desde a sua promulgação, enquanto que as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que exigem uma atuação legislativa para que produzam seus efeitos.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 252.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 254.

³³ MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 49.

O constitucionalista José Afonso da Silva ao seu turno desenvolve a teoria tricotômica³⁴ para explicar a eficácia das normas constitucionais, e as divide em três grupos: as de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

De forma singela, as normas de eficácia plena são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata, não dependendo de intervenção do legislador ordinário, as normas de eficácia contida são aquelas que também possuem aplicabilidade direta, entretanto, não são totalmente integrais, mas restringiu a atuação do legislador.³⁵

As normas de eficácia limitada necessitam de intervenção do legislador ordinário. Essas normas englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, que instituem programas de ação para o Estado, quanto às normas de princípios institutivos e organizatórios, que definem a estrutura de determinados órgãos e instituições.³⁶

1.3 Princípios, Regras, Constitucionalismo e Direitos Fundamentais

Uma primeira abordagem a ser destaca neste capítulo refere-se à compreensão dos termos princípio e regra, com vistas a identificar o alcance de cada instituto.

Assim, em linhas iniciais, o termo princípio, etimologicamente originado da expressão *principium*, com o objetivo de permitir seu estudo quanto a estruturação no campo do direito processual e proteção de direitos fundamentais, referem-se a origem de algo, ou como preferível nos bancos acadêmicos, “pedras basilares” que delineiam os rumos de cada instituto, pautando as atuações dos diversos entes que compõem os órgãos do poder público.

³⁴ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 73.

³⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: RT, 1991. p. 79.

³⁶ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SYLVIO MOTTA, Gustavo Barchet. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. pp. 67/68.

A apresentação de um conceito exato sobre princípio se mostra de extrema dificuldade, isto pelos mais variados significados que são dados à palavra, “ora como valor absoluto; ora como critério interpretativo; ora como um direito fundamental em si mesmo; ora como direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana; ora como mera referência filosófica desprovida de maior normatividade”.³⁷

Os princípios surgem da própria necessidade social que, por força de sua evolução, dão origem aos demais preceitos que garantem a proteção mínima aos direitos fundamentais, prescrevendo mecanismos que protejam a sociedade dos abusos do poder estatal.

José Francisco Cunha Ferraz Filho esclarece que:

[...] os princípios podem ser tomados como fundamentos com base nos quais se prescrevem regras que têm por finalidade fazê-los efetivos em dada ordem de disciplina. [...], aqueles sobre os quais se levanta a ordem constitucional do país e que, por isso mesmo, impõem-se a toda ordem constitucional. Esta em tudo, necessariamente tudo, deve segui-la, sob pena de, não o fazendo, ser havida como inconstitucional e, por isso mesmo, destoante do ordenamento jurídico, a ponto de justificar sua exclusão.³⁸

Os princípios têm por finalidade e importância no mundo jurídico expressar valores fundamentais do sistema, segundo os preceitos da adequabilidade, dando unidade e condicionamento à atividade daquele que o interpreta.³⁹

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulamentação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social

³⁷ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 53.

³⁸ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Org. Antônio Cláudio da Costa Machado; Coord. Anna Candida da Cunha Ferraz. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 3.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151.

antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com a aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.⁴⁰

Sobre o tema em comento, Robert Alexy para ressaltar a importância dos princípios como elementos protetores dos direitos fundamentais, esclarece que as regras jurídicas não se confundem com os princípios, que são considerados “mandados de otimização”, eis que seus valores enunciativos pressupõem a criação de meios permissivos ao alcance de sua finalidade aos casos concretos.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁴¹

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho revela que:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáctivos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não

⁴⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 57.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90/91.

obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou não), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos.⁴²

Concentrando esforços para contribuir com o tema, Cássio Scarpinella Bueno, complementa:

Interpretam-se e aplicam-se “princípios jurídicos” de forma muito diferentes do que as “regras jurídicas” são interpretadas e aplicadas. Porque as “regras”, por definição, têm em mira uma limitação clara e inequívoca de casos que reclamam sua incidência, o que não ocorre com os princípios; porque as regras colidem umas com as outras e revogam umas às outras e os princípios, não; eles *convivem* uns com os outros mesmo quando se encontrem em estado total de colidência. Eles não se revogam, não se sucedem uns aos outros, mas, bem diferentemente, *preponderam*, mesmo que momentaneamente, uns sobre os outros, mesmo que temporariamente, mas sem eliminação (revogação) recíproca. Eles, os princípios, tendem a se *acomodar* em um mesmo caso concreto que reclama sua incidência, conforme sejam as necessidades presentes ou ausentes que justificam a sua incidência.⁴³

Pelos esclarecimentos expostos, a distinção entre princípio e regra é notória e eis que os princípios atuam em “uma *instância reflexiva*, permitindo que os diferentes argumentos e pontos de vista existentes na sociedade, acerca dos valores básicos subjacentes à Constituição, ingressem na ordem jurídica”.⁴⁴

Luís Roberto Barroso complementa seu entendimento sobre a distinção entre princípio e regra escrevendo que as regras são “normas descritivas de comportamento, havendo menor grau de ingerência do interprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação”.⁴⁵

Tomem-se alguns exemplos de *regras* constitucionais. A idade mínima para alguém se candidatar a Presidência da República é de 35 anos (art. 14, §3º, VI, a); ao completar 70 o servidor público será

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1161.

⁴³ BUENO. Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**: v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229.

aposentado compulsoriamente (Art. 40, §1º, III); nenhum benefício da seguridade social poderá ser criado sem indicação da fonte de custeio (art. 195, §5º). Tomem-se, agora, alguns exemplos de *princípios* constitucionais. Eles poderão ser explícitos, como os da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da moralidade (art. 37, *caput*) ou da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV); ou implícitos, decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade. Nenhum leitor atento deixará de ter a intuição de que as normas do primeiro grupo e as do segundo grupo são inequivocamente diferentes em muitos aspectos.⁴⁶

Esclarecida a distinção entre princípios e regras – e já tendo sido discutido o conteúdo dos direitos fundamentais – é possível reconhecer que os direitos fundamentais constituem princípios, pois “somente no caso concreto será possível dimensionar as suas *possibilidades jurídicas e fáticas*”.⁴⁷

Considerando tais argumentos, o artigo 1º da Carta Constitucional prescreve que o Estado brasileiro é constituído por uma forma de governo democrático, expressando os direitos fundamentais, por meio de mecanismos que asseguram a proteção da sociedade e seus entes.

A norma fundamental de um país é a imagem da situação histórica de sua sociedade, a qual se pretende regulamentar, querendo isto dizer que o sistema constitucional é a expressão que permite perceber qual o sentido real dado pela Constituição Federal.

Flademir Jerônimo Belinati Martins, ao tratar do constitucionalismo como elemento protetor dos direitos fundamentais, esclarece que:

[...], enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade histórico concreta em normas constitucionais; com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter.⁴⁸

⁴⁶ Sobre esta distinção entre princípios e regras conferir Luís Roberto Barroso – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

⁴⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

⁴⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 55.

Em se tratando do processo, ponto de relevância à compreensão deste estudo, a sistemática constitucional o interpreta “como ramo do direito público”, que “tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional”,⁴⁹ como também ressaltou Paulo Hamilton Siqueira Jr.⁵⁰

A Constituição é a regra fundamental do Estado. O processo é o instrumento de atuação estatal e, como ramo do direito público, tem por finalidade proteger os direitos fundamentais, que por sua vez estão estabelecidos no texto constitucional.

Deste entendimento, é possível afirmar que o processo é o instrumento necessário à proteção da Constituição, posta à disposição do Estado para a aplicação do Direito em busca da pacificação social,⁵¹ denotando-se com isso a inseparável correlação entre constituição e processo, dando origem à disciplina denominada de direito constitucional processual.

O estudo da disciplina direito constitucional processual se revela por dois flancos, de um lado a jurisdição constitucional e de outro a estruturação dos princípios processuais constitucionais, sendo que a primeira trata dos mecanismos para controle da constitucionalidade das leis, enquanto que a segunda concentra esforços na orientação do exercício do poder jurisdicional, por meio do processo.

1.3.1 Devido Processo Legal: O Princípio dos Princípios

Importante iniciar essa explanação, apresentando os precedentes históricos que originaram o princípio do devido processo legal, para se fazer possível compreender o trabalho de amadurecimento do direito.

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 84.

⁵⁰ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35.

⁵¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 18. – [A denominação *processo* é relativamente moderna e provém etimologicamente do latim *processus* (de proceder: avançar, seguir caminhando). [...]. O processo é o instrumento de que se serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos”.

É possível afirmar, segundo estudos históricos, que o princípio do devido processo legal teve sua nascente, na Inglaterra, em 1215, com a Magna Carta de João Sem Terra, documento que tinha por escopo limitar os poderes do Rei sobre a nobreza, fazendo com que o Monarca governasse sob as leis, e não apenas governar pelas leis.⁵²

O artigo 39 deste texto fundamental apresentou, pela primeira vez, a locução *law of the land*, o que nos dias atuais conhecemos por devido processo legal, que tinha redação voltada à contenção do poder, fato que impulsionou sua universalização e aplicação indispensável desde seu surgimento até os dias atuais.

Referido artigo previu que “nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outro fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais [e/]⁵³ ou de acordo com a lei da terra”.

Veja-se que por ser o primeiro texto universalmente conhecido que trate do devido processo legal, ou na sua dicção originária *law of the land*, tinha aplicação restrita aos membros da nobreza, tanto que se refere a “homem livre”, logo não estariam falando dos escravos e marginalizados em geral.

Ademais, afirmou o texto do artigo 39 que aqueles cobertos pela Magna Carta – os nobres – seriam julgados por seus iguais mediante a aplicação da lei do país, independentemente, da lei da terra dos soberanos invasores.

Apesar das características, demasiadamente, políticas da Carta Magna, que teve como mola propulsora o movimento reacionário da nobreza com o intuito de evitar abusos dos governantes, e a concessão de João Sem Terra para se manter

⁵² PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5366/Devido_Processo_Substantivo> Acesso em 26/03/2010.

⁵³ PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5366/Devido_Processo_Substantivo> Acesso em 26/03/2010.

no poder, o artigo 39 é herança jurídica para todos os demais ordenamentos e estruturas jurídicas posteriores.

Ainda, na Inglaterra, durante o reinado de Eduardo III, em 1354, foi instituída a lei denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, utilizando, pela primeira vez, a expressão *due process of law*, que possui o mesmo significado de *law of land*.⁵⁴

O próximo passo da evolução histórica do princípio do devido processo legal teve seu advento no século XVII, nos Estados Unidos, que antes mesmo da Constituição Norte Americana de 1787, já consagravam referido princípio em suas constituições estaduais, mimetizando o conteúdo apresentado na Carta de 1215 e na lei de 1354.⁵⁵

A seu turno, a ordem cronológica do *due process of law*, na América se inicia com a Declaração dos Direitos do Estado da Virgínia, em 16/08/1776, que, em sua seção 8, refere-se à lei da terra e julgamento por seus iguais, dispondo que “that no men be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgement of his peers”.⁵⁶

Ato contínuo, em 02/09/1776, a Declaração de Delaware, em sua seção 12, apresentou de forma mais completa essa regra principiológica, ao afirmar “that every freeman for every injury done him in his goods, lands of person, by any other person, ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land”.⁵⁷

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 78.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 78.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 78.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 78/79.

Ainda, trouxeram em seus textos referências ao devido processo legal, a Declaração de Maryland de 03/11/1776⁵⁸, a Declaração dos Direitos da Carolina do Norte em 14/12/1776⁵⁹, a Declaração das colônias de Vermont em 08/07/1777, de Massachusetts em 25/10/1780, e, New Hampshire em 02/06/1784, que apresentaram uma nova formatação dos direitos protegidos pelo princípio do devido processo legal, consagrado em uma trilogia firmada pela vida-liberdade-propriedade.⁶⁰

Mesmo diante dos precedentes americanos quanto ao devido processo legal, a Constituição norte-americana promulgada em 1787, não fez qualquer menção ao *due process of law*, o que somente ocorreu em 1791, com o *Bill of Rights*, que instituiu as primeiras dez emendas constitucionais.

A 5ª emenda instituída pelo *Bill of Rights*, criou uma regra de contenção do poder governamental, porém, com falhas, haja vista que somente se aplicava ao governo central norte-americano, excluindo-se a atuação dos diversos governos estaduais.⁶¹

Após um século de inexistência de controle quanto às atuações dos governos estaduais, em 1868, foi instituída a 14ª emenda, derivada de um movimento reconstrutivo, desencadeado pelo término da guerra civil.⁶²

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79.

"That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land".

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79.

"That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the law of the land".

⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79.

⁶¹ PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5366/Devido_Processo_Substantivo> Acesso em 26/03/2010.

⁶² PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5366/Devido_Processo_Substantivo> Acesso em 26/03/2010.

Essa emenda, analisada em conjunto com a 5ª emenda, possibilitou a proteção integral do povo norte-americano contra o poder dos governantes, independentemente, do grau de atuação: federal ou estadual.

A partir de então, a Suprema Corte norte-americana, por meio de julgados, apresentou grande progresso na aplicação do clausulado do *due process of law*, que diante de situações concretas, como nos casos Meyer v. Nebraska em 1923⁶³, e, Pierce v. Society of Sister em 1925⁶⁴, deu surgimento a classificação do devido processo legal em seu sentido material e formal.

No direito brasileiro, essa cláusula foi instituída pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LIV, que atribuiu ao referido princípio natureza de direito fundamental, com aplicação genérica a todos os entes do poder público, afirmando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Denota-se que o devido processo legal, desde sua nascente, esteve intimamente ligado – e continua – ao trinômio vida-liberdade-propriedade, que resguarda os governados dos desmandos e arbitrariedades dos governantes.

Pela estruturação dos direitos fundamentais, o devido processo legal se apresenta como um “conjunto de posições jurídicas fundamentais, definitivas e *prima facie*, que se relacionam entre si e que podem ser reconduzidas, ao fim a ao cabo”,⁶⁵ ou seja, a reunião de proposições jurídicas consistentes nas garantias de um processo justo.

⁶³ Neste caso a Suprema Corte norte-americana entendeu ser inconstitucional uma lei estadual que vedava o ensino em idioma diverso do inglês, aplicável para escolas públicas e privadas que pretendiam instituir aulas em idioma alemão.

⁶⁴ Neste caso a Suprema Corte norte-americana entendeu ser inconstitucional uma lei estadual que exigia que as crianças normais entre 8 e 16 anos somente fossem matriculadas em escolas públicas e proibia as escolas privadas e paroquiais de aceitá-las, sendo uma plena violação na liberdade dos pais e na propriedade das escolas.

⁶⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 157.

Por esta afirmação, “é correto dizer que o devido processo legal é um superprincípio, abrangendo todos os demais princípios fundamentais de direito processual”.⁶⁶

O devido processo legal se apresenta como construção histórica dos direitos fundamentais, que se desenvolveu no decorrer dos anos, desembocando em duas espécies, o devido processo legal processual e o devido processo legal substancial.

O devido processo legal em seu sentido processual refere-se à forma de aplicação da norma na esfera processual, ou seja, trata das garantias das partes enquanto atuantes em uma relação processual, assegurando a plenitude dos direitos de defesa, igualdade, e demais garantias processuais, restando nítido que o devido processo legal existe, como uma de suas facetas, para um processo ordenado.

A visão substancial do devido processo legal convola suas forças para controlar a atuação do governo no que concerne aos critérios de legalidade dos atos do poder público, quanto ao arbítrio do legislador na criação da lei e na discricionariedade e dos atos do executivo.⁶⁷

Como pode ser bem visto, o devido processo legal substancial tem como sua função primária a de controlar a constitucionalidade dos atos praticados pelo poder público em geral, pelo fato de serem injustos, irrazoáveis ou desproporcionais, tal qual um limitador da discricionariedade do poder público.

O substantivo *due process* tem a finalidade de limitar o exercício do poder governamental autorizando ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, o que permite um controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.

⁶⁶ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico**. v. 1. tomo I. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 13.

⁶⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **O devido processo substantivo e o supremo tribunal federal nos 15 anos da constituição federal**. Disponível em <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpu0104/ferreira_o_devido_prc_legal_subst_e_o_stf.htm> Acesso em 26/03/2010.

Desta feita, o devido processo legal material serve como base a dois primados constitucionais presentes nos dias atuais que atuam na fiscalização de atos dos governantes, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Pela proporcionalidade se pretende alcançar a real proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.

Em linhas gerais, proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis, enquanto que a razoabilidade se refere a um padrão médio de avaliação geral, em sentido estrito, “é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”.⁶⁸

A “regra da proporcionalidade” fornece critérios os mais objetivos possíveis que deverão ser empregados para solucionar os impasses de *preponderância* dos diversos princípios jurídicos em cada caso concreto. É esta regra que deve ser utilizada em todos os casos em que o interprete ou o aplicador do direito não conseguir compatibilizar os princípios conflitantes. Estes critérios são os seguintes: regra da adequação; regra da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁹

Já a razoabilidade está ligada à congruência lógica entre as situações concretas e as decisões administrativas e judiciais, isto que dizer uma adequação entre a situação fática e a atuação concreta do poder governamental.

É um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, em que se verifica se eles estão em conformidade com o valor superior inerente a todo ordenamento jurídico. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão subjetiva.⁷⁰

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 244.

⁶⁹ BUENO. Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**: v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 244.

Nesse sentido, explica Luís Roberto Barroso que “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.⁷¹

Por se tratar de um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes, conclui-se que o devido processo legal substancial é instrumento típico do Estado democrático de direito, com vistas a impedir toda restrição aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido.

Ainda no campo do *substantive due process*, suas projeções podem ser:

- 1) Voltadas à limitação ao poder legislativo, por meio do controle da constitucionalidade (controle difuso ou concentrado – controle formal ou material).
- 2) Voltadas à limitação ao poder administrativo, por meio do controle da legalidade dos atos da administração (tanto atos vinculados ou discricionários).
- 3) Voltadas à limitação do poder judiciário, por meio da aplicação das regras de direitos fundamental, aclarando o Estado democrático de direito, impedindo arbitrariedade do magistrado, como por exemplo, a relativização da coisa julgada quando inconstitucional, a garantia da igualdade substancial.

1.3.2 Princípio do Acesso à Justiça: Por uma Justiça Justa

Neste contexto de razoabilidade e proporcionalidade à busca de um processo justo, é inseparável a discussão sobre o princípio do acesso à justiça que além de trazer condições objetivas para se ter direito ao ingresso em juízo, pela participação no processo, impõe o dever de observância à prestação jurisdicional adequada, eficaz e justa. Não se trata de mero acesso formal ao Poder judiciário, mas sim de verdadeira realização da justiça por meio da atuação jurisdicional.⁷²

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 233.

⁷² MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 180.

O ordenamento jurídico brasileiro traz expressamente o direito de acesso à justiça, embutido no rol dos princípios constitucionais, com previsão no artigo 5º, XXXV, que prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em consonância, Mauro Cappelletti, afirma ser referido princípio “[...] o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”.⁷³

A seu turno, Rui Portanova explica a sistemática do princípio do acesso à justiça como sendo uma “filosofia libertária” que galga no sentido de identificar “métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível”.⁷⁴

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.⁷⁵

Sob tal enfoque, é destes dois grandes parâmetros fundamentais – acesso à Justiça e devido processo legal – que “decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa”,⁷⁶ até porque legitimam a jurisdição e se confundem com o próprio Estado de Direito.⁷⁷

É fato que além de proteger os cidadãos contra os atos do poder público, convergem à aplicação da justiça.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 15.

⁷⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 208, p. 112.

⁷⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamento do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 798.

⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 90.

⁷⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 208, p. 146.

1.3.3 Princípio da Segurança Jurídica: Existe um Fim

Pelo que foi dito em capítulo anterior dedicado ao Estado Democrático de Direito, percebeu-se que pelas formas de constituição do poder político e pelas formas governamentais que os Estados podem adotar, seria muito fácil ao governante atuar de forma que visasse apenas seus interesses egoísticos, ditando as regras sociais e as alterando no momento que lhe conviesse.

Mas, a evolução do Estado autoritário para Democrático de Direito, delimitou os contornos da atuação do poder público consagrando a efetivação da segurança jurídica, isto pelo fato de controlar as atuações dos governantes quanto aos seus mandos e desmandos, em benefício exclusivo.

Esta situação foi bem enfocada na obra de José Joaquim Gomes Canotilho, que assevera a instabilidade jurídica nos Estados Absolutistas, visto que o príncipe dotado de todo seu poderio e discricionariedade intervinha constantemente na vida dos súditos, editando, derogando e revogando leis, enquanto que “toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito”.⁷⁸

No mesmo caminho, Fernando César Ribeiro de Oliveira esclarece que:

O elemento teleológico nas ações dos homens é um fator ineludível, encontrável em qualquer sociedade, em qualquer cultura historicamente situada. E qual seria dos valores primordiais buscado pelos homens e suas sociedades, no devir da História, senão o valor primeiro da *segurança e da certeza* nas relações interindividuais. O homem quer, precisa e escolhe sentir-se seguro, sentir que as relações sociais perduram, trazem em si a previsibilidade, que a sociedade que formaram e que estruturaram em inúmeras instituições, terá como uma de suas principais características a *estabilidade*.⁷⁹

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 109.

⁷⁹ OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro. Execução e coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 1, set./out. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.

A segurança jurídica é termo de inescondível importância para compreensão do trabalho proposto, tendo em vista que é elemento essencial protetivo da estabilidade das relações sociais, que criam alicerces para os atos do poder público, notadamente, para o que interessa neste trabalho, fazer a sociedade crer que os litígios terão um fim, ou seja, que em determinado momento, após o transcurso regular de todo trâmite processual, segundo a observância do princípio do devido processo legal adjetivo, aquela matéria solucionada não mais poderá ser rediscutida, formando-se, contudo a coisa julgada.⁸⁰

É de se ressaltar que o positivismo jurídico, juntamente com a tripartição de poderes, é o grande baldrame do princípio da segurança jurídica, com os quais se pode alcançar a limitação dos atos dos membros que compõem o poder soberano do Estado, assim, esboçado por Cesar Asfor Rocha:

O início da era moderna, com o Estado Absoluto, legou à cultura jurídica ocidental a produção estatal do Direito como única fonte de regulamentação de condutas humanas, mas a ausência de limites das ações do Estado permitiu que, na fase seguinte do curso histórico, a classe burguesa procurasse, com o fortalecimento do *Poder Legislativo*, composto quase que só por indivíduos provindos da burguesia, imprimir fronteiras ao Estado (Poder Executivo), bem como aos Magistrados (Poder Judiciário), fortalecendo, assim, a lei, uma vez que esta era produto das suas vontades políticas e nela estavam resguardados todos os interesses daquela nova classe que crescia progressivamente no continente europeu.⁸¹

A prestação jurisdicional efetiva e segura é a finalidade do Estado ao atuar como agente pacificador e responsável pela ordem social, com a segurança tem-se a sensação de que qualquer procedimento segue os parâmetros legais, ou seja, relata as expressões do devido processo legal, do acesso à justiça e segurança jurídica.

⁸⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mérito e coisa julgada na execução. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 398. Esclarece o autor que “A segurança jurídica, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, fundamenta e justifica a existência da coisa julgada material, a fim de que reste mantida a estabilidade das relações havidas na sociedade”.

⁸¹ ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

Tanto é verdade que pelas lições de Norberto Bobbio, fica evidente que a atuação dos juízes segundo os critérios da lei, fortificou o primado da segurança jurídica, pelo fato de ser reconhecido pelo jurisdicionado que a atuação estatal, por meio do poder judiciário, seguiria o contido nos textos normativos.⁸²

A efetividade da segurança jurídica, reconhecida pela sociedade como ferramenta de proteção a direitos fundamentais é intrínseca à atuação processual, ao passo que ressalta a garantia da estabilidade jurídica, calcada principalmente na previsibilidade da sociedade quanto às atuações do poder público e seus efeitos perante toda a sociedade.⁸³

Leonardo José Carneiro da Cunha tratando da previsibilidade da sociedade reconhecer se tratar do princípio da segurança legítima, conforme segue:

A propósito, é relevante mencionar que, atualmente, a doutrina vem preocupando-se com o chamado princípio da “confiança legítima”, tido como expressão ao direito fundamental à segurança, não se limitando à mera incolumidade pessoal. A segurança jurídica constitui desdobramento da segurança *tout court*. O princípio da “confiança legítima” tem sua gênese no direito germânico, passando a ser adotado pelo direito comunitário e vindo a ser consagrado em países europeus, sobretudo na França e na Itália. Tal princípio da “confiança legítima” resulta da exigência de previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica. Quando o direito se torna instável, a necessidade de proteger as vítimas da instabilidade é assegurado pelo princípio da segurança legítima.⁸⁴

O princípio da segurança jurídica, considerado como direito fundamental, possui posituação no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a Constituição Federal como também a legislação infraconstitucional trazem seu conteúdo de forma expressa ou implícita, como por exemplo, o instituto da prescrição e da decadência incluído no Código Civil.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Notas compiladas por Nélito Morra. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 40.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 257.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mérito e coisa julgada na execução. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 398.

Não obstante isso, para consecução dos fins almejados neste estudo, a principal análise sobre o princípio da segurança jurídica está concentrado no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que assegura a não intervenção da lei no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.

Dentre os elementos que compõem a segurança jurídica, a coisa julgada se apresenta como sendo àquele que garante o fim, de uma vez por todas, dos conflitos, não permitindo a reabertura de demandas, trazendo paz social.⁸⁵

⁸⁵ OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro. Execução e coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 1, set./out. Porto Alegre: Síntese, 1999, pp. 45/46.

2 A COISA JULGADA

2.1 A Coisa Julgada sob uma perspectiva Constitucional

Prevista no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal vigente, a coisa julgada é instituto decorrente do princípio da segurança, que garante a entrega da prestação jurisdicional e sua respectiva imutabilidade.

Assim prescreve o citado dispositivo constitucional que “a lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Enrico Tullio Liebman esclarece que a expressão coisa julgada, apesar de abstrata, refere-se à imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, de um objeto maior que é resultado da sentença, até porque sua não vinculação com o efeito da sentença a tornaria em expressão vazia.⁸⁶

É inerente à coisa julgada a imutabilidade, que não pode ser infringida pelos juízes, tão pouco pelo legislador, visto que esta garantia está elevada a *status* constitucional, inserida dentre os direitos e garantias fundamentais, e assim, inserida como cláusula pétrea, não podendo nem mesmo ser alterada pelo poder constituinte derivado, nos termos do artigo 60, §4º I e IV da Constituição Federal.⁸⁷

A proteção que se almeja com a defesa da coisa julgada encontra arrimo no próprio estado democrático de direito, e a inobservância deste preceito “é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira”.⁸⁸

⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

⁸⁷ Artigo 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[*Omissis*]

§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

[*Omissis*]

IV – os direitos e garantias individuais

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 680.

A proteção da coisa julgada pela Constituição Federal tem fundamento para a manutenção da segurança e estabilidade jurídica, revestindo as decisões de imutabilidade, suprindo os interesses do ordenamento jurídico, colocando fim definitivamente aos litígios levados à jurisdição.

A coisa julgada, consectário lógico da segurança jurídica, aliada ao princípio do Estado de Direito, promove a previsibilidade dos efeitos produzidos pelos atos jurisdicionais, como consequência dos fins pacificadores do Estado, por meio do processo,⁸⁹ até porque promove a certeza de que o litígio levado ao Poder Judiciário terá um fim pacificador, ao qual não mais haverá possibilidades de retrocesso.

Vale ainda dizer, nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que a coisa julgada:

[...] tem a força de criar a imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo e resolvida pela sentença de mérito transitada em julgado. A coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo.⁹⁰

Sob este prisma, a coisa julgada tem sua razão jurídica de ser fundada na busca da “segurança das decisões, que ficaria seriamente comprometida se houvesse a possibilidade de rediscutir questões já julgadas em caráter definitivo”,⁹¹ bem como, revela a “inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica”.⁹²

Bom salientar, que o instituto da coisa julgada pertence ao direito público, revestindo-se de características publicistas, que justifica ao julgador analisar a

⁸⁹ MASCARO, Alex Antonio. **Segurança jurídica e coisa julgada: sobre cidadania e processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 87.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 681.

⁹¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 573.

matéria sem a necessidade de sua provocação pelo particular, afinal, é a paz social, o equilíbrio e a segurança das relações jurídicas que o instituto busca salvaguardar.

Luiz Eduardo Ribeiro Mourão afirma que a expressão latina *bis de eadem re ne sit actio* traduz fundamento do instituto da coisa julgada, ressaltando que “sobre uma mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei”,⁹³ e, pela evolução dos institutos jurídicos conceitua a coisa julgada como:

[...] uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, entre as partes, sobre objeto idêntico. Para alcançar esse desiderato, vale-se o legislador de duas técnicas processuais: a) veda a repetição da demanda; e b) imutabiliza as decisões judiciais transitadas em julgada.⁹⁴

Trata-se de um instituto que além de garantir a ordem jurídica, garante também, a ordem política, eis que decorre “da necessidade de se obter a certeza do direito pela jurisdição, a fim de conferir aos indivíduos a segurança devida para as relações jurídicas”⁹⁵, bem como protege o “Estado de Direito, tendo em vista que é um dos guardiões do importante valor que é a segurança jurídica”.⁹⁶

O Direito Constitucional *judicializou* a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passaram a ser temas de direito público. Pode-se dizer que há uma *relação de complementariedade* entre o direito constitucional e a política.⁹⁷

José Afonso da Silva apresenta entendimento sobre a coisa julgada afirmando que se trata da tutela da estabilidade dos casos julgados, ou seja, um mecanismo de garantia ao jurisdicionado que reconhece a certeza de ter sido

⁹³ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada a atividade executiva. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 2. São Paulo: Método, 2007, p. 344.

⁹⁴ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada a atividade executiva. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 2. São Paulo: Método, 2007, p. 345.

⁹⁵ MASCARO, Alex Antonio. **Segurança jurídica e coisa julgada: sobre cidadania e processo**. São Paulo: Quarties Latin, 2010, p. 88.

⁹⁶ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Coisa julgada inconstitucional: natureza, instrumentos e momentos processuais de relativização. In **Revista dialética de direito processual** nº 54, set/2007, p. 107.

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 211/212.

ingressado definitivamente em seu direito, constituindo-se verdadeiro ato jurídico perfeito relevante à teoria da segurança jurídica.⁹⁸

Ainda, o mesmo doutrinador complementa:

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras par a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada.⁹⁹

No primado de José Joaquim Gomes Canotilho, a coisa julgada se expressa pelo princípio da segurança jurídica, que no âmbito dos atos jurisdicionais se “assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões”¹⁰⁰ reconhece ainda que a coisa julgada “é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica.”¹⁰¹

Pelo apresentado, é possível reconhecer que o instituto da coisa julgada é expressão inquestionável do Estado de Direito, incluída de forma certa no rol dos direitos e garantias fundamentais, protegendo a estabilidade das relações jurídico-processuais.

Sendo assim, bem esclareceu Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar que a coisa julgada “tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional”.¹⁰²

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 437.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 437.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 265.

¹⁰² Conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 7. “As normas e técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações – mas a função dessas normas e técnicas não vai além disso”.

Não obstante, a processualística normatizou a aplicação da coisa julgada na esfera infraconstitucional,¹⁰³ trazendo-lhe conceituações e discussões, que apesar da grande importância, não são capazes de obstruir sua realidade constitucional.

A recente LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro), em contemplação ao que havia sido previsto pela LICC, manteve no §3º, do seu artigo 6º, uma definição para a coisa julgada, sendo a seguinte: “coisa julgada ou caso julgado é a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Contudo, adentrando mais especificamente na seara do Código de Processo Civil, em seu artigo 467, apesar de mencionar especificamente o termo coisa julgada material, define o instituto como sendo “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Considerando os entendimentos postos, em complementação ao estatuído pelas normas infraconstitucionais, pode-se dizer que a coisa julgada é a entrega final da tutela jurisdicional, o pronunciamento final do julgador no caso concreto colocado ao seu crivo, resolvendo as questões colocadas em discussão, da qual não existam mais recursos, pelo esgotamento de todo e qualquer recurso cabível, ou reexame de ofício, dando incidência ao trânsito em julgado, tornando-se assim, imutável a decisão judicialmente expedida.

2.2 Momento de Formação da Coisa Julgada

Certo de que a Constituição Federal protege a coisa julgada importante identificar o momento de sua formação, que ocorre “depois de ultrapassada a fase recursal, quer porque o recurso não foi conhecido por intempestivo, quer porque

¹⁰³ Sobre o tema Luiz Eduardo Ribeiro Mourão. A coisa julgada a atividade executiva. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 2. São Paulo: Método, 2007, p. 344, esclarece que “a coisa julgada, como instituto destinado à salvaguarda da segurança jurídica, extrapola os limites da legislação infraconstitucional e encontra raízes no Direito Constitucional”.

foram esgotados todos os meios recursais, a sentença transitada em julgado. Isto se dá a partir do momento em que a sentença não é mais impugnável”.¹⁰⁴

No mesmo sentido, Monique Soares Parente ressalta que:¹⁰⁵

A coisa julgada é instituto garantido constitucionalmente que visa à garantia da segurança jurídica das relações, de modo que esgotados para o vencido todos os recursos cabíveis nada mais restaria ao mesmo a não ser o adimplemento do que tenha decidido o juiz em sede de sentença.

A coisa julgada é tida como a garantia da segurança jurídica, que parte de uma premissa terminológica, sendo importante citar que durante sua história, este instituto teve diversas nomenclaturas, além do termo coisa julgada, dentre as quais, a *res iudicata* (coisa julgada em latim), a coisa julgada material, coisa julgada substancial, autoridade da coisa julgada, autoridade da coisa julgada material, coisa julgada formal e trânsito em julgado.¹⁰⁶

Assim, a coisa julgada “consiste na indiscutibilidade do pronunciamento, quanto ao mérito, eficácia acrescentada após o trânsito em julgado”.¹⁰⁷

Cooperando com o instituto, Humberto Theodoro Júnior relata em seus estudos que:¹⁰⁸

Para todo recurso a lei estipula prazo certo e preclusivo, de sorte que, vencido o termo legal, sem manifestação do vencido, ou depois de decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de novas impugnações, a sentença torna-se definitiva e imutável. Enquanto pende o prazo de recurso, ou enquanto o recurso pende de julgamento, a sentença apresenta-se apenas como um ato

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 684.

¹⁰⁵ PARENTE, Monique Soares. **A relativização da coisa julgada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Continental Jurídica, 2009, p. 15.

¹⁰⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação Rescisória Atípica: instrumento de defesa da ordem jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 113.

¹⁰⁷ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 50, n. 301, novembro, Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 11.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 569.

judicial, ato do magistrado tendente a traduzir a vontade da lei diante do caso concreto.

[...]

Os efeitos próprios da sentença só correrão no momento em que não mais seja suscetível de reforma por meio de recursos.

Afirmar que a sentença que passa em julgado é tida por verdadeira quer dizer que não há mais possibilidade de sua rediscussão, tendo sido aplicada a força jurisdicional ao caso, o que pela substitutividade e inevitabilidade da jurisdição faz crer que aquela é a lei ao caso concreto.

No sentido de contribuir para que isso realmente ocorra, foi criado o instituto da coisa julgada, como garantia de que os conflitos venham, em determinado momento, a ter um fim, pois, caso contrário, estar-se-ia fazendo perdurar, por tempo indefinido, um estado de incerteza e insegurança jurídica que vai de encontro à manutenção da paz social.¹⁰⁹

Pela soma dos valores que envolvem a expressão coisa julgada, pode-se destacar que coisa refere-se a objeto, bem ou relação jurídica, e julgada esclarece que a matéria já foi objeto de apreciação pelo judiciário, porém, representa muito mais do que a junção de seus termos, como se verifica pela obra de Sérgio Gilberto Porto:¹¹⁰

Como se vê, a definição de coisa julgada envolve algo mais que a simples soma de seus termos, pois representa um conceito jurídico que qualifica uma decisão judicial, atribuindo-lhe autoridade e eficácia. Trata-se, em suma, daquilo que, para os alemães, é expresso por *rechtskraft*, ou seja, direito e força, força legal, força dada pela lei.

Contudo, em vista da sistemática protetiva das relações jurídicas adotadas pelo nosso ordenamento jurídico, pouco importará se em novo processo, o magistrado se convença da ocorrência de injustiça que vise à manutenção de decisão transitada em julgado, pois esta decisão continuará sendo indiscutível e imutável.

¹⁰⁹ DONADEL, Adriane. **A ação rescisória no direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

¹¹⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 51/52.

A coisa julgada se dá pela impossibilidade de reformar a sentença por vias recursais, seja porque a última instância proferiu sua decisão, ou seja, por haver transcorrido o prazo para interpor recurso, ou finalmente porque se desistiu do recurso ou a ele se renunciou.

Ainda, vale considerar que na hipótese de interposição de recurso não conhecido pelo juízo *ad quem* o trânsito em julgado somente se dará quando do transcurso do prazo para interposição do recurso contra a decisão de não conhecimento.¹¹¹

Prolatada a sentença que encerra o processo, faculta-se às partes, mercê do princípio do duplo grau de jurisdição, a via dos recursos, com o uso dos quais a parte perdedora, postula um reexame das questões decididas na instância inferior para obtenção de novo ato decisório de juízo hierarquicamente superior.

Estes institutos impugnativos, os recursos, devem ser usados dentro dos prazos previstos na legislação competente, podendo ocorrer que a parte sucumbente se conforme com a decisão proferida pelo órgão inferior, deixando transcorrer o prazo sem sua impugnação pela via recursal.

Esgotados os prazos sem a interposição de recursos, ou julgados todos os recursos interpostos, a sentença transita em julgado, dando nascimento à coisa julgada, ou seja, resolvidos os recursos interpostos, ou preclusos os prazos para sua interposição, opera-se o fenômeno que marca a sentença com a imutabilidade.

2.3 Coisa Julgada: Efeito ou Qualidade da Sentença?

Ainda em esclarecimentos ao instituto da coisa julgada, grande discussão pairou sobre sua natureza de efeito ou qualidade da sentença, o que pela doutrina de José Frederico Marques se reconhece que a coisa julgada “é a qualidade dos

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *In Revista do Advogado*. Ano XXVI, n. 88, novembro. São Paulo: AASP, 2006, p. 91.

efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento final da *res in judicium deducta*, tornando os imutáveis entre as partes”.¹¹²

E ainda, complementa afirmando ser a “imutabilidade da entrega da prestação jurisdicional e seus efeitos, para que o imperativo jurídico contido na sentença tenha a força de lei entre as partes”¹¹³, o que nas palavras de Vicente Greco Filho consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença, que decorre de estarem esgotados os recursos eventualmente cabíveis.¹¹⁴

Esta conceituação dada por Vicente Greco Filho¹¹⁵ se formulou pela existência de dois seguimentos doutrinários, um que entendia ser “a coisa julgada como o efeito da sentença que a complementa, tornando-se imutável e plenamente eficaz”, enquanto, que o outro entendimento, tinha a imutabilidade como uma qualidade da coisa julgada, um atributo próprio dos efeitos da sentença, e, não somente um efeito.

Há de se considerar que a doutrina seguida pelo direito pátrio é a perpetrada por Enrico Tullio Liebman, que afirma constituir “erro de lógica definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença e – consequencia inevitável – identificá-la com a eficácia declaratória da própria sentença, contrapondo-a, portanto, aos seus outros possíveis efeitos (constitutivos ou condenatórios).¹¹⁶

Neste contexto, José Frederico Marques, esclarecendo que “a coisa julgada não é efeito da sentença ou da prestação jurisdicional entregue pelo Estado, e sim qualidade dos efeitos do julgamento”.¹¹⁷

¹¹² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000,p. 343.

¹¹³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000,p. 345.

¹¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 274.

¹¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 274.

¹¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31.

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000,p. 348.

Da mesma forma, Rodrigo Klippel ressalta que é “a qualidade de imutabilidade do conteúdo e dos efeitos de uma decisão judicial de mérito”.¹¹⁸

Com essa ressalva, cabe dizer que a coisa julgada não corresponde a um efeito da sentença, mas sim a “uma qualidade dos efeitos da sentença (ou do acórdão), que se tornam imutáveis quando contra ela já não cabem mais recursos”,¹¹⁹ com isso, “a sentença e o seu efeito – declaratório, condenatório, constitutivo – se fazem imutáveis, e, em consequência, indiscutíveis, no mesmo ou em outro processo”.¹²⁰

Neste diapasão, “a imutabilidade não coincide sempre com a produção dos efeitos da sentença. Há casos em que ela os produz ainda antes de ter-se tornado definitiva, quando os recursos pendentes não têm efeito suspensivo”,¹²¹ assim, as decisões não são imutáveis, porém, seus efeitos estão sendo produzidos.

Para tanto, José Ignácio Botelho de Mesquita esclarece o assunto, aduzindo que:

[...] a chamada autoridade da coisa julgada, cuja existência depende da preclusão de todos os meios de impugnação da sentença, não se confunde com a eficácia desta, ou, mais precisamente, a idéia de autoridade da coisa julgada não compreende em si mesma a obrigatoriedade dos efeitos da sentença, mas é algo que se lhes acrescenta para torná-los insusceptíveis de qualquer modificação futura. Este algo, Liebman tratou com sendo a *IMUTABILIDADE*, que não é um dos efeitos da sentença, mas uma qualidade atribuída a estes efeitos por razões de conveniência social.¹²²

¹¹⁸ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹¹⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

¹²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

¹²¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

¹²² MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 115.

A eficácia de uma sentença se manifesta, via de regra, antes da coisa julgada, sendo independente desta, no entanto, o comando de uma sentença, sem a característica da imutabilidade, nada impediria aos demais julgadores, que em processos distintos e futuros viessem a reexaminar casos já decididos proferindo novos julgados, que poderiam confrontar os anteriores, aclarando a instabilidade jurídica.

2.4 Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material: Uma Discussão Infraconstitucional

Em questões didáticas, a doutrina, de forma unânime, reconhece o desdobramento da coisa julgada em coisa julgada formal e coisa julgada material, sem que isso prejudique seu fundamento em um sistema de estabilização das relações processuais.

Tanto é verdade que Marcus Vinícius Rios Gonçalves afirma existir apenas uma coisa julgada, apesar de possuírem aspectos distintos, como se denota:

Não há propriamente duas espécies de coisa julgada, como preconizam alguns. Ela é fenômeno único ao qual correspondem dois aspectos, um de cunho meramente processual, que se opera no mesmo processo no qual a sentença foi proferida, e outro que se projeta para fora, tornando definitivo os efeitos dessa decisão, isso impede que a mesma pretensão seja rediscutida em juízo, em qualquer outro processo.¹²³

Assim, reconhecendo-se que se trata do mesmo instituto constitucional, Antônio Cláudio da Costa Machado aduz que:

De acordo com o art. 467 do CPC, coisa julgada material é a qualidade de imutabilidade que reveste os efeitos naturais da sentença (o conjunto de efeitos que a sentença produz na condição de decisão final do litígio, como qualquer outro ato do Estado). Já coisa julgada formal é a imutabilidade da própria sentença como ato do processo (e não dos seus efeitos) em virtude de não mais

¹²³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

caberem quaisquer recursos ou em decorrência da não-utilização dos recursos cabíveis.¹²⁴

Sendo assim, as sentenças terminativas, estão previstas nos artigo 267 do Código de Processo Civil, fazem apenas coisa julgada formal “impedindo a rediscussão dos elementos do processo (partes, causa de pedir e pedido) e da parte dispositiva do pronunciamento judicial no âmbito da própria ação instaurada”,¹²⁵ podendo, porém, ser discutidos em outra demanda.

Por sua vez, as sentenças definitivas, previstas no artigo 269 do referido diploma processual, são aquelas que julgam o mérito do pleito das partes acolhendo ou rejeitando-os, estes, diversamente das sentenças terminativas, fazem coisa julgada material.

2.4.1 Coisa Julgada Formal

A coisa julgada formal é uma decorrência interna do processo, que se verifica “quando tiver havido preclusão temporal, consumativa ou lógica, para interposição de qualquer outro recurso contra a sentença (ou acórdão). [...] Por isso a coisa julgada formal é denominada preclusão máxima”.¹²⁶

Contudo, de forma mais clara e compreensível, Cândido Rangel Dinamarco ao apresentar seus entendimentos sobre o instituto da coisa julgada formal, esclarece que preclusão seria o gênero de forma de extinção de poder ou faculdade para prática de ato no processo, que dava decorrência a denominada preclusão máxima, reconhecida como coisa julgada formal.¹²⁷

A coisa julgada formal existe quando já não for possível, peças vias recursais, cassar a sentença proferida e muito menos substituí-la por outra. Ela incide sobre sentenças de qualquer natureza, seja de

¹²⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) . **Código de processo civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 8. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 520.

¹²⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 532.

¹²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 8.

mérito ou terminativa, porque não diz respeito aos efeitos substanciais mas à própria sentença como ato do processo.

[...]

Assim conceituada, a coisa julgada formal é a manifestação de um fenômeno processual de maior amplitude e variada intensidade, que é a *preclusão* – e daí ser ela tradicionalmente designada como *praeclusio maxima*. Toda preclusão é a extinção de uma faculdade ou poder no processo; e a coisa julgada forma é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.¹²⁸

José Frederico Marques conceitua a coisa julgada formal como sendo a “preclusão máxima de que fala a doutrina, visto que impede qualquer reexame da sentença como ato processual, tornando-a imutável dentro do processo”.¹²⁹

Em resumidas palavras, a coisa julgada formal “consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos”,¹³⁰ perfazendo a “inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida”,¹³¹ para impedir o retrocesso, confusões ou repetições de atos já praticados.

Humberto Teodoro Júnior,¹³² ao tratar da coisa julgada formal explica que:

Coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de recursos, quer porque a lei não mais admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Destarte, “é a coisa julgada formal que marca a prestação entregue pelo Estado, através da jurisdição, com o traço da imutabilidade dentro do processo, como base e sucedâneo de sua imperatividade fora do processo”.¹³³

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. In **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 8.

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 353.

¹³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

¹³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 682.

¹³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 570.

¹³³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 353

A coisa julgada formal tem como sua marca principal, a impossibilidade de rediscussão da lide dentro do mesmo processo em que foi dada a decisão, vez que propicia a abertura novamente da mesma lide, pois, inexistente a necessidade de julgado mérito, como se exige para a coisa julgada propriamente dita.

Esta modalidade de coisa julgada é comum a todas as sentenças, posto que pressupõe que a sentença, a partir de seu trânsito em julgado, se torna imutável, em razão de terem esgotado todos os recursos possíveis de interposição contra a mesma.¹³⁴

Tornado imutável o ato dentro da relação processual, terminada está a função jurisdicional, “por outras palavras, o Estado, pelo seu órgão, *faz a entrega da prestação jurisdicional*, a que estava obrigado”.¹³⁵

Ressalta-se ainda, que “todas as sentenças, de mérito ou terminativas, em determinado momento fazem coisa julgada formal, quando contra elas não caibam mais recursos”,¹³⁶ em complementação Rodrigo Klippel assevera que “toda decisão é apta a fazer coisa julgada formal, embora, nem todas elas possam se tornar materialmente imutáveis”.¹³⁷

Acrescenta Humberto Theodoro Júnior informando que “a coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo”.¹³⁸

Após sua formação, a sentença adquire a qualidade da imutabilidade como ato processual, impossibilitando que o mesmo julgador que prolatou a sentença a modifique, em face dos contornos de imutabilidade e incontestabilidade.

¹³⁴ PARENTE, Monique Soares. **A relativização da coisa julgada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Continental Jurídica, 2009, p. 40.

¹³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

¹³⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹³⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 22.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 571.

Com efeito, a coisa julgada formal diz respeito a “imutabilidade da decisão dentro do processo por falta de meios de impugnação possíveis, recursos ordinários ou extraordinários”.¹³⁹

A coisa julgada formal ao constituir-se, encerra o ofício jurisdicional, sendo que o Estado entrega às partes litigantes a prestação jurisdicional invocada, compondo o litígio com a aplicação da vontade da lei ao caso concreto, não mais podendo ser objeto de discussão dentro daquele mesmo processo, mas, sendo permitida a repropositura daquela ação, caso seu julgamento tenha se dado sem a observância do mérito da causa, ou seja, que a sentença tenha sido terminativa e não definitiva.

Apesar do enfoque extremamente constitucional dado à coisa julgada, e ainda, pelo entendimento de que não existem duas coisas julgadas, e sim duas expressões do mesmo instituto constitucional, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, entendem que a coisa julgada formal é mera preclusão diversa da coisa julgada, tendo sido assim denominada por força da doutrina, eis que “não é objeto da garantia constitucional da CF 5.º XXXVI, que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material)”.¹⁴⁰

Data venia, não compartilhamos do referido entendimento, haja vista que mesmo as sentenças terminativas geram efeitos que devem ser protegidos, sem que possam ser rediscutidos na mesma demanda, como é o caso de uma ação que foi ajuizada no último dia antes da prescrição, caso o respectivo processo seja julgado sem a análise do mérito, e respectivamente, não haja recurso transitando em julgado, mesmo diante da coisa julgada formal nada poderá a parte fazer, visto que não poderá propor novamente a ação por força da prescrição, tão pouco poderá rediscutir aquela decisão proferida no processo ajuizado tempestivamente, diante da ocorrência da coisa julgada.

¹³⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 274.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 682.

2.4.2 Coisa Julgada Material

A coisa julgada “é própria dos julgamentos de mérito, e consiste na imutabilidade não mais da sentença, mas de seus efeitos. Projeta-se para fora do processo em que ela foi proferida, impedindo que a pretensão seja novamente posta em juízo, com os mesmos fundamentos”.¹⁴¹

José Frederico Marques explica o que vem a ser coisa julgada material:

A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando emergente da decisão nesse ato contida. Na coisa julgada material, concentra-se a autoridade da coisa julgada, ou seja, o mais alto grau de imutabilidade a reforçar a eficácia da sentença que decidiu sobre o mérito ou sobre a ação, para assim impedir, no futuro, qualquer indagação sobre a justiça ou injustiça de seu pronunciamento.¹⁴²

Ainda, suplementa seu entendimento da seguinte forma:

A coisa julgada material é instituto de direito processual. Ela torna imutável a vontade concreta da lei que promana da sentença, criando, assim, vínculos de ordem puramente processual que impedem o reexame do mérito da questão decidida por qualquer outro órgão investido de poder jurisdicional.¹⁴³

A coisa julgada material “é a imutabilidade dos efeitos que se projetam fora do processo e que impede que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide”.¹⁴⁴

A conceituação da coisa julgada material se encontra prevista no artigo 467 do Código de Processo Civil, tornando imutável e indiscutível a sentença, não sendo mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, e “nem à remessa necessária do CPC 475”.¹⁴⁵

¹⁴¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹⁴² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 355.

¹⁴³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 358.

¹⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 275.

¹⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 680.

Exauridos e resolvidos os recursos manifestados contra a sentença, ou não sendo manifestado nenhum, a sentença transita em julgado. Com tal ocorrência, operam-se dois fenômenos simultâneos, isto por que, "a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente".¹⁴⁶

Rodrigo Barioni explica que:

A coisa julgada material impede que a matéria decidida na sentença seja revista por outro órgão do Poder Judiciário e que venha a ser ajuizada nova demanda para pretender rediscutir o *thema decidendum*. Confere definitividade ao julgamento acerca do objeto do litígio. Trata-se, portanto, de mecanismo que visa prioritariamente conferir segurança jurídica aos julgados judiciais, a fim de evita a perpetuação dos litígios.¹⁴⁷

O primeiro é o advento da coisa julgada formal, isto é, a sentença como ato processual torna-se imutável dentro da relação processual, este fenômeno produz "efeitos endoprocessuais".¹⁴⁸ O segundo fenômeno é a formação da coisa julgada material ou substancial, que tem como pressuposto lógico a coisa julgada formal, caracteriza-se pela imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito.

Na análise desta questão observa-se que a coisa julgada material é decorrência lógica da coisa julgada formal, isto é, "a coisa julgada formal e a coisa julgada material são degraus do mesmo fenômeno. Proferida a sentença e preclusos os prazos para recursos, a sentença se torna imutável, e, em conseqüência, tornam-se imutáveis os seus efeitos".¹⁴⁹

Tais efeitos, tornados imutáveis, extrapolam a relação processual. Irradiam-se para fora do processo de tal sorte que impede que outros julgadores possam

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 571.

¹⁴⁷ BARIONI, Rodrigo. **Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

¹⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 681.

¹⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

reapreciar e redecidir aquele mesmo litígio, ressalvando que só as decisões de mérito “estão sujeitas à autoridade da coisa julgada material, ao passo que todas estão sujeitas à formal”.¹⁵⁰

Nossa legislação processual civil vigente preocupou-se apenas em dar ênfase à coisa julgada material, visto que esta se apresenta de maior importância no âmbito das relações intrapessoais, posto que é a partir daí que os efeitos da sentença são propagados para fora da relação processual, contudo tida como autoridade da coisa julgada, possível verificar isto no texto seguinte:

O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo processo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal. Assim, fala-se em coisa julgada material, ou substancial, como autoridade da coisa julgada.¹⁵¹

Apesar de informado que a coisa julgada material é decorrência lógica da coisa julgada formal, a autoridade da coisa julgada somente recairá sobre aquelas decisões que discutam o mérito das relações processuais, ou seja, sobre aquelas hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, que julgam a lide observando o mérito da questão posta em juízo.

Arrematando este entendimento, somente o comando que emerge da sentença de mérito, que transita em julgado, pode fazer lei entre as partes, isto é, dar ao vencedor a faculdade de valer o direito reconhecido pela sentença.

2.5 O Alcance da Coisa Julgada

2.5.1 Limites Objetivos da Coisa Julgada

Observando o conteúdo do artigo 486 do Código de Processo Civil “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e

¹⁵⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

¹⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

das questões decididas”, com isso, imprescindível reconhecer qual o alcance material da coisa julgada. Para tanto, é reconhecido que a sentença se compõe de três partes, sendo estas: relatório, motivação e decisão, sendo certo que nem toda matéria tratada na sentença se torna imutável.

Antes de prosseguir, valer mencionar que a sentença tem limitação oriunda do princípio da congruência, que traça os limites de atuação do juiz ao prover seu magistério segundo os elementos da ação¹⁵² (partes, causa de pedir e pedido).

Deve a sentença se limitar ao pedido (128 e 460 do CPC) e, em razão do princípio da congruência (julgamento limitado ao pedido), a eventual coisa que sobreviverá somente poderá estar também nos limites do pedido. Somente ficam vinculados à coisa julgada o autor que pede e o réu contra quem existe o pedido. Não alcança que não pediu e nem aquele contra quem nada se pediu.¹⁵³

Pode-se dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença, de modo que abrange não somente a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que o julgador tenha provido sobre os pedidos formulados.

Os efeitos da sentença que a *res iudicata* torna imutáveis são os que promanam da parte dispositiva da decisão, ou seja, do *decisium* propriamente dito, da resolução sobre o pedido que foi objeto do processo de conhecimento.¹⁵⁴

Enrico Tullio Liebman afirma que é apenas o “comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”.¹⁵⁵

¹⁵² Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78. “Faz-se indispensável a identificação da ação, pois somente conhecendo-a será, por exemplo, possível evitar sua repetição em juízo, impossibilitando, destarte, a ocorrência da litispendência (quando a mesma ação é proposta contemporaneamente a outra idêntica já em curso) ou mesmo dando-se pela coisa julgada (quando a mesma ação é proposta após ter sido julgada anteriormente)”.

¹⁵³ SOUZA, Gelson Amaro de. A assistência e a coisa julgada. *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 51, n. 310, agosto, Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 15.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 52.

¹⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 52.

Assim, a coisa julgada não envolve a sentença como um todo, pois a atividade exercida pelo julgador para preparar e justificar a decisão não faz parte da coisa julgada. Apenas o pronunciamento concreto pelo juiz torna-se imutável. “A sentença se prende ao pedido e ao pedido se liga a coisa julgada que da sentença dimana”.¹⁵⁶

Para enfatizar o entendimento, o artigo 469 do Código de Processo Civil¹⁵⁷, “explica que não fazem coisa julgada os motivos, por mais relevantes que sejam, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, e a apreciação de questão prejudicial, decidida *incidenter tantum*”.¹⁵⁸

Pela análise do artigo é possível concluir que a motivação da sentença não faz coisa julgada, apenas a parte dispositiva, não podendo ser outro o entendimento do texto legal. “Somente a parte dispositiva da sentença, na qual o juiz decide efetivamente o pedido (lide) proferindo um comando que deve ser obedecido pelas partes, é alcançada pela coisa julgada material”.¹⁵⁹

Humberto Theodoro Júnior exemplifica:

[...] a rejeição de uma ação reivindicatória por falta de prova do domínio do autor jamais pode ter autoridade de coisa julgada quanto a ser ou não o réu o verdadeiro proprietário; pelo que se o antigo autor tornar-se depois possuidor da mesma coisa, e o antigo réu quiser, a seu turno, propor reivindicação, este não poderá valer-se do primeiro julgamento; mas está rigorosamente obrigado a provar o seu direito de propriedade. Da mesma forma, a sentença que decidir que o devedor é obrigado a pagar juros de certa dívida, cujo montante é

¹⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

¹⁵⁷ Artigo 469 - Não fazem coisa julgada:

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.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

¹⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 701.

simplesmente enunciado, não tem força de coisa julgada quanto ao montante dessa mesma dívida.¹⁶⁰

E ainda, complementa seu raciocínio, dizendo que:

[...] os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável é indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o porquê dessa resposta.¹⁶¹

Este também é o entendimento de José Frederico Marques que afirma ser a parte da motivação da sentença “apenas elemento de esclarecimento do imperativo de dimana de sua parte dispositiva, como consubstanciação do julgamento”.¹⁶²

Walter Piva Rodrigues contribui ao tema tratando do assunto afirmando que “efetivamente, o que se torna imutável e indiscutível é a conclusão última do raciocínio do juiz e não as premissas”.¹⁶³

A coisa julgada recai apenas sobre a parte dispositiva da sentença, “já que o magistrado nada decide no relatório, e na fundamentação apenas apresenta o seu estilo decisório, que por lógico, em sendo de caráter pessoal, não vincula a outros magistrados”.¹⁶⁴

Apesar de se ter apresentado diversos fundamentos sobre a extensão objetiva da coisa julgada limitada à parte dispositiva da sentença, impossível não aprovar o efeito transcendental do fundamento da sentença reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ampliando o campo de atuação da coisa julgada também

¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 582.

¹⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 582.

¹⁶² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 367.

¹⁶³ RODRIGUES, Walter Piva. A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária. *In Revista do Advogado*. Ano XXVI, n. 88, novembro. São Paulo: AASP, 2006, p. 197.

¹⁶⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 533/534.

aos motivos da sentença, quando analisada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação declaratória.¹⁶⁵

Vale também esclarecer que todas as questões constituintes do litígio, não só as efetivamente deduzidas, mas também as que poderiam ter sido e não foram, não podem mais ser objeto de arguição e apreciação, em face da extensão de sua eficácia preclusiva contida no artigo 474 do Código de Processo Civil, 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”.

Nota-se que sobre as questões não levantadas pela parte – que embora pudessem ter sido feitas – ocorre o fenômeno da preclusão, que consiste no impedimento da “prática de um ato em razão do tempo decorrido para fazê-lo (preclusão temporal), ou por se tratar de ato incompatível com outro já praticado (preclusão lógica), ou ainda por já ter sido praticado o ato pretendido (preclusão consumativa)”.¹⁶⁶

Assim, as questões implicitamente decididas, também fazem coisa julgada, conforme dispõe o artigo 474 do Código de Processo Civil, lembrando que não se podem aduzir “a respeito da mesma pretensão, questões arguidas ou que o podiam ser, se com isso se consiga diminuir ou atingir o julgamento do imutável, e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional nele contida”.¹⁶⁷

Ada Pellegrini Grinover ressalta que “a coisa julgada traz consigo, inclusive como forma de se assegurar o resultado prático e concreto do processo, o

¹⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.10, n. 58, mar./abr. São Paulo: IOB, 2009, p. 56. Em nota de n. 28, o autor colaciona dois arestos do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o efeito transcendental dos efeitos objetivos da coisa julgada aos motivos, quando o pronunciamento ocorrer em sede de declaração de inconstitucionalidade: “STF, RCL 2.363/PA, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Ac. 23.10.2003, DJU 01.04.2005, p. 7; STF, RCL 1.987/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Ac. 01.10.2003, DJU 21.05.2004, p.33).

¹⁶⁶ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. v.1. São Paulo: Atlas, 2005, p. 175.

¹⁶⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 371.

impedimento à rediscussão do que foi (ou do que poderia ter sido) discutido na fase cognitiva”.¹⁶⁸

Nesse passo, somente a título ilustrativo e doutrinário, cabe colacionar entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:¹⁶⁹

Transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma reputa repelida todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram. [...] Isto que dizer, que não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações. A esse fenômeno dá-se o nome de eficácia preclusiva da coisa julgada.

O conteúdo do artigo 474 do Código de Processo Civil, explica, por meio do “princípio do deduzido e do dedutível”, que está proibida a “rediscussão não apenas das questões que tenham sido explicitamente decididas no dispositivo, porque expressamente alegadas pelas partes, mas também daquelas que poderiam ter sido alegadas, mas não foram”.¹⁷⁰

Ainda sobre o artigo mencionado, é conveniente explicitar que não se trata de omissão de causas de pedir, visto que a coisa julgada material não excede seus limites objetivos, certo de que se existir causa de pedir distinta, o feito também será distinto daquele, no entanto, se existirem fundamentos diversos que poderiam ser utilizados naquela demanda e não o foram, sua utilização estará preclusa.

2.5.2 Limites Subjetivos da Coisa Julgada

A questão referente aos limites subjetivos da coisa julgada apresenta-se de grande importância dentro da sistemática processual civil vigente, posto que, na

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada: considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.3, n. 16, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 29.

¹⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 709.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

sistemática do Código de Processo Civil de 1939, não havia menção ao assunto de forma expressa.

Contudo, de forma elucidativa, o Código vigente tratou da questão posta, contudo, para delinear os limites subjetivos da coisa julgada é necessário saber, em primeiro lugar quem é considerado parte, identificando-se assim quem será atingido pela imutabilidade, ou seja, quem estará proibido de voltar a discutir as questões que a sentença resolve e que, nos termos dos limites objetivos recebeu imutabilidade.

Sobre esse entendimento José Maria Tesheiner afirma que:

Entendem-se, porém, como partes, para fins de determinação dos limites subjetivos da coisa julgada, não apenas as que se confrontaram no processo como autores e réus; mas também: a) os sucessores das partes, a título universal; b) o substituído, no caso de substituição processual; c) em certos casos, o sucessor a título singular, como o adquirente da coisa litigiosa.¹⁷¹

Ademais, Código de Processo Civil em seu artigo 472, é inequívoco, reconhecendo este entendimento, afirmando que “a sentença faz coisa julgada entre as partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”.

Analisando o texto expresso se observa que são abrangidos pela coisa julgada todos aqueles que tenham feito parte da relação processual, e que tiveram chance e meios processuais para exporem suas razões.

Desta feita, os terceiros¹⁷² que não tiveram participação processual não podem ser atingidos pela coisa julgada, tendo em vista que, se atingidos fossem,

¹⁷¹ TESHEINER, José Maria. Coisa julgada. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 3, jan./fev. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 15.

¹⁷² José Maria Tesheiner. Coisa julgada. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 3, jan./fev. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 22, esclarece que “é inegável, porém, que há casos em que a eficácia da sentença atinge terceiros. Fosse ela sempre restrita às partes, não haveria razão para o instituto da assistência, para recurso do terceiro prejudicado, tampouco haveria razão para a legitimação de terceiro para a proposição da ação rescisória”.

“haveria ofensa à garantia constitucional do contraditório e do devido processo legal”.¹⁷³

No entanto, é necessário distinguir a situação dos prejuízos que podem ser gerados a terceiros, pois não basta apenas a ocorrência de “prejuízos de mero fato”, mas sim, a ocorrência de “prejuízos jurídicos”.¹⁷⁴

Como visto, a coisa julgada somente se opera entre as partes que integraram o feitos, “todavia, na condição de partes, para o efeito de serem atingidos pela coisa julgada, se encontram, também, o espólio delas, os seus herdeiros e sucessores, e ainda o adquirente ou cessionário delas”.¹⁷⁵

Com relação ao terceiro interessado é preciso fazer uma importante consideração, sendo a seguinte:

Como o terceiro interessado não é titular da relação jurídica *sub judice*, não sofrerá a coisa julgada material. Mas, se ingressar como assistente simples, e tiver a possibilidade de influir no resultado, será atingido pela justiça da decisão, mencionada no art. 55 do CPC: ‘Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão’. Isso não ocorrerá se o terceiro ingressou em fase muito avançada do processo, ou não teve oportunidade de influir no resultado (art. 55, I e II).¹⁷⁶

Apesar do exposto, isto não quer dizer que os estranhos possam ignorar a coisa julgada, portanto a sentença não vale apenas entre as partes. O que ocorre é que a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar terceiros estranhos ao feito em que a sentença foi proferida e transitada em julgado, como se verifica pelo exemplo trazido por Humberto Theodoro Junior:

¹⁷³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

¹⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 375.

¹⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.

[...] determinado credor, embora estranho a lide, não pode pretender ignorar a sentença em favor de outrem que condenou seu devedor, desfalcando o patrimônio que lhe servia de garantia comum. O prejuízo que não se alcança com a coisa julgada é o jurídico (a negação de um direito do terceiro, ou a restrição direta a ele) e não o simplesmente de fato (caso de diminuição do patrimônio do devedor comum).¹⁷⁷

Sobre o assunto, Enrico Tullio Liebman reconhece que “não se podem aceitar tentativas de estender aos terceiros ou a algumas categorias de terceiros a autoridade da coisa julgada, a qual é limitada por norma de lei somente às partes e aos seus sucessores posteriores à demanda judicial (inclusos aqui, naturalmente, aqueles cuja relação jurídica tenha sido legitimamente deduzida em juízo por um substituto processual^{178, 179}”.

2.6 Coisa Julgada no Processo Coletivo

No campo de atuação da coisa julgada no processo coletivo, preliminarmente, importante distinguir os interesses em discussão nas referidas demandas que buscam proteger interesses aos quais abranjam um grupo de pessoas, ou, um número indeterminados de pessoas.

A estruturação legislativa de tais interesses encontram fundamento junto ao Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 81, I, esclarece que os interesses difusos são interesses ou direitos de natureza indivisível que têm como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por questões comuns.¹⁸⁰

¹⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 589.

¹⁷⁸ Importante essa afirmação e reconhecimento na obra de Liebman, pois caso não se reconhecesse o referido limite subjetivo, poderia se estar criando uma nova forma de coisa julgada *secundum eventum litis*, como apresentou José Maria Tesheiner. Coisa julgada. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 3, jan./fev. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 16. “Negar-se a coisa julgada com relação a este, implicaria, em muitos casos, tornar inútil a substituição. Negar-se a extensão da coisa julgada ao substituído importaria na criação de um caso, não previsto em lei, de coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo resultado do processo), porque o adversário somente estaria sob o pálio da coisa julgada, se vencido; vencedor, poderia sofrer a ação proposta diretamente pelo substituído”.

¹⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 121.

¹⁸⁰ BUFFARA, Júlia Maria Milanese. **Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma o art. 16 da Lei 7.348/85**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 69.

Estes interesses se caracterizam pela indeterminação do sujeito e a indivisibilidade do objeto, não se mostrando possível proteger um interesse individual sem que esta tutela perpetre seus efeitos aos demais membros da sociedade, que estejam na mesma situação, refletindo seus efeitos a todos, ou a ninguém.¹⁸¹

Já no disposto pelo artigo 81, II, determina que os interesses coletivos compreendem interesses que também são indivisíveis, no entanto, são titulares destes direitos um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica. São interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum.¹⁸²

E, por sua vez, os interesses individuais homogêneos, previstos no artigo 81, III, do mesmo diploma, compreendem direitos decorrentes de uma origem comum, assim, são os já conhecidos direitos individuais, ou seja, singulares, próprios de cada pessoa, nesse passo, considerados divisíveis, no entanto, decorrentes de um fato comum, mas podem ser tutelados coletivamente, alcançando maior efetividade da justiça.¹⁸³

Dentro do sistema das ações coletivas, que é formado por um conjunto de leis que apresentam procedimentos que têm por objetivo viabilizar e facilitar o acesso à justiça, na defesa dos interesses metaindividuais, as quais podemos destacar a Constituição Federal de 1988, a Lei n. 4.717/65, que regulamenta a Ação Popular, a Lei n. 7.347/85, que regulamenta a Ação Civil Pública, a Lei n. 6.938/81, que estabeleceu a legitimação do Ministério Público para ações de responsabilidade penal e civil pelos danos provocados ao meio ambiente, a Lei n. 7.853/89, que regulamenta a proteção aos direitos das pessoas portadoras de deficiências, a Lei n. 7.913/89, que tutela os direitos dos investidores no mercado de valores imobiliários, a Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n. 8.078/90, Código

¹⁸¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51/53.

¹⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. – 15. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47.

¹⁸³ BUFFARA, Júlia Maria Milanese. **Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma o art. 16 da Lei 7.348/85**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 78/79.

de Defesa do Consumidor, a Lei n. 8.884/94, que tutela os direitos das pessoas atingidas por danos à ordem econômica e à economia popular, a Lei n. 10.275/01, que prevê a tutela dos direitos das pessoas atingidas por danos à ordem urbanística, e, recentemente, a Lei n. 12.016/09, que regulamenta o Mandado de Segurança.¹⁸⁴

Não obstante tais Leis serão estudadas, de forma simplista, as principais ações coletivas que existem, sendo estas a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, para que se possa adentrar no tema referente aos efeitos de suas decisões.

A ação popular é ação constitucional que pode ser perpetrada por qualquer cidadão com o fim de invalidar atos ou contratos administrativos, ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, bem como de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público.¹⁸⁵

A ação popular possui previsão constitucional, no inciso LXXIII, do artigo 5º, da Carta Maior, e prescreve que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Esta ação é regulada pela Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, possibilita que qualquer cidadão tenha o direito de fiscalização dos atos administrativos, bem como de sua possível correção, quando houver desvio de sua real finalidade. À luz da legislação, pode-se afirmar que a ação popular é a ação constitucional cível contra ato lesivo ao patrimônio estatal ou ao patrimônio público-coletivo da sociedade.¹⁸⁶

¹⁸⁴ BUFFARA, Júlia Maria Milanese. **Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma o art. 16 da Lei 7.348/85**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 39.

¹⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. ed. 26. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 121/122.

¹⁸⁶ ALVES JR., Luís Carlos Martins. A ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1259, 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9266>>. Acesso em: 17 out. 2009.

O patrimônio público protegido não se reduz aos bens estatais. Nada obstante o qualificativo público do patrimônio estatal, este diz respeito ao titularizado pelas pessoas jurídicas de direito público de administração direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), às pessoas jurídicas de direito público da administração indireta (autarquias e fundações públicas etc.) e às pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas etc.).¹⁸⁷

Assim, além desse patrimônio público-estatal, há o patrimônio público-coletivo. Ambos pertencem à sociedade. O meio ambiente, o histórico, o cultural, o paisagístico etc. Esse patrimônio não tem como titular o Estado – aqui entendido como Poder Público – mas a própria sociedade, que é a titular desses bens.¹⁸⁸

Em linhas gerais, a ação popular é um meio do qual se pode valer qualquer cidadão do povo, para comparecer perante o estado juiz, referindo-lhe a existência de ato lesivo ao patrimônio público, onde quer que esteja e independentemente de quem o detenha, estendendo-se ao ataque à imoralidade administrativa ou que fira qualquer outro bem entre os que pertencem ao grupo dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.¹⁸⁹

A ação civil pública, esta prevista no direito pátrio na Lei n.º 7.347/85, sendo o mais importante dos institutos de defesa dos interesses coletivos.

Tal ação veio para dirimir ou disciplinar as questões advindas de danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valores artísticos, estéticos,

¹⁸⁷ ALVES JR., Luís Carlos Martins. A ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1259, 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9266>>. Acesso em: 17 out. 2009.

¹⁸⁸ ALVES JR., Luís Carlos Martins. A ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1259, 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9266>>. Acesso em: 17 out. 2009.

¹⁸⁹ DAHER, Marlusse Pestana. Ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=352>>. Acesso em: 17 out. 2009.

históricos turísticos, paisagísticos. A ação civil pública é pertinente na defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.¹⁹⁰

Ainda, o legislador constituinte de 1988 previu, em seu artigo 5º, LXX, a possibilidade de impetração do mandado de segurança por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Admitiu-se, assim, que os interesses comuns aos membros de um grupo possam ser tratados num único mandado de segurança coletivo.¹⁹¹

O conceito do Mandado de Segurança Coletivo está fundado em dois elementos, um institucional, caracterizado pela atribuição da legitimação processual as instituições associativas para a defesa de interesses de seus membros ou associados, e outro objetivo para defender o interesse coletivo.

2.6.1 A Coisa Julgada *Secundum Eventum Litis e In Utilibus*

Como verificado anteriormente a coisa julgada nas ações individuais produz seus efeitos apenas entre as partes que atuam no processo, no entanto, nas ações coletivas este fenômeno se dá de forma diversa, conforme consta no artigo 103 e 104, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, antes de se passar aos regramentos específicos do caso, vale lembrar o posicionamento de Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre a distinção da coisa julgada no direito individual e coletivo:

[...] na jurisdição singular, estando as partes definidas e o objeto delimitado, a estabilização advinda da coisa julgada só poderia, mesmo, concernir às partes (CPC, art. 472), ao passo que, na jurisdição coletiva, estando os sujeitos indeterminados e o objeto

¹⁹⁰ ZAINAGHI, Maria Cristina. Ação civil pública no Código de Defesa do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3173>>. Acesso em: 17 out. 2009.

¹⁹¹ MENDES, Thays Cristina Ferreira. A ação civil pública e a tutela aos interesses difusos e coletivos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11023>>. Acesso em: 17 out. 2009.

expandido e indivisível, é claro que a coisa julgada terá que acompanhar esse superdimensionamento.¹⁹²

Em se tratando de interesse ou direito difuso (inciso I do parágrafo único do artigo 81), sendo promovida ação coletiva por um dos legitimados do artigo 82 (ou por mais de um em litisconsórcio), a coisa julgada será *erga omnes*, salvo se o pedido deduzido em juízo for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (inciso I do art. 103).¹⁹³

Nos interesses coletivos, a sentença será imutável *ultra partes*, limitando-se ao grupo, categoria ou classe, exceto se a improcedência se der por falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com base em nova prova.¹⁹⁴

Nas hipóteses de interesses difusos e coletivos, conforme o preceito contido no §1º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, os efeitos da coisa julgada "*não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe*", ou seja, não ficarão impedidos os indivíduos de promover as respectivas ações individuais, com o fito de obter o reconhecimento do seu direito individual.¹⁹⁵

Se o direito for individual homogêneo (inciso III do parágrafo único do artigo 81), a coisa julgada será *erga omnes*, no caso de procedência do pedido (artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor), isto quer dizer que a vítima ou seu sucessor poderá promover liquidação e/ou execução fundada na sentença de procedência, não sendo necessário o ajuizamento de ação condenatória.¹⁹⁶

¹⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 292.

¹⁹³ PIZZOL, Patrícia Miranda. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em: 16 set. 2009.

¹⁹⁴ BUFFARA, Júlia Maria Milanese. **Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma o art. 16 da Lei 7.348/85**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 85.

¹⁹⁵ PIZZOL, Patrícia Miranda. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em: 16 set. 2009.

¹⁹⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em: 16 set. 2009.

Sendo este julgado improcedente, poderá o indivíduo promover sua ação individual condenatória, desde que não tenha ingressado no processo coletivo como litisconsorte ou assistente litisconsorcial (artigo 103, §2º, do Código de Defesa do Consumidor), pois o processo sendo extinto sem resolução do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, não impossibilitando a propositura de nova ação coletiva (artigo 268 do CPC).¹⁹⁷

Quanto à expressão "segundo o resultado do processo" (*secundum eventum litis*)¹⁹⁸, quer ela significar que, dependendo do resultado do processo, poderá a sentença fazer coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* (conforme a categoria de direito coletivo em que se fundou a ação), ou não fazer coisa julgada.¹⁹⁹

Assim, conforme apresentado nos itens anteriores se o pedido do autor em ação que vise interesse metaindividual for julgado procedente, todos os titulares do direito material serão atingidos pela sentença.²⁰⁰

Sendo a sentença julgada improcedente, por falta de provas, não ocorrerá a denominada coisa julgada, assim, os legitimados poderão repropor a ação, desde que fundamentadas em novas provas. Sendo a ação julgada improcedente por qualquer outro motivo, não sendo o apresentado no parágrafo anterior, será formada a coisa julgada, porém, não poderá ser reproposta outra ação coletiva.

¹⁹⁷ PIZZOL, Patrícia Miranda. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em: 16 set. 2009.

¹⁹⁸ GERAIGE NETO, Zaiden. **Ação Rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas: Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman**. v. 63. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 156. "Por certo a evolução do direito trouxe à discussão novas realidades, sempre ligadas à dinâmica social. Exemplo claro do reflexo ou extensão dos limites subjetivos da coisa julgada é encontrada nos conflitos relativos aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Ainda no ano de 1965, com a promulgação da Lei 4.717/65 (Ação Popular), o legislador já se preocupava com o assunto, tanto que disciplinou a coisa julgada *secundum eventum litis*, nos exatos termos do art. 18, assim contemplado: 'a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova'".

¹⁹⁹ PIZZOL, Patrícia Miranda. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em: 16 set. 2009.

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.8, n. 46, mar./abr. São Paulo: IOB, 2007, p. 47. A autora aduz que "a coisa julgada *secundum eventum litis* não tem a ver com os terceiros [...], mas diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se ou não, de acordo com o resultado do processo".

Nesse ínterim, somente a sentença favorável nas ações coletivas terá seu efeito extensivo a todos. Caso improcedente a ação coletiva, nada obsta que os interessados pleiteiem em juízo aquele mesmo direito de forma individual (*secundum eventum litis*).

Nas ações que envolvam interesses difusos e individuais homogêneos, ocorrerá a denominada extensão *in utilibus* dos efeitos da sentença, ou seja, a utilização da coisa julgada se dará naquilo que for útil as partes, o que ocorrerá se houver procedência na demanda coletiva, nesse passo, os lesados individuais que não intervieram no processo coletivo como assistentes litisconsorciais poderão propor ações individuais, mas nunca em hipótese contrária.²⁰¹

Ada Pellegrini Grinover explica o assunto:

Contudo, a questão da extensão da coisa julgada a certos terceiros (que levou à coisa julgada *erga omnes*) ficou de algum modo ligada a determinar se essa extensão operaria só *in utilibus* ou também para prejudicá-los. Assim, abandonando o rigor conceitual, acabou por se falar em coisa julgada *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, para indicar os terceiros que são acolhidos pela coisa julgada de acordo com o teor da sentença.²⁰²

Assim, a sentença da ação coletiva legitima a imediata liquidação e execução individual pelos danos sofridos (*in utilibus*).

2.7 Discussões sobre uma Teoria da Relativização da Coisa Julgada

Pelo expressado nos tópicos anteriores, “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário”,²⁰³ nada adiantando citar o direito de

²⁰¹ BUFFARA, Júlia Maria Milanese. **Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma o art. 16 da Lei 7.348/85**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 86.

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.8, n. 46, mar./abr. São Paulo: IOB, 2007, p. 47.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 52, n. 317, março, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 16.

acesso à justiça sem prover a possibilidade de o cidadão ter um fim definitivo ao seu conflito.

Neste contexto, Fernando César Ribeiro de Oliveira reafirma o imprescindível papel da coisa julgada na proteção do bem comum:

Uma das formas institucionais mais eficientes para trazer à sociedade dos homens a busca de estabilidade nas relações intersubjetivas, dirimindo conflitos e litígios, fatalmente surgidos entre pessoas com interesses diversos, seria um poder juridicamente eficiente, eficaz, que trouxesse às pessoas a justiça, na sua acepção de dar a cada um o que é seu, dá-lo segundo o direito subjetivo de cada um, tendo por pano de fundo o direito objetivo, na sua estrutura normativa e legal.²⁰⁴

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto aduz que:

O instituto da coisa julgada goza de prestígio constitucional, [...] há uma garantia de ordem constitucional-processual que, por opção política, determina que a partir de certo momento não se pode mais, no Estado civilizado, prosseguir em determinado conflito. Encerra-se verdadeiramente a disputa, declarando-se a estabilidade definitiva da relação jurídica controvertida como ato de soberania do Estado. Havendo, naquele caso, por ato legítimo de império, segurança jurídica constitucionalmente reconhecida.²⁰⁵

Apesar de já se estar patente que a coisa julgada²⁰⁶ é expressão inequívoca do Estado Democrático de Direito, inserido no texto constitucional por meio de

²⁰⁴ OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro. Execução e coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.2, n. 7, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 45.

²⁰⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.4, n. 22, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 5.

²⁰⁶ DINARMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241. Esclarece a motivação sobre o surgimento da relativização da coisa julgada: "Surgiram há alguns anos do Superior Tribunal de Justiça significativos julgamentos, por iniciativa do Min. José Augusto Delgado, no sentido de relativizar a garantia constitucional da coisa julgada mediante o reconhecimento de que, em casos verdadeiramente extraordinários, algum outro valor constitucionalmente assegurado deve preponderar sobre o valor da segurança jurídica, expresso naquela garantia. É emblemática a história de uma condenação da Fazenda Pública a pagar uma indenização m ação de desapropriação indireta, verificando-se depois que o imóvel supostamente apossado por ela era constituído por terras devolutas, de sua propriedade, tendo havido uma terrível fraude na prova pericial realizada no processo. Depois, em pronunciamentos do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, permitiu-se a rediscussão da paternidade, com a produção de prova pelo método DNA, apesar de a paternidade já ter sido negada por sentença acobertada pela coisa julgada antes da existência dessa prova técnica de grande confiabilidade".

cláusula pétrea, perfazendo uma das garantias fundamentais do cidadão, o ordenamento jurídico pátrio permite a sua relativização (impugnabilidade).

Tanto é verdade que o doutrinador Rodrigo Klippel, afirma que:

Quando se fala, então, de *relativização da coisa julgada*, o que se tem em mente é a discussão sobre a amplitude da possibilidade de impugnação de decisões que, num primeiro momento, não mais poderiam ser discutidas, dado o impedimento que a **coisa julgada** instituiu. É, pois, uma das formas mais agudas de discussão do dogma da *segurança jurídica*, que é um valor social transportado ao direito e fortemente arraigado no sistema jurídico.²⁰⁷

Considerando que a Constitucional Federal prevê a possibilidade da utilização da denominada ação rescisória a fim de desconstituir a coisa julgada²⁰⁸, o legislador infraconstitucional, criou mecanismos para que isso se concretize, por meio da Ação Rescisória, ou outro mecanismo previsto como a *Querela Nullitatis* e as medidas de defesa nas tutelas executivas: embargos do devedor, impugnação à fase de cumprimento de sentença.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê meios para impugnação das decisões transitadas em julgado, mas faz de forma limitada, segundo a observância de procedimentos taxativos que se encaixam em hipóteses determinadas pelo interesse do legislador, o que por inúmeras vezes não permitem a consagração da efetiva justiça, tudo em prol de se obter uma segurança jurídica, ou “falsa” segurança jurídica, pela imutabilidade das decisões.

É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a jurisdição constitui atividade destinada à produção de coisa julgada. O comando contido na decisão judicial, a partir de determinado momento, passa a ser imutável e indiscutível, não podendo ser revisto por nenhum outro órgão estatal, nem mesmo pelo próprio judiciário, a não ser em situações excepcionais, por meio de ação rescisória ou da chamada *querela nullitatis*.²⁰⁹

²⁰⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

²⁰⁸ A Constituição Federal estabelece competência para julgamento de Ação Rescisória em seus artigos 102, I, j; 105, I e 108, I, b, permitindo que a coisa julgada seja desconstituída, nos casos previsto pela legislação infraconstitucional.

²⁰⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mérito e coisa julgada na execução. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 395.

Mesmo sendo a coisa julgada instrumento principiológico de resguardo do Estado de Direito, com proteção constitucional expressa, possui instrumentos criados pelo próprio legislador para promover seu desfazimento, desde que cumpridas determinadas formalidades e pressupostos.

Nessa linha de entendimento, é fato que na atualidade inexistem meios que assegurem, sem erros, um resultado justo ao processo, em consonância ao princípio do acesso a justiça justa, para tanto Luiz Guilherme Marinoni reconheceu que a inexistência de regramento e “critérios seguros para a ‘relativização’ da coisa julgada material pode conduzir à sua desconsideração, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa desconsideração geraria uma situação insustentável”.²¹⁰

Chegando até mesmo a justificar que:

A coisa julgada material é conseqüência necessária do direito de proteção legal dos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito, que como qualquer outro princípio jurídico, tende à sua realização dentro daquilo que é faticamente possível, atuando como mandado de otimização. Assim não é porque tal princípio deve proteger os direitos fundamentais do cidadão e sua dignidade e, conseqüentemente, evitar decisões injustas, que se deve aceitar tal incompatibilidade com a tese da prevalência da coisa julgada.²¹¹

Esse entendimento voltado à intangibilidade da coisa julgada é recepcionada por Ovídio Antônio Baptista da Silva que repudia o cabimento de meio para impugnação da coisa julgada sob o fundamento de injustiça da decisão, haja vista que a consideração da palavra *justiça*, compreendida em seu caráter formal de

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 52, n. 317, março, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 15.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 52, n. 317, março, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 16.

sentença justa, é produtora de injustiças, pois gerará ao perdedor o sentimento de injustiça.²¹²

Ainda, corrobora seu primado aduzindo que seria “impróprio condicionar a forma da coisa julgada, primeiro, a que ela não produza injustiça; segundo, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração que essa injustiça seja ‘grave’ ou ‘séria’”.²¹³

Do mesmo modo agiu Araken de Assis, ao expressar que:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais os órgãos de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedeceu, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.²¹⁴

Mas, apesar de todo discurso conservador apresentado, no intento de se trazer um caráter quase que absoluto à coisa julgada, é primordial ressaltar que esta limitação às hipóteses de impugnação da coisa julgada não podem servir como empecilho à aplicação da justiça, ou seja, sua impugnabilidade por outros meios não

²¹² SILVA, Ovídio Antônio Baptista. Coisa julgada relativa? In **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 52, n. 316, fevereiro, Porto Alegre: Notadez, 2004, pp. 8/9.

²¹³ SILVA, Ovídio Antônio Baptista. Coisa julgada relativa? In **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 52, n. 316, fevereiro, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 11. Ainda, o autor afirma que: “Suponho desnecessário sustentar que a ‘injustiça’ nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada com injusta; e assim *ad aeternum*, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e ‘pluralista’ quanto a valores”.

²¹⁴ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 50, n. 301, novembro, Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 12.

reconhecidos tipicamente no texto legal oriunda de mera limitação procedimental infraconstitucional não poderá sobrepor-se à proteção dos direitos fundamentais, dignidade e justiça.

Não obstante haver quem defenda a possibilidade de a coisa julgada ser desconsiderada em situações excepcionais, mesmo sem ajuizamento de ação rescisória ou da *querela nullitatis*, quando haja manifesta injustiça, evidente abuso, indisfarçável absurdo ou inquestionável inconstitucionalidade, é inegável que a coisa julgada consiste numa característica da atividade jurisdicional.²¹⁵

O ordenamento jurídico brasileiro garante, por meio de mecanismos processuais, a relativização da coisa julgada, ou seja, impugnar o ato decisório passado em julgado por meio de ações declaratórias ou desconstitutivas.

A aceitação da relativização pelo ordenamento jurídico brasileiro se justifica por diversos critérios, sendo o principal deles a clara expressão da estruturação política democrática brasileira, evitando a proteção das decisões pelo mero fato de serem proferida por um dos poderes do Estado, demonstrando a repugnância ao absolutismo.

Isso fica mais evidente quando se reconhece o “movimento de mitigação das garantias constitucionais, a partir da assertiva de que não existe garantia constitucional absoluta”,²¹⁶ tanto que mesmo inserta no texto Constitucional, o princípios da intangibilidade da coisa julgada possui exceções expressas que permitem sua discussão.²¹⁷

²¹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mérito e coisa julgada na execução. In BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 395.

²¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. In **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v.4, n. 22, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 5.

²¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. In **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. v.10, n. 58, mar./abr. São Paulo: IOB, 2009, pp. 45/46. “No Direito antigo, conferia-se à coisa julgada uma sacralidade que a aproximava do caráter absoluto. No Direito moderno, a preocupação com a relevância social do instituto culminou com sua inserção entre as garantias constitucionais (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI). Embora aureolada de definitividade, a intangibilidade da sentença passado em julgado nunca chegou ao grau absoluto, visto que sempre se ressalvaram casos excepcionais de rescisão, mesmo depois de esgotada a via recursal disponível (CPC, art. 485).

Sobre este elemento justificador da relativização, contrapondo-se ao entendimento anteriormente exposto, bem esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

Afirmar que determinada decisão é definitiva simplesmente porque proferida pelo Estado-Juiz externa uma posição despreocupada com as novas realidades. Pode-se afirmar com convicção que o ordenamento jurídico brasileiro não é partidário absoluto da concepção hobbesiana de direito, pois no âmbito da legitimidade das decisões judiciais, é a própria existência de hipóteses legais de relativização da coisa julgada mediante a ação rescisória.²¹⁸

Em complementação aos seus ensinamentos, o autor esclarece a existência de outros elementos que fundamentam a relativização da coisa julgada, e o faz consubstanciado em três princípios, sendo estes: proporcionalidade, legalidade e instrumentalidade.

Em se tratando do princípio da instrumentalidade, quando o processo visto em uma dimensão instrumental somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, por ser apenas um dos valores protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho.²¹⁹

Outrossim, vale mais uma vez expor que “o valor da segurança jurídica não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da *justiça da*

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 52, n. 317, março, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 14.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 52, n. 317, março, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 16.

decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV)”.²²⁰

Com análise dos poucos fundamentos apresentados fácil seria justificar uma teoria da relativização da coisa julgada²²¹, contudo é difícil reconhecer e aceitar, dentro de uma estrutura jurídica democrática, que o Estado, bem como os sujeitos que o representam, sejam infalíveis, e que as decisões proferidas sempre serão cunhadas pela justiça, o que de fato é reconhecido pelo ordenamento jurídico, já que criou diversos mecanismos para desfazimento de seus decisórios.

Mesmo cientes da existência de instrumentos processuais previstos pela Constituição Federal, bem como pela lei infraconstitucional que permitam a relativização da coisa julgada, busca-se por uma teoria da relativização, ampliar as situações prescritas pela lei infraconstitucional em vistas de uma proteção mais extensiva, já que mesmo fora das previsões legais podem existir situações de injustiça e erros do judiciário que busquem remediação por outros meios não estabelecidos pela lei.

Adotando o mesmo entendimento Francisco Wildo Lacerda Dantas, trazendo à baila a análise de uma das palestras da José Augusto Delgado, afirma que:

[...] o princípio da coisa julgada é de natureza relativa, não podendo sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade, jamais podendo ser veículo de injustiças, pelo que a decisão judicial jamais poderia produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela CF. [...] a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista a qualquer tempo, quando apresentem vícios graves e/ou produzam conseqüências que alterem o estado

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, pp. 8/9.

²²¹ Segundo entendimento de Sérgio Gilberto Porto. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.4, n. 22, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 7, “a idéia da possibilidade jurídica de mitigação de garantias constitucionais ou de que inexistem garantias constitucionais absolutas e que, portanto, todas são mitigáveis, no Brasil, goza de largo prestígio e obteve trânsito fácil, inclusive ensejando a possibilidade de que lei infraconstitucionais ‘arranhem’, sem pejo, as garantias de assento constitucional. São exemplos destas hipóteses as liminares *inaudita altera pars*, em face da garantia do contraditório, onde este, se diz, é postecipado; os prazos processuais beneficiados da Fazenda Pública, frente à garantia da isonomia; a decisão arbitral com força de coisa julgada material, frente à garantia constitucional da inafastabilidade; o depósito prévio da rescisória, frente à garantia do acesso à justiça e outras que tais”.

natural das coisas ou estipulem obrigações que não estejam amparadas pelo direito.²²²

Existem diversas discussões acerca da possibilidade da ampliação das situações que permitem a utilização da ação rescisória, ou melhor, que permitam a relativização da coisa julgada sem a utilização das ações típicas, o que se faz pela análise e reconhecimento dos preceitos de uma justiça justa, sem deixar de reconhecer o necessário papel da segurança jurídica para manutenção da paz e certeza.

Contudo Cândido Rangel Dinamarco ressalta que:

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começaram a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*.²²³

Pela fundamentação apresentada, não se poderia deixar agir em defesa do posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, contra a afirmação de Ovídio Antonio Baptista da Silva,²²⁴ até porque, há tempos, as discussões a cerca de uma teoria da relativização da coisa julgada ultrapassaram as barreiras dos bancos

²²² DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Considerações sobre a desconstituição e relativização da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.5, n. 28, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 37.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 9.

²²⁴ SILVA, Ovídio Antônio Baptista. Coisa julgada relativa? *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 52, n. 316, fevereiro, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 16. O autor faz crítica a forma de pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, quanto à extensão dos mecanismos para impugnar a coisa julgada, aduzindo que: "Todavia, estamos a operar – como nossa formação impõe – no reino da pura abstração. Nem mesmo contamos com uma 'concreta controvérsia judicial' em que esses 'absurdos', essas ofensas 'graves' à ordem jurídica, tenham ocorrido; ou algum caso concreto em que, como diz Dinamarco, imponham-se 'remédios contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais'; ou 'decisões aberrantes de valores, princípios ou normas superiores' que impunham a 'fragilização da coisa julgada como reação contra a injustiça'. Este é um discurso apropriado para uma sala de aula, produzida ao estilo de nossas Universidades; ou para um livro de doutrina. Todo, porém, haverão de concordar de que será necessário testar o projeto da 'relativização' da coisa julgada em sua dimensão, digamos, funcional e pragmática, indagando como as coisas dar-se-ão quando a tranqüila segurança do discurso teórico, perdendo a dimensão estática e formal com que o raciocínio abstrato lhe protege, tenha de descer das alturas, para enfrentar as inimagináveis diversidades dos casos concretos [...]".

acadêmicos e integraram a realidade empírica do poder judiciário brasileiro, como será abortado *a posteriori*.

Contudo, Cândido Rangel Dinamarco acaba por pontuar particularidades que justifiquem a criação de um mecanismo aberto para discussão de decisões passadas em julgado, ou seja, reconhece que se faz necessária a criação de teoria sobre a criação de ações atípicas de impugnação, conforme segue:

- I – o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;
- II – a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;
- III – o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;
- IV – o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na CF, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;
- V – a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;
- VI – a garantia constitucional do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passa em julgado;
- VII – a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa*, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;
- VIII – o *caráter excepcional* da disposição a flexibilização da autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.²²⁵

Pelos fundamentos expostos, a discussão quanto à possibilidade da criação de uma forma de relativização da coisa julgada fora dos limites procedimentos existentes e criados pela lei, reconhecidos pela falibilidade do Poder Judiciário quanto as decisões proferidas, e ainda, pela falibilidade do Poder Legislativo que não previu – nem poderia prever – todas as situações que, em tese, pudessem ser enfrentadas por mecanismos processuais previstos, se mostra plenamente viável.

²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 16.

2.7.1 A Coisa Soberanamente Julgada

A Coisa Julgada Soberana é nomenclatura criada pela doutrina e jurisprudência, para explicar a impossibilidade de utilização de ação rescisória para desconstituir uma decisão de mérito passada em julgado, quando transcorrido o prazo bial criado pela lei processual para seu ajuizamento.

Após o trânsito em julgado da sentença e ocorrendo a coisa julgada material, ainda há uma possibilidade de desfazê-la, por meio da ação rescisória (arts. 485 e s.), em casos de grave defeito formal ou de conteúdo da decisão, mas até o prazo máximo de dois anos. Depois a coisa julgada torna o branco preto e o preto branco, porque não há mais possibilidade de modificação, mesmo da sentença errada.²²⁶

A coisa julgada soberana se faz após o transcurso do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, assim, acrescenta Fábio de Vasconcellos Menna afirmando que “mesmo que tenha ocorrido um dos vícios que ensejam a rescisória, não se reabre mais o debate e o exame do litígio”.²²⁷

Por esse entendimento, é possível perceber que a coisa julgada soberana se afigura pela ocorrência da preclusão máxima, reconhecidamente pela preclusão recursão e também pela preclusão das ações voltadas a desconstituição da decisão.

Essa compreensão sobre coisa julgada soberana nas palavras de Sérgio Gilberto Porto é tida por “uma espécie de trânsito em julgado superlativo”, que seria capaz de encerrar as discussões sobre a desconstituição da decisão acobertada pela imutabilidade.²²⁸

José Frederico Marques, no mesmo sentido, assevera que transcorrido o lapso temporal de dois anos, “sem a propositura da rescisória, há coisa

²²⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 276.

²²⁷ MENNA, Fábio de Vasconcellos. **Coleção Elementos do Direito – Processo Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Dpj, 2004, p. 109.

²²⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 139.

soberanamente julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado declarando improcedente a rescisória”.²²⁹

Humberto Theodoro Júnior reconhece que existem “dois graus de coisa julgada [...]: a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada, ocorrendo esta última quando se escoe o prazo decadencial de propositura da rescisória (art. 495), ou quando seja ela julgada improcedente”.²³⁰

Passado o prazo de dois anos que a lei estipula (495, CPC) para exercer o direito da rescisão de decisão de mérito transitado em julgado, não é mais possível fazer-se o controle judicial da constitucionalidade da sentença transitada em julgado.²³¹

Percebe-se que o instituto da coisa julgada soberana não se amolda propriamente dito à coisa julgada, eis que não seria convincente crer que existam duas espécies de coisa julgada, então o que se tem, sob uma técnica processualística adequada, é a ocorrência da decadência do direito à desconstituição da coisa julgada formada anteriormente.

2.7.2 A Coisa Julgada Inconstitucional

A inconstitucionalidade da norma, devidamente reconhecida pelos mecanismos processuais próprios a expurga do mundo jurídico mantendo-se a proteção da Constituição Federal. Essa proteção da Lei Fundamental também é observada no campo das decisões judiciais.

Nesse sentido, tem-se a sensação de que o princípio da constitucionalidade garante que os atos praticados pelo poder público sejam pautados pelo texto constitucional, isto porque “o único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da

²²⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 387.

²³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 569.

²³¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade é a Supremacia da Constituição Federal”.²³²

Repise-se que os atos praticados pelo poder público, incluindo-se o Judiciário, devem observar a Constituição Federal, e para isso, as normas processuais criam diversos sistemas regulares à adequação dos atos judiciais aos preceitos constitucionais.²³³

É fato que o ordenamento jurídico brasileiro, acobertado pelo Estado Democrático de Direito, se assenta nos valores de justiça, mas como já esclarecido, a falibilidade dos seres não permite o alcance máximo de um direito justo, fazendo-se persistirem decisões judiciais destoantes da Carta Constitucional, assim, “a coisa julgada inconstitucional é uma decisão acobertada pelo trânsito em julgado, mas contrária aos ditames constitucionais”.²³⁴

A existência de coisa julgada que viole o texto constitucional em nosso ordenamento jurídico é situação da qual os jurisdicionados não estão defesos, por isso foi criado pelo legislador constituinte originário um sistema de controle da constitucionalidade, que no direito brasileiro é misto, podendo ser realizado pela via difusa (incidental) ou concentrada (abstrata).

O controle da constitucionalidade pela via concentrada se dá por meio de demanda específica com competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que declara ser a lei ou ato do poder público constitucional ou não.

²³² THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 32.

²³³ Sobre o tema Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, pp. 34/35, explicam que o conflito existente entre “segurança e certeza, ao mesmo tempo, perseguem a justiça. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição em destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança.

²³⁴ GOMES, Magno Federici; COHEN, Ricardo Moraes. Relativização da coisa julgada: teorias, controvérsias, dilemas e solução. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.9, n. 53, mai./jun. São Paulo: IOB, 2008, p. 85.

Por sua vez, o controle difuso permite não apenas o julgamento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas também reconhece esse poder a todos aqueles que estejam investidos no poder jurisdicional.

O conhecimento dos dois institutos que tratam do controle da constitucionalidade se faz importante diante dos efeitos que passam a produzir e afetar o instituto da coisa julgada.

É bem sabido que o efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma pela via concentrada é estendido *erga omnes* pelo fato de se estar discutindo um texto normativo que possui aplicação abstrata.

E, de outra banda, tem-se o controle difuso da constitucionalidade que é realizado incidentalmente mediante decisões proferidas por quaisquer membros investidos de poder jurisdicional, podendo chegar à análise do Tribunal Constitucional pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias. Não obstante, o controle difuso, pela própria natureza das decisões judiciais proferidas no caso concreto, produzem efeitos apenas às partes, salvo em sede de recurso extraordinário.²³⁵

Sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade pela via difusa Luiz Henrique Diniz Araujo, em análise do julgamento proferido na Reclamação 4.335-5/AC, esclarece que o entendimento existente sobre a eficácia *inter partes* da decisão proferida pela via incidental – salvo suspensão dos efeitos pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal – foi mitigado no sentido de se estender os efeitos da inconstitucionalidade *erga omnes*, e que a decisão do Senado Federal seria apenas um meio de publicidade do ato, ao interferindo em sua extensão subjetiva de eficácia.²³⁶

²³⁵ O julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu a extensão de efeitos *erga omnes* no caso de julgado de Recurso Extraordinário sobre matéria de inconstitucionalidade, independentemente da atuação do Senado Federal.

²³⁶ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Coisa julgada inconstitucional: natureza, instrumentos e momentos processuais de relativização. *in Revista Dialética de Direito Processual*, n. 54, setembro – 207, p. 111.

Por esse posicionamento, é possível que pela via difusa – quando não exista manifestação do Tribunal Constitucional – diante da obrigatoriedade do magistrado em declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, se tenham aplicações da lei abstrata diversamente para vários casos concretos, isto é, em alguns casos se reconhecendo a inconstitucionalidade de determinada lei e em outros não, criando-se por meio das decisões judiciais normas para cada caso concreto.

Ocorrendo a situação posta no parágrafo anterior e inexistindo recursos passíveis de levar a discussão da inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, é perfeitamente possível que se tenha uma decisão de inconstitucionalidade para alguns jurisdicionados, enquanto que em outros, utilizando o mesmo fundamento legal, tenham-se decisões constitucionais, caso o magistrado não enfrente o debate.

No controle difuso, por sua essência, a questão constitucional se apresenta de natureza prejudicial, até por que não é o enfoque principal da discussão, como ocorre no controle concentrado pela ação direta, sendo assim, deixando de se levantar a matéria de ordem constitucional, se terá a ocorrência da preclusão e extensão objetiva dos efeitos da coisa julgada àquela matéria de ordem constitucional que poderia ser alegada e não foi.²³⁷

Diante da breve análise realizada sobre o controle da constitucionalidade, é possível reconhecer que na existência de ação direta que promova o controle concentrado, sua aplicação será em abstrato, condicionando a atuação de todo poder judiciário quando da aplicação da lei ao caso concreto.

Nessa toada, caso exista previamente decisão proferida pelo Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade da norma, a aplicação será vinculativa aos demais entes públicos, e sua inobservância da possibilidade à utilização da medida processual denominada de Reclamação, prevista no artigo 102, I, I, da Lei Constitucional.

²³⁷ Neste caso se está diante de matéria de ordem constitucional que se apresenta intrínseca a análise do objeto principal, e por força do disposto no artigo 474, do Código de Processo Civil, também estão resolvidas, e assim, acobertadas pela força da imutabilidade da coisa julgada.

Contudo, importante reconhecer que se transitada em julgado a decisão proferida em violação à declaração de inconstitucionalidade, não será mais possível a utilização da Reclamação ao Tribunal Supremo, mas sim a utilização de ação rescisória, nos termos da Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal.²³⁸

Outro ponto de importância sobre a coisa julgada está voltado à declaração de inconstitucionalidade levada a efeito posteriormente à formação da coisa julgada, ou seja, quando por decisão judicial em ação direta o Supremo Tribunal Federal reconheça a inconstitucionalidade da norma supervenientemente à formação da coisa julgada, considerada constitucional à época de sua criação.

Nessa situação, reconhecendo que o magistrado elabora a lei ao caso concreto, é possível afirmar que o poder judiciário atua como um legislador especial, buscando a composição dos litígios.

Para tanto, se inexistia decisão do Tribunal Constitucional que versasse sobre a inconstitucionalidade da norma aplicada em determinado caso concreto, bem como manifestação pelo controle difuso do magistrado julgador do caso concreto sobre a constitucionalidade da norma aplicada ao caso – mesmo que de forma implícita – não se apresenta conveniente que essa lei reconhecida como especial seja desconstituída.

Essa interpretação é condizente com a proteção maior do controle da constitucionalidade, uma vez que desconstituir, por inconstitucionalidade superveniente, um ato judicial produzido por órgão competente para realização do controle difuso, é negar o próprio sistema de controle constitucional de normas.

Sobre o assunto bem esclareceu Luiz Guilherme Marinoni:

A sentença que produziu coisa julgada material, por constituir uma norma elaborada por um juiz que tem o dever de realizar o controle difuso da constitucionalidade, não pode ser invalidada por ter se

²³⁸ Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal – “não cabe reclamação quando já houver transitado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional. Note-se que isto equivaleria à nulificação do *juízo de constitucionalidade*, e não apenas à nulificação da *lei* declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos e muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria constituição.²³⁹

Na tentativa de impedir a violação ao juízo de constitucionalidade difuso, quando a inconstitucionalidade da norma que fundamentou a demanda se der por decisão superveniente do Tribunal Constitucional, o legislador instituiu recentes alterações de âmbito processual, criando mecanismos procedimentais voltados à exclusão de efeitos executivos às decisões proferidas sob o manto da constitucionalidade e que posteriormente tiveram a declaração de inconstitucionalidade incidindo sobre seus efeitos, como ocorre nos casos de embargos à execução e impugnação à fase de cumprimento de sentença revistos nos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, da lei Processual Civil.

É por isso, necessário advertir que não se trata de hipótese permissiva à retroatividade, pelo fato de não estar rediscutindo o que se estaria resolvido, mas apenas retirando efeitos executivos daquela decisão.

2.7.3 Instrumentos Legais para Relativização do Direito Fundamental à Coisa Julgada

Coube a lei ordinária, entre nós, a tríplice função de definir a coisa julgada, delinear o seu objeto e elencar as causas de rescisão da sentença. Porém a vida é muito mais rica de possibilidades de conflitos que a imaginação do legislador pode supor, pelo simples dinamismo social.

Não obstante, o legislador procurou tipificar medidas com o fim de desconstituir a coisa julgada, ou mesmo, negar a produção de seus efeitos. Porém, situações especialíssimas ocorrem diuturnamente no seio do convívio social.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

No entanto, neste momento, cumpre identificar algumas medidas criadas pelo legislador capazes de atacar a coisa julgada, sendo essas a *querela nullitatis* que passou a ser admitida pela jurisprudência para enfrentar as nulidades fora dos permissivos estritos da ação rescisória.

Instaurou-se, também, mais recentemente a possibilidade de negar a aplicabilidade dos efeitos da decisão quando estiver contrária a ordem constitucional.

Esse grave problema, que não alcança remédio nos achados limites temporais da ação rescisória, veio a ser objeto da regulação em lei por meio dos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, (inovados pela Lei nº 11.232/2005).

Dentre as medidas previstas legalmente, tem-se a ação rescisória como principal meio à desconstituição da coisa julgada, que apesar de ser tratada pontualmente no próximo capítulo, mostra-se necessário alguns apontamentos para distinção quanto aos demais meios de impugnabilidade da coisa julgada.

Assim, a ação rescisória – de competência originária dos tribunais – é ação por meio da qual se pede a anulação ou desconstituição de uma sentença ou acórdão transitado materialmente em julgado e a eventual reapreciação do seu mérito, quando diante de um vício formal ou substancial, ao qual esteja pontualmente previsto na lei processual civil.

A autoridade da coisa julgada material sempre foi considerada dogma absoluto do processo. A lei processual estabelece um mecanismo adequado para a desconstituição da sentença já transitado em julgado – a ação rescisória – e o prazo para que dele se possa utilizar. No entanto, ele só pode ser utilizado nos casos expressamente indicados, dentro do prazo de dois anos, depois do qual não se pode mais discutir a sentença (salvo aquelas que contem um vício tão grave que devem ser tidos por inexistentes).²⁴⁰

²⁴⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

De outro lado, reconhece-se a ação declaratória de inexistência, denominada de *querela nullitatis* ou *actio nullitatis*, que é uma ação autônoma com a finalidade de declarar a existência de um vício que tenha gerado a inexistência do processo, ou atos processuais determinados.

A presente ação tem cabimento quando o processo já tenha alcançado seu fim, não sendo permitida sua utilização enquanto a demanda em trâmite, até porque caso fosse identificada alguma irregularidade voltada a existência do processo ou seus atos, seriam resolvidas pela própria sentença, ou mesmo, pela instrumentalidade das formas, na tentativa de se alcançar o fim maior do processo que é a composição dos conflitos de interesses.

É de suma importância ao trabalho identificar quais são as hipóteses para cabimento da *querela nullitatis*, ou seja, quais decisões podem ser declaradas nulas por essa ação, e para isso, vale esclarecer que para se rescindir uma decisão se pressupõe sua existência, mas inválidas, enquanto que por outro lado as decisões serão juridicamente inexistentes.²⁴¹

É fácil reconhecer que a *querela nullitatis* apresenta vantagens quando comparada à ação rescisória, até porque a ação rescisória possui prazo decadencial bienal, enquanto que a *querela nullitatis* possui o prazo regular prescricional para as demais demandas declaratórias.

Ainda, no tocante a competência a ação declaratória tem como órgão competente o mesmo órgão jurisdicional de primeiro grau, e na ação rescisória a competência é originária dos tribunais, essa situação permite que na ação declaratória se tenham uma amplitude recursal diferenciada. Também, não há na ação declaratória a necessidade de recolhimento de depósito no valor de 5% sobre a causa.

Ainda, considerando a necessidade de satisfação de direitos reconhecidos por título executivo, o legislador instituiu os embargos à execução e a impugnação à

²⁴¹ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 206.

fase de cumprimento de sentença fundamentados nos artigos 475-L, e 741, ambos do Código de Processo Civil.

Rodrigo Klippel reconhece que as duas medidas apresentadas possuem natureza declaratória de inexistência, ou seja, uma decorrência da *querela nullitatis*.²⁴² Não obstante, é possível reconhecer que dentre as defesas existentes nas tutelas executivas é sim observável sua natureza declaratória, porém, não apenas quanto à inexistência do título ou mesmo do processo, como se analisa na situação exemplificativa da nulidade ou falta de citação, mas também na inexistência de efeitos executivos quando da declaração superveniente de inconstitucionalidade.

Assim, quando diante de questões voltadas às ofensas em face de títulos executivos que violem o primado constitucional será cabível a exceção de inexecutibilidade, a qualquer tempo, conforme explica Humberto Theodoro Junior:

Instaurou-se, mais recentemente, intensa controvérsia em torno da apelidada “relativização da coisa julgada”, quando em jogo estiver as ofensas perpetradas pela sentença contra a ordem constitucional. Esse grave problema, que nem sempre alcança remédio nos acanhados limites temporais da ação rescisória, veio a ser objeto de regulamentação e lei por meio dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC (inovados pela Lei nº 11.232/2005). É de lei, portanto, que escapa da intangibilidade própria da *res iudicata* a sentença: (i) fundada em “lei ou ato normativo declarado inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”; ou (ii) fundada em “aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal” (CPC, arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único). Mesmo depois de findo o prazo decadencial da ação rescisória (CPC, art. 495), continua possível a exceção de inexecutibilidade da sentença inconstitucional, cuja validade se mostra arguível no curso da execução ou do cumprimento de sentença, por via de embargos ou de simples impugnação, a qualquer tempo.²⁴³

Como já mencionado, o legislador criou mecanismos processuais a fim de relativizar os efeitos da coisa julgada, porém, é entendido nesse estudo, que existem demais meios relativizadores, que ultrapassem os limites impostos pelo legislador, sempre em obediência ao primado da justiça.

²⁴² KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 204.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.10, n. 58, mar./abr. São Paulo: IOB, 2009, p. 46

2.7.4 Coisa Julgada, Justiça e Proporcionalidade: Elementos para Criação da Ação Rescisória Atípica

Para se alcançar o entendimento quanto ao cabimento de uma ação rescisória atípica, é necessário esclarecer que a justiça pelo estudo de Julio César Tadeu Barbosa²⁴⁴, surge do radical *ju (yu)* do idioma sânscrito, que significa unir, atar, o que deu origem ao termo latim *jungere (junjir)* e *jugum* (submissão, autoridade), até desencadear na expressão *jus* que, por decorrência, gerou o termo, *justitia*, expressando a igualdade de todos aqueles que compõem um grupo, sem destoar da ordem social, preservando os direitos estampados na lei, ou não.

Outrossim, é possível conceituar justiça como sendo a equivalência de uma igualdade tida por formal, obtida pela lei pela análise de algumas situações indispensáveis com a igualdade de cidadania, limitando a liberdade individual para uma efetiva e pacífica convivência coletiva, em busca do respeito mútuo, ratados de forma igualitária ressaltando-se a imparcialidade, evitando-se o favorecimento.²⁴⁵

Nesse sentido, a justiça corrobora seu valor com a proteção da segurança jurídica à manutenção da paz social e da estabilidade das instituições democráticas, mas, além desta conotação, busca a verdade, causando por inúmeras vezes a colisão com o princípio da segurança jurídica, por força da intangibilidade da coisa julgada, problematizando as dimensões da pacificação social, segurança jurídica e verdade, diante de decisões que possam ter afetado toda estrutura jurídica.

Assim, em vistas de uma interpretação sobre um enfoque voltado aos direitos fundamentais, vê-se a possibilidade de existir colisão entre os direitos fundamentais, fazendo-se assim, necessário sopesar qual a melhor regra a ser aplicada, por meio

²⁴⁴ BARBOSA, Julio César Tadeu. **O Que é Justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 33.

²⁴⁵ BARBOSA, Julio César Tadeu. **O Que é Justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 77.

de um juízo de ponderação,²⁴⁶ realizado por meio de regras de razoabilidade e proporcionalidade.

Essa regra de composição de colisão entre direitos fundamentais encontra amparo teórico nos ensinamentos de Robert Alexy, a qual denomina de máxima da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento do sopesamento propriamente dito, que decorre da relativização de duas proposições jurídicas, ou seja, “quando uma norma com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário o sopesamento nos termos da lei de colisão”.²⁴⁷

Nessa toada, reconhecido que os direitos fundamentais são expressos por princípios e não regras, sua aplicação, atuação e convivência deve ser harmoniosa a fim de se alcançar o bem maior, que é a pacificação social de forma justa sob os ditames da dignidade da pessoa humana.

Contudo, Robert Alexy afirma que dentre os diversos princípios existentes, que expressam direitos fundamentais, poderá ocorrer a precedência de um em face do outro, segundo determinações do caso concreto.²⁴⁸

Afirma ainda que “as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o

²⁴⁶ MARDER, Alexandre Salgado. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100, ensina o autor que “‘Ponderar’ é comparar e sopesar. Ou seja, diante de dois princípios que estejam em concreto conflito, a ponderação entre eles parte de um comparação, com posterior atribuição de preferência de um sobre o outro. Por exemplo: a decretação de uma invalidade processual revela nítido conflito entre princípios, haja vista a aplicação da sanção de invalidade contribuir para o fortalecimento do princípio da segurança, ao passo que a não-aplicação contribui, ao contrário, para a promoção do princípio da efetividade. Diante a tensão, deve o magistrado fazer uma ponderação entre os princípio em choque para eleger, à luz das circunstâncias do caso concreto, qual deve prevalecer e qual deve ceder”.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder”,²⁴⁹ justificando o tema proposto e servindo de base para à relativização da segurança jurídica, em prol da justiça.

É certo que a manutenção do princípio da segurança jurídica tem por objetivo proteger a confiança na atuação do poder público, o que para o âmbito do poder judiciário está embasado na inalterabilidade do caso julgado.²⁵⁰

Mas, como o próprio doutrinador afirma, quando dois ou mais princípios colidem, deve-se buscar um consenso fundamental pela ponderação ou balanceamento no intuito de resolver tensões entre os direitos protegidos.²⁵¹

Ainda, em tese complementar, José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que “ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor”.²⁵²

Sendo assim, pelos critérios maiores de justiça é aceitável que o direito fundamental à coisa julgada possa ser ponderado quando diante de uma busca por uma justiça justa. Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco acentua essa possibilidade quando apresenta raciocínio sobre o valor da justiça:

[...] em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.²⁵³

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 93/94. – Explica ainda, em conformidade com os estudos de Ronald Dworkin, que “Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões de princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 257.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 1236/1237.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1241.

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pp. 420/421.

Por esse raciocínio, é sabido que o processo busca, sobretudo, preservar decisões justas, não sendo concebível que, pelo fato de se ter uma decisão acobertada pela coisa julgada, se permita manter injustiças, ou mesmo, violações ao princípio do acesso à justiça justa.

A título exemplificativo, apesar de a coisa julgada ter o condão de se tornar soberana, existe a possibilidade desta decisão soberana ser rescindida, relativizando-a em prol de um bem maior, que é a busca da justiça, harmonia e segurança sócio-jurídica.

Rodrigo Klippel reconhece que pela relativização da coisa julgada se quer “ir além dos estritos limites da ação rescisória e, principalmente, dos artigos 485 e 495 do CPC, que são os verdadeiros elementos restritivos da impugnação das decisões irrecorríveis”,²⁵⁴ isto porque “a vida, no entanto, é muito mais rica de possibilidades de conflitos que a imaginação do legislador pode supor”.²⁵⁵

Neste contexto, é certo que existe uma ordem jurídica instituída pelo Estado Democrático de Direito, com regras expressamente prevista no texto legislativo, no entanto, aceitar a aplicação de uma ação rescisória atípica em nada prejudicaria a segurança jurídica, mas sim ampliaria o grau de proteção do Estado Democrático.

Neste contexto, Cândido Rangel Dinamarco esboça a necessidade de um redirecionamento da ação rescisória:

Ela é tradicionalmente apontada como um remédio rigorosamente extraordinário de infringência à coisa julgada material, reputada esta um valor a ser preservado a todo custo e sujeito a questionamentos apenas em casos verdadeiramente extraordinários. O rol das hipóteses de sua admissibilidade é um *numerus clausus* (CPC, art. 485) e os tribunais brasileiros esmeram-se em afunilar a interpretação de cada um dos incisos que tipificam as hipóteses de sua admissibilidade, sempre assumida a premissa da prevalência do valor da segurança jurídica. Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir

²⁵⁴ KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

²⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.10, n. 58, mar./abr. São Paulo: IOB, 2009, p. 46.

censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm – ou seja, impõe-se a relativiza e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da AR, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento de outro, etc.²⁵⁶

Isso se daria pela busca de corrigir decisões consideradas injustas em cada caso concreto, mesmo quando não reconhecido expressamente pelo legislador, carreando um necessário ativismo judicial, pelo bem maior.

É notório, pelo todo exposto que “a Doutrina sugere a prevalência da justiça em detrimento da estabilidade da decisão (princípios da segurança e da certeza jurídicas) que se deixou cobrir pelo manto do trânsito em julgado”.²⁵⁷

Cândido Rangel Dinamarco busca esclarecer que se faz necessário equilibrar os preceitos de justiça e segurança jurídica no campo da empírica processual, sendo “*inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz e fazer do preto, branco e do quadrado, redondo”.²⁵⁸

Em conclusão, amparado pelo conteúdo dos institutos da justiça e proporcionalidade, Sérgio Gilberto Porto explica que:

[...] há uma estrutura jurídica instituída pelo Estado expressos ou não, se pela logicidade e razoabilidade sistêmica integram naturalmente a ordem jurídica vigente, são existentes válidos e eficazes, ainda que dependentes de identificação construtiva. Assim, pode-se dizer que não estão expressamente escritos, mas se encontram insculpidos por derivação natural de sua finalidade. Trata-se, pois, da visão conspectiva que deve ser outorgada à nossa ordem jurídica constitucional.²⁵⁹

²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 27.

²⁵⁷ RODRIGUES, Walter Piva. A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária. *In Revista do Advogado*. Ano XXVI, n. 88, novembro. São Paulo: AASP, 2006, p. 196.

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 22.

²⁵⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica**: instrumento de defesa da ordem jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209.

Para deixar mais evidente a necessidade de se alterar os contornos referentes aos casos de cabimento de medidas impugnativas das decisões acobertadas pela coisa julgada, vale delinear alguns casos concretos que pelas peculiaridades demonstraram e corroborarão com o fim almejado neste item.

Um dos mais conhecidos casos de relativização da coisa julgada fora dos limites estampados na legislação é o que ocorreu na ação de declaratória de paternidade que por meio da realização de exame de DNA, permitiu a rescisão da sentença que teria irregularmente declarado a filiação entre as partes que figuravam na demanda, consagrando que a realidade não pode ser desconsiderada em face de uma decisão judicial.

Nessa toada, por meio de Recurso Extraordinário levado à análise do Plenário²⁶⁰, com relatoria do Ministro Dias Toffoli a celeuma que acobertava a discussão foi sanada, conforme se denota da ementa abaixo transcrita:

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética,

²⁶⁰ STF, RE 363.889/DF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Ac. 02.06.2011, DJe 16.12.2011.

como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

Pela leitura da ementa apresentada fica clara a observância da existência de ponderação entre a aplicação dos preceitos constitucionais, sendo certo que se buscou manter o “respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade”, em face do princípio da segurança jurídica representado pela coisa julgada.

Outra hipótese para se fundamentar uma teoria para relativização da coisa julgada fora dos limites formais da lei, se encontra nos casos análogos àquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal²⁶¹ em meados do ano de 1982, que reconheceu a inexistência de violação à coisa julgada no caso de realização de nova avaliação em execução, for força de transcurso de prazo e defasagem na realidade atual do bem para efeitos de justa indenização.

Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação ara atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido.

Mais uma vez fica certo que o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem prestigiar o princípio constitucional da justa indenização ao invés de se manter uma decisão passada em julgada que estivesse eivada com caracteres de injustiça.

Ainda, em análise jurisprudencial para fundamentação do tema, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial, reconheceu a possibilidade

²⁶¹ STF, RE 93.412/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, J. 04.05.1982, DJ 04.06.1982.

de se relativizar a coisa julgada, quando estiverem em discussão os princípios da moralidade e da legalidade em face do princípio da coisa julgada²⁶².

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO SABIDAMENTE INCONSTITUCIONAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES, AVULSOS E AUTÔNOMOS – RELAÇÃO TRIBUTÁRIA DE TRATO SUCESSIVO - INOPONIBILIDADE.

1. O Mandado de Segurança destina-se a defender direito líquido e certo. Ele se traduz em Ordem auto-executável do Estado-Juiz para que cesse a violência praticada pelo próprio Estado. Se essa Ordem passa em julgado, veta-se o novo exame da lide sob as mesmas circunstâncias.
2. Em questões de trato sucessivo, a coisa julgada traz consigo a cláusula "*rebus sic stantibus*". Mudanças em circunstâncias fáticas ou jurídicas autorizam novo pedido de Segurança, sem oponibilidade da coisa julgada.
3. A coisa julgada, em Mandado de Segurança, não justifica a cobrança de obrigação tributária inconstitucional.
4. Recurso provido.

Pelos poucos casos aqui colacionados, já se torna possível reconhecer que a estruturação da coisa julgada em seus traços deve ser repensada, em vias de prover um acondicionamento com a realidade fática social, e isso se daria pela criação de mecanismos exemplificativos para utilização de meios impugnatórios, ao invés e manter a regra atual de limitação ao extremo da coisa julgada.

Ademais, a busca por uma “teoria da relativização da coisa julgada é um meio processual idôneo para casos em que o legislador optou por restringir o cabimento da ação rescisória, e quando ocorra esse descompasso entre valores da sociedade”.²⁶³

²⁶² STJ, REsp 381.911/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Ac. 02.12.2003, DJU 19.12.2003.

²⁶³ DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **Ação rescisória**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 206.

3 AÇÃO RESCISÓRIA

3.1 Histórico da Ação Rescisória no Direito Brasileiro

Nosso sistema jurídico teve origem no direito romano, sendo seguido pela escola romano germano-românica do *civil law*. Partindo deste pressuposto, fica mais fácil desvendar a origem da ação rescisória no direito brasileiro.

Inicialmente, a ação rescisória teve sua derivação da conhecida *querela nullitatis*, que teve origem na Idade Média pela junção do direito romano e germânico, e tinha por escopo decisões nulas, se contrapondo ao instituto dos recursos que visavam atacar decisões injustas.²⁶⁴

Como já se esperava, a origem primordial da ação rescisória foi o direito romano, no entanto, importante para este trabalho, a fim de se ter conhecimento prévio sobre a referida ação, sua trajetória dentro da sistemática jurídica brasileira.

As sentenças eram distinguidas como “nenhumas” ou “algumas”, ou seja, as sentenças existiam ou não, se existentes era possível aplicar a “revista” da decisão, caso contrário se viciada por nulidade não caberia a rescisória.²⁶⁵

Em seguida, com o advento das Ordenações Manuelinas e Filipinas, foram mantidas as distinções entre decisões “alguma” ou “nenhuma”, sendo que a “nenhuma” jamais conseguiria alcançar a coisa julgada.²⁶⁶

Com o surgimento do Regulamento 737, de 1850, e sua regulamentação feita em 1980, pelo Decreto 763, as Ordenações ora em vigor no tocante a ação rescisória foram revogadas, sendo aplicadas ao processo civil o artigo 680 e 681, que tratavam de sentenças nulas e anuláveis.

²⁶⁴ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 11.

²⁶⁵ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 22.

²⁶⁶ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 13.

Em 1891, com a atribuição de poderes aos Estados para legislarem sobre matéria processual, a ação rescisória apresentou-se esquecida sendo tratada superficialmente, ante a diversidade de diplomas processuais existentes.²⁶⁷

A Constituição de 1934 e a de 1937, unificando e mantendo a atribuição de legislar sobre processo à União, encontrou necessidade de formular um Código de Processo Civil único, originando a Lei n. 1.608 de 1939.²⁶⁸

A ação rescisória foi tratada no artigo 798 a 801 do diploma processual de 1939:

Artigo 798 – Será nula a sentença:

I – quando proferida:

- a) por juiz peitado, impedido ou incompetente *ratione materiae*;
- b) com ofensa a coisa julgada;
- c) contra literal disposição de lei;

II – quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal.

No entanto, como se pode ver do texto do artigo citado, a tentativa do Código de 1939 não foi das mais felizes, pois como relata Coqueijo Costa²⁶⁹ “só se pode rescindir o que for eficaz, o que valer e existir”.

Ainda, complemente seu raciocínio:

O ‘nulo’ vem dos romanos, pois erro in procedendo gerava a nulidade e não a desconstituição da sentença, tornando-a inexistente. Rescindir é desconstituir. Nulidade, nem sempre nisso resulta. Logo, quando muito, a ‘nulidade’, que bota do acolhimento da rescisória, poderia ser convertida em ‘rescindibilidade’, em que se transmudaria após o trânsito em julgado da decisão.²⁷⁰

Apesar do equívoco assumido no Código de 1939, que aduzia caber ação rescisória contra sentença nula, o Código de Processo Civil de 1973, em vigência, sanou esta divergência, com a vinda do artigo 485, que se refere à rescisão da sentença de mérito transitada em julgado, e não somente de sentença nula.

²⁶⁷ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 13.

²⁶⁸ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 22.

²⁶⁹ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 13.

²⁷⁰ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 13.

Enfatizando mais o ponto, José Frederico Marques²⁷¹ afirma que apesar de estar estampado no artigo 798 do Código de 1939, a expressão “nula” não se estaria cumprido um dos pressupostos para o ajuizamento da ação rescisória, que é a coisa julgada, *res iudicata*, assim, se a *res iudicata* elimina as nulidades no *decisium*, se a sentença ainda for nula é porque não passou em julgado, pois se já o fora não se falará em sentença nula e sim em anulável. Desta feita, onde houver previsto sentença nula nas hipóteses do artigo 798 do Código de 1939, se estará falando em sentença anulável.

Concluindo, diversamente do que constava do Código de Processo Civil de 1939, o Código atual não se vale da imprópria e inadequada linguagem utilizada pela lei anterior que falava em sentença nula, trazendo assim, a terminologia correta quando expressa que a “sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida”, ou seja, é anulada ou desconstituída.

Seguindo o entendimento do Código vigente, extrai-se que a decisão passível de ser atacada pela ação rescisória é decisão anulável e não decisão nula como fez constar o legislador de 1939.

3.2 Conceito e Natureza Jurídica da Ação Rescisória

Iniciando o estudo da ação rescisória é primordial apresentar sua definição, a fim de se ter conhecimento prévio sobre o assunto, e, com isso, adentrar em suas especificidades, para tanto, foram colacionados conceitos dos mais variados autores, no intuito de se chegar a um entendimento por mais completo sobre a ação rescisória.

Uma das conceituações mais utilizadas sobre a ação rescisória foi proferida por Barbosa Moreira²⁷² que diz ser “a ação por meio da qual se pede a

²⁷¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 413.

²⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 99.

desconstituição da sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”.

Ação Rescisória no entendimento de Luís Pinto Ferreira “é o meio processual de conseguir a declaração de nulidade ou ilegalidade da sentença cível definitiva, da qual não cabe recurso, por estar tal decisão eivada de nulidade, por causa dos vícios previstos na lei processual”.²⁷³

Outra definição sobre ação rescisória foi proferida por José Frederico Marques²⁷⁴ que diz ser “a ação rescisória é aquela que tem por objeto ajuizar pedido de anulação de sentença passada em julgado”.

Coqueijo Costa entende que:

A rescisória é julgamento do julgamento, nasce fora do processo em que foi proferida a decisão rescindenda e quando a esta desconstitui é que abre a relação jurídica processual, penetrando no processo em que prolatou a sentença ou o acórdão rescindendo, conhecendo do mérito para, no *iudicium rescissorium*, substituir a decisão rescindida. Às vezes limita-se ao *iudicium rescindens* (ex.: quando o fundamento é ofensa à coisa julgada, que simplesmente é restaurada).²⁷⁵

Com efeito, é possível verificar que os significados expostos apresentam-se próximos e exemplificativos no que diz respeito a comparação deste instituto com um recurso, o que realmente não traduz seu real significado, como será delineado.

Houve longa discussão sobre a ação rescisória ser uma das formas de recurso, porém, como restou demonstrado com as definições inseridas, a ação rescisória como o próprio nome já diz, é ação autônoma. Tanto que Humberto Theodoro Júnior diz que a ação rescisória “não se confunde com o recurso justamente por atacar uma decisão já sob o efeito da *res iudicata*”.²⁷⁶

²⁷³ PINTO, Luís Ferreira. **Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 239/240.

²⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 410.

²⁷⁵ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 15.

²⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 721.

Tanto é que desde os ordenamentos mais antigos, já se havia clara esta distinção entre ação rescisória e recurso, como esclarece Coqueijo Costa²⁷⁷ que “a ação rescisória no direito luso-brasileiro e no direito brasileiro nunca foi recurso, mas sempre ação”.

No mesmo sentido, afirma ainda Coqueijo Costa²⁷⁸ que “a rescisória é remédio para a prestação jurisdicional já entregue; o recurso é-o para a prestação apenas apresentada”, e, complementa dizendo que:

É o ataque a coisa julgada, no todo ou em parte, formada em qualquer grau de jurisdição, irrecorrível até extraordinariamente, embora pendente de execução, forçada ou voluntária. Já o recurso é o ataque à decisão que ainda não transitou em julgado (prestação jurisdicional apresentada, mas não entregue).²⁷⁹

No direito processual civil brasileiro, existem dois remédios jurídicos para impugnar a sentença, sendo um deles os recursos, utilizados como meios de impugnação intrínseca ao processo, isto é, somente cabem os recursos enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão, apresentados taxativamente pela lei, e o outro é a ação rescisória que é meio extrínseco de impugnação da sentença, sendo utilizada somente após o trânsito em julgado da decisão, caso contrário haveria falta de interesse por parte do demandante.

Há diversos meios e atacar e reformar as decisões judiciais que são utilizados de modo diferente pelos diversos sistemas ou ordenamentos jurídicos, sendo caracterizados pelas próprias indicações do direito vigente. Estes meios são os *recursos* e as *ações autônomas e impugnação*. No primeiro caso a decisão é impugnada no mesmo processo e que a decisão é proferida, mesmo que em autos apartados, como no agravo de instrumento, mas sempre no mesmo processo; no segundo caso a impugnação dá margem à instauração de um novo processo.²⁸⁰

José Frederico Marques faz sua contribuição:

²⁷⁷ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 13.

²⁷⁸ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 15.

²⁷⁹ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 14.

²⁸⁰ PINTO, Luís Ferreira. **Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 239.

Não é recurso, e sim ação. Ajuizado o pedido rescisório, procede-se à citação do réu e se instaura uma nova relação processual. Além disso, o prazo para a propositura da rescisória não se coaduna com a natureza dos procedimentos recursais.²⁸¹

No entendimento de Fábio de Vasconcelos Menna seguindo o entendimento do artigo 485, do Código de Processo Civil “a rescisória é uma ação, jamais podendo ser entendida como recurso, cuja finalidade é a impugnação de sentença de mérito ou acórdão já transitado em julgado, desde que nos casos expressamente previstos em lei”.²⁸²

Ernane Fidélis dos Santos, ainda sobre a questão da diversidade de recursos e ação rescisória, diz de forma consistente que a ação rescisória não possui sequer traços de recurso, por ser “ação de conhecimento, cujo objetivo principal é desconstituir decisão transita, a ponto de sua propositura não suspender o cumprimento normal e definitivo da sentença rescindenda (art. 489)”.²⁸³

Complementa Ernane Fidélis dos Santos:

A ação rescisória, não sendo recurso, não está sujeita a nenhum efeito devolutivo que provoque o reexame de questões de fato e de direito julgadas na sentença rescindenda. Trata-se de nova ação e, como tal, tem fundamentação diversa do processo onde se proferiu a sentença a se rescindir.²⁸⁴

É de considerar ainda, o entendimento de Vicente Greco Filho²⁸⁵ que ao abordar sobre a ação rescisória, consegue distingui-la dos recursos, ao afirmar que o “sistema processual manteve, pois, além dos recursos, uma ação cuja finalidade é a impugnação de sentença já transitada em julgado”.

²⁸¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 410.

²⁸² MENNA, Fábio de Vasconcelos. **Coleção Elementos do Direito – Processo Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Dpj, 2004, p. 109.

²⁸³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 738.

²⁸⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006 p. 739.

²⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 437.

Ainda, de forma mais completa e didática, Humberto Theodoro Junior explana seu entendimento, distinguindo os institutos dos recursos, coisa julgada e ação rescisória:

Recursos, coisa julgada e ação rescisória são três institutos processuais que apresentam profundas conexões. O recurso visa a evitar ou minimizar o risco de injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a coisa julgada entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora corra o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a ação rescisória que colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*.²⁸⁶

Prosseguindo no entendimento Teresa Arruda Alvim Wambier também promoveu sua definição para o tema, da seguinte forma:

A ação rescisória é remédio excepcional e também tem, como os recursos, de certo modo, a função de corrigir a decisão. Até certo ponto, são vícios da decisão (ou do processo em que a decisão foi proferida) que se pretendam sejam corrigidos, e em parte, o que se faz é *adequar* a decisão ao ordenamento.²⁸⁷

A decisão transitada em julgado pode conter vícios, como de fato ocorre, e isso não é de interesse para o Estado, visto que o ponto máximo do direito é a justiça, por conseguinte, também não é interesse privar o interessado de um remédio para sanar o seu prejuízo sofrido. Com isso, o direito criou a ação rescisória, pois somente a ação rescisória é adequada para desconstituir a coisa julgada.

Em definição considerada recente, porém, bem elaborada sobre o instituto da ação rescisória foi exarada por Misael Montenegro Filho:

O instrumento em destaque é a ação rescisória, que ataca exclusivamente sentença de mérito, não cabendo para o combate de pronunciamento terminativo. Pode ser proposta por qualquer das partes do processo original, pelo terceiro prejudicado (que tenha

²⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 721.

²⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 481.

sofrido os efeitos da sentença rescindenda) ou pelo Ministério Público (em decorrência de processo que tenha funcionado como parte ou fiscal da lei), desde que seja demonstrado o interesse processual do autor, resgatando-se os conceitos de utilidade, de necessidade e de adequação.²⁸⁸

Na ação rescisória não há que se falar em nulidade, anulabilidade ou revogação, mas em rescisão da coisa julgada, como expressa o próprio nome.

Considerando as definições trazidas pelos mais variados doutrinadores, temos que a ação rescisória é o ataque à coisa julgada, em sua totalidade ou não, isto porque, que nas decisões proferidas pelos magistrados, “podem ocorrer falhas de tal gravidade que a lei permita sua revisão, em que pesem os motivos de ordem pública que justifiquem sua imutabilidade”.²⁸⁹

Sem dúvidas, a rescisória é ação, e não recurso. Enquanto todos os recursos pátrios (ate mesmo os recursos extraordinário e especial) são interpostos *antes* da formação da coisa julgada, a rescisória pressupõe a existência da **res iudicata**.²⁹⁰

Nesse seguimento, a ação rescisória consiste em procurar o perfeito em matéria de justiça. Ademais, constitui uma garantia que a lei pretende para aqueles que julgarem vítimas de decisões que atendam, em um primeiro momento, a ordem legal, porém, em seu ínterim, estejam sanadas com vícios ou irregularidades.

Inexiste, também, grande controvérsia quanto à natureza jurídica da ação rescisória, sendo que a doutrina é pacífica sobre o assunto, voltada a declinar a natureza constitutiva negativa, pois se julgada procedente, altera o plano jurídico, desconstituindo a coisa transitada em julgado, existindo a possibilidade de a parte requerer novo julgamento em substituição do já rescindido. Como reconhecido por Humberto Theodoro Junior ao afirmar que a ação rescisória é uma ação que “visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença como ato jurídico viciado”.²⁹¹

²⁸⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 544.

²⁸⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 738.

²⁹⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 806.

²⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 721.

Com efeito, “é remédio por excelência para anulação dos efeitos da sentença passada em julgado, a ação rescisória é de natureza constitutivo, uma vez que tem por fim extinguir a situação jurídica consubstanciada na decisão que se busca anular”.²⁹²

Assim, a “ação rescisória, sendo cognitiva, é de natureza constitutiva negativa ou desconstitutiva”,²⁹³ “com pretensão de que seja proferida decisão que rescinda a sentença antes prolatada, expurgando do mundo jurídico todos os efeitos dela decorrentes”.²⁹⁴

Neste mesmo seguimento, Coqueijo Costa, também, apresentou fatores justificativos da natureza jurídica da ação rescisória:

Tem natureza de ação, e não de recurso, antes do mais por exclusão e classificação, pois não está catalogada como recurso e sim como ação; tem prazo preclusivo muito maior do que o desse, e admite a produção de prova. Além do mais, impõe petição inicial e citação, revestida de todos os requisitos processuais. Instaura outro processo, com nova relação processual, e, como ação, demanda das condições desta (admissibilidade no direito objetivo, pertinência subjetiva e interesse de agir, este decorrente, na rescisória, do trânsito em julgado da decisão rescindenda).²⁹⁵

No entendimento de Vicente Greco Filho a natureza jurídica da ação rescisória é a seguinte:

A ação rescisória é de natureza constitutiva negativa porque modifica o mundo jurídico, desfazendo a sentença transitada em julgado, podendo conter também outra eficácia quando a parte pede novo julgamento em substituição do rescindido.²⁹⁶

Não obstante, Nelson Nery e Rosa Maria Nery aduzem:

²⁹² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 410.

²⁹³ MENNA, Fábio de Vasconcellos. **Coleção Elementos do Direito – Processo Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Dpj, 2004, p. 109.

²⁹⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 544.

²⁹⁵ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 19.

²⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais e recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 437.

É ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescindendo, dando ensejo à instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescindenda.²⁹⁷

Como os demais doutrinadores citados, Luiz Rodrigues Wambieracompanha o entendimento sobre a natureza jurídica da ação rescisória, aduzindo que tem “natureza jurídica de ação constitutiva negativa, que produz, portanto, uma sentença desconstitutiva, quando julgada procedente”.²⁹⁸

Na ação rescisória podem ser formulados dois tipos de pretensões, o primeiro deles, inerentes a todas as ações rescisórias é o juízo rescindendo, indispensável para a rescisão da decisão, ou melhor, desconstituir o julgado.

Por sua vez, existe também o juízo rescisório que serve exatamente para rejulgar o feito, porém, somente é utilizado em alguns casos, visto que nem sempre é necessário o novo julgamento do feito.

Embasando o exposto nos parágrafos anteriores, sobre os dois juízos existentes na ação rescisória “é preciso distinguir o *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium*. O primeiro diz respeito tão-somente à rescisão do julgado, e o segundo à prolação de uma nova decisão, que substituía a anterior”.²⁹⁹

Sobre os juízos da rescisória José Eduardo Carreira Alvim diz:

A ação rescisória tem por objetivo a desconstituição (ou rescisão) de uma anterior sentença (acórdão, decisão monocrática) de mérito, comportando três etapas distintas: a) verificação da admissibilidade da ação; b) o *iudicium rescindens*, em que se decide se rescindirá ou não, o julgado; c) o *iudicium rescissorium*, em que se profere novo julgamento da causa.³⁰⁰

²⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 777.

²⁹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 662.

²⁹⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 185.

³⁰⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação rescisória comentada**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 185.

Existe possibilidade da decisão da ação rescisória ser julgada improcedente, o que mudaria a natureza da decisão da ação rescisória, pois, no juízo rescindente, a natureza da decisão que julga procedente o pedido é constitutiva negativa, já a decisão que julga improcedente o pedido é declaratória negativa, declara apenas que não existe o direito à invalidação da decisão.³⁰¹

Não menos importante, mas esclarecedor, Marcus Vinícius Rios Gonçalves faz, ao menos em um primeiro momento, a explicação mais completa sobre o conceito e natureza jurídica da ação rescisória, sendo a seguinte:

A lei prevê uma ação autônoma de impugnação, que visa desconstituir a sentença transitada em julgado, postulando eventualmente a reapreciação daquilo que já estava decidido em caráter definitivo. É a última oportunidade que se dá ao interessado para tentar desfazer a decisão. Não se trata mais de um recurso, porque estes já foram esgotados, mas de uma ação autônoma, de cunho cognitivo e natureza desconstitutiva, que procura desfazer o julgado.³⁰²

Para abrilhantar ainda mais seu estudo, complementa dizendo que o “acolhimento do pedido de rescisão tem sempre natureza desconstitutiva. Já o novo julgamento pode ter natureza condenatória, constitutiva ou declaratória, em consonância com o pedido do autor”.³⁰³

3.3 Pressupostos da Ação Rescisória

Como toda ação, a ação rescisória possui pressupostos, além dos comuns e indispensáveis a todos os tipos de ações, existem os pressupostos específicos à ação rescisória, que se dividem em subjetivos e objetivos, dos quais nos preocupamos em abordar em vistas de se permitir alcançar objetivo deste trabalho, demonstrando a limitação do uso da ação rescisória.

³⁰¹ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 19.

³⁰² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 172.

³⁰³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 189.

3.3.1 Pressupostos Objetivos

Os pressupostos objetivos da ação rescisória, conforme ensinamentos dos colacionados, são, necessariamente, três: Existência de sentença de mérito passada em julgado, ocorrência de uma das hipóteses de cabimento para a ação rescisória previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil e a inoccorrência do prazo decadencial de dois anos.

3.3.1.1 *Existência de Sentença de Mérito Transitada em Julgado*

O primeiro pressuposto objetivo é a existência de uma decisão de mérito transitada em julgado, pois, somente poderá ocorrer a ação rescisória caso sobrevenha a autoridade da coisa julgada sobre a decisão.³⁰⁴

A ação rescisória somente caberá nos casos de sentença de mérito, já que as sentenças terminativas não fazem coisa julgada sobre a lide e por isso não impedem que a parte reutilize a demanda novamente. Tanto é assim que, de regra, não se admite ação rescisória proferida em ação de procedimento de jurisdição voluntária.

Deve ser ressaltado que apenas as hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, podem ser passíveis de suportar os efeitos da autoridade da coisa julgada.

Salienta-se que a exigência neste caso é a da decisão de mérito transitada em julgado, não importando se foram utilizados todos os recursos ou não, como delimita a súmula n. 514 do Supremo Tribunal Federal.

Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos.

Com efeito, não importa se o autor da ação rescisória tenha perdido o prazo para interposição de recurso, ou mesmo se não teve interesse de recorrer ou

³⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 115.

desistiu do recurso, podendo até mesmo ter sido revel, e, mesmo assim, poderá ajuizar ação rescisória, em vistas do “princípio da incolumidade do separável”, que trata Coqueijo Costa³⁰⁵

Sobre a respectiva súmula Silva Almeida e Christovão Tostes Malta exemplificam:

O fato de ter ou não havido recursos em um processo é irrelevante para o cabimento da rescisória. Assim, por exemplo, a parte vencida na junta, mesmo podendo reformar mediante recurso ordinário a sentença que lhe foi contrária e que violou literalmente a lei, pode preferir não recorrer e, transitando a decisão em julgado, ingressar com a ação rescisória (Súmula n.º 514 do Supremo Tribunal Federal).³⁰⁶

Deve-se levar em conta neste pressuposto, que é imprescindível a ocorrência do trânsito em julgado da decisão de mérito, pois este é um elemento que caracteriza o interesse processual do autor da rescisória, posto que a inoccorrência do trânsito em julgado vá permitir que a parte utilize qualquer outro meio de ataque à decisão, menos a ação rescisória que tem aplicação específica.

Ademais, vale considerar as explicações de Rodrigo Klippel:

A leitura e a interpretação perfunctória do *caput* do art. 485 transmitem a noção de que somente um dos tipos de pronunciamento judicial – a sentença – que tenha apreciado a pretensão processual deduzida pelo autor de uma demanda (mérito), após o trânsito em julgado pode ser rescindida. [...]. Certamente que não.

Em primeiro lugar, o termo sentença deve ser interpretado extensivamente, abrangendo decisões interlocutórias e acórdãos.³⁰⁷

Sobre o entendimento de ser aplicação a ação rescisória em face de decisões interlocutórias reservamos item oportuno para fazê-lo.

³⁰⁵ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 14.

³⁰⁶ ALMEIDA, Silvana; MALTA, Christovão Tostes. Ação rescisória no processo trabalhista. *In* **Coleção Cadernos de Direito Processual do Trabalho**, n. 3. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988, p. 9.

³⁰⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **Ação rescisória: teoria e prática**. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 48.

3.3.1.2 Ocorrência de uma das Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória

Outro pressuposto enquadrado dentre os objetivos é a ocorrência de uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, isto porque, todas as sentenças passíveis de rescisórias que contenham algumas das hipóteses elencadas no artigo citado, contêm vícios que propiciam a sua rescisão.³⁰⁸

A existência de erros na sentença como apresentado, não pode ser tida como indispensável ao reexame por meio de ação rescisória, pois existe uma exceção que serve de hipótese de cabimento da ação rescisória que necessariamente não exige a ocorrência de erros, que é o caso do inciso VII do artigo 485 do Código vigente, que trata da existência de novo documento.

Ademais, existe também, outra hipótese de cabimento da ação rescisória, que não vem apontada no artigo 485 do Código de Processo Civil, que deveria estar prevista no inciso X, referente à indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial, isto é, nos casos em que a pretensão desapropriatória conflita com o texto Constitucional, previsto no inciso XXIV, de seu artigo 5º:³⁰⁹

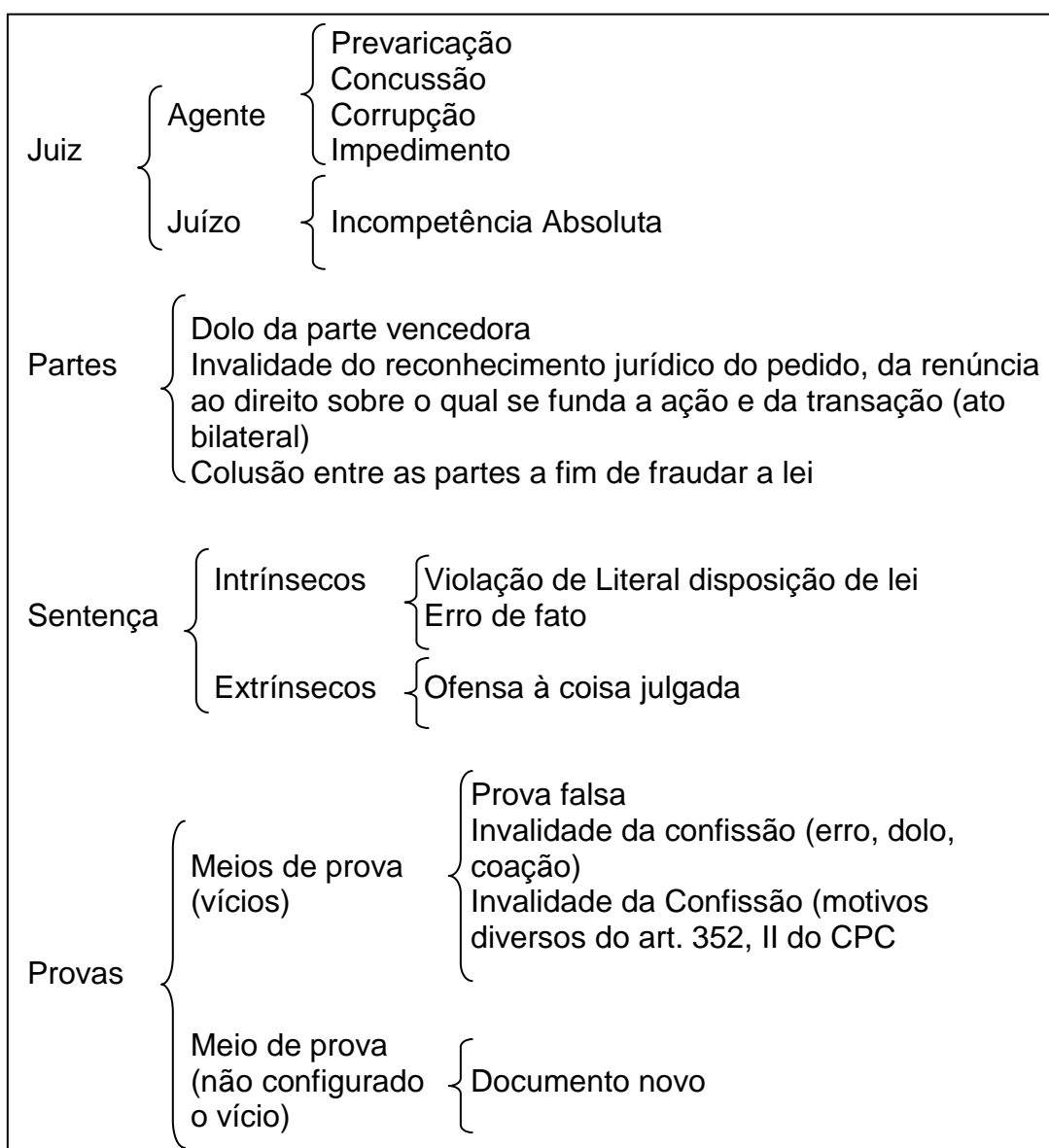
O mencionado inciso, foi criado pela Medida Provisória n. 1.577, de 1997, e retificada, pela Medida Provisória n. 1.703, de 1998, visto que na primeira redação

³⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 778. “A doutrina clássica oriunda do direito romano já fazia a distinção entre os vícios da sentença, classificando-os como vícios de atividade (*errores in procedendo*) e vícios de juízo (*errores in iudicando*), para usarmos a terminologia de Chiovenda [...]. A primeira espécie de vício é a infringência pelo juiz encarregado de dirigir o processo de qualquer norma procedimental que ponha em risco a rigidez da relação jurídica processual. Os *errores in iudicando*, são vícios de fundo, de natureza substancial, que provocam a injustiça do ato judicial. São casos de erro de atividade a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente ou impedido, ou quando ofender coisa julgada (CPC, 485, II e IV). Ao revés, são casos de erro de juízo a rescisória fundada nos incisos V e IX, ou seja, quando a sentença violar literal disposição legal ou incidir em erro de fato”.

³⁰⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 552. “A lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

não era dada possibilidade ao desapropriado para ajuizar a demanda³¹⁰, contudo, o dispositivo indicado não é aplicado, por força da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.910-1, que suspendeu liminarmente seus efeitos.³¹¹

Deixando de lado a questão do faltante inciso X, visto que acredita-se ser possível existir uma ação rescisória atípica, cabe esclarecer as hipóteses em vigência trazidas pelo referendado artigo 485, para tanto, é salutar apresentar quadro com a classificação sobre os fundamentos da rescisória feita por Sérgio Rizzi:³¹²



³¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 119.

³¹¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 553.

³¹² RIZZI, Sérgio. **Ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 44.

Feita algumas considerações com relação a este pressuposto da ação rescisória, cada caso específico será devidamente trilhado adiante.

3.3.1.3 *Inocorrência do Prazo Decadencial de Dois Anos*

Outro pressuposto de suma importância para se verificar o cabimento da ação rescisória, concentra-se na questão do prazo para ajuizamento da ação, que possui previsto expressa no artigo 495 da legislação processual civil pátria, que diz o seguinte:

O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Na vigência do Código de 1939, não havia qualquer determinação com relação à aplicabilidade de prazo para o ajuizamento da ação rescisória, assim, de forma subsidiária, o Código Civil de 1916, regulamentava a questão, estabelecendo prazo prescricional quinquenal.³¹³

Contudo, a questão do prazo para ajuizamento da ação rescisória sempre variou entre os tempos, pois como estudado por Antonio Macedo de Campos, em seu início o prazo era de trinta anos e reduziu-se para cinco com o advento do Código Civil de 1916.³¹⁴

Independentemente do motivo desencadeador da ação rescisória, o prazo para seu ajuizamento é o mesmo, de dois anos, ressaltando-se que se existirem vários interessados, os prazos correrão independente para cada um, o que derivará diversos períodos decadenciais distintos.³¹⁵

³¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 743.

³¹⁴ CAMPOS, Antonio Macedo de. Ação Rescisória de sentença. In **Coleção Saraiva de Prática do Direito**, n. 37. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 46.

³¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 215.

Nesse mesmo sentido, se apenas parte da decisão passou em julgado, visto que teve impugnação parcial por meio dos recursos cabíveis, contra esta se iniciará a contagem do prazo decadencial.

O início da contagem do prazo para ajuizamento da ação rescisória é crucial no instituto, visto que grandes embates jurídicos foram travados sobre o tema.

Vicente Greco Filho diz que “até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o último recurso, a sentença não transitou em julgado, ainda que aquele órgão não tenha conhecido o recurso”.³¹⁶

Isto quer dizer, que enquanto não esgotadas todas as possibilidades de recurso, não começa a contagem dos dois anos para ajuizamento da ação rescisória.

Interposto recurso pelas vias normais e este pendente de julgamento, não haverá ocorrido o trânsito em julgado, contudo, o trânsito em julgado coincidirá com a desistência, a renúncia ou sua deserção.³¹⁷

Não obstante a exigência do ajuizamento no prazo decadencial bienal, com relação a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, Autarquias, Fundações Públicas, a Medida Provisória n. 1.577, de 1997, alterou este prazo de dois anos para quatro anos:

O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das Autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extinguem-se em quatro anos, contados do trânsito em julgado da decisão.³¹⁸

Pelo que se pode abstrair com relação a contagem do prazo para ajuizamento da ação rescisória, este se dá no momento em que ocorre o trânsito em julgado da decisão que se pretende atacar com a rescisória, lembrando-se que por se tratar de

³¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 440.

³¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 441.

³¹⁸ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p.134.

prazo decadencial, não ocorrerá suspensão ou interrupção deste prazo segundo o texto do artigo 207 do CC: “Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam a decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”, assim, a rescisória deverá ser interposta no limite máximo de dois anos, contados do dia seguinte ao termino do prazo do último dos recursos cabíveis.³¹⁹

3.3.2 Pressupostos Subjetivos

Com relação aos pressupostos subjetivos, não existem grandes controvérsias, ademais, trata-se de apenas um, tido, porém, como de grande relevância para a ação rescisória, que é a legitimidade, pois é este que determina os demandantes na ação rescisória.

3.3.2.1 Legitimidade Ativa

Com relação a legitimidade ativa para ajuizamento da ação rescisória, temos a previsão do artigo 487 do Código de Processo Civil:

Tem legitimidade para propor a ação
I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;
II – o terceiro juridicamente interessado;
III – o Ministério Público;
a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;
b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Em análise ao inciso I, temos que são legitimados o autor, o réu da ação que originou a decisão rescindenda, se existia situação de litisconsórcio, tanto ativo, como passivo, todos serão legitimados a propor a ação rescisória, e ainda, na ocorrência de “falecimento da parte, legitima-se o seu sucessor, e, em caso de alienação de coisa julgada, o adquirente ou o cessionário do direito (CPC, art. 42)”.³²⁰

³¹⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 545.

³²⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 183.

Assim, haverá legitimidade que justifique a propositura da ação rescisória para aquele que foi parte no processo que proferiu a decisão rescindível, sobrevivendo seu interesse, não sendo necessário, contudo, que a parte tenha sofrido prejuízo para utilizar-se de seu direito subjetivo de ação, como exemplifica Ernane Fidélis dos Santos:

A parte pode, por exemplo, considerar-se prejudicada pelo único fato de lhe ter sido dada sentença favorável em alternativa que, para ela, era de interesse secundário. Pediu-se a devolução da coisa ou indenização e o juiz concede a segunda.³²¹

Ainda sobre o inciso I, José Carlos Barbosa Moreira³²² impõe seu magistério, com relação a falta de legitimidade para propositura da ação rescisória, afirmando que “não se legitima á rescisória, como ‘parte’, quem já não o era ao tempo da sentença, por haver-se desligado antes, voluntariamente ou não, da relação processual”, continuando seu ensinamento diz que a revelia não exclui a legitimidade alegada, tão pouco o pressuposto para a ação rescisória.

Continuando com o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira³²³ este se manifesta referente a legitimidade da ação rescisória nos casos de sucessão, dizendo que pode ocorrer em vida ou com falecimento, a título universal ou singular, sendo que para o último, é necessário verificar se foi abrangido pela decisão rescindenda.

Humberto Theodoro Junior³²⁴ complementando o entendimento sobre o sucessor legitimado diz que existir uma peculiaridade com “relação à sentença baseada em confissão viciada por erro, dolo ou coação. Nesse caso especial, a legitimação é apenas do próprio confitente e só se transfere para os herdeiros se o falecimento ocorrer após a propositura da ação”.

³²¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 755.

³²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 167.

³²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 170.

³²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 735.

Vale ressaltar a lição de Edmilson Villaron Franceschinelli:

A expressão “sucessor” deve comportar interpretação extensiva, para compreender também o espólio da parte; já que é este quem, em geral, o substitui na relação jurídica processual, até o término do inventário, com a partilha dos bens. Como os sucessores são os substitutos naturais das partes, posto que, ocorrendo a morte de qualquer destas no decorrer do processo, dar-se-á a sua substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores (art. 43 do CPC), ficam sujeitos aos efeitos da coisa julgada.³²⁵

Os sucessores mencionados na letra da lei, possuem legitimidade para a propositura da ação rescisória, já que a imutabilidade da sentença também lhe alcançam, pois são equiparados as partes da relação processual primitivas.³²⁶

Sobre o inciso II, o terceiro juridicamente interessado possui legitimidade, mesmo que não tenha participado da relação processual da ação que proferiu a decisão rescindenda.³²⁷

Com relação ao terceiro juridicamente interessado, é preciso relembra que tratados limites subjetivos da coisa julgada, fazendo referência ao artigo 472 do Código de Processo Civil.

Segundo preceitua o artigo mencionado, a decisão passada em julgado não favorecerá, nem mesmo, prejudicará interesse de terceiro, por sua vez, este entendimento não deve ser tido como absoluto, já que o inciso discutido é uma clara exceção com relação ao artigo 472, do diploma processual.

Mas, para saber quais terceiros serão legitimados à propositura da demanda rescisória, realça-se o ensinamento de José Janquiê Barbosa Diniz:

Toda vez que o terceiro não tiver nenhum interesse, ou seu interesse for de simples ou de puro fato, este não terá legitimidade para a

³²⁵ FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Ação rescisória e o erro de fato como uma de suas hipóteses de cabimento**. Leme: Mizuno, 2006, p. 99.

³²⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 439.

³²⁷ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 171.

rescisória. No mesmo sentido, quando seu interesse for jurídico, mas a coisa julgada, nem por prejudicialidade da relação de direito material, o afetar, este também não terá legitimidade para a rescisória, haja vista que, mesmo com interesse na causa, a questão ainda fica em aberto com relação a ele. Entrementes, havendo relação de prejudicialidade de direito material na relação jurídica de que é titular o terceiro, outra forma não há de reconstituição de seu direito, senão rescindindo a sentença prejudicial.³²⁸

A legitimidade do Ministério Público, prevista no inciso III, do Código de Processo Civil, possui dois desdobramentos elencados em suas alíneas “a” e “b”.

Cumprе ressaltar, que o Ministério Público enquanto parte na ação primitiva, tem legitimidade para interposição de ação rescisória prevista no inciso I, do artigo 487, do Código vigente.

Contudo, o que se mostra de interesse neste momento do estudo, é verificar a legitimidade do Ministério Público como interveniente processual, ou seja, quando atua como fiscal da lei.

A primeira hipótese se verifica quando o Ministério Público, atuando como *custos legis*, não é ouvido quando de sua obrigatoriedade, segundo artigo 82 do Código de Processo.

A hipótese se refere à atuação do MP como *custos legis*, fiscal da lei, em consonância com os arts. 82, 83,84 e 246, do CPC. Naturalmente, a falta de intervenção do seu órgão, por si só, muitas vezes não gera nulidade, devendo esta ser aquilatada sob o pálio do princípio da instrumentalidade das formas (arts. 155 e 244/CPC), o que pode determinar o acolhimento, ou não, sob esta perspectiva, do pleito rescisório.³²⁹

Por sua vez, mesmo não tendo sido ouvido quando obrigatório, se faz indispensável verificar a ocorrência de prejuízo ao interesse público, para só assim, propor a medida rescisória.³³⁰

³²⁸ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 171.

³²⁹ LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 49.

³³⁰ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 169.

Entendem José Carlos Barbosa Moreira³³¹ e Marcus Vinícius Rios Gonçalves³³² que a previsão da alínea “a”, diz respeito a um caso específico que encontra guarida no inciso V, do artigo 485, quando há violação de literal disposição de lei, ou seja, violação ao artigo 82 do Código de Processo Civil.

A outra hipótese do inciso III legitimará o Ministério Público a ajuizar ação rescisória, sendo certo que neste caso, não importando se interveio ou não, pois o que se vislumbra é a ocorrência de colusão das partes para fraudar a lei.

Neste caso, há de salientar o argumento de Marcus Vinícius Rios Gonçalves³³³ que afirma não ser exclusiva a legitimidade do Ministério Público no caso de colusão, já que o terceiro juridicamente interessado e as partes poderão postular a ação rescisória.

Em explicação sobre as hipóteses englobadas pelo inciso III, do artigo 487, do Código de Processo Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem:

Tendo sido parte na ação matriz (CPC 81), o MP tem legitimidade ampla para ajuizar ação rescisória. E ação que reclamava sua intervenção (CF 127, 129; CPC 82; LACP 5º §1º; CDC 92), caso esta não tenha ocorrido, o MP tem legitimidade para propor ação rescisória porque a sentença é nula por ofensa ao CPC 84 e 246. Mesmo tendo efetivamente atuado e intervindo como *custos legis* no processo (CPC 82), pode o MP ajuizar ação rescisória quando a sentença tiver resultado d colusão das partes a fim de fraudar a lei.³³⁴

Com efeito, tratou-se neste item, da legitimidade ativa para propositura da ação rescisória, agora, verificar-se-á a legitimidade passiva, com o objetivo de se idênticas quais entes poderão figurar como demandado quando da interposição da ação rescisória.

³³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 170.

³³² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184.

³³³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184.

³³⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 792.

3.3.2.2 Legitimidade Passiva

José Frederico Marques, sobre a legitimidade passiva, assevera que:

Legitimado passivo, na ação rescisória, é aquele em favor de quem foi proferida a sentença passada em julgado, bem como seu sucessor a título universal ou singular.

Embora constitua objeto da rescisória, ato estatal que a lei tornou imutável, não é com o Estado que litiga o autor, mas sim, com aquele que foi parte no processo. Como existe interesse do Estado no litígio, porquanto a *res iudicata* é questão de ordem pública, torna-se obrigatória a intervenção do Ministério Público.³³⁵

Observando os casos de legitimidade ativa, abstraindo aquele entendimento para formular a situação de legitimidade passiva, assim, temos que “todos os participantes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados na qualidade de litisconsortes necessários, haja vista que o acórdão proferido na rescisória atingirá a esfera jurídica de todos”.³³⁶

Pela leitura de nossa legislação processual, vimos que somente foi tratada da questão da legitimidade ativa, assim, é aplicável o princípio geral de que devem “integrar o contraditório todos aqueles que eram partes no feito anterior, ao ser proferida a sentença rescindenda”.³³⁷

Nos casos de sucessores, Ernane Fidélis dos Santos diz ser situação em que “o sucessor é que deve ser citado, sob pena de a decisão rescisória não o atingir. Citado, porém, poderá denunciar o sucedido à lide (art. 70), quando for o caso de evicção e de direito regressivo”.³³⁸

Nos casos de propositura de ação rescisória interposta pelo Ministério Público, ou pelo terceiro interessado, “figurarão no pólo passivo todos aqueles que

³³⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 430.

³³⁶ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 169.

³³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 172.

³³⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.2. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 755.

foram parte no processo principal”.³³⁹ Ainda sobre a legitimidade passiva Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery proclamam:

Todos os participantes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, com litisconsortes necessários, para a ação rescisória, porque o acórdão que será nela proferida atingirá a esfera jurídica de todos. Quanto ao juízo rescindendo, o litisconsórcio passivo é unitário, pois o tribunal manterá ou rescindirá a decisão, atingindo a todos, indistintamente, de maneira uniforme; quanto ao juízo rescisório, o litisconsórcio passivo pode ser simples ou unitário, pois o tribunal rejulgará a lide dependendo da maneira como deduzida na petição inicial da ação rescisória.³⁴⁰

E, trata da legitimidade passiva do terceiro interessado informando que este também integrara a demanda, mesmo que não tenha feito parte da ação matriz, no entanto, dependerá do pedido que for deduzido, pois, obrigatoriamente, integrará um dos pólos da ação rescisória.³⁴¹

3.4 Hipóteses de Admissibilidade da Ação Rescisória

Os casos em que se admite o ajuizamento de ação rescisória estão enumerados de forma taxativa no artigo 485 do Código de Processo Civil, se trata de *numerus clausus*, não se admitindo qualquer espécie de interpretação sobre a possibilidade de incluir dentre o rol outras hipóteses para a rescisória.

Por sua vez, Moacir Amaral Santos, afirmando a taxatividade das hipóteses de cabimento da ação rescisória, reconhecendo que não seriam capazes de resolver os mais variados problemas com a sentença, diz que “embora injusta, por imperfeita interpretação da lei, má apreciação da prova ou do contrato, e, portanto, ofensiva ao

³³⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184.

³⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 792.

³⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 792.

direito dos litigantes', a sentença isenta dos vícios enumerados no Código 'não é passível de rescisão, sendo incabível contra ela a ação rescisória'".³⁴²

3.4.1 Prevaricação, Concussão ou Corrupção do Juiz

O Código de Processo Civil traz em seu artigo 485, inciso I, que será rescindível a sentença de mérito quando "se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz".

José Frederico Marques³⁴³, diz que os casos de que trata este inciso, se tratam de sentenças anuláveis, pois enumeram condutas penalmente ilícitas.

Como é sabido, o direito processual civil se relaciona com os demais ramos do direito, sendo que de certa forma eles se interligam, assim, os crimes mencionados no respectivo inciso estão bem definidos no Código Penal de 1940, conforme se verifica:

Prevaricação: Artigo 319 – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse ou sentimento pessoal;

Concussão: Artigo 316 – 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;

Corrupção Passiva: Artigo 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

José Edvaldo Albuquerque de Lima explica os referidos institutos de direito penal:

O requisito da prevaricação é a vantagem pessoal, ou seja, satisfazer um interesse seu, por amizade com uma das partes envolvidas no

³⁴² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 415.

³⁴³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 421.

litígio. [...]. Concussão é 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. [...] Corrupção [...] diz-se do ato ou efeito de corromper. É crime exclusivo do funcionário público, ainda que fora da função ou antes de assumi-la.³⁴⁴

Francisco Antônio de Oliveira entende que não apenas as condições expressas nos tipos penais apresentados devem ser motivos para o ajuizamento de ação rescisória:

[...] segundo a unanimidade dos autores, deve ser dada a interpretação larga, que diz respeito, de uma maneira geral, às inúmeras fraudes que podem ser praticadas pelo julgador, e não especificamente a essas três. Não se deve, a *fortiori*, limitar este dispositivo às figuras penais, porque, como se sabe, existe uma regra de interpretação relativa especificamente às normas penais, que consiste na impossibilidade de se interpretarem os tipos penais de forma analógica ou extensiva. Quer dizer, os tipos penais de devem ser interpretados sempre restritivamente e são por considerar deva ser esse inciso interpretado de forma mais ampla possível, de forma mais flexível, a ponto de englobar todas as possíveis falcatruas ou fraudes teoricamente praticáveis pelos juízes.³⁴⁵

Para que seja rescindível a decisão, é necessário que o comportamento do magistrado corresponda a um desses tipos penais, contudo, não se exige que o juiz tenha sido previamente condenado pelo juízo criminal, nem mesmo, requer a preexistência de processo penal instaurado.

Apesar de Misael Montenegro Filho afirmar que “a apuração do fato criminoso não se mostra como condição para o ajuizamento da ação rescisória, em vista da independência das instâncias civil e criminal”.³⁴⁶ Temos que a condenação do magistrado em processo criminal de fato projetaria seus efeitos para a instância cível, no entanto, a sua absolvição em nada impediria a procedência da ação rescisória no juízo cível.³⁴⁷

³⁴⁴ LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Ação rescisória nos tribunais**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 12.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 755.

³⁴⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 546.

³⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 778.

A procedência da ação rescisória fundada nos motivos expostos acarreta não apenas na invalidação da sentença, como também, na anulação de todo o processo.

Muito importante lembrar que para uma decisão ser rescindível por tais casos é indispensável que se provem tais alegações, pois a falta de prova poderá ser interpretada como uma atuação leviana do autor.

3.4.2 Impedimento ou Incompetência Absoluta do Juiz

A decisão proferida por magistrado impedido ou absolutamente incompetente, poderá ser objeto de ação rescisória conforme preceitua o inciso II, do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Francisco Antônio de Oliveira assevera que “para que um processo se instaure validamente, é necessário que o juiz seja imparcial e é necessário que o juízo seja competente”.³⁴⁸

O impedimento é um obstáculo legal que impede alguém de praticar ato ou o exercício de seu cargo ou função, tornando invalido seus atos, enquanto que a suspeição é aquela que inspira receio ou desconfiança, sua opinião é vista com reserva.

Nesse sentido define Humberto Theodoro Júnior:

O impedimento *proíbe* o juiz de atuar no processo e invalida os seus atos, ainda que não haja oposição ou recusa da parte. A suspeição *obsta* a atuação do juiz apenas quando alegada pelos interessados ou acusada pelo julgador *ex officio*.³⁴⁹

No Código de 1939, havia a possibilidade de se admitir a ação rescisória no caso de juiz suspeito, porém, com o advento do artigo 485 ficou inescindível que

³⁴⁸ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 755.

³⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 726.

apenas o impedimento ou incompetência absoluta tornam a sentença rescindível, estando excluída destas hipóteses a suspeição.

[...] sendo o tribunal (que julga a ação rescisória) competente para o novo julgamento, não havendo, obviamente, causas de impedimento ou suspeição dentre seus julgadores, sendo a matéria controvertida exclusivamente de direito e havendo elementos suficientes para tanto, poder-se-ia supor que o tribunal prosseguisse no julgamento, considerando a *ratio* do art. 515, §3º, do CPC.³⁵⁰

Os casos referentes ao impedimento do magistrado encontram-se presentes nos artigos 134 e 136 de nosso diploma.³⁵¹

Já, no caso de ser observada a hipótese de incompetência, prevista no artigo 111 do Código Processual, é necessário distinguir se está-se diante de incompetência absoluta ou relativa.

Na incompetência absoluta não se “admite modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes (a competência não pode ser modificada)”.³⁵²

Assim, Patrícia Miranda Pizzol complementa relatando que se o feito for julgado por juiz absolutamente incompetente “a sentença será nula e a coisa julgada poderá ser desconstituída por meio da ação rescisória, no prazo de dois anos”.³⁵³

Com relação a competência relativa, por se ter a possibilidade de sua prorrogação em virtude da ausência de impugnação específica (exceção de incompetência), assim, a incompetência se transmuda para competência, conforme aduz Francisco Antônio de Oliveira:

A incompetência relativa e a suspeição porque, havendo suspeição ou incompetência relativa, não haverá nulidade, já que quando o

³⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 299.

³⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 422.

³⁵² PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil: Coleção estudos de direito de processo Eurico Túlio Liebman**; v. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

³⁵³ PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil: Coleção estudos de direito de processo Eurico Túlio Liebman**; v. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

juízo é relativamente incompetente e as partes se calam, o juiz não pode alegar a incompetência relativa de ofício. Então, aquele vício não foi grave o suficiente para macular o processo e para, por conseguinte, macular a própria sentença.

A mesma coisa ocorre com a suspeição: mesmo que o juiz seja suspeito, se as partes não alegarem essa suspeição e o juiz proferir a sentença estará sanado o vício. Não terá havido um defeito suficientemente grave no processo, a ponto de contaminar a sentença.

É claro, pois, que a suspeição e o impedimento comprometem a imparcialidade, enquanto adjetivo que deve qualificar o juiz, mas não maculam a imparcialidade, a ponto de fazer com que não exista o pressuposto processual da imparcialidade.³⁵⁴

No mesmo sentido, confirmando que a incompetência relativa não gera a hipótese prevista no inciso II, do artigo 485, Luiz Rodrigues Wambier afirma que se “o juiz é relativamente incompetente e as partes se calam, o juiz não pode alegar a incompetência de ofício. Esse vício se sana. Ocorre o fenômeno da prorrogação de competência”.³⁵⁵

Com efeito, “a imparcialidade do juiz e sua competência plena são pressupostos processuais de validade, de sorte que, se descumpridos, ensejam a rescisão da sentença”.³⁵⁶

3.4.3 Dolo da Parte Vencedora ou Colusão a fim de Fraudar a Lei

O dolo a que se refere o inciso III, do artigo 485 do Código de Processo Civil é o dolo processual que se “relaciona com o princípio da lealdade processual”³⁵⁷ e consta no inciso II do artigo 14 do mesmo diploma.

Artigo 14 – *[omissis]*

II – proceder com lealdade e boa-fé.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 755.

³⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 665.

³⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 778.

³⁵⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 734.

Nesse sentido é correto afirmar que viola esse dever de lealdade, a parte vencedora que de alguma forma impediu ou dificultou a atuação processual do adversário, ou que tenha corroborado para influenciar a decisão do juiz, afastando-o da verdade.

O que se deve observar é a não afastabilidade da possibilidade de extensão do dolo processual que motivará a rescisão da sentença se o representante legal ou o advogado agiu sem o conhecimento e consentimento de representado.

Deve-se, porém, atentar para o fato de que o dolo autorizador da rescisória não abrange os atos de má-fé anteriores ao processo, mas apenas o dolo processual, que vem a ser aquele praticado por meio de ato de litigância maliciosa durante a tramitação da causa em juízo.³⁵⁸

O erro de que se trata no presente caso é o erro causado por dolo durante o trâmite processual, o que não há de se confundir com o erro que pode ter sido causa geradora do processo.

O artigo 17 do Código de Processo Civil apresenta espécies de comportamentos processuais que afastam a boa-fé processual, assim, no caso de cabimento da ação rescisória “a demonstração da ocorrência de qualquer desses comportamentos ou de qualquer outro ali não previsto, mas igualmente desqualificado, pode dar suporte à propositura da ação comentada”.³⁵⁹

Apesar da ocorrência do dolo, é primordial que a conduta dolosa da parte tenha sido a geradora da vitória na demanda, pois “somente o dolo do vitorioso ensejará a rescisão, desde que se demonstre que foi a causa do êxito”.³⁶⁰

Para que exista êxito na ação rescisória é necessário que exista nexa entre o erro causado e o resultado da sentença proferida, assim, Francisco Antônio de Oliveira comenta que “este dolo tem de ser sempre do vencedor e tem de haver,

³⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 727.

³⁵⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 547.

³⁶⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 177.

evidentemente, um nexu causal, uma relação de causa e efeito, entre o dolo e o teor da decisão”.³⁶¹

É necessário ainda, que o erro seja decorrente de ato intencionalmente praticado para prejudicar o resultado do processo, não configurando, portanto como o dolo a simples omissão de prova ou o silêncio sobre fatos vantajosos à parte contrária.

Assim, por tal conduta não identificar artifício que impossibilite a defesa ou meramente induza o juiz a sentenciar injustamente, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, já que nesta situação em questão o ônus da prova é de quem acusa, e não de quem a recebe.

Na segunda parte deste mesmo inciso, existe o evento da colusão para fraudar a lei, o que nada mais é que a intenção das partes em utilizar o processo de forma maliciosa, para obtenção de resultado contrário à ordem jurídica.

É de se observar que o tratamento dado à colusão é o mesmo dado à simulação prevista no artigo 167 do Código Civil, ensejando a nulidade da decisão derivada do processo utilizado simuladamente. Esse comportamento das partes comumente é percebido pelo magistrado, porém, nem sempre o mesmo consegue impedir que obtenham o fim desejado.

A norma contida na segunda parte do inciso III do artigo 485 do Código de Processo Civil tem como finalidade impedir que as partes se sirvam no processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei e assim podendo até prejudicar terceiros.

3.4.4 Ofensa a Coisa Julgada

O inciso que trata da coisa julgada refere-se à impossibilidade do magistrado rejulgar o feito já decidido, pois como visto no capítulo I deste trabalho, a formação

³⁶¹ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 755.

da coisa julgada torna imutável e indiscutível o mérito da decisão, eis que a coisa julgada adquire força de lei entre as partes.

Uma vez obtida decisão, mesmo que seja semelhante a anterior, poderá ser rescindida, pois, neste caso, o juiz apresenta-se impedido de prolatar nova decisão, segundo preceitua o artigo 471 do Código de Processo Civil.

Artigo 471 – Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...].

Se a lei não pode retroagir para prejudicar a coisa julgada, quem dirá que uma nova decisão poderá alterar esta decisão, com isso, “será rescindível tanto a nova decisão que mantiver como a que modificar a anterior”.³⁶²

Inafastável que a decisão transitada em julgada, formadora da coisa julgada, não pode ser objeto de reapreciação pelo judiciário.

No entanto, Vicente Greco Filho faz comentário sobre a decisão proferida em ofensa à coisa julgada, sendo a seguinte:

Não rescindida, a despeito de ofender a coisa julgada, a segunda sentença terá eficácia como título autônomo, mesmo que seja contraditória com a primeira sentença. Portanto, será executada, sem que o juiz da execução possa evitar a sua eficácia, porque o trânsito em julgamento da segunda impede que se discuta a sua validade.³⁶³

No entanto, contrariamente ao entendido por Vicente Greco Filho, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que “havendo conflito entre duas coisas julgadas antagônicas, prevalece a primeira sobre a segunda, porque esta foi proferida com ofensa àquela”.³⁶⁴

³⁶² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 179.

³⁶³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 443.

³⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 779.

Apesar da questão controvertida, é pacífico que ocorre a coisa julgada quando há repetição de ação idêntica já decidida, e transitada em julgado, ensejando a propositura da ação rescisória.

3.4.5 Violação de Literal Disposição de Lei

A decisão que ofende literal disposição de lei é aquela que “erroneamente, nega vigência ao dispositivo legal, ou deixa de aplicá-lo”.³⁶⁵

Na ocorrência destes casos, não há o que e discutir sobre a justiça ou injustiça da decisão, nem mesmo sobre a melhor ou mais adequada interpretação, mas sim a violação expressa da norma legal, tendo como objetivo maior a defesa de uma norma de interesse público. A lei aqui compreendida é em sentido amplo, ou seja, desde as normas constitucionais até os atos normativos, conforme elucidada Vicente Greco Filho:

‘Lei’, no texto, não é apenas a lei no sentido formal: é a norma jurídica em sentido amplo, desde as normas constitucionais até os demais atos normativos que deveriam ter sido aplicados e não foram.³⁶⁶

É de se considerar ainda, o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier, que entende estarem inseridos os princípios jurídicos, dentre o conceito de lei do mencionado dispositivo:

Pensamos encartarem-se nesse conceito de lei também os princípios jurídicos, ainda que estes não estejam expressamente positivados. Estar-se-á neste caso, em face de norma jurídica não escrita.³⁶⁷

Complementa, dizendo que:

[...] negar a aplicabilidade de um princípio, quando se trate de um caso em que este devesse ser aplicado, ou fazê-lo incidir quando

³⁶⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 747.

³⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 444.

³⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 501.

não seria o caso (tanto ao longo do processo em que se proferiu a decisão rescindenda quanto na própria decisão) é *potencialmente* mais grave do que ofender a letra do direito positivo.³⁶⁸

Apesar deste entendimento, é preciso observar que o dispositivo legal diz que é cabível a ação rescisória quando houver violação literal a disposição de lei, podendo, assim, concluir que nos casos dos princípios que não estão expressamente positivados não há hipótese de violação literal de disposição legal.

Nesse diapasão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem ser cabível o presente inciso aos casos de analogia, costumes e princípios gerais de direito, previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao CC, no entanto, reafirma a imprescindibilidade da ocorrência da mesma forma normativa de lei, ou seja, que haja violação literal de dispositivo de princípio geral de direito.³⁶⁹

No entanto, para que seja configurada a ocorrência da violação em questão, se faz necessário observar o conteúdo da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal:³⁷⁰

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, enquanto a decisão rescindenda se tiver baseado em teto legal de interpretação controvertida entre os tribunais.

Em conformidade com a súmula apresentada, tem-se que para a ocorrência da malsinada situação é preciso que exista “uma lei que dê origem a uma interpretação só, ou pelo menos a uma interpretação predominantemente aceita, segundo o que tem prevalecido”,³⁷¹ sendo assim possível atribuir-lhe força para servir como parâmetros à atuação do magistrado em nova análise daquilo que já teria sido perfeitamente julgado.

³⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 502.

³⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 779.

³⁷⁰ Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, enquanto a decisão rescindenda se tiver baseado em teto legal de interpretação controvertida entre os tribunais.

³⁷¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 669.

3.4.6 Falsidade de Prova

O inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil, traz disposição referente a utilização de prova falsa para a obtenção de vantagem na decisão judicial, sendo este mais um motivo de cabimento da ação rescisória

Esta prova de que trata o inciso mencionado, pode ser produzida nos autos da própria ação rescisória ou mesmo apurada em processo criminal.³⁷²

Para se utilizar da rescisória no caso de documento falso, deve-se verificar o liame existência da utilização da prova falsa e o fim alcançado, assim, entende Luiz Rodrigues Wambier:

Há, evidentemente, a necessidade de que haja um nexo causal entre a prova falsa e a decisão. A orientar o sistema de nulidades processuais, que difere fundamentalmente do sistema de nulidades do direito material, existe um princípio que recebe o nome de "princípio da conservação ou do aproveitamento", e que recomenda que todos os atos, ainda que eivados de vício, se possível, sejam aproveitados, e é o que se tem em relação a esse inciso.³⁷³

A prova falsa utilizada para consecução da decisão deve ter sido decisiva para o sucesso na demanda, sendo que se existirem vários pedidos e na decisão apenas um desses pedidos foi beneficiado pela prova falsa, somente este será passível de rescisão, uma vez que os demais restam de acordo com o sistema jurídico.

Assim, a decisão atacada por meio de rescisória será parcialmente procedente "porque só parcialmente estava eivada de vício, ou seja, só parcialmente baseava-se em prova falsa".³⁷⁴

³⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 730.

³⁷³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 667.

³⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 667.

3.4.7 Documento Novo

A existência de documento novo não significa que deva ser posterior ao julgamento da lide, mas, pelo contrário, a sua existência deve ser posterior à ação, pois de alguma forma, por motivos desconhecidos e afastados à vontade da parte, não pode ser apresentado oportunamente.

Sobre o documento novo Rodrigo Barioni afirma que na busca identificar o momento de sua formação, podendo até mesmo já ter existência quando da propositura da ação, mas que não teria sido utilizado a demanda a qual foi gerada a decisão rescindenda.³⁷⁵

Para a prova nova servir de fundamento para a ação rescisória, esta deve ter “relevante significação diante da sentença. Sua existência, por si só, deve ser causa suficiente para assegurar ao autor da rescisória pronunciamento diverso daquele contido na sentença impugnada”.³⁷⁶

Ademais, quando se falar em documento novo temos que, segundo palavras de Ernane Fidélis dos Santos “não é documento a informação da pessoa de que teria assistido a este ou aquele fato”.³⁷⁷

Misael Montenegro Filho apresenta dois pontos indispensáveis que devem ser demonstrados para a valia da ação rescisória com fundamentos em documento novo:

- a) que o documento novo, por si só, é capaz de constituir a prova firmada na ação desfechada através da sentença rescindenda. Se o documento novo for desinfluyente para o êxito da ação, não se observará o sucesso da rescisória;
- b) que o documento novo não foi antes juntado pelo autor da rescisória por não tê-lo em mãos durante a fase de instrução probatória da ação desfechada através da sentença rescindenda,

³⁷⁵ BARIONI, Rodrigo. **Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 121.

³⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 730.

³⁷⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 751.

embora já existente naquele momento, sem contar com o conhecimento do autor.³⁷⁸

Para todos os efeitos, “a negligência não justifica seu não-uso na ação anterior”.³⁷⁹

Assim, é essencial à parte e seu patrono diligenciar junto aos órgãos administrativos e verificar a existência de documentos indispensáveis à demanda, pois a falha na busca destes documentos terão que ser suportados por aquele que tinha o ônus de fazer e não o fez.

Cumpram também ressaltar, que nesta hipótese de cabimento da ação rescisória, não encontramos a figura dos erros da sentença, sendo este uma exceção, uma hipótese especialíssima, como comenta Barbosa Moreira:

A situação é tal que, nas circunstâncias sob as quais se julgou, a decisão aparecia como perfeitamente regular e até ‘justa’; descobre-se, porém, mais tarde, que o material sujeito ao exame do juiz era incompleto em ponto de capital importância, e semelhante falha, pela qual nenhum dos participantes da atividade processual poderia ser responsabilizado, bastou para conduzir a uma solução diversa daquela que, agora, se apresenta como a única verdadeira. É, tipicamente, o caso do descobrimento subsequente de novo documento, decisivo para a reconstituição dos fatos.³⁸⁰

Assim, não há necessidade de que haja algum vício, tão pouco ilegalidade na sentença, pois, no presente caso, mesmo estando a sentença de pleno acordo com o justo e o aceitável, perante o Estado, sobrevindo documento substancial que poderia ter dado rumo diferente a decisão, a ação rescisória será cabível.

3.4.8 Confissão, Desistência ou Transação Inválidas

Em análise dessa hipótese de cabimento da ação rescisória, se encontram três institutos de naturezas distintas, a primeira delas e a confissão, tem-se que esta

³⁷⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 550/551.

³⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 444.

³⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**, 23 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 613.

espécie de prova deve ter sido fundamental e determinante para a decisão em desfavor do autor da ação rescisória, sendo que se a confissão não embasou a decisão guerreada pela rescisória, faltará pressuposto, ensejando falta de interesse processual.

A confissão deve ser interpretada em conjunto com o artigo 352 do Código de Processo Civil:

Artigo 352 – A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada:

I – por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita

II – por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento.

Neste caso, sendo a confissão “a declaração que uma parte faz da verdade dos fatos que, a um tempo, lhe são desfavoráveis e favoráveis ao adversário”,³⁸¹ se praticada em consonância com o que predestina o “caput” do artigo 352 do Código de Processo Civil, e determinante para a decisão do magistrado caberá a ação rescisória sob este fundamento.

A ação rescisória tem por fim atacar a decisão de mérito prolatada com base na confissão inválida, essa “invalidade é reconhecida *incidenter tantum* na rescisória. Não será buscada em ação própria, mas discutida incidentalmente na ação rescisória”.³⁸²

A segunda hipótese, que traz o termo desistência é apresentado no artigo 267, VIII do Código de Processo Civil, e trata das decisões proferidas sem julgamento do mérito, que não são passíveis de fazer coisa julgada material, tão pouco, ser passível de ação rescisória, devendo-se assim, “entender a desistência do art. 485, VIII, como a desistência do direito, que, na terminologia do Código, é a renúncia (artigo 296, V).³⁸³

³⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.2. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 441.

³⁸² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 181.

³⁸³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais e recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 445.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves complementa o mesmo entendimento dizendo que cabe a rescisória “contra a sentença que homologa a renúncia do autor sobre o direito em que se funda a ação, e que é uma sentença de mérito, nos termos do art. 269, V, do CPC”.³⁸⁴

Para a transação são aplicadas as mesmas condições, dos demais casos, sendo que se alcançada a transação por meios ilegais, esta será passível de rescisão conforme o artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil ensina.

No entanto, cabe salientar que a transação de que se trata é aquela prevista no artigo 269, III, do Código de Processo Civil, posto que esta abrange o mérito do litígio.

O que não ocorre com as sentença meramente homologatórias que, apesar de serem acordos entre as partes, não contemplam a autoridade da coisa julgada, e, assim, são atacáveis nos moldes do artigo 486 do Código de Processo Civil, ou seja, desconstituíveis como os atos jurídicos em geral.

3.4.9 Erro de Fato

O erro de fato é a última hipótese de cabimento da ação rescisória, sendo que Francisco Antônio de Oliveira diz que “cabe a ação rescisória quando a sentença resultar de um erro que seja verificável de mero exame dos autos do processo. É isso que a nossa lei quer dizer”.³⁸⁵

Como em todas as hipóteses de cabimento da rescisória é necessário verificar o nexo de causalidade entre o erro de fato e o resultado que fundamentou a sentença.

Vicente Greco Filho verificando a dificuldade de compreensão da hipótese em questão explica:

³⁸⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 182.

³⁸⁵ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 760.

[...] o erro de fato, para ensejar a rescisória, não pode ser aquele que resultou de escolha ou opção do juiz diante de uma controvérsia. O erro, no caso relevante, é o que passou despercebido pelo juiz, o qual deu como existente um fato inexistente ou vice-versa.³⁸⁶

Para se ter possibilitada a rescindibilidade da decisão nos termos expostos, é preciso verificar alguns requisitos, segundo informa Humberto Theodoro Júnior:

- a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença;
- b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo [...];
- c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato (art. 485, § 2º).³⁸⁷

A observância dos requisitos explicitados se mostra fundamental para que não se confunda a rescisória com uma nova ação de conhecimento, a fim de que não “sejam produzidas novas provas do erro. Este já deve estar comprovado de plano”.³⁸⁸

3.7 Cabimento da Ação Rescisória Contra Decisão Interlocutória

A inclusão do presente item se justifica pela grande discussão existente na doutrina quanto o cabimento de ação rescisória em face de decisões interlocutórias, não obstante se reconhecer que a confirmação dessa possibilidade somente confirmará o apresentado no capítulo anterior condizente a uma teoria da relativização da coisa julgada, que segundo expressão legal cabe contra sentença de mérito.

Ainda mais, nossa doutrina não tem se aplicado muito ao cabimento da ação rescisória nos casos de decisão interlocutória, contudo, mesmo com escassos materiais, se tentará produzir um estudo que possa delinear fundamentos para a expansão do objeto da ação rescisória, quanto à decisão impugnada.

³⁸⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006, p. 446.

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 732.

³⁸⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 183.

3.7.1 Objeto da Ação Rescisória

Segundo preceitua o artigo 485 do Código de Processo Civil, o objeto da ação rescisória é a sentença de mérito transitada em julgado.

Para entendermos essa sistemática é conveniente retomarmos alguns ensinamentos expostos neste trabalho, referente à ocorrência de coisa julgada material.

A sentença de mérito de que trata o artigo citado, é aquela que decide a lide e os pedidos formulados pelas partes.

Com este entendimento, temos que a sentença da qual estamos nos referindo é aquela que julgue o mérito da causa, ou seja, aquelas apresentadas de forma taxativa pelo artigo 269.

Apesar se estar tratando de decisão de mérito José Janquiê Bezerra Diniz apresenta uma exceção à necessidade da coisa julgada, isto é, uma hipótese em que a sentença que extingue o processo sem apreciar o mérito e que pode ser atacada pela ação rescisória, que ocorre no caso de “acolhimento de preliminar de coisa julgada, vez que embora não se trate de sentença de mérito, impede que seja novamente intentada a ação”.³⁸⁹

Apresentando outra exceção quanto a não produção coisa julgada em sede de sentença de mérito é apresentada por José Carlos Barbosa³⁹⁰ que comenta a situação do artigo 18 da Lei 4.717/1965 e artigo 16 da Lei 7.347/1985, que discorre sobre o julgamento improcedente de ação civil pública ou ação popular “por deficiência de prova”.

³⁸⁹ DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998, p. 75.

³⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 110.

Apesar disso, a regra substancial é a da necessidade de sentença que julgue o mérito da causa.

3.7.2. Atos Judiciais não Sujeitos a Rescisão

De forma ampla e geral, os atos judiciais que não estão sujeitos a ação rescisória são aqueles que não possuem a força determinante da coisa julgada, somente os efeitos da preclusão máxima como é chamada a coisa julgada formal.

Assim, as sentenças tidas como ato processual, que não irradiam seus efeitos para fora da relação processual não possuem o condão de serem abrangidas autoridade da *res iudicata*, produzindo seus efeitos apenas dentro da relação.³⁹¹

Ainda José Frederico Marques complementa:

As decisões que põem termo ao processo (*id est*, as decisões terminativas), mas lhe não resolvem o mérito, ou não se pronunciam sobre as condições de ação, podem tornar-se imutáveis, dentro do processo, por força da preclusão; todavia, não projetam essa imutabilidade fora da relação processual em que foram proferidas.³⁹²

Nessa toada, as hipóteses do artigo 267 do Código de Processo Civil, que tratam das sentenças que não apreciam o mérito da causa, não fazem coisa julgada material, somente formal, ensejando assim, sua restrição ao cabimento da ação rescisória.

Além das hipóteses abarcadas pelo artigo 267 do Código de Processo Civil, existem situações especiais que as decisões também não são acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

A exemplo de decisões que não fazem coisa julgada estão as decorrentes dos processos de jurisdição voluntária, que pela “própria natureza desses procedimentos não o permitiria, tanto que, para muitos, nem sequer haveria

³⁹¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000,p. 351.

³⁹² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000,p. 356.

jurisdição, mas mera administração pública de interesses privados, embora se tenha de reconhecer que sempre há um conflito subjacente”,³⁹³ nesse sentido, “não há lide a ser decidida e a autoridade da coisa julgada é características das sentenças que resolvem a lide”,³⁹⁴ assim expressa a ordem contida no artigo 1.111 do Código de Processo Civil:

Artigo 1111 – A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

Outras decisões que não fazem coisa julgada são aquelas proferidas no processo cautelar, pois não há decisão sobre a pretensão oriunda do conflito de interesses, “por força da urgência que se pressupõe na tutela cautelar, a cognição é sempre superficial, o que impede que a decisão adquira caráter imutável. O mesmo vale para as tutelas antecipadas”,³⁹⁵ neste caso, não correrá a coisa julgada material, ou seja, “poderá haver decisão posterior que contrarie a medida requerida, revogando-a ou modificando-a, bem como, se negada, o mesmo pedido poderá ser novamente formulado”.³⁹⁶

Acompanhando este entendimento Ernane Fidélis dos Santos³⁹⁷ colabora com o assunto:

Em razão da provisoriedade da cautela, diz-se que, a não ser quando se decreta a prescrição ou a decadência, não ocorre coisa julgada no processo cautelar, o que, porém, não é correto. Julgado o pedido de cautela, procedente ou improcedente, o que não há é coisa julgada material, isto é, poderá haver decisão posterior que contrarie a medida requerida, revogando-a ou modificando-a, bem como, se negada, o mesmo pedido poderá ser novamente formulado.

³⁹³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

³⁹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

³⁹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

³⁹⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.2. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 300.

³⁹⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.2. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 300.

Contudo, há de se excepcionar as situações previstas no artigo 269, IV do Código de Processo Civil que tratam da decadência e prescrição, pois estas sim fazem coisa julgada, mesmo inseridas dentro do processo cautelar.

Ademais, José Frederico Marques³⁹⁸ aduz que também não é passível de ação rescisória o estatuído no inciso I, do artigo 471, do Código de Processo Civil, que aprecia a questão da relação jurídica continuativa, também denominada de sentença com cláusula *rebus sic stantibus* ou decisões instáveis, posto que se permite a reapreciação das questões já discutidas, caso sobrevenham mudança no estado de fato ou de direito da parte.

Neste caso, há julgamento do mérito da ação, e a coisa julgada advinda de seu julgamento mantém-se intangível, não sendo passível de ação rescisória, posto que as modificações das situações do caso concreto serão discutidas em nova demanda própria, com fundamentos e direito distintos daquele, assim comenta Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A coisa julgada se forma sobre a sentença de mérito, mesmo que contenha decisão sobre relações continuativas. Essas sentenças 'que aprecia um feito cujo suporte é constituído por relação dessa natureza, atende aos pressupostos do tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a própria relação jurídica, que continua sujeita às variações de seus elementos' [...]. Isto porque essa sentença traz ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, de sorte que, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma nova ação, isto é, com nova coisa de pedir próxima (fundamentos de fato) ou nova causa de pedir remota (fundamentos de direito). Não se trata de 'repropositura' da mesma ação anterior, cuja sentença de mérito foi acobertada pela autoridade da coisa julgada, mas sim de 'propositura' de nova ação, fundada em novos fatos ou em novo direito. O preceito, portanto, nada tem a ver com a intangibilidade da coisa julgada material, que se mantém intacta. Aliás, essa circunstância, antes de ofender a coisa julgada, na verdade expressamente a reconhece [...].³⁹⁹

³⁹⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 383.

³⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 704.

Ainda, com relação aos atos processuais que não fazem coisa julgada, impassíveis de ação rescisória, temos os despachos de mero expediente, que apesar de nem serem recorríveis, como afirma Moacyr Amaral dos Santos “podem ser modificados ainda no curso do processo em que foram proferidos”.⁴⁰⁰

O conteúdo deste tipo de decisão por ter caráter estritamente processual se refletem unicamente no mesmo processo em que foi proferida, assim, entende-se que nem mesmo ocasionam a preclusão.

3.7.3 Do Termo “Sentença de Mérito”

Conforme mencionado no item que abarcou a parte histórica da ação rescisória no direito brasileiro, aplaudimos a nova sistemática processual de 1973, sob o fundamento de que seu advento teria sanado os equívocos perpetrados pelo termo “nulo”, empregado na espécie de cabimento da ação rescisório.

De fato, houve grande importância a retificação do termo para o processo civil, contudo, não podemos dizer que o legislador de 1973 foi brilhante nos termos apostos no novo compilado, pois, abarcou somente o termo “sentença de mérito”, como sendo passível de ação rescisória.

Concernente à expressão “mérito”, já não há dúvidas que o termo foi bem empregado, pois somente as decisões que discutam e abranjam o mérito da causa formam decisões passíveis de ação rescisória, salvo suas exceções, no entanto, é com relação ao termo “sentença” que se devem tecer considerações.

Essa aplicação terminológica no Código de 1973, não se apresentou das melhores, pois acabou por restringir a utilização da ação rescisória às decisões de primeira instância, posto que daí se origine as sentenças.

⁴⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

Contudo, se utilizando de interpretação extensiva, os doutrinadores e magistrados abrangeram, na hipótese do artigo 485, os acórdãos, proferidos pelos tribunais.

O artigo 485 do Código de Processo Civil, norma que regulamenta o cabimento da ação rescisória, foi publicado com equívoco conforme estabelece o estudo de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O CPC 485 caput, ao estabelecer que a “sentença” de mérito pode ser rescindida, falou menos do que queria dizer, pois o termo sentença aqui impropriamente colocado, deve ser entendido em sentido amplo, significando “decisão”. Em reforço a esse argumento vem a manifestação da doutrina que, conquanto não se detenha na hipótese ora levantada, reconhece a rescindibilidade dos acórdãos, sendo que o CPC os define expressamente (CPC 163), fazendo nítida e precisa distinção entre estes e a sentença.⁴⁰¹

Com o entendimento colacionado é possível verificar a inconsistência da norma processual civil que restringe a aplicabilidade da ação rescisória à sentença, no entanto, nossa doutrina já tratou do assunto e sanou as controvérsias com relação à aplicabilidade da rescisória contra acórdão.

Vale mencionar o estudo de Flávio Luiz Yarshell:

O que a lei exige para a desconsideração é que a decisão seja de mérito, e não que o dispositivo legal violado seja de direito material. Fundamentos de ordem processual também justificam a propositura de ação rescisória, desde que, pela cognição empreendida, a decisão seja apta a projetar efeitos para fora do processo, isto é, para o plano substancial.⁴⁰²

O acórdão, preceituado no artigo 163 do Código de Processo Civil, é a sentença, porém, decidida pelos tribunais, isto é, por órgão colegiado, não obstante, a sentença e o acórdão possuem idêntica conotação, só que possuem origens distintas.

⁴⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 776/777.

⁴⁰² YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**. São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 321/322.

Assim se manifesta José Carlos Barbosa Moreira:

No art. 162, § 1º, reserva o Código a designação de ‘sentença’ para a decisão final em primeiro grau de jurisdição; ao julgamento proferido por tribunal chama-se ‘acórdão’ (art. 163). Não obstante, claro está que a palavra ‘sentença’, no art. 485, vem usada em sentido amplo, a compreender decisões de qualquer grau de jurisdição – por conseguinte, ‘sentenças’, no sentido estrito do art. 162, § 1º, e (desde que extintivos de processo!) ‘acórdãos’, na terminologia do art. 163. Seria bem pouco razoável excluir do âmbito da ação rescisória as decisões dos tribunais, que constituem a imensa maioria das que transitam em julgado.⁴⁰³

Acompanhando este estudo, Coqueijo Costa é contundente, dizendo que a leitura que deve ser feita do artigo 485, deve ser mais ampla, devendo referenciar “a sentença ou acórdão de mérito [...]”.⁴⁰⁴

Contudo, mesmo com esse entendimento, que aparentemente resolveria todos os problemas sobre o objeto da ação rescisória, temos outra questão de suma importante, a da aplicabilidade da ação rescisória contra a decisão interlocutória, posto que as decisões a que se referiu este tópico soam no mesmo sentido, a sentença para decisão final em primeiro grau, e o acórdão para decisões finais nos tribunais.

3.7.4 Da Decisão Interlocutória

Propositamente, não se tratou da decisão interlocutória nos itens que delimitam o objeto da ação rescisória, os atos não passíveis de ação rescisória, bem como quanto o emprego do termo do artigo 485 do Código de Processo Civil, eis que o momento oportuno para essas considerações é este.

3.7.4.1 Conceito de Decisão Interlocutória

A definição de ação rescisória vem prevista no §2º, do artigo 162, do Código de Processo Civil, do qual prevê o seguinte:

⁴⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 112.

⁴⁰⁴ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 24.

Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

As decisões interlocutórias possuem caráter decisório, como no caso das sentenças, mas, seu diferencial concentra-se no efeito que gera, ou seja, as sentenças, pela sua própria qualidade põem termo ao processo, enquanto que as decisões interlocutórias, não possuem esse condão de por fim ao processo, mas apenas de discutir questões incidentes que se apresentam prejudiciais à relação processual.⁴⁰⁵

Luiz Rodrigues Wambier, a seu turno, conceitua a decisão interlocutória pelo seu conteúdo decisório, não se exigindo que seja específico, somente que não esteja inserido dentre as causas dos artigos 267 e 269, do Código de Processo Civil, e por isso não pode encerrar o feito.⁴⁰⁶

Ainda complementa seu entendimento sobre a decisão interlocutória, dizendo que:

É ato decisório, tanto que recorrível (art. 522), pois o juiz está julgando, mas a abrangência de seu pronunciamento restringe-se a questão versada, dentro do processo, e com o objetivo de impulsioná-lo ao seu ato-fim, que é a sentença. A pedra de toque de seu conceito está no conteúdo decisório e não no seu efeito, pois consiste a decisão interlocutória num pronunciamento jurisdicional tendente a solver um impasse momentâneo, que necessita da decisão para que o processo prossiga.⁴⁰⁷

Data venia o entendimento posto, temos que não é o conteúdo decisório que determina o conceito de decisão interlocutória, preferimos aceitar a conceituação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que é a seguinte:

⁴⁰⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento (1ª parte)**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 228.

⁴⁰⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 184.

⁴⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 184.

O conceito de decisão interlocutória no sistema do CPC não leva em conta a matéria nela decidida, mas a finalidade do ato judicial: resolver, no curso do processo, sem lhe colocar fim, questão incidente.⁴⁰⁸

Ainda, ao falar da decisão interlocutória apresentam lições bem mais esclarecidas, e dizem o seguinte:

Toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, sem extingui-lo, seja ou não sobre o mérito da causa, é interlocutória. Como, para classificar o pronunciamento judicial, o CPC não levou em conta seu conteúdo, mas sim sua finalidade, se o ato não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença, mas sim decisão interlocutória.⁴⁰⁹

No conceituar de Misael Montenegro Filho a decisão interlocutória é aquela que:

Se qualifica por desatar alguma questão pendente sem encerrar o processo, registre-se que no gênero destacam-se as liminares e as antecipações de tutela como principais espécies. Pelo exame dessas decisões, percebemos que podem até incursionar na análise do direito material conduzido pelo exercício do direito da ação. Não obstante o fato, que revela a possibilidade de a decisão interlocutória ser traumática em relação a um dos litigantes, evidente que não encerra o processo, possibilitando a prática de vários outros atos depois de ser manifestada, inclusive do próprio magistrado, que ainda não se desincumbiu da função jurisdicional, estágio que somente será alcançado com a prolação da sentença.⁴¹⁰

Desfechando a conceituação de decisão interlocutória, pode-se concluir que é aquela decisão que provem decidir questões pendentes da lide, independentemente de seu conteúdo decisório, visto que sua importância concentra-se nos efeitos projetados dentro da relação processual, ou seja, resolvem decisões prejudiciais incidentes sem encerrar a relação processual, favorecendo uma das partes em relação à outra.

⁴⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 702.

⁴⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 431/432.

⁴¹⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 216.

3.7.4.2 A Questão Prejudicial

Não há dúvidas que o interesse da decisão interlocutória é encerrar questão incidente, dentro de uma relação processual sem lide por fim, tanto é que Moacyr Amaral Santos apresenta duas características das decisões interlocutórias: “1ª) que sejam proferidas no curso do processo; 2ª) que resolvam questão incidente”.⁴¹¹

No entanto, diferentemente da distinção que foi feita na conceituação da decisão interlocutória, no sentido de saber qual seu fator determinante, conteúdo ou efeito, posto ser preferível ficar com a importância dos efeitos, será traçado singelamente o que venha a ser questão prejudicial.

Iniciando, auspicioso comentar que as questões incidentes podem ser resolvidas dentro da mesma relação processual, ou por meio de ações declaratórias incidentais, sendo que as questões *incidenter tantum*, não fariam coisa julgada material, apenas as decididas por meios de declaratórias incidentais.⁴¹²

A ação declaratória incidental tem previsão no artigo 5º do Código de Processo Civil, e quanto a esta não se tem dúvidas que é perfeitamente cabível a ação rescisória, ainda mais, por ter suas decisões formadas por sentença, assim, integrando a vala comum do artigo 485, oportuno, consta do artigo 470 do Código de Processo Civil:

Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º. e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Superada a questão das ações declaratória incidentais, que não são objeto desse estudo, posta a clareza do texto do artigo 470, passemos a discutir as decisões *incidenter tantum*, começando pela definição de questões incidentes.

⁴¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

⁴¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 174.

Sabendo que o ponto chave da decisão interlocutória é resolver questões incidentes, colacionamos a lição de Luiz Rodrigues Wambier que conceitua estas questões aduzindo que “são dúvidas que surgem no desenvolvimento do processo, e que necessitam de um pronunciamento judicial que regule e encaminhe o processo ao seu término”.⁴¹³

Moacyr Amaral Santos⁴¹⁴, ao tratar da questão incidente diz:

As questões incidentes, resolvidas no curso do processo, são, em regra, de natureza processual. Assim as decisões referentes à suspensão do processo, nos casos do art. 265; ou as que deixarem extinguir o processo, nos casos do art. 267 do mesmo Código.

As questões tratadas por Moacyr Amaral Santos, como visto, em regra, são de natureza processual, contudo, as questões incidentes não estão limitadas apenas a questões processuais, mas também, a questões de direito, que por sua vez terão condições plenas serem revestidas com a autoridade da coisa julgada material.

Com efeito, são as questões prejudiciais decididas dentro no mesmo processo que gerarão as decisões interlocutórias, ao oposto das ações declaratórias incidentais, que são resolvidas por meio de sentença.

3.7.4.3 Decisões Interlocutórias: Passíveis ou não de Ação Rescisória

Para verificar a aplicabilidade da ação rescisória contra decisões interlocutórias, impossível deixar de analisar as questões postas anteriormente, uma vez que os conceitos colacionados são indispensáveis para um fechamento sobre a possibilidade levantada, assim, passamos às questões de fundo.

Já se chegou a reconhecer que a decisão interlocutória não é passível de formar coisa julgada material, tanto é que o próprio Código de Processo Civil, no inciso III, de seu artigo 469, diz:

⁴¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 184.

⁴¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

Não fazem coisa julgada:

[...]

III – a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Este preceito esculpido no artigo 469 do Código de Processo Civil vigente acompanhou o contido na legislação anterior, de 1939, pois aquele mesmo raciocínio estampado no artigo 228, da lei passada, dispunha não ter efeito de coisa julgada, os despachos meramente interlocutórios.⁴¹⁵

Como se verifica, a apreciação da questão prejudicial apontada no dispositivo mencionado é a decisão interlocutória, contudo, a limitação aposta pelo texto legal, não parece viável, posto que restringiu o cabimento de ação rescisória contra a decisão interlocutória.

Essa restrição colocada pelo artigo 469 do Código de Processo Civil se mostra insubsistente, porque existem questões de mérito que são julgadas por meio de decisão interlocutória.

A problemática quanto ao seu cabimento no caso em tela pode ter sido ocasionada pelo termo utilizado no artigo 485 do Código de Processo Civil, ao mencionar “sentença de mérito”.

Foram apresentados elementos que tornavam viável reconhecer a extensão do termo “sentença” para acórdão, já que possuem mesma conotação, ou seja, o provimento final em instâncias distintas, tendo sido postergada a apresentação conquanto a extensão do termo para a decisão interlocutória.

Apesar de José Frederico Marques entender que a decisão interlocutória enseja preclusão, e não mais que isso, diz também sobre o artigo 485 do Código de Processo Civil, que:

⁴¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 381.

Como o art. 485 alude a sentença passada em julgado, a ação rescisória pode ter por objeto qualquer julgamento final sobre o mérito, promane ele de juiz de primeiro grau, de câmara ou turma, seção civil ou tribunal pleno, de órgãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.⁴¹⁶

Ademais, José Carlos Barbosa Moreira apresenta critério para verificar a possibilidade de aplicar a ação rescisória, dizendo que “o critério decisivo para aferir-se a rescindibilidade é, no sistema atual, o que se baseia na aptidão da sentença para adquirir a *auctoritas rei iudicatae*”.⁴¹⁷

Assim, Flávio Luiz Yarshell sedimentando os entendimentos colocados diz que “o que determina a possibilidade de se desconstituir um ato por ação rescisória é a circunstância de o ato apreciar o mérito (isto é, o pedido) ou, de alguma forma, prover sobre o bem da vida, projetando seus efeitos substanciais para fora do processo”.⁴¹⁸

Ainda, Coqueijo Costa afirma que “a circunstância processual de a decisão só comportar agravo de instrumento não afasta, por si só, a rescisória, pois não é a forma de recurso que permite essa ação, e sim, a matéria objeto da sentença. Se a decisão tem conteúdo de mérito, é objetável pela rescisória”.⁴¹⁹

Com estas explanações ficou crível entender que o objeto da ação rescisória ao contrário do determina o artigo 485, é qualquer decisão desde que julgue o mérito da causa, isto é, que possa ser contemplada com os efeitos advindos da formação da coisa julgada material.

O texto contido no artigo 485 do Código de Processo Civil deve ser lido como “decisão de mérito”, pois assim, não se restringiria a aplicabilidade da ação rescisória.

⁴¹⁶ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 421.

⁴¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 109.

⁴¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória contra decisões interlocutórias: exame da questão à luz das alterações trazidas pela Lei 11.232/05**. Carta Forense, São Paulo, p. 5, agosto 2006.

⁴¹⁹ COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987, p. 26.

Para complementar, é incontroverso que existem decisões prejudiciais que decididas *incidenter tantum*, discutem situações meritorias, que dizem respeito diretamente à lide, aos pedidos ofertados e repudiados pelas partes, conforme apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O conceito de coisa julgada leva em conta a matéria resolvida pelo juiz: decisão da lide, do pedido. Se este tiver sido resolvido sem encerrar-se o processo, teremos decisão de mérito, sujeita a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material), externada por meio de decisão interlocutória. É o caso, por exemplo, de decisão que exclui co-réu do processo (que continua contra o outro co-réu), pronunciando em seu favor a decadência da pretensão do autor (decisão de mérito: CPC: 269 IV).⁴²⁰

Marcus Rios Vinícius Gonçalves⁴²¹ diz que as decisões interlocutórias proferidas pelo magistrado são “atos pelos quais resolve as questões incidentes. Tanto as sentenças quanto as decisões interlocutórias têm cunho decisório”.

Esse ato de cunho decisório dado pelo juiz por meio da decisão interlocutória é competente para ser passível de ação rescisória, desde que julgue o mérito da causa, pois quando tratar de matéria meramente processual, será acobertada apenas pela coisa julgada formal.

Humberto Theodoro Júnior adere àqueles que entendem ser a decisão interlocutória formadora apenas de coisa julgada formal, ou preclusão:

Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem semelhantes às da coisa julgada formal. Dessa forma, as questões incidentemente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo. Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, §2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão,

⁴²⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 702.

⁴²¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento (1ª parte)**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 228.

não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão.⁴²²

Com o entendimento colocado, mais uma vez temos que não é cabível a rescisória da decisão interlocutória, pois sequer faria coisa julgada material, assim, descumprindo um dos pressupostos para o cabimento dessa ação.

Também, José Frederico Marques em suas lições faz apontamento sobre a força preclusiva da decisão interlocutória:

As decisões interlocutórias têm por objetivo preparar a decisão sobre o mérito, e por isso o valor dessas decisões se restringe ao processo em curso. Pode-se, assim, tratar, em um processo futuro, da mesma questão jurídica que fora decidida em procedimento, mediante sentença interlocutória ou terminativa, visto que a preclusão, que a tornara imodificável, não se projeta em outros processos, embora versando sobre a mesma lide.⁴²³

Moacyr Amaral Santos diz também, que não faz coisa julgada material as decisões interlocutórias, e que estas decisões “quando não recorridas ou transitadas em julgado, resulta tão-somente preclusão, que torna impeditivo o seu reexame no mesmo processo”.⁴²⁴

Contudo, apesar dos entendimentos contrários ao cabimento de ação rescisória contra a decisão interlocutória, colacionados a título ilustrativo, os fundamentos exposto denotam a perfeita caracterização de meios que possibilitam a aplicação do instituto da rescisória aos casos de decisões interlocutórias.

Com efeito, tendo ciência do cabimento da ação rescisória em sede de decisão interlocutória, é importante frisar com citações à corroborar neste sentido.

Assim, o fazem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

⁴²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 576.

⁴²³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000, p. 357.

⁴²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

Caso tenha decidido o mérito, como por exemplo quando o juiz pronuncia a prescrição ou decadência relativamente a apenas um dos litisconsortes ou quanto à reconvenção, a decisão interlocutória de mérito pode ser rescindida por ação rescisória [...].⁴²⁵

Ainda, complementam, dizendo que “se a decisão, embora não colocando fim ao processo, decide questão de mérito, é suscetível de impugnação pela via de ação rescisória”.⁴²⁶

Nessa mesma toada, Candido Rangel Dinamarco:

Contrariando porém o alvitre e as previsões do legislador, *de fato* o juiz da causa decidiu interlocutoriamente uma questão de mérito. Essa decisão é viciada mas existe, é interlocutória e é também, em virtude do conteúdo ostentado, *de mérito*. Ela é tanto uma decisão de mérito quanto a sentença que. Entre outras questões, examina a da prescrição e a reconhece ou rejeita.

Daí a imperiosa conclusão de que, estando presentes os demais pressupostos para a rescisória, é a ela que a ação rescisória deveria endereçar-se e não à sentença que depois veio a ser proferida. Seria absurdo rescindir a sentença pelo fundamento de haver transgredido os dispositivos legais sobre a prescrição (violação a literal disposição de lei – CPC, art. 485, inc. V), quando a esse propósito ela nada decidiu.⁴²⁷

Outra hipótese de aplicação da ação rescisória contra decisão interlocutória adveio juntamente com a nova sistemática do Código de Processo Civil, ou melhor, pela Lei 11.323/2005, que alterou o processo de execução, criando a fase de cumprimento de sentença.

Sobre o assunto, Flávio Luiz Yarshell diz:⁴²⁸

Embora o art. 485, *caput*, do CPC, fale em “sentença” de mérito, é perfeitamente possível que o mérito da execução, julgado por força da impugnação, seja apreciado não apenas por sentença, mas

⁴²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 784.

⁴²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 785.

⁴²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288.

⁴²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória contra decisões interlocutórias: exame da questão à luz das alterações trazidas pela Lei 11.232/05**. Carta Forense, São Paulo, p. 5, agosto 2006.

eventualmente por decisão interlocutória. É pensar, por exemplo, na hipótese de alegação de excesso de execução, a ensejar decisão que, sem extingui-la, reduza seus limites; ou alegação de prescrição de parte da obrigação.

Não bastassem, os entendimentos que por si, já demonstram o cabimento da ação rescisória contra decisão interlocutória o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se posicionou no mesmo neste sentido:

Não se pode interpretar literalmente o disposto no CPC 485, quanto à alusão à sentença de mérito, vinculando-a ao recurso normalmente cabível contra ela, ou seja, apelação. Isto porque, a despeito dos esforços do legislador processual para tornar hermético o sistema recursal, vinculando-o ao tipo específico de provimento jurisdicional nele engastado, tal incorre. Basta lembrar que a sentença declaratória de falência é atacada por agravo de instrumento. Por isso mesmo, o que se há de assentar como interpretação razoável é a de abstrair-se da expressão 'mérito' que está no CPC 485. Ora, em face desse posicionamento, se o CPC 162 § 1.º conceitua a sentença como ato jurisdicional que põe fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito, nada impede que, para fins de admissibilidade da ação rescisória, cuide a espécie de decisão sobre o mérito ainda que não veiculada através de apelação (TJSP, 1.º GR.CÂms., EI 134388-1/0-02, rel. Des. Donaldo Armelin, m.v., j. 16.8.1994, RT 712/131).⁴²⁹

Não obstante, sepultando os entendimentos controvertidos, a utilização da ação rescisória em sede de decisão interlocutória é plenamente viável, cabível e oportuna, reconhecendo-se que se buscou no presente trabalho fundamentar uma teoria para a criação de uma ação rescisória atípica.

⁴²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 784/785.

CONCLUSÃO

Em uma análise do conteúdo explorado no desenvolvimento deste trabalho, fica evidente que o Estado é constituído com pela conjugação de três elementos básicos, o povo, o território e o poder político.

O povo é aquele reconhecido e individualizado por suas características físicas, morais, culturas, religiosas, entre outras, juntamente a um poder político e um território.

O poder político, por sua vez, é compreendido como a forma de exercício da força para imposição de interesses, no caso do presente estudo, o termo foi utilizado para identificar as formas de governo, ou, controle político, ao qual se faz análise, conjuntamente, com a soberania.

Ainda, faz parte desses elementos o território, até porque esse poderio político deve ser organizado e aplicado em determinada dimensão de terra, para ser aplicado em detrimento aos interesses daqueles que ali fazem parte do povo.

Com efeito, compreendido que o Estado possui como um de seus elementos o poder político, que permite ao detentor desse poder se utilizar do poder de coerção, se fez importante apontar quais seriam as formas de se alcançar esse poder.

Dentre as diversas formas de poder político, temos a monarquia, a aristocracia e a democracia, reconhecendo-se que a monarquia é aquela que prestigia vontade maior do povo, permitindo que atuem em prol da construção de uma sociedade justa.

Em decorrência da necessária existência do Estado para liderar os interesses comuns, bem como a inafastável busca do povo em conter os atos desmedidos e abusos dos seus governantes, foram criados direitos tidos por fundamentais, com o fito de se ter uma proteção contra tais atos.

Pela criação dos direitos fundamentais, os Estados buscaram constitucionalizar seus princípios para lhe assegurarem força e conhecimento pleno. Mas, essa tipificação constitucional dos direitos fundamentais em dispositivos tidos por princípios explícitos acabaram por criar uma grande celeuma em sua aplicação, quando conflitantes.

Assim, após ser considerado pela doutrina que os princípios são considerados mandados de otimização, que não se confundem com regras, e que todos os princípios vivem de forma conjunta no mundo jurídico sem que um exclua o outro, ou seja, todos mantêm convivência harmônica, até que se esteja diante de um caso concreto, quando será necessário adotar um juízo de ponderação para atribuir melhor relevância àquele caso.

Nesse passo, para que se consiga realizar o referido juízo de ponderação se faz necessário, pelo menos, o conflito entre dois princípios, o que para nosso trabalho ficou calcado nos princípios da segurança jurídica e do acesso à justiça.

De um lado, o princípio da segurança jurídica traz a reconhecimento da confiança no Poder Judiciário quanto às decisões que são proferidas, trazendo a certeza de que as demandas terão seu fim e a respectiva estabilidade.

Uma das facetas do princípio da segurança jurídica é expressa pela coisa julgada como elemento indispensável para se alcançar a segurança e estabilidade das relações processuais, haja vista que sem sua atuação dentro da processualística jurídica, os processos estariam arriscados a se perpetuarem no tempo, o que levaria a desordem jurídico-social e crise nas relações interpessoais.

Nesse ínterim, a Lei Maior de nosso Estado, apresentou dentre as garantias constitucionais, a hipótese da não violação da coisa julgada, estando inserida dentre as cláusulas pétreas, assim, estando imune de quaisquer alterações que o legislador queira realizar, pois somente poderá ser modificada com o advento de uma nova Carta Constitucional.

Nessa toada, a coisa julgada ocorrerá quando não houver mais hipóteses de cabimento de recursos, ou porque foram todos usados e julgados, ou porque a parte deixou transcorrer o prazo para sua interposição, sem o fazer, dando origem ao trânsito em julgado da decisão.

Isso enseja em um fenômeno tido pela imutabilidade dos efeitos da decisão, que poderá ser de duas formas, uma dentro do processo (coisa julgada formal) e a outra fora do processo (coisa julgada material).

Esclarecendo, a coisa julgada formal é a imutabilidade dos efeitos da decisão dentro do mesmo processo em que atua, ou seja, não mais será permitido rediscutir a matéria já julgada dentro da mesma lide, nada impedindo que noutra feito a mesma matéria possa ser rediscutida, por isso que muitos doutrinadores a denominam de preclusão máxima.

A seu turno, a coisa julgada material, essa com proteção constitucional, é compreendida pela imutabilidade dos efeitos da decisão fora do processo em que atua, isto quer dizer que a matéria discutida é acobertada pela coisa julgada material, fazendo com que não possa mais ser objeto de reexame por outros juízos, a esta é dado o nome de autoridade da coisa julgada.

Apontamento relevante, conquanto a coisa julgada consiste em saber quais as espécies de decisões que geram coisa julgada ou apenas preclusão.

De forma precisa, as decisões que apreciam o mérito da lide são acobertadas pela coisa julgada, enquanto que aquelas que somente discutem matéria processual, sem entrar no direito das partes formam a coisa julgada formal ou preclusão.

Cientes de que a coisa julgada é pedra basilar do estado democrático de direito, é imprescindível reconhecer que os julgados proferidos pelo judiciário não estão escusos de praticar atos que violem os interesses das partes litigantes, proferindo assim sentenças contrárias aos interesses sociais e legais.

Para tanto, o princípio do acesso à justiça compreende além dos meios para se poder ingressar no judiciário, que se tenha um resultado justo na demanda, o que é reconhecido como os princípios do acesso à justiça justa, ou seja, que a decisão promova o seu mister de pacificação social, em conformidade com os interesses da coletividade, possibilitando que os erros cometidos pelo Poder Judiciário possam ser corrigidos, mesmo quando a decisão já for imutável.

Contudo, visualizando a necessidade de sanar estas irregularidades, a legislação criou meios para se discutir os julgados que por algum motivo desvirtuaram-se de seu interesse que é o de compor os litígios, harmonizando a sociedade.

Entre os meios de correção destes equívocos, constituídos pela *querela nullitatis*, impugnação à fase de cumprimento de sentença, embargos à execução e a ação rescisória, nos preocupamos em delinear as regras da ação rescisória que pelo próprio nome é uma ação autônoma, inconfundível com o instituto dos recursos, que são expostos de forma taxativa e não exigem a existência de decisão de mérito transitada em julgado, uma vez que são utilizados dentro do mesmo processo em que foi gerada a decisão.

A ação rescisória possui finalidade específica de desconstituir decisões de mérito que tenham transitado em julgado, ou seja, decisões acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

Como toda ação, a rescisória exige requisitos para seu cabimento, assim, é imprescindível para se utilizar do instituto da ação rescisória, ter uma decisão de mérito transitada em julgado, eis que somente as decisões de mérito são passíveis de serem revestidas pelo manto da autoridade da coisa julgada material.

Outro pressuposto, não menos importante, é a inoccorrência do prazo decadencial de dois anos, pois, uma vez transcorrido o prazo mencionado sem o ajuizamento da ação rescisória, a doutrina entende que ocorre o fenômeno da coisa soberanamente julgada.

No entanto, quanto à coisa julgada soberana, existem ressalvas que permitem sua relativização, pelo bem maior da justiça.

O mesmo se dá nos casos de coisa julgada que violem texto constitucional, eis que mesmo estando protegidas pela intangibilidade da coisa julgada tais decisões estão passíveis de impugnação, pelo bem maior de proteção à primazia da Constituição Federal.

Também é pressuposto específico da ação rescisória, uma das ocorrências previstas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, que foram introduzidos taxativamente na legislação, para assegurar que a ação rescisória não fosse aplicada de forma desmedida por quaisquer desgostos das partes.

Como pode ser notado, a ação rescisória é meio de sanar irregularidades advindas das decisões de mérito, no entanto, o artigo 485, da Lei processual civil, apresenta em seu texto, a expressão “sentença de mérito”, contudo a ação rescisória não deve ter restrita seu objeto de aplicação, pois se estaria tratando atos judiciais com mesmo conteúdo de forma distinta.

A aplicação extensiva da ação rescisória contra acórdão foi bem aceita e pacificada dentre o campo jurídico, contudo, quanto a decisão interlocutória poucos doutrinadores aprofundaram seus estudos, sendo que grande parte não aceita a extensão do campo de atuação da rescisória para as decisões interlocutórias.

Apesar desta inaceitação, que se originou pelo fato da decisão interlocutória ter origem na resolução de questão prejudicial dentro do mesmo processo, sem lhe por fim, é conveniente esclarecer que as decisões interlocutórias, podem promover fim parcial ao feito, o que acarretaria possibilidade de ação rescisória.

As decisões interlocutórias como qualquer outra é totalmente capaz de apreciar questões meritórias, formando a coisa julgada material, sendo assim, passível de ser objeto de ação rescisória. Como, por exemplo, a decisão de caráter interlocutório colocou termo parcial ao feito, apreciando questão de mérito prevista no inciso IV, do artigo 269, do CPC, extinguindo parte do crédito pleiteado.

Nesse ínterim, transcorrido o prazo recursal sem a utilização de recursos cabíveis, a decisão interlocutória produzirá seus efeitos para fora da relação processual, sendo acobertada pela autoridade da coisa julgada, o que propiciará meios para ser atacada pela ação rescisória.

No mesmo sentido, a redação dada pelo *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil, como todas as demais formas de impugnação típica, mostram-se visivelmente restritiva, permitindo a manutenção de injustiças e erros que não se coadunam com o primado do Estado Democrático de Direito.

Por este estudo, ficou certamente visível e aceitável uma teoria para a introdução em nosso ordenamento de uma teoria para a criação da denominada ação rescisória atípica, que se encaixe nos casos de extrema necessidade de proteção do cidadão contra decisões incorretas ou viciadas proferidas pelo Poder Judiciário, por meio de regras de proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Silvana; MALTA, Christovão Tostes. Ação rescisória no processo trabalhista. *In* **Coleção Cadernos de Direito Processual do Trabalho**, n. 3. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. A ação popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1259, 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9266>>. Acesso em: 17 out. 2009.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação rescisória comentada**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Coisa julgada inconstitucional: natureza, instrumentos e momentos processuais de relativização. *In* **Revista dialética de direito processual** nº 54, set/2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In* **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 50, n. 301, novembro, Porto Alegre: Notadez, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993.

BARBOSA, Julio César Tadeu. **O Que é Justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

BARIONI, Rodrigo. **Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

_____. **O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Notas compiladas por Nélio Morra. Tradução Márcio Puglesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**: v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUFFARA, Júlia Maria Milanese. **Coisa julgada nas demandas coletivas & a norma o art. 16 da Lei 7.348/85**. Curitiba: Juruá, 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Antonio Macedo de. Ação Rescisória de sentença. *In* **Coleção Saraiva de Prática do Direito**, n. 37. São Paulo, Saraiva, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CICCO, Cláudio de. Kant e o estado de direito: o problema do fundamento da cidadania. *In*: **Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre a lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Coqueijo. **Ação rescisória**. 5. ed. rev. e aum., São Paulo: LTR, 1987.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Mérito e coisa julgada na execução. *In* BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. v. 3. São Paulo: Método, 2009.

DAHER, Marlusse Pestana. Ação popular . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=352>>. Acesso em: 17 out. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Considerações sobre a desconstituição e relativização da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.5, n. 28, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2004.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico**. v. 1. tomo I. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Coisa julgada: relativizar a coisa julgada material. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____. **Fundamento do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **Ação rescisória**. São Paulo: Atlas, 2004.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, José Janguê Bezerra. **Ação Rescisória dos Julgados**. São Paulo, LTr, 1998.

DONADEL, Adriane. **A ação rescisória no direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FARIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO JUNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 4, n. 19, set./out. Porto Alegre: Síntese, 2002.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Org. Antônio Cláudio da Costa Machado; Coord. Anna Candida da Cunha Ferraz. Barueri, SP: Manole, 2010.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **O devido processo substantivo e o supremo tribunal federal nos 15 anos da constituição federal**. Disponível em <

http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpu0104/ferreira_o_devido_prc_legal_subst_e_o_stf.htm> Acesso em 26/03/2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Ação rescisória e o erro de fato como uma de suas hipóteses de cabimento**. Leme: Mizuno, 2006.

GERAIGE NETO, Zaiden. **Ação Rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas: Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman**. v. 63. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009

GOMES, Magno Federici; COHEN, Ricardo Moraes. Relativização da coisa julgada: teorias, controvérsias, dilemas e solução. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.9, n. 53, mai./jun. São Paulo: IOB, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento (1ª parte)**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)**. v. 2. 17. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.8, n. 46, mar./abr. São Paulo: IOB, 2007.

_____. Coisa julgada: considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.3, n. 16, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2002.

KLIPPEL, Rodrigo. **A Coisa Julgada e sua Impugnação: Relativização da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Ação rescisória: teoria e prática**. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Conceitual Editorial, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Arnaldo Esteves; DYRLUND, Poul Erik. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Ação rescisória nos tribunais**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**. v.1. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) . **Código de processo civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 8. ed. São Paulo: Manole, 2009.

MALUF, Sahid. **Curso de direito constitucional. Parte geral: Teoria geral do estado**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A: São Paulo, 1970.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**: Comentada por Napoleão Bonaparte. Traduzido por Pietro Nasseti. 8. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MARDER, Alexandre Salgado. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

_____. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. v. 1. 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *In* **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 52, n. 317, março, Porto Alegre: Notadez, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV, 1ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MASCARO, Alex Antonio. **Segurança jurídica e coisa julgada: sobre cidadania e processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** – 15. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.** ed. 26. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro,** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. A ação civil pública e a tutela aos interesses difusos e coletivos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1713, 10 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11023>>. Acesso em: 17 out. 2009.

MENNA, Fábio de Vasconcellos. **Coleção Elementos do Direito – Processo Civil.** 3ª. ed. São Paulo: Editora Dpj, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** Coleção temas jurídicos; 3. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *In* **Revista do Advogado.** Ano XXVI, n. 88, novembro. São Paulo: AASP, 2006.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento,** 23 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

_____. **Comentários ao código de processo civil,** volume V: arts. 476 a 565, 8ª. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SYLVIO MOTTA, Gustavo Barchet. **Curso de Direito Constitucional,** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. A coisa julgada a atividade executiva. *In* BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença.** v. 2. São Paulo: Método, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculante) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro. Execução e coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 1, set./out. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PARENTE, Monique Soares. **A relativização da coisa julgada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Continental Jurídica, 2009.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5366/Devido_Processo_Substantivo> Acesso em 26/03/2010.

PINTO, Luís Ferreira. **Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1982.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em: 16 set. 2009.

_____. **A competência no processo civil: Coleção estudos de direito de processo Eurico Túlio Liebman**; v. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PLATÃO. **Diálogos: O banquete – Fédon – Sofista – Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza (O Banquete), Jorge Paleikat e João Cruz Costa (Fédon, Sofista, Político). São Paulo: Abril Cultural: 1972.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação Rescisória Atípica: instrumento de defesa da ordem jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Coisa julgada civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.4, n. 22, mar./abr. Porto Alegre: Síntese, 2003.

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

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Walter Piva. A crise no conceito da coisa julgada, em especial em matéria tributária. *In Revista do Advogado*. Ano XXVI, n. 88, novembro. São Paulo: AASP, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v.1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Manual de direito processual civil**. v.2. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.2. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio Antônio Baptista. Coisa julgada relativa? *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 52, n. 316, fevereiro, Porto Alegre: Notadez, 2004.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de. A assistência e a coisa julgada. *In Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 51, n. 310, agosto, Porto Alegre: Notadez, 2003.

TESHEINER, José Maria. Coisa julgada. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n. 3, jan./fev. Porto Alegre: Síntese, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. *In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v.10, n. 58, mar./abr. São Paulo: IOB, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil**. v.1. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v.1. 7. ed. teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória contra decisões interlocutórias: exame da questão à luz das alterações trazidas pela Lei 11.232/05**. Carta Forense, São Paulo, p. 5, agosto 2006.

_____. **Ação rescisória**. São Paulo, Malheiros, 2005.

ZAINAGHI, Maria Cristina. Ação civil pública no Código de Defesa do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3173>>. Acesso em: 17 out. 2009.