

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

JOEL ILAN PACIORNIK

**AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – ASPECTOS CONTROVERTIDOS**

PORTO ALEGRE

2013

JOEL ILAN PACIORNIK

AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

PORTO ALEGRE

2013

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	04
2 TUTELA JURISDICIONAL.....	05
2.1 O Estado e Tutela Jurisdicional.....	10
2.2 Classificação da tutela jurisdicional.....	12
2.3 Natureza da Tutela Jurisdicional na Ação Rescisória.....	14
3 A COISA JULGADA.....	16
3.1 Coisa Julgada material e formal.....	16
3.2 Natureza Jurídica.....	19
3.3 Funções Positiva e Negativa.....	21
3.4 Limites Objetivos.....	23
3.5 Limites Subjetivos.....	26
4 OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	28
4.1 Introdução.....	28
4.2 A Ideia da Impugnabilidade das Decisões Judiciais .....	32
4.3 Os Diversos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais.....	45
4.4 Os Meios Excepcionais em Espécie.....	48
5. DA AÇÃO RESCISÓRIA.....	50
5.1 Histórico e Direito Comparado.....	51
5.2 Hipóteses de Cabimento.....	53
5.3 Violar Literal Disposição de Lei.....	64
5.4 Legitimidade Ativa e Competência.....	68
5.5 Medidas Urgentes.....	69
5.6 Procedimento.....	72
5.7 Prazo.....	75
6. COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E DECISÃO POSTERIOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	78

6.1. Solução Jurisprudencial.....	79
6.2. Limite Temporal das Decisões de Controle de Constitucionalidade.....	80
6.3. Importante Análise das Relações Jurídicas Segundo o Critério Temporal.....	82
6.4. Solução nas Relações Instantâneas.....	82
6.5. Solução nas Relações Continuativas.....	86
7. EFEITO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL.....	88
7.1. Coisa Julgada e Ação Rescisória.....	89
7.2. Violação de Literal Disposição do Direito em Tese e Interpretação Razoável.....	89
7.3. Da divergência de Interpretação em Matéria Constitucional: Casos Possíveis.....	90
8. EFICÁCIA DA COISA JULGADA E RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	92
8.1 Configuração do Problema à Luz do Sistema Positivado.....	92
8.2 Ação Rescisória em Matéria Tributária.....	93
8.3 As Diversas Posições Doutrinárias sobre a Ação Rescisória em Matéria Tributária – Argumentos da Fazenda e Argumentos dos Contribuintes.....	94
8.4 Breve Análise Pretoriana.....	97
9 CONCLUSÕES.....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho destina-se ao estudo da ação rescisória voltada ao direito tributário e seus aspectos controvertidos.

Para tanto examinaremos de início a noção de tutela jurisdicional, sua função, modalidades, o monopólio estatal, a classificação, com o objetivo de identificar que tipo de tutela se busca na ação rescisória.

Como pressuposto à compreensão do tema segue o trabalho abordando as noções de coisa julgada, sua natureza, espécies, funções, limites, igualmente como pressupostos para a existência da ação rescisória.

Em seguida o estudo ingressa na temática dos meios de impugnação das decisões judiciais, fazendo um breve histórico da impugnabilidade das decisões ao modelo atual que apresenta a nítida diferença entre os recursos e os meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais.

Encaminha-se agora o trabalho para seu objeto principal que é o estudo da ação rescisória voltada ao direito tributário e os aspectos peculiares aí existentes.

Principia-se pela conceituação da ação rescisória, passando por uma breve análise histórica e notícia no direito comparado. Aborda-se de forma não aprofundada todas as hipóteses de cabimento elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil, dando especial ênfase ao inciso V, que trata da violação a literal disposição de lei, salientando-se que nas demandas tributárias é a hipótese mais presente.

Tanto assim o é que o estudo segue no item seguinte com um item especialmente dedicado ao inciso V do art. 485 do CPC.

Em seqüência, o rito processual da rescisória é descrito tratando-se da legitimidade ativa, da competência, da possibilidade de concessão de medidas antecipatórias, prazos e a sentença.

Caminhando para a finalização, o estudo começa a tratar dos questionamentos que se apresentam, quais sejam, a existência da coisa julgada e a possibilidade de ação rescisória ante decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Neste tópico abordar-se-ão noções de controle de constitucionalidade, suas modalidades e conseqüências na possibilidade ou não do manejo da ação rescisória.

Soluções argumentativas propostas pela Fazenda Pública e outras pelos contribuintes e finalmente análise de Jurisprudência de nossos Tribunais.

## 2 TUTELA JURISDICIONAL

O homem necessitou e aprendeu a viver em grupo, sempre buscando o convívio social; assim surge o Direito como conjunto de normas gerais, positivadas e disciplinadoras, para a devida normatização do comportamento humano, mas isso não bastava. Quanto maiores eram as proximidades das relações sociais, maiores eram as possibilidades de aumento de interesses contrapostos e de desequilíbrios sociais.

Para que houvesse uma convivência harmoniosa na sociedade, foram estabelecidas regras, sendo que essas não supriam a necessidade de limitação dos conflitos<sup>1</sup> (GONÇALVES, 2004, p.01).

Bedaque<sup>2</sup> (2004, p.13) enfatiza que a partir do momento em que as regras tornavam-se insuficientes, até mesmo por não existir um meio de coerção para evitar conflitos; então surge primitivamente um modo de solucionar essas questões, a autotutela, que consistia na defesa dos interesses dos indivíduos por suas próprias forças até que o mais forte tivesse alcançado a satisfação pretendida.

Como acrescenta Castro Dias<sup>3</sup> sobre a autotutela,

Inicialmente, enquanto não se havia formado os Estados, a solução da lides dava-se pela força bruta, fazendo-se justiça com as próprias mãos. Não havia órgão ou pessoa responsável para afirmar qual das partes envolvidas no litígio estava amparada pelo direito.

Dessa forma, a solução dos conflitos entre os interessados tinha com base o uso da força, com isso eram grandes as chances de obter uma sentença injusta.

Na visão de Gomes<sup>4</sup> (1998, p.33), a sociedade evolui no sentido de alcançar suas ambições ou necessidades, causando oposição quanto a outros indivíduos que

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>2</sup> BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência ( tentativa de sistematização )**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>3</sup> DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil: teoria geral do processo civil**. Arts.1 a 269 do CPC. 3. ed. Campinas: Millennium, Vol. 1, 2005

<sup>4</sup> GOMES, Luís Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

disputam essa condição, e figuram de forma concreta no ambiente social para uma efetiva e árdua busca pelo saber e pelo ter.

Desse modo, surge a autocomposição que atuava nos conflitos de interesses dos indivíduos, quando uma ou ambas as partes abria mão da satisfação de seu direito.

Por conseguinte surge a arbitragem, que operava na resolução das lides por um árbitro (pretor) indicado pelas partes<sup>5</sup> (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p.21).

Observa Dinamarco<sup>6</sup> (2004, p.120) que, na sociedade moderna, o Estado passa a interferir nos conflitos de interesses. Veda a autotutela e a arbitragem facultativa, e no caso da primeira, a lei pune e trata como ilícito criminal, deixando de ter aplicação parcial de uma pretensão. A autotutela é tratada como “espécie egoísta de autocomposição unilateral, antissocial e incivilizada”.

No entanto, ainda existem casos em que a autotutela coexiste no ordenamento jurídico brasileiro, como exemplo o artigo 1.210 do Código Civil que autoriza “o possuidor molestado ou desapossado ao desforço imediato para a manutenção ou restituição da posse”<sup>7</sup> (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p.38).

A justiça de mão própria foi justiça primitiva. Mas, a pretexto de justicar, o mais forte fazia prevalecer o que lhe interessava. Aos poucos foi-se introduzindo a escolha de juiz e depois, a vigilância estatal para essa escolha. A justiça estatal, como é hoje, resulta de desenvolvimentos milenares. À medida que se acentuava e se estendia, proibiram-se os atos de mão própria. A substituição dessa por aquela processou-se mediante a assunção da tutela jurídica pelo Estado, que prometia e criava os órgãos necessários a ela<sup>8</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p.78).

---

<sup>5</sup> CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>7</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>8</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

Dias<sup>9</sup> (2005, p.01) ressalta que a arbitragem tornou-se obrigatória no momento em que o Estado-Juiz interveio imparcialmente para nortear a conduta social dos indivíduos, elaborando critérios a serem seguidos por todos.

Cabe observar que, com o surgimento do Estado moderno, o desempenho das suas funções inerentes e de acordo com as condições da sociedade, foi dividido em três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>10</sup> (AMARAL SANTOS, 2002, p.65).

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República dispõe, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, razão pela qual atribui poderes e fixa a jurisdição como uma das funções básicas do Estado, estabelecendo relações entre indivíduos. Cumpre, pois, ao Direito Constitucional assegurar a tutela jurisdicional, garantindo aos indivíduos meios e modos de obtê-la.

Ademais, essa concretização de regras e sanções deve-se à função jurisdicional que o Estado exerce sobre as relações sociais, conceitua Chiovenda<sup>11</sup> (1998, p.10) jurisdição como a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição das partes, pela atividade dos órgãos públicos [...]”.

Barbi<sup>12</sup> (2002, p.11) ressalta jurisdição como função do Estado de dizer o direito a quem o tenha, tutelando sua pretensão, pois como o Estado proíbe a realização da autotutela, substitui essa pela atividade jurisdicional.

Esclarece Theodoro Júnior que jurisdição determina a função que o Estado tem de definir regras jurídicas, atuando em casos concretos que configuram litígios.

---

<sup>9</sup> DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil: teoria geral do processo civil**. Arts.1 a 269 do CPC. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005. v. 1.

<sup>10</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>11</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição**. Campinas: 1. ed., Bookseller, 1998.

<sup>12</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



Nesse sentido, assevera Câmara<sup>13</sup> (2006, p.65) que “a palavra jurisdição vem do latim *iuris dictio*, dizer o direito. Tal não significa, porém que só há função jurisdicional quando o Estado declara direitos”.

Explicando a divisão da jurisdição, enfatiza Wambier, Almeida e Talamini<sup>14</sup> (2007, p.41) que primeiramente pode-se dividir em comum e especial, aquela se subdivide em civil e penal e esta, em militar, trabalhista e eleitoral. Além dessa classificação, a justiça comum, quando leva em conta o sistema federativo nacional comporta outra subdivisão: federal e estadual e, por fim, a jurisdição permite também a divisão em contenciosa e voluntária.

Todavia, cabem maiores apontamentos quanto à definição de jurisdição contenciosa e voluntária.

Amaral Santos<sup>15</sup> (2002, p. 76-77) explana sobre jurisdição contenciosa que “a ideia de conflitos de interesses traz em si a contenda, contestação e litígio. E, de ordinário, a jurisdição se exerce em face de pretensões contestadas, de litígios”. No entanto o cumprimento da jurisdição não se dá necessariamente diante de litígios, pois basta considerar que o réu poderá ser revelis ou admitir verdadeira a pretensão do autor.

Por isso o processo é o instrumento da jurisdição, pressupõe *partes* - a que provoca uma providência jurisdicional, o autor, e a contra quem ou em relação a quem é solicitada tal providência, o réu. Assim, um dos característicos da jurisdição contenciosa é a *existência de partes*. O objeto da jurisdição é a lide, que é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão. Submetidas ficam à jurisdição ambas as partes em lide. [...] E aí se tem que a contestação do réu será à pretensão do autor será em todos os casos possíveis. Conclui-se, assim, que a jurisdição contenciosa se caracteriza, ainda, pela *possibilidade de contraditório*. A finalidade da jurisdição é assegurar a paz jurídica, ameaçada ou violentada. A fim de que essa finalidade não seja ilusória, a decisão definitiva, pela qual o órgão jurisdicional compõe a lide e com que se esgota a sua função, deverá consistir numa declaração irrevogável e imutável. [...] E aqui temos mais uma característica da jurisdição contenciosa, e que se manifesta quando, na

---

<sup>13</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

<sup>14</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>15</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

tutela jurisdicional de conhecimento, se esgota a função jurisdicional, resolvendo o mérito: *suas decisões produzem coisa julgada*<sup>16</sup>.

Quanto à jurisdição voluntária, define Baptista da Silva<sup>17</sup> (1987, p.75) que diferentemente de jurisdição contenciosa, não há partes, mas sim interessados que estão sujeitos a um complexo de atividades confiadas ao juiz para resolução de interesses, não produzindo coisa julgada e procurando resguardar a ordem jurídica com a prevenção.

Como na jurisdição voluntária não se resolvem conflitos, mas apenas interesses, não se pode falar em partes, no sentido em que esta palavra é tomada na jurisdição contenciosa, em que uma das partes pede contra ou em relação à outra. Na jurisdição há apenas *interessados*, isto é, titulares de interesses<sup>18</sup> (AMARAL SANTOS, 2002, p. 79).

Chiovenda<sup>19</sup> (1998, p.23) esclarece que “é uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos, e pertencente à função administrativa”.

Destarte, o processo é mero instrumento de atuação do direito material, que ampara o Estado para alcançar os escopos da jurisdição. Observa-se então, que não há processo sem jurisdição e nem jurisdição sem processo, pois esses institutos compõem-se necessitando um do outro para que o Estado atinja sua finalidade, garantindo a tutela jurisdicional e alcançando a pacificação social.

---

<sup>16</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>17</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

<sup>18</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>19</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição**. Campinas: 1. ed., Bookseller, 1998.

## 2.1 O Estado e Tutela Jurisdicional

Tutela Jurisdicional é o instrumento que assegura condições à composição de direitos ou de situações de determinado sujeito em uma relação processual jurídica, para satisfazer quem tem razão<sup>20</sup> (DINAMARCO, 2004, p.104).

Sob o mesmo ponto de vista, conceitua Câmara (2006, p.85) que tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, ou seja, quem for titular de um direito subjetivo ou estiver juridicamente em vantagem à outra parte, poderá ter sua pretensão tutelada pelo Estado.

Cabe salientar que Tutela Jurisdicional não se confunde com Jurisdição, esta é o próprio poder estatal, exercido por órgãos públicos, que têm por finalidade a atuação da vontade concreta da lei<sup>21</sup> (CHIOVENDA, 1998, p. 8).

Constitui regra fundamental do Estado de Direito que a composição de litígios caiba a órgãos independentes, especialmente concebidos e vocacionados para tal, os Tribunais. O princípio da plenitude da tutela jurisdicional efetiva impõe que, para todo e qualquer conflito que mereça composição judicial, seja possível encontrar um Tribunal competente e um meio processual que confira proteção adequada e suficiente aos interesses envolvidos dignos de tutela jurídica<sup>22</sup> (DINAMARCO, 2004, p.617-618).

---

<sup>20</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>21</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição**. Campinas: 1. ed., Bookseller, 1998.

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

Tutela Jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em um processo [...]. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa ou grupos de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação material desejada ou indesejada<sup>23</sup> (DINAMARCO, 2004, p.104).

O direito à tutela jurisdicional preconiza não só o direito de provocar a jurisdição, mas o direito de obter uma prestação jurisdicional que proporcione um procedimento, meios de defesa e provimento adequados à natureza do direito que se quer tutelar.

Conforme conclui o artigo 2º do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Ressalta Bedaque<sup>24</sup> (2006, p. 63) que “mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso a ordem jurídica justa”, ou seja, propõe a satisfação do direito lesado ou ameaçado afirmando o efetivo e adequado acesso à tutela jurisdicional.

Por isso, embora o ordenamento jurídico determine legalmente que as formas devem ser obedecidas, caso o ato processual não as cumpras rigidamente, mas atinja o resultado para o qual foi previsto, este será válido. Assim, Gonçalves<sup>25</sup> (2004, p. 5) assegura sobre a validade dos atos processuais que as formas impostas por lei não são o objetivo maior da busca pela pacificação, mas sim da garantia de efetividade.

---

<sup>23</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>24</sup> BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência ( tentativa de sistematização )**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>25</sup> GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

## 2.2 Classificação da tutela jurisdicional

Acerca da classificação da tutela jurisdicional, Bedaque<sup>26</sup> (2006, p. 13) leciona:

Sabe-se que não existe apenas um tipo de processo. A tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade da tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita.

Câmara<sup>27</sup> (2006, p.86) apresenta como elementos de caracterização da Tutela Jurisdicional a pretensão do demandante, a intensidade, o meio de prestação e a satisfatividade. Considerando-se a pretensão do demandante, a Tutela Jurisdicional pode ser cognitiva, executiva ou cautelar. Em razão do meio de prestação, comum ou diferenciada; em razão da intensidade, tutela plena ou limitada e, com relação à satisfatividade, se analisa a qualidade satisfativa ou não-satisfativa.

A afirmação da existência ou inexistência de um direito caracterizar-se como tutela jurisdicional cognitiva. Quando houver a busca da satisfação pelo crédito será tutela jurisdicional executiva. Já a tutela cautelar limita-se a assegurar a efetivação de uma outra tutela. [...]Classificar quanto à intensidade tutela jurisdicional plena e limitada, a primeira prestada na sua maior amplitude possível, alcançando a pretensão que fora levada a juízo, no entanto a segunda ocorre se o não houver a satisfação plena do direito material, observando que o Estado tenha que aplicar uma outra tutela para assegurar o direito. [...]Quanto ao meio de prestação, classifica-se em tutela jurisdicional comum e diferenciada. Na primeira hipótese será prestada pelo método comum, tradicional que está a disposição do sujeito que busca tal pretensão jurídica. No caso da segunda, quando esse meio tradicional for insuficiente ou inadequado, aplica-se tutela diferenciada, como exemplo clássico existe a tutela antecipada. [...] Tutela satisfativa, é uma forma de tutela jurisdicional que satisfaz o direito material, alcançando resultado de acordo com a realidade social. Quanto à tutela não satisfativa, limita-se a assegurar um aplicável meio processual destinado à satisfação de uma outra tutela<sup>28</sup> (CÂMARA, 2006, p.87-88).

Sob o mesmo aspecto, Dinamarco<sup>29</sup> (2004, p.150) classifica tutela jurisdicional também em declaratória, condenatória, executiva e constitutiva. No que

<sup>26</sup> BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência ( tentativa de sistematização ). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>27</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**.14. ed. Rio de janeiro: Lumen Júris, 2006.

<sup>28</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**.14. ed. Rio de janeiro: Lumen Júris, 2006.

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

se refere à outorga de sentenças meramente declaratórias, ou seja, que não alteram situações jurídicas, simplesmente afirmam ou negam direitos e ou obrigações, o efeito da tutela declaratória é dar certeza na relação jurídica.

No caso da tutela condenatória - executiva, busca-se o adimplemento por parte de um sujeito que deixou de cumprir uma obrigação e outro que deseja recebê-la, sendo declarada em sentença o inadimplemento e a certeza do direito do autor. A satisfação irá se consolidar com o adimplemento pelo sujeito devedor, por outro lado, se não cumprida a decisão, a tutela realizar-se-á mediante a interposição da execução forçada<sup>30</sup> (BEDAQUE, 2006, p.107-110).

Quanto à tutela puramente executiva é apropriada aos casos em que o sujeito detentor do direito tem à sua disposição a execução forçada, sem que haja obrigação de interpor uma ação de conhecimento. Nesse caso, demonstra Dinamarco<sup>31</sup> (2004, p.15) que esta tutela encontra-se amparada sob o dispositivo 585 do Código de Processo Civil, que versa sobre os títulos executivos.

Ter direito à ação não significa, necessariamente, que o autor na questão de direito discutida seja favorecido com a tutela, podendo a demanda ser favorável ao seu adversário, sendo ela julgada improcedente. O que se tem sempre em vista é a pacificação dos litigantes, dando tutela a quem tiver razão<sup>32</sup> (MARQUES, 2003, p.227-228).

Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria<sup>33</sup> (BEDAQUE, 2006, p.13).

---

<sup>30</sup> BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência ( tentativa de sistematização ). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>31</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>32</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**, v. II, Millennium editora, 9 ed., 2003.

<sup>33</sup> BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência ( tentativa de sistematização ). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Não obstante, a atual conjuntura do Direito Processual Civil necessita que a tutela jurisdicional possa abranger, além da defesa de um direito material em conflito na relação jurídica, também garanta o adequado cumprimento do exercício da jurisdição de maneira integral a sua função de pacificar as relações humanas colocadas em questão, como forma de fazer justiça<sup>34</sup> (CÂMARA, 2006, p.117).

### 2.3 Natureza da Tutela Jurisdicional na Ação Rescisória

Antes dissemos que, segundo a pretensão do demandante, podemos classificar a tutela jurisdicional em cognitiva, executiva ou cautelar e que também quanto ao provimento fornecido ela poderá ser de natureza declaratória, condenatória, constitutiva ou executiva.

Importante agora identificar a natureza da tutela jurisdicional prestada na ação rescisória.

Temos que dividir primeiramente em dois momentos a questão. No juízo rescindente, a natureza da decisão é constitutiva negativa ou desconstitutiva, se a rescisória é julgada procedente. Já em juízo rescisório, a nova decisão pode assumir qualquer das feições antes descritas. Ao proferir novo julgamento, o Tribunal pode condenar, pode declarar tão somente, como pode constituir nova relação jurídica.

Como alerta Flávio Yarshel<sup>35</sup> (2005, p.125/126), o juízo rescindente envolve a desconstituição de uma dada decisão judicial. Assim, o objeto do processo na ação rescisória, no tocante ao juízo rescindente, consiste na pretensão à desconstituição do dispositivo da sentença de mérito transitada em julgado.

Tratando do juízo rescisório, afirmamos que ocorre um novo julgamento, na dicção dos arts. 488 e 494 do CPC, ou seja, cassada a decisão, resta agora substituí-la.

---

<sup>34</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**.14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

<sup>35</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória, Juízo Rescindente e Juízo Rescisório**. Malheiros, 2005.

O juízo rescisório é de difícil sistematização e não comporta generalização, dependendo do caso concreto e sendo variável conforme o objeto do processo. Mas o estudo do juízo rescisório merece também dedicada atenção pois casos há em que se mostra suficiente a prolação do juízo rescindente com a desconstituição da decisão atacada, sem necessidade de novo julgamento. Ao limite e a necessidade do juízo rescisório dependem dos limites da procedência da demanda no juízo rescindente.

Assim, quanto à Natureza da Sentença, no juízo rescisório, como afirmamos anteriormente, é o magistério da J. C. Barbosa Moreira<sup>36</sup>.

*“No iudicium rescissorium, a decisão de mérito será declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o caso”.*

Compete, portanto, ao tribunal rejulgar a causa apreciando-as nos mesmos limites em que apreciara a sentença invalidada.

---

<sup>36</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: v. V, Ed. Forense, 1974



### 3 COISA JULGADA

O capítulo abordará o instituto da coisa julgada, trará o seu conceito, natureza jurídica, funções e limites. Em seguida, serão abordados os meios já existentes para a sua desconstituição, ou seja, a ação rescisória, a ação anulatória e a *querela nullitatis*.

#### 3.1 Coisa Julgada material e formal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a inviolabilidade da coisa julgada como direito fundamental em seu art. 5º, inciso XXXVI. O artigo, todavia, não esclarece o conceito de coisa julgada, sendo esta uma função do texto infraconstitucional.

Cabe invocar, inicialmente, o § 3º do art. 6º do De creto Lei n. 4.657 de 04.09.1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – que conceitua vaga e imprecisamente a coisa julgada como “decisão judicial que já não caiba recurso”.

O que se pode extrair do dispositivo legal citado é tão somente o critério temporal ou o momento no qual a coisa julgada se forma, nada explica, entretanto, acerca dos seus requisitos.

Há no Código de Processo Civil uma seção exclusiva sobre a coisa julgada, a qual é conceituada pelo art. 467 da forma que segue: “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita ao recurso ordinário ou extraordinário”.

Destaca-se o emprego incorreto do termo “sentença” neste dispositivo, pelo motivo lógico da possibilidade de se colocar fim à lide por meio de decisão colegiada. Os artigos seguintes desta seção e ainda o art. 268 do mesmo diploma legal tratam de estabelecer o requisito fundamental para constituição da coisa julgada material e a parte da decisão a qual é defeso ao juiz realizar novo julgamento.

Elas são, respectivamente, o exame do mérito ou processo de cognição exaurientes e o dispositivo da decisão. Nesse passo, não estão acobertados pela coisa julgada material:

[...] os atos judiciais não decisórios (p. ex., os atos executivos), as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito [...], as sentenças de cognição sumária (p. ex. nos processos urgentes, na jurisdição voluntária etc)<sup>37</sup> (TALAMINI, 2005, p. 31).

O aspecto da profundidade do exame de mérito é essencial para que a decisão seja atingida pela imutabilidade material, pois mesmo que “não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo legal”<sup>38</sup> (TALAMINI, 2005, p. 54). Ou seja, não é admissível que se revista de coisa julgada material uma decisão que não realizou a análise intensa do mérito.

Tem-se, então, como coisa julgada material, nas palavras de Eduardo Talamini<sup>39</sup> (2005, p. 30), a “qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade esta consistente na imutabilidade do conteúdo do comando judicial”.

Todavia, mesmo as decisões terminativas sem análise exauriente do mérito fazem coisa julgada formal, ou seja, são imutáveis dentro do processo até que se proponha outra lide.

Assim, distinguem-se as coisas julgadas materiais e formais:

(a) a coisa julgada formal constitui a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que esta foi proferida; (b) a coisa julgada material é a imutabilidade da decisão judicial em processos futuros (ou simplesmente fora do processo [...]); (c) todas as sentenças judiciais são aptas a ser acobertadas pela coisa julgada formal; (d) apenas as sentenças de mérito fazem coisa julgada material; (e) a causa da produção de efeitos extraprocessuais pela coisa julgada material vincula-se ao fato de a decisão ter julgado o mérito; (f) o critério utilizado para diferenciar as duas espécies de coisa julgada é o campo de abrangência da imutabilidade da decisão

---

<sup>37</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>38</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>39</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

judicial, se interno ou externo ao processo onde a decisão judicial foi proferida<sup>40</sup> (MOURÃO, 2008, p. 123/124).

Quando se fala em imutabilidade do julgado fica claro, como bem destacou Araken de Assis<sup>41</sup> (2007, p. 9), que o “bem jurídico tutelado consiste na segurança jurídica”. Permite-se breve digressão acerca da importância da segurança jurídica e, conseqüentemente, da coisa julgada, bem como sobre a dificuldade em estabelecê-las: Por ser o direito “um fenômeno cultural e trabalhar com a experiência humana, não tem como base verdades e certezas absolutas, mas valores, entre os quais são principais a justiça e a segurança”<sup>42</sup> (CÔRTEZ, 2009, p. 19). Todavia, não há como se estabelecer um padrão absoluto para a “justiça” e, por isto mesmo, nas palavras de Côrtes<sup>43</sup> (2009, p. 24):

[...] é preciso que haja um consenso, no direito – quanto à existência de uma ordem jurídica, reconhecida e aceita pela comunidade. Os valores da justiça e da finalidade ficam, dessa forma, preteridos em nome da segurança que se deve ter na busca da paz social. Em outras palavras, ainda que não se chegue a um consenso sobre qual a finalidade do direito e qual a justiça a ser atingida, deve-se aceitar que em um dado momento determinadas normas e situações regulem a sociedade, sob pena de a injustiça prevalecer, pelo próprio caos no sistema. A finalidade e a justiça ficam, dessa forma, ainda que de forma fictícia, inseridas no valor segurança.

A esse respeito destaca-se a posição de Talamini<sup>44</sup> (2005, p. 47):

A atribuição da autoridade da coisa julgada decorre da opção política entre dois valores: a segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e o ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto se permita o reexame do ato. E é unicamente nos limites dessa escolha operada pelo legislador que haverá coisa julgada. Daí a ideia de coisa julgada como um dado político.

---

<sup>40</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>41</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>42</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>43</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>44</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Não obstante haver necessidade de se estabelecer um sistema jurídico seguro, inserindo nesse o ideal de justiça, sabe-se que não é possível o estabelecimento de um conceito de justiça comum a todos ou absoluto. Assim, como corolário lógico, tem-se que a segurança, a imutabilidade ou a coisa julgada não podem igualmente pretender ser absolutos. Neste ponto que se propõe o presente estudo: “esta ideia de imutabilidade deve ser analisada em seus reais contornos, dentro de uma perspectiva do Estado Democrático de Direito, na qual não se concebe a ideia de direitos absolutos e inflexíveis”<sup>45</sup> (MACHADO, 2005, p. 54).

Na opinião de Pontes de Miranda<sup>46</sup> (1998, p. 251), “o acolhimento da coisa julgada formal e material foi acertadíssimo. Seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo”.

Estabelecidas estas premissas básicas, passa-se a traçar a natureza jurídica da coisa julgada.

### 3.2 Natureza Jurídica

Segundo Mourão<sup>47</sup> (2008, p. 181), Pagenstercher é um dos maiores defensores da Teoria Substancial da Coisa Julgada. Com ele consoa Fabrício<sup>48</sup> (1991, p. 8) ao defender que o instituto trata de direito substancial, por que:

[...] não diz respeito à sentença e ao processo, mas à relação de Direito Material que fora res iudicata, objeto do processo, e que já não se governa pela regra genérica emanada dos órgãos legiferantes, mas pela *lex specialis*, concreta como o próprio caso, que a jurisdição produziu.

---

<sup>45</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>46</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>47</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>48</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Coisa Julgada nas Ações de Alimentos**. Porto Alegre: Revista da AJURIS, v. 52, p. 6-33, 1991.

Aqueles que dizem ser a coisa julgada um instituto do direito substancial o fazem considerando que o instituto cria um novo direito material especial para a situação específica<sup>49</sup> (GASTAL, 2006, p. 188).

O entendimento mais recente e majoritário, desenvolvido por Stein e Hellwig<sup>50</sup> (apud GASTAL, 2006; apud MOURÃO, 2008) e defendido também por Talamini<sup>51</sup> (2005, p. 45-46), Mourão<sup>52</sup> (2008, p. 179-183) e Marques<sup>53</sup> (2000, p. 46), é o de que o instituto da coisa julgada pertence ao direito processual:

A coisa julgada é processual porque é obtida no processo e só por meio dele; porque a norma legal proibitiva sobre a coisa julgada se destina ao juiz e só a ele; porque um de seus aspectos – o formal – a coisa julgada é produto do sistema de recursos e de sua disciplina positiva; porque, entre nós, o legislador deu à coisa julgada o lugar de efeito da sentença; porque ela atinge e exclui o direito de ação; porque tanto se pode construir a exceção de coisa julgada como exceção em sentido processual, como pode entender-se como um pressuposto negativo da ação, de qualquer modo, como matéria processual<sup>54</sup> (MARQUES, 2000, p. 46).

Há ainda a posição de Gastal<sup>55</sup> (2006), Vellani e Aragão<sup>56</sup> (apud GASTAL, 2006) que defendem uma teoria eclética:

---

<sup>49</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>50</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>51</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>52</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>53</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, Campinas: Millenium, v. IV, 2000.

<sup>54</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, Campinas: Millenium, v. IV, 2000.

<sup>55</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>56</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

A coisa julgada, porque vincula o juiz, opera diretamente no plano processual. Ao mesmo tempo, porém, atua também sobre a situação substancial, vez que esta jamais poderá vir a receber um regramento judicial diferente<sup>57</sup> (GASTAL, 2006, p. 194).

Entretanto, destaca Mourão<sup>58</sup> (2008, p. 183) que o instituto é somente processual, porquanto:

[...] a proibição de repetição da mesma atividade jurisdicional, sobre objeto idêntico. Essa proibição, portanto, é meramente processual, não impedindo que as partes, nos casos de direitos disponíveis, de comum acordo, alterem os chamados efeitos da sentença.

Seguindo a mesma lógica, conclui Talamini<sup>59</sup> (2005, p. 46) que, em que pese o instituto incidir sobre as decisões cognitivas exaurientes, perpetuando-se “um ato de poder jurisdicional que incidiu sobre a esfera jurídico-material, sobre a vida do jurisdicionado”, isso não a caracteriza como direito material; “caso contrário, não apenas a coisa julgada, mas a própria sentença de mérito e o processo como um todo, em sua função nuclear de prestar tutela jurídica, teriam caráter substancial – com o que estaria abolida a autonomia do direito processual”.

### 3.3 Funções Positiva e Negativa

Como visto, quando a coisa julgada recai sobre a decisão tem-se como consequência a imutabilidade desta. Os efeitos da coisa julgada poderão respingar somente no processo em que a decisão foi proferida (coisa julgada formal); ou, sendo o julgado exauriente de mérito, a coisa julgada gerará efeitos também em processos futuros (coisa julgada material).

Em se tratando de coisa julgada material e, portanto, tendo havido a apreciação de mérito dos requerimentos, haverá impossibilidade de se emitir novo julgamento sobre a matéria que já foi decidida. Isto é nada mais do que a função

---

<sup>57</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>58</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>59</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

negativa do instituto. Nas palavras de Mourão<sup>60</sup> (2008, p. 186) a função negativa é, desta forma, “a essência do que convencionou denominar função negativa da coisa julgada, qual seja, impedir o prosseguimento de um novo processo, instaurado com base em demanda cujo pedido já tenha sido julgado.

Com ele coaduna Talamini<sup>61</sup> (2005, p. 130) ao dizer que a função negativa consiste na proibição “de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada” (material).

Por outro lado, quando uma lide depender logicamente do julgamento proferido em outra e fazendo esta coisa julgada material, o juiz da segunda estará vinculado ao *decisum* (resultado) da primeira<sup>62</sup> (TALAMINI, 2005, p. 130). Esta é a função positiva do instituto, explica Gastal<sup>63</sup> (2006, p. 197-198):

A função positiva da coisa julgada está, portanto, na sua aptidão para vincular o juiz em um segundo processo ao conteúdo de uma decisão proferida em processo anterior, a respeito de questão que se apresente neste último como preposto da nova pretensão trazida a juízo. A coisa julgada como substrato de uma nova pretensão.

Alguns doutrinadores como, por exemplo, Boticher, Rosenberg e Vellani<sup>64</sup> (*apud* GASTAL, 2006), defendem que há somente uma função negativa, já que a positiva seria mera consequência daquela. Gastal<sup>65</sup> (2006, p. 198) explica a tese:

Essas posições têm a função negativa como a única verdadeiramente existente. A imposição de que em nova demanda o juiz considere o julgado anterior não seria outra coisa se não consequência do impedimento de reexaminar a matéria já decidida. [...] É de certa forma o que diz Liebman, quando admite possível que se diga que a coisa julgada só tem função

---

<sup>60</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>61</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>62</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>63</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>64</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

<sup>65</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

negativa. Diz ele que, se se admite que os efeitos que a sentença produz são independentes da coisa julgada, que apenas é algo que os torna imutáveis, fica claro que a função da coisa julgada é apenas impedir que um novo juízo contradiga os efeitos produzidos pela sentença. O que se tem por função positiva, portanto, não teria propriamente relação com a coisa julgada. Seria simplesmente fruto da eficácia natural da sentença.

Ponderando acerca da questão, prossegue o autor<sup>66</sup> (GASTAL, 2006, p. 199): “o não dever o juiz reexaminar o mérito é consequência da autoridade da coisa julgada. O ter de adotar a decisão formulada no julgado como preposto para ulterior juízo se relaciona com a eficácia da sentença”.

Conquanto esse teórico trate a função positiva da coisa julgada como eficácia da sentença, não é este o termo mais adequado. Eficácia da sentença é o resultado que esta produz na relação entre as partes, no direito substancial; “o ter de adotar a decisão formulada no julgado como preposto para ulterior juízo” advém do direito processual, porquanto trata-se de eficácia da própria coisa julgada.

Conclui-se que, seja por meio da função negativa ou desta aliada à positiva, a coisa julgada é responsável pela vinculação do juiz ao conteúdo de comando anterior e por impossibilitá-lo de proferir novo julgamento.

### 3.4 Limites Objetivos

Definir os limites objetivos da coisa julgada significa investigar qual a parte da sentença que será atingida pela imutabilidade. Consoante o art. 458 do Código de Processo Civil, a sentença deverá conter, obrigatoriamente: **a)** “o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”; **b)** “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”; **c)** o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Já o artigo 469 do mesmo diploma legal é claro ao afirmar que não fazem coisa julgada: **a)** os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; **b)** a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; **c)** a apreciação da questão prejudicial, decidida

---

<sup>66</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.



incidentemente no processo. Cabe aqui, lembrar a exceção trazida pelo artigo seguinte (art. 470 do CPC) que estabelece a possibilidade da questão prejudicial fazer coisa julgada, desde que “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”.

Para ilustrar, Mourão<sup>67</sup> (2008, p. 205) cita o exemplo da discussão da paternidade na ação de alimentos que, se não solicitada pela parte a incidência da coisa julgada, nos termos do artigo supra, a paternidade poderá ser rediscutida em nova ação.

Da leitura destes artigos parece fácil concluir, por exclusão, que somente a parte dispositiva da decisão é que faz coisa julgada, o que, aliás, é o entendimento majoritário na jurisprudência.

Todavia, duas questões merecem destaque: a primeira diz respeito ao conceito teórico da “parte dispositiva” e ao entendimento que a prática jurídica nos traz do mesmo; a segunda diz respeito à possibilidade da coisa julgada atingir, além do dispositivo da sentença, os seus fundamentos.

Quanto à conceituação do dispositivo da sentença, destaca-se a obra de Machado<sup>68</sup> (2005, p. 75), que bem anota:

Com base na divisão acima exposta [referindo-se ao art. 458 do CPC], formou-se na praxe forense um modelo de sentença, em que a parte dispositiva instala-se na parte final – o que é óbvio, já que é a conclusão de uma construção lógica. Então chegou-se à errônea dedução de que o que não estaria especialmente na parte dispositiva, isto é, naquele final da sentença (geralmente após o já tradicional ‘pelo exposto, julgo procedente o pedido [...]’, não faria coisa julgada.

Destarte, segundo o autor, deve-se entender a parte dispositiva “em sentido substancial e não meramente formalista”, ou seja, aquilo que restar resolvido pelo juiz ante as questões que as partes lhe apresentaram, mesmo que isso não conste

---

<sup>67</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>68</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

expressamente após o convencional “ante o exposto [...]”, na parte final da sentença<sup>69</sup> (MACHADO, 2005, p. 78).

Diferente desse entendimento – que a parte dispositiva da sentença pode ser encontrada no espaço que se convencionou destinar aos fundamentos – é a corrente que defende que os fundamentos também deveriam fazer coisa julgada. Parafrazeando-se Mendes<sup>70</sup> (*apud* MOURÃO, 2008, p. 194) expõem-se os argumentos favoráveis à extensão da coisa julgada à fundamentação da sentença: “(a) necessidade de certeza e paz social; (b) economia processual; (c) harmonia dos julgados; (d) impossibilidade de distinção entre fundamentos e decisão (teoria de Savigny); (e) dificuldade e arbítrio na distinção entre fundamentos e decisão”.

Merecem destaque os últimos itens. Consoante teoria de Savigny, a “autoridade da coisa julgada é inseparável dos fundamentos da sentença, porque a parte prática desta (o dispositivo), imposta às partes, é mera consequência daquela”<sup>71</sup> (MOURÃO, 2008, p. 195).

A doutrina mais recente defende o quinto argumento que, por sinal, é muito semelhante à primeira teoria, colaciona-se lição a respeito:

Para nós a verificação dos elementos objetivos da coisa julgada está atrelada ao conjunto decisório da sentença, representado pelo fundamento e pelo dispositivo. Assim, profligamos a idéia de que apenas o dispositivo da sentença seja imunizado pela autoridade de coisa julgada. [...] Quando o artigo 469 preceitua que os motivos da decisão não fazem coisa julgada, está dizendo, na verdade, que não fazem coisa julgada quando associados a um novo pedido, pois, se forem jungidos ao mesmo pedido, não poderão ser alterados<sup>72</sup> (MOURÃO, 2008, p. 206/209).

---

<sup>69</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>70</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>71</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>72</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Por fim, impende lembrar que esta posição é minoritária na jurisprudência, preferindo os magistrados seguir a premissa de que somente o dispositivo é que faz coisa julgada<sup>73</sup> (MACHADO, 2005, p. 81).

### 3.5 Limites Subjetivos

Dispõe o Código de Processo Civil que a coisa julgada se dá apenas entre as partes (art. 472 do CPC), o que é seu limite subjetivo. Como é enfatizado por Talamini<sup>74</sup> (2005, p. 96), “tal norma é corolário das garantias constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV)”.

Não se descarta, entretanto, a possibilidade de um terceiro invocar a coisa julgada em prejuízo das partes. “Afim, a coisa julgada não vincula o terceiro [...], mas, nos seus limites objetivos, a coisa julgada é oponível *pelo terceiro contra as partes a ela vinculadas*”<sup>75</sup> (TALAMINI, 2005, p. 41). Quer dizer:

[...] um dos sócios propõe contra a sociedade ação declaratória de nulidade de assembléia, que é julgada procedente, formando-se coisa julgada. Depois, esse sócio e a sociedade chegam a um consenso e reconhecem a validade da assembléia. Se, em face disso, outro sócio levar a questão a juízo, nem a sociedade nem o sócio autor da primeira ação terão como se subtrair da autoridade da coisa julgada. Nesse novo processo, o juiz ficará vinculado ao comando anterior, que reconheceu a nulidade<sup>76</sup> (TALAMINI, 2005, p.41).

Em que pese haver este limite, Machado<sup>77</sup> (2005, p. 70-72) lembra da “evolução causada pelo processo coletivo no conceito dos limites subjetivos da coisa julgada, na proporção em que estende os efeitos da sentença” àqueles que não

<sup>73</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>74</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>75</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>76</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>77</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

integraram a lide. Ressalva-se apenas que nestes casos há formação de coisa julgada formal, assim não se obsta o ajuizamento de nova ação individual.

Embora toda a força e a autoridade da coisa julgada, ela sofre relativização através justamente do instituto da ação rescisória, ao mesmo tempo em que impõe seu fortalecimento. É o que nos ensina Bruno Noura de Moraes Rêgo<sup>78</sup> (2001, p. 544), segundo quem “A ação rescisória é a ação autônoma e disponível como as demais ações, prestando-se a atacar a coisa julgada nos limites legalmente previstos. Se, por um lado, relativiza o dogma da coisa julgada, por outro, fortalece-o, impedindo que o selo da sua autoridade seja imprimido à decisão que prime pela incoerência com o sistema”.

---

<sup>78</sup> RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

## 4 OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

### 4.1 Introdução

Diante do processo contemporâneo, impossível se pôr em dúvida a necessidade e imprescindibilidade, como decorrência do Estado de Direito, das diversas garantias processuais que, de um modo geral, vêm associadas a essa concepção político<sup>79</sup> – constitucional<sup>80</sup>.

A existência dos recursos insere-se nesses postulados democráticos<sup>81</sup>. Surge, entretanto e, não raro, acesa discussão no plano da política processual, a respeito da conveniência de se elastecer ou restringir o sistema recursal, discussão travada por décadas. Obviamente, essa é uma polêmica que tem, na base, a eterna

---

<sup>79</sup> Não há negar a relação direta que se estabelece entre o processo e as concepções políticas de estado. No processo penal, ressaltou muito bem JOSÉ DA COSTA PIMENTA (*Introdução ao processo penal*, p. 64), que “o direito processual penal é, mais do que qualquer ramo da ordem jurídica, profundamente marcado pelo tempo e pelo espaço. É direito constitucional aplicado (...) o processo penal, que visa possibilitar a aplicação de uma pena ou medida de segurança, é o resultado da ponderação dos interesses dos particulares e dos interesses do estado. No decorrer dos séculos, deu-se prevalência a uns ou outros interesses, estabelecendo-se, nesta matéria, **uma sintonia entre o tipo de processo penal e a forma de Estado**”. Essa concepção é retomada por MANUEL DA COSTA ANDRADE (*Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 119) com relação à “cultura do processo penal, que, no especial, se confunde com o desenvolvimento histórico da superação dos modelos inquisitórios e triunfo dos princípios basilares do processo de estrutura acusatória. E que acaba por se consumir ao mesmo tempo em que fazia a sua entrada na história o moderno Estado de Direito”. Da mesma forma detectou DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*, pp. 25 e 33);

<sup>80</sup> As relações entre a Constituição e o Processo acham-se sobremaneira examinadas pela doutrina e foram particularmente bem caracterizadas por EDUARDO COUTURE (*Introducción al estudio del proceso civil*, p. 22) segundo o qual “la ley de procedimiento, tomada em su conjunto, es una ley reglamentaria de los preceptos constitucionales que aseguran la justicia”. Entre nós, JOÃO MENDES (*O processo Criminal Brasileiro*, p. 8) já afirmava: “as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes”;

<sup>81</sup> Efetivamente, segundo CINTRA-GRIONVER-DINAMARCO (*Teoria geral do proceso*, p. 72) “o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles...”;

polaridade entre a segurança jurídica e justiça<sup>82</sup> (em sua remota dimensão, um velho problema de teoria geral do direito), cujo questão equivalente, especificamente naquilo que ora nos interessa, traduz-se na seguinte situação: quanto maiores as possibilidades de recurso, mais demorado será o atingimento da coisa julgada e, nessas circunstâncias, retardada estará a decisão final<sup>83</sup>. Por outra banda, a restrição ao uso dos meios recursais esbarraria em violação a princípios constitucionais básicos.

Amplos ou restritos os diversos sistemas recursais<sup>84</sup> – problema de política processual<sup>85</sup> – cumpre, contudo, examinar, para além dessas formas comuns de impugnação das decisões judiciais, outros remédios que, não sendo recursos e, portanto, não previstos na legislação como tais, vem, não obstante, a investir contra a coisa julgada ou, pelo menos, contra o seu advento.

Na realidade, outros fenômenos processuais – que não os recursos – têm suficiente força jurígena para interferir no “iter” formativo da preclusão, da coisa

---

<sup>82</sup> Com efeito, anota HÉLIO TORNAGHI (*Curso de processo penal*, 2º v., p. 305), que a “possibilidade de recorrer acarreta maior probabilidade de acerto e portanto de justiça. Mas, de certa forma, traz consigo a insegurança, pois, enquanto uma situação litigiosa não se define, ninguém principalmente nenhum litigante, pode ter certeza tranquilizadora”, o que, segundo MOACIR A. SANTOS, é o fundamento político mesmo da coisa julgada (*Primeiras linhas de direito processual civil*, 3º v., p. 45);

<sup>83</sup> Não se olvide, como mais adiante será detalhado, que é da essência do recurso impedir ou retardar o surgimento da coisa julgada;

<sup>84</sup> Veja-se, a propósito, que na Exposição de Motivos do C.P.P., o Ministro Francisco Campos deixa bem claro a perspectiva que orientou os taxativos recursos no processo penal: “urge seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com presudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo (...) não pode invocar em face do Estado outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”. Essa perspectiva vem sendo duramente combatida; recentemente, LUIZ OTÁVIO GOMES (*Direito de apelas em liberdade*, p. 18) menciona, em oposição, o “direito incondicional de recorrer” na esfera penal;

<sup>85</sup> Cf. BARBOSA MOREIRA (*Recursos*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. XLV, p. 100);

julgada formal e da coisa julgada material<sup>86</sup>. A questão, pois, que se coloca é a de saber que fenômenos são esses e como funcionam.

Assim, os chamados “remédios excepcionais de impugnação das decisões judiciais” – sobre o qual algumas colocações haverão de ser feitas – encontram-se na mediatriz de três importantes institutos processuais: a coisa julgada<sup>87</sup>, a teoria das nulidades e a teoria dos recursos<sup>88</sup>.

Em princípio, caberia historiar e ilustrar o surgimento da ideia de recorribilidade no direito processual dos povos, juntamente com a ideia dos defeitos (modernamente nulidades) dos atos processuais, relacionando-os com a coisa julgada, a fim de que possam ser distinguidos os recursos de outras figuras. Aqui, foi-nos particularmente útil o extraordinário escrito de PIERO CALAMANDREI<sup>89</sup> (*La casación civil*, 1945) – sem qualquer trabalho comparável – em especial o primeiro volume da obra, dedicada à história dos recursos.

Em sequência, pressupondo a noção de recurso e de remédio excepcional, ou, pelo menos, os critérios de distinção, dedica-se a uma visão crítica e panorâmica da situação juspositiva brasileira, a partir de um exame jurisprudencial e doutrinário.

Pretende-se que o trabalho viabilize, ao mesmo tempo, oferecer ao aplicador da norma processual um critério operativo para aferir a natureza jurídica dos

---

<sup>86</sup> Coisa julgada, aqui, como preclusão máxima;

<sup>87</sup> BARBOSA MOREIRA (*Recursos*. Repertório enciclopédico do direito brasileiro, XLV, p. 102): “é a relação de cada uma (decisão) com a coisa julgada que ministrará o critério essencial para a diferenciação entre as duas grandes espécies de remédios (recursos e meios extraordinários)”;

<sup>88</sup> BARBOSA MOREIRA o demonstra (*Comentários ao CPC*, 5<sup>o</sup> v., p. 113): “Lembraremos apenas, em termos intencionalmente esquemáticos, e levando em conta os dados do nosso direito positivo, que, do ponto de vista dos efeitos, os vícios que elas (as sentenças) podem apresentar são agrupáveis em três grandes classes: a) a dos que não resistem à eficácia preclusiva da coisa julgada e, por isso, não alegados em recurso, se tornam irrelevantes; b) a dos que, após o trânsito em julgado, podem servir de fundamento à desconstituição, mediante ação rescisória, mas não impedem a decisão de produzir, nesse ínterim, todos os efeitos normais; c) a dos que, dispensando o exercício da rescisória, são alegáveis como óbices à execução, através de embargos”;

<sup>89</sup> CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1945.

diversos meios de impugnação conhecidos, no plano da teoria geral do processo<sup>90</sup>, assim como fornecer-lhe um panorama relativamente fidedigno a respeito do manejo, amplitude e limitações de tais mecanismos.

---

<sup>90</sup> Muito se tem discutido a respeito da possibilidade de uma teoria geral do processo. O problema está em integrar, num plano superior, as manifestações processuais penais e não-penais. DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*, p. 75 e ss. ), embora reconhecendo que “ela não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência”, opina, vivamente, pela sua possibilidade. A verdade, porém, é menos animadora. Com efeito, simboliza CARNELUTTI, citado por PLÍNIO de OLIVEIRA CORREA (*A provocação jurisdicional*, p. 67), que “era uma vez três irmãs que tinham em comum, pelo menos, um de seus progenitores: chamavam-se ciência do direito penal, ciência do processo penal e ciência do processo civil. Ocorreu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram mais belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência infelizes. Com a primeira coube-lhe dividir durante muito tempo a mesma habitação; e aquela reteve para si o bom e o melhor... Certamente, também a ciência do direito processual penal tem ultimamente percorrido um bom trecho do caminho; mas o progresso, em noventa por cento, consiste na adaptação a seus fenômenos dos conceitos construídos para o estudo do processo civil... Em uma palavra, a teoria do processo penal acha-se ainda em uma fase de verdadeira dependência com respeito à teoria do processo civil: onde se trata de superara o empirismo, servem quase exclusivamente os esquemas importados. De uma elaboração original, não digo que não haja vestígios, mas sim que são quase irrelevantes, e menos ainda de uma exportação do campo do processo penal ao do processo civil... A Cinderela, justamente, se contentava com os vestidos jogados fora por suas mais afortunadas irmãs”. GIOVANE LEONE (*Processo penal*, 1º v., p. 454), com muita propriedade, já advertira: “não se pode processualizar civilmente o Processo Penal”. Em Portugal, FIGUEIREDO DIAS afirmou que o processo penal, referido ao processo civil, era uma “vestimenta costurada para um senhor mais rico, alto, velho, obeso. Entrou desse modo, mas não serviu...” (*Processo penal*. 1º v., p. 255). No Brasil, a crítica é a mesma. PLÍNIO de OLIVEIRA CORRÊA (*A provocação jurisdicional*, p. 67), demonstra que “a crítica feita aos legisladores de ontem, serve de alerta aos de hoje, face ao panorama de nossa realidade jurídica, a qual reflete um certo **alheamento do Direito Processual Penal positivo**, no que diz respeito aos princípios da teoria geral do processo, somado ao desleixo ou desinteresse a que tem sido relegado este ramo da Ciência Jurídica”. JACINTO MIRANDA COUTINHO (*A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 118) a sua vez, afirma que “a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, **a teoria geral do processo é um engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais**”. De fato, como lembra CARNELUTTI, “purtroppo, il processo penale, anzi de sempre meglio, **va sempre peggio**. Si i giuristi, i qualli questo ramo della scienza del diritto, invece che esibirsi in una dogmática sempre più rigorosamente ancorata al diritto positivo, volgessero l’attenzione a ciò che avviene nella vita vissuta, frequentando le aule di giustizia o almeno meditando intorno alle cronache giudiziarie, no potrebbero



## 4.2 A Ideia da Impugnabilidade das Decisões Judiciais

Pela inexistência de uma separação entre direito material e processual<sup>91</sup>, o pensamento romano tendeu, em geral e de modo coerente, a tratar os vícios de uma sentença sob o influxo das ideias que regulavam o direito privado<sup>92</sup>, especialmente no período clássico, em que esta, inclusive, resultava de um contrato – a *litiscontestatio*<sup>93</sup>.

---

rimanere insensibili a un svolgimento, che è una vera **involuzione**” (*Crisi della giustizia penale. In Rivista di diritto procesuale, Padova, Cedam, 1958, p. 334-5*);

<sup>91</sup> Segundo a clássica definição de CELSO, a ação seria o direito de pedir um juízo aquilo que nos fosse devido. Essa concepção, conhecida como imanentista, foi, durante muito tempo, secundada pela escola francesa, segundo a qual a ação nada mais era do que “le droit casqué et armé em guerre”. Notadamente, foi com os estudos de WACH (v. g. no *Manual de derecho procesual civil*, v. 2º, p. 37), a partir da ação declaratória negativa, que surgiu a clara consciência de que o imanentismo não correspondia à essência da ação. A partir daí a autonomia do processo foi sendo paulatinamente afirmada e, notadamente, a extraordinária obra de OSKAR v. BÜLOW (*Excepciones procesales e presupuestos procesales*, p. 8) situou a relação processual como verdadeira relação jurídica, diversa, portanto, da substancial. O caminho abriu-se e, naturalmente, os exageros ocorreram. Hoje, passado o “pavor do imanentismo” (cf. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 11), assiste-se a uma certa relativização da dicotomia direito processual/direito material, pois as influências (não a confusão) devem ser assumidas e aceitas.

<sup>92</sup> CALAMANDREI (*La casación civil*, p. 38) demonstra que no direito romano dava-se a extensão, ao processo, dos institutos da *restitutio* e da nulidade do direito privado às sentenças;

<sup>93</sup> Costuma-se dividir o processo civil romano em três fases: a fase das *legis actiones*, o período formulário e o da *cognitio extra ordinem* (VICENTE MIRANDA. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p. 13). Neste período, “a participação estatal na composição dos litígios era mínima” e tinha caráter contratual (AFRÂNIO SILVA JARDIM. *Da publicização do processo civil*, p. 62), chegando-se a sugerir que isso nada mais era do que uma justiça privada com procedimento legal (WALTER EDUARDO BAETHGEN. *Teoria geral do processo: a função jurisdicional*, p. 27).

Assim, o conceito romano de nulidade é absolutamente diferente do conceito hodierno, fato que por si só impõe muita cautela ao serem lidas, nas fontes, referências a nulidade de uma sentença<sup>94</sup>.

O primeiro aspecto a recordar é o desconhecimento, no pensamento romano, de uma ideia de meio de gravame ou de recurso interponível contra as decisões do juiz<sup>95</sup>. Se, no estágio atual, a sentença recorrível não passa de uma presunção ou, se quiser, de um certo “estado jurídico”<sup>96</sup>, assim, porém, não ocorria em Roma. O conceito de coisa julgada formal, que, por isso mesmo, o pensamento moderno construiu<sup>97</sup>, foi estranho àquele direito, pois a sentença, pelo só fato de ser sentença, já era perfeita e acabada<sup>98</sup>.

Relativamente à coisa julgada material, a questão, contudo, vivamente se punha e, de fato, era uma questão pensável no sistema romano<sup>99</sup>: em que circunstâncias uma sentença não vincularia as partes? Esse problema foi posto em

---

<sup>94</sup> Nas palavras de CALAMANDREI (*La casación civil*, 1º v., p. 42), “en el derecho romano no se distinguían todavía entre si los conceptos de anulabilidad o de nulidad subsanable, de nulidad absoluta y de inexistencia del fallo, que hoy representan ideas jurídicas de contenido bien diverso; sino que tenían dos únicos conceptos antagónicos: el de sentencia jurídicamente existente y el de sentencia inexistente en el mundo jurídico”;

<sup>95</sup> Id., ob. cit. p. 41;

<sup>96</sup> cf. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 134 e ss.;

<sup>97</sup> cf. CALAMANDREI, ob. cit. p. 42;

<sup>98</sup> Id, p. 41: “correspondiendo a la noción de sentencia, no se tenía pues en el derecho romano la noción, que hoy nos parece congênita com aquélla, de medio de gravamen, en virtud del cual em nuestro proceso el fallo nasce en un estado de pendência y puede dentro de un cierto término, perder todo su vigor (...) el concepto de cosa juzgada formal que hemos visto obligados a construir hoy em dia, para indicar el momento en que una sentencia pasa de este estado de pendência, que le deriva de la pluralidad de las instancias, a un estado de definitiva irrevocabilidad en el mismo proceso, habría sido superfluo em el derecho romano clásico, frente al cual toda sentencia apenas pronunciada em primera instancia era, sin más, perfecta, sin quedar sometida a la corrección de superiores experiencias (...)”;

<sup>99</sup> Quando se alude, aqui, a “sistema”, faz-se-o com vista ao chamado “sistema interno”, conforme concebido pela Teoria Geral do Direito (CLAUS-WILHELM CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 22). E, como é sabido, o pensamento sistemático contempla, na verdade, uma seleção de problemas (THEODOR VIEHWEG. *Topica e giurisprudenza*, p. 34);

função do imanentismo: se cabia perguntar em que circunstâncias um contrato não obrigava – e essa indagação foi bem desenvolvida por aquela comunidade, não resta a menor dúvida – cabia, pois, questionar o mesmo com relação à sentença (porque no fundo a questão era, no plano do sistema interno daquele direito, exatamente a mesma). O direito romano admitia, por isso, uma série enorme de pronunciamentos que, apesar de sentenças (i.e., aparentemente), não gozavam de autoridade. E, operando de conformidade às categorias então conhecidas, tinham cabimento apenas dois conceitos: o de sentença válida e inválida.

O inválido, aqui, equivalia, contudo, ao nosso inexistente, e o válido, ao perfeito perante o jurídico. Daí que nulo, em direito romano, é o mesmo que inexistente<sup>100</sup>, razão pela qual as fontes adotam a expressão ***nullitas sententia*** e não ***nullitas sententiae***, atribuindo e não predicando<sup>101</sup>.

No Direito romano abstraía-se de remédios jurídicos voltados, no sentido moderno, à revogação ou anulação de sentenças. O que havia, pois, eram apenas ações declaratórias de certeza e não ações desconstitutivas, face à natureza da

---

<sup>100</sup> É patente a diferença: hoje, ao dizermos que uma sentença é nula, estamos, sem embargo, falando de sentença e, como tal, estamos no mundo do direito. Se, porém, dissermos que uma sentença é inexistente, estamos incidindo em uma *contradictio in adjectio*: o inexistente é aquilo que não entrou no mundo jurídico como tal. Veja-se o que disse, com seu habitual estilo, PONTES DE MIRANDA (*Tratado das ações*, 4<sup>o</sup> v., p. 42): “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito, não existe e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito”. Sobre isso, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO pontificou, reportando-se também para PONTES de MIRANDA: “a propósito daquilo que não se manifestou no mundo, ou, manifestando-se, não penetrou na esfera jurídica, descabe pensar-se em validade ou invalidade, em eficácia ou ineficácia” (*Reu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória*, AJURIS 42, p. 7). Dizer, porém, no direito romano, nulo, é, ao contrário, dizer o inexistente. É por isso que uma passagem das fontes, citada por CALAMANDREI (*La casación civil*, p. 43, nota 20), afirma: “aquele que es condenado por una sentencia nula no se puede ni siquiera llamar condenado”;

<sup>101</sup> “La expresión nullitas sententiae, empleada por el derecho intermedio, no se encuentra en las fuentes justinianas; se encuentra en ellas la locución *nulla sententia*, la cula, sin embargo, debido a que nulla está emparentada atributivamente (igual a nec ulla), no predicativamente, no significa lo que expresa la traducción literal de estas dos palabras em italiano, sino que significa ninguna sentencia, o sea, sentencia inexistente” (CALAMANDREI, ob. cit. p. 43); hoje, diferentemente, somos obrigados a recorrer a múltiplas categorías, encampadas sob o conceito de invalidade (ANTÔNIO JANYR DALL’AGNOL. *Invalidades processuais*, p. 15);

nulidade concebida. Nem mesmo a prescrição tinha o condão de atacar esta ontologia, visto que específica.

Dentro dessa estrutura, seria de perguntar-se por quanto tempo resistiu, infenso, o direito romano ao problema do erro lógico do juiz, já que, quanto a estes, o conceito que se tinha de nulidades era imprestável. Para tanto, coonestaram mudanças políticas e jurídicas em Roma, como mais adiante será exposto.

Dois casos clássicos, entretanto, sempre foram reconhecidos nas fontes como causa de nulidade, sem que neles houvesse vícios procedimentais. Trata-se, pois, da condenação impossível e do dispositivo incompreensível<sup>102</sup>. Aqui, a falta de certeza ressaía evidenciada, contrariando a finalidade mesma da jurisdição e como tal, não poderia ser prestigiada por um povo prático como os romanos.

Ao demais, o direito romano, originariamente, nunca concebeu que a validade da sentença dependesse da sua justiça intrínseca<sup>103</sup>: da coisa julgada deveria restar pouca ou nenhuma controvérsia. O erro lógico do juiz era pois – e em princípio – um “caso fortuito” irremediável.

A mudança dessa situação coincide com a diferenciação, que se passa a fazer, entre *quaestio júris* e *quaestio facti*<sup>104</sup>. Essa diferenciação, ensina CALAMANDREI, não se deve confundir com as duas fases do processo romano *in jus e in iudicium*. Com efeito, já houve quem equiparasse o *in ius* à questão de direito e o *in iudicium* à questão de fato, hipótese pouco aceitável e por duas razões básicas: essa distinção aparece com força apenas nas cognições extraordinárias,

---

<sup>102</sup> cf. CALAMANDREI, *La casación civil*. . 54;

<sup>103</sup> cf. LÚCIA HELENA F.P. FONTOURA.. *Recurso especial, questão de fato, questão de direito*, p. 18;

<sup>104</sup> A questão de fato e questão de direito é um problema metodológico fundamental da ciência do direito. Novamente, somos levados para a teoria geral do direito. Não é à toa, aliás, que CASTANHEIRA NEVES (*Questão-de-fato, questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, p. 11), claramente anotou que, neste terreno, o jurista estaria numa “situação de dúvida radical”. Todavia, isso deve ficar bem claro: a distinção aqui levantada, apesar de duas conexões com o problema básico da teoria geral do direito, restringe-se, unicamente, à sua dimensão clássica de operações mentais do Juiz, como logo mais há de ver-se. Por isso, não se examinará essa perspectiva filosófica, apesar de sua importância;

quando a dicotomia acima referida já perdera sua força, argumento, s.m.j., irresponsável; ademais, também no *iudicium* impunha-se a interpretação das normas, pelo que igualmente estavam presentes questões jurídicas<sup>105</sup>.

Aqui, impõe-se uma observação (novamente, motivada pela teoria geral do direito). No direito romano, concebia-se que o Juiz deveria atuar no modo classicamente descrito: subsumir os fatos – que deveriam ser provados e que compunham a premissa menor – na premissa maior, a norma. Por detrás desse atuar – portanto, à base da substanciação<sup>106</sup> da causa de pedir – parece altamente discutível que, seja o juiz romano, seja o juiz moderno, o procedimento decisório efetivamente assim ocorresse. Ao contrário, depois das investigações, hoje tão difundidas, de LARENZ<sup>107</sup>, depois dos progressos do “pré entendimento<sup>108</sup>”, e da “sinéptica<sup>109</sup>”, depois das observações de MENESTRINA<sup>110</sup>, está fora de dúvida que essa descrição corresponde, apenas, a um momento posterior da decisão jurídica (o

---

<sup>105</sup> CALAMANDREI, ob. cit. p. 56, afirma: “em efecto, ya in iure podia el pretor denegar la acción tanto por motivos de hecho como por motivos de derecho (...). Por outra parte, tampoco cuando el pretor concedia la fórmula, el campo dentro del cual podia desarrollarse la decisión del iudex unus era limitado a la cuestión de hecho: si esto podia ocurrir em caso de formulae praejudiciales (...), ordinariamente correspondía al juez también la definitiva decisión de los puntos de derecho”. Quanto às ‘formulae praejudiciales’, FRANCESCO MENESTRINA. *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 23; ADROALDO FURTADO FABRÍCIO. *A ação declaratória incidental*, p. 9; ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES. *Prejudicialidade*, p. 15;

<sup>106</sup> Segundo a teoria da substanciação, ao que parece adotada pelo direito romano, na fundamentação do pedido devem constar sua causa próxima e remota, vale dizer, o fato gerador do direito pretendido e o próprio direito; logo, deve ser o mesmo provado;

<sup>107</sup> v. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, PP. 463 e ss.;

<sup>108</sup> v. CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*, 1º v., p. 37;

<sup>109</sup> v. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 271;

<sup>110</sup> MENESTRINA (*La pregiudiziale nel processo civile*, p. 96) reconhece que essa simplicidade, de fato, não existe. Em linguagem moderna, dir-se-ia, há uma verdadeira “espiral hermenêutica”, de modo que a subsunção pressupõe a concreção, com idas e vindas da premissa maior para a menor e vice-versa.

próprio CALAMANDREI, em outra obra, implicitamente, reconheceu-o<sup>111</sup>). Entretanto, como a controlabilidade das decisões está na sua fundamentação jurídica<sup>112</sup> e, considerando-se que essa se apresenta formalmente tal qual sua descrição clássica, o modelo em questão serve muito bem para o propósito ora em causa. Com efeito, as fontes demonstram que o modo de pensar do juiz – com as ressalvas já feitas – na resolução de uma questão de fato e de direito, tem diversa natureza<sup>113</sup>. E, doravante, se passa a entender que o juiz só tem liberdade no que se refere às questões de fato, não nas de direito. Passou, então, a considerar-se muito mais grave o erro quanto a uma questão de direito do que o laborado relativamente a uma questão de fato.

A solução que se apresentava, então, era incluí-lo na nulidade romana: esta, porém, como já se viu, significava inexistência, chegando-se, assim, à seguinte ordem de coisas: o erro na premissa maior poderia gerar nulidade assim entendida; o erro na premissa menor, por ser uma questão de fato, não afetava a decisão.

---

<sup>111</sup> Trata-se de outro livro extraordinário, pelo seu valor não só emblemático mas sobretudo ideológico: *Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*. Assim manifesta-se o jurista italiano: “A fundamentação da sentença é, sem dúvida, uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão (...) Mas quantas vezes a fundamentação é a reprodução do fiel caminho que levou o juiz até àquele ponto de chegada?” Confesse-se, por isso, como fez, corajosamente, o Ministro MARCO AURÉLIO, no R. E. 140.265-SP (RTJ 148/550): “ofício judicante: postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática, para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”;

<sup>112</sup> Como se sabe, o dever de fundamentar está diretamente ligado à recorribilidade da decisão e, portanto, à sua sindicabilidade;

<sup>113</sup> O direito comparado acostumou-nos à seguinte versão: no modelo do “civil Law”, derivado do direito romano-germânico, o juiz subsume os fatos às normas que lhes são predadas. Na “common law”, diferentemente, é o juiz que fixa a regra de direito objetivo – que depois se cristaliza em precedentes. Uma interpretação interessante, contudo, cruza essa tradição e vai dizer que o direito romano – mais um sistema de ações do que um sistema de direitos materiais – de modo que a common law estaria, na verdade, muito mais próxima do direito romano (a esse respeito, PUIG BRUTAU. *A jurisprudência como fonte do direito*, p. 81 e ss.). Se, como sustentam alguns, assim ocorreu no período formulário – no qual o magistrado criava o direito objetivo com a fórmula – nem por isso as afirmações que vem sendo feitas devem ser descartadas: judicial ou não a norma, a natureza das funções é diversa (CALAMANDREI, *La casación civil*).

Como conclusão, verifica-se que no direito romano nem sempre o erro de direito era causa de nulidade da decisão, à diferença do erro de fato, que sempre deixava subsistir o decisório. Quanto ao primeiro, apenas os casos de direta violação à lei (não por subsunção ou erro de aplicação), ou seja, a violação “*literam legis*”<sup>114</sup> implicava no vício aludido. Esse terreno propiciou um novo passo: o da substituição da noção de *quaestio facti* e *questio juris*, pelo de *jus litigatoris* e *jus constitutionem*<sup>115</sup>. Daí que, no lugar da distinção *quaestio facti* e *quaestio juris*, os romanos passaram a falar em sentenças contra *jus constitutionem* e contra *jus litigatoris*, sendo apenas a primeira causa de nulidade. Nula era, pois, em linguagem moderna, a sentença violadora de regra de direito objetivo, não subjetivo e desde que a violasse expressamente.

Diante desse contexto, parece fácil dar-se conta da densidade política, essencialmente política, desse sistema e, com isso, de sua surpreendente modernidade. Significa que o Juiz não pode contrariar a emanção positiva do estado<sup>116</sup>; ele pode errar a sua interpretação (“*sententia contra simile, rationem e*

---

<sup>114</sup> Segundo MANCUSO (*Recurso extraordinário e especial*, p. 111), quatro são as possibilidades de uma decisão afrontosa à norma: “*sententia contra literam legis*”, na qual “a sua expressão verbal, gramatical que entra em testilha com a decisão”; “*sententia contra rationem legis* (...) na qual posto não afronte diretamente a letra da lei, lhe contraria o sentido ou o espírito”; “*sententia contra simile legis*”, em que “o julgador (...) erra duplamente: uma, quando supõe tratar-se um caso que comporta recurso à analogia; outra, quanto, tomando o texto regular da hipótese que reputa análoga, infere uma premissa não autorizada por esse texto”; e, finalmente, as “*sententia contra legem obscuram*”, nas quais verifica-se um erro exegético; como se percebe, o erro, tendente à nulidade da sentença, no direito romano, era, única e exclusivamente, o primeiro. E mais: discutível era, nas fontes, segundo notícia de SCHMIDT e LINDE, citados por Calamandrei (p. 67), a necessidade de que a contrariedade à lei fosse expressa e, em caso de dúvida, “debía ser considerada como errônea em cuanto al hecho y, por consiguiente, válida”;

<sup>115</sup> LÚCIA HELENA F. P. FONTOURA. *Recurso Especial: questão de fato, questão de direito*, p. 19;

<sup>116</sup> Não se olvide que, a essa época, como ensina JOLOWICZ (*Historical introduction to the study of roman Law*, p. 479), “already in the principate it had been recognised that what the emperor laid down had the force of law, but the forms which he used for the purpose of expressing his will were none of them directly or solely legislative. In the dominate, on the other hand, it was quite definitely recognised that the emperor was a legislator, and he very frequently laid down new new rules directly in legislative fashion, such rules coming to be known, in opposition to administrative or judicial acts, as *leges generales*”;

obscuram legis”) mas ele não pode, *principalliter*, negar-lhe o imperium<sup>117</sup>. A “*constitutio*” tem uma força vinculatória e se impõe frente ao Juiz, intervindo se ele a desobedecer<sup>118</sup>. Quando um juiz nega em sua sentença a lei, o poder estatal intervém e, alçando-se à sua frente, obstaculiza-o, anulando a decisão que invadiu o campo que lhe fora reservado<sup>119</sup>.

Todavia, permanecia um grande intervalo entre a categoria da sentença válida e inválida (nula, i.e., inexistente). O direito romano desconhecia uma categoria que se pudesse interpor entre esses dois polos, situação que, por força do

<sup>117</sup> São diversos os autores que intentaram explicar o porquê dessa restrição – que, aliás, tudo tem de coerente. Calamandrei (ob. cit. p. 73) reporta-se à literatura alemã que, a esse respeito, levantou várias hipóteses que convém conhecer. GÖNNER suspeitou de que estaria em causa a gravidade do erro; para quem lesse a sentença, somente o erro juris principalliter seria de considerar-se; KLÜPFEL, na mesma linha, tinha por conta que o direito romano queria, justamente, reprimir o escândalo; LINDE, a seu turno, supunha, na distinção, que o Juiz só tinha obrigação de conhecer a lei e essa *ignorância* era indesculpável; já, o erro de interpretação revela *falta de cultura jurídica* e como tal insindicável; CALAMANDREI, a seu turno, havia entendimento diverso. Para ele, a categoria que melhor representara essa situação seria a de “excesso de poder”, pois a legitimidade do juiz estaria exatamente nas normas estatais que ele deveria aplicar: “si el juez cometía un error al servirse de esta facultad dentro del campo de la ley, no por esto caía en un exceso de poder, puesto que se servía, aunque fuese de un modo erróneo, del poder que le competía. Así, mientras la sentencia dada fuera de los límites del poder jurisdiccional era nula, la derivada de un erróneo ejercicio del poder jurisdiccional mismo era válida: en este caso, la sentencia, aun cuando injusta, era dada por quien obraba bien o mal, en calidad de juez; en aquél, por el contrario, la sentencia derivaba de quien no obraba ya em calidad de juez, por lo que la misma venía a perder necesariamente toda eficiencia jurídica”;

<sup>118</sup> O motivo é explicado extraordinariamente por CALAMANDREI (ob. cit. p. 79): “el derecho imperial hubo de luchar contra un gran número de concepciones jurídicas propias de los pueblos sometidos, se ha dedicado preferentemente em estos últimos tiempos a estudiar esta oposición que se desarrolló ampliamente em las provincias, entre el derecho central, emanado de las constitutiones de los emperadores y los derechos locales”;

<sup>119</sup> No direito contemporâneo, os recursos de cassação e de revista, como é o nosso Recurso Especial e, sob certo aspecto, o Extraordinário, “tem (...) a finalidade de propiciar que aquele órgão exerça seu papel primordial de zelar pela obediência e aplicação correta e uniforme do direito federal, em todo o território nacional” (NÉLSON LUIZ PINTO. *Recurso especial para o superior tribunal de justiça; teoria geral e admissibilidade*, p. 51). Não era isso que, justamente, estava à base do sistema romano?



ordenamento público do Império e sua exagerada burocratização e hierarquização, alterar-se-ia em breve.

Como se viu, a categoria da nulidade romana não era processual, nem poderia sê-lo, face ao imanentismo vigente; todavia, o novo conceito médio, entre a validade e a invalidade, será processual e nada terá a ver com o direito privado, visto que derivado do direito público. Com efeito, nesse contexto, a magistratura estava organizada de modo escalar, tendo por chefe supremo o Imperador<sup>120</sup>. A jurisdição, sendo assim, já não é o exercício de um poder privado, mas um poder daquela autoridade derivado, sendo natural que os inferiores possam ter seus atos ou comandos tangidos pelo poder dos superiores. E, como afirma CALAMANDREI, “originariamente, em effecto, la apelación fue um recurso dirigido directamente al Emperador a fin de que pusiese una nueva decisión em el lugar de la pronunciada por um funcionario suyo; después, para evitar la enorme acumulación de apelaciones sometidas al conocimiento imperial, fureon delegados funcionarios especiales para la decisión de los mismos y se formó poco a poco una verdadera escala de instancias regulares”<sup>121</sup>. Estava, pois, introduzido no direito romano um meio de vindicar contra a injustiça da sentença e, via de consequência, o próprio conceito de coisa julgada formal (na medida em que a mesma gozava de efeito suspensivo). Na polaridade até então estabelecida – sentença existente (válida) e sentença inexistente (nula) – insere-se um novo elemento: sentença apelável<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Como acentuou NICOLA PICARDI (*Il giudice ordinario*, Riv. Dir. Proc. Civ, 1985, n. 4/758), “l’imperatore, nella sua residenza, esercitava la giurisdizione presiedendo egli stesso Il tribunale palatino ovvero facendolo presiedere da un suo vicario (...); fuori della sua residenza, egli, invece, por lo più, delegava Il potere giurisdizionale nel suo complesso a missi o legati...”; vale dizer, não há uma distinção clara entre *jurisdictio* e *gubernaculum*, o que só mais tarde vai ocorrer, pois, de fato e de direito, os juízes doravante exercitavam seu ofício “no por derecho próprio, sino por delegación y emanación de un único poder central” (CALAMANDREI, ob. cit. p. 102);

<sup>121</sup> É verdade que, ainda de acordo com PICARDI (ob. cit. p. 764), “è mérito soprattutto dei glossatori, sia civilisti che canonisti, a ver fissato, invece, la distinzione fra *iudex delegatus* e *iudex ordinarius*”;

<sup>122</sup> Explica CALAMANDREI (ob. cit. p. 93): “mientras em su origem en el momento en que el juez emitia su pronunciamiento, por razón de cualquier vicio, debiera considerarse como absolutamente no nascido, o que, por el contrario, el pronunciamiento valido debiera si más formar la irrevocable declaración de certeza del derecho – una tercera posibilidad se abrió por la apelación: la de una sentencia

A apelação, assim, passa a ser considerada como verdadeiro direito a um segundo julgamento da causa, direito de obter uma nova decisão sobre uma relação (bem ou mal) decidida em primeiro grau, sem bem que, na prática, tenha sido reservada às sentenças injustas<sup>123</sup>. O fato a considerar, porém, é o encontro das duas noções: a de inexistência, oriunda do direito privado, por um lado, e, por outro, a de sentença apelável (injusta, mas válida), de feição nitidamente processual. E, como resultado, deu-se um verdadeiro rearranjo dos elementos que compunham a equação: rendeu-se a remeter todos os erros de direito (até então geradores de nulidade em seu sentido primitivo) para a via da apelação, deixando na antiga categoria apenas os vícios procedimentais. E, por via oblíqua, se transformaram sentenças nulas em sentenças meramente apeláveis<sup>124</sup>.

Assim estavam organizados os elementos daquela cultura processual quando iniciou-se a interpolação com o direito germânico<sup>125</sup>. Não é preciso lembrar a natureza espontânea, audaz e libertária – num sentido bem conhecido – deste povo; e é nele que encontramos um instituto voltado, não a substituir uma decisão já pronta e acabada por outra que lhe fosse mais justa, mas a impedir o próprio surgimento da coisa julgada: trata-se da desaprovação de sentença (*Urteilschelte*)<sup>126</sup>.

---

juridicamente existente y, sin embargo, no capaz de formar la declaración de certeza del derecho, por estar sujeta al peligro de perder toda su eficacia frente a una nueva sentencia que viniese a sustituirla”;

<sup>123</sup> c.f. CALAMANDREI, ob. cit. p. 95;

<sup>124</sup> Id., p. 97;

<sup>125</sup> Sobre essa interpenetração, afirmou WALTER VIEIRA DO NASCIMENTO (*Lições de história do direito*, p. 180), que “perante a concepção territorial do direito romano, aplicável a todas as pessoas do império, o direito germânico assenta uma base pessoal, pelo que cada homem goza da salvaguarda do seu próprio estatuto legal. Em consequência desse princípio, a população romana, depois da invasão, continua a reger-se pelo seu próprio sistema jurídico, o que levou os governantes e os juízes germânicos ao conhecimento de suas normas e prescrições. Roma, por isso, influiu no sistema legal dos germanos, e, como consequência, poucas gerações depois, surgem compilações de direito germânico escritas em latim por eruditos romanos”;

<sup>126</sup> No direito germânico, o processo transcorria perante as assembleias. O autor, com seu pedido, apresentava um projeto de decisão, ao qual contrapunha o demandado seu próprio projeto. Os juízes poderiam acolhê-lo ou não; caso negativo,

SKEDL<sup>127</sup>, à base dessa construção, verificou que o direito germânico orientava-se pelo “princípio da validade formal da sentença”. É que, não sendo a desaprovação da sentença exercida tempestivamente, restava absolutamente inatacável a sentença. Até antes da proclamação do presidente da Assembleia, era possível escoimar a proposta de decisão, instaurando, com isso, um novo litígio: enunciada, contudo, pelo *Richter*, já não mais era dado impugná-la. Como há pouco se mencionou, a proclamação do direito equivalia a uma verdadeira disposição legal e, portanto, nada poderia ser-lhe oposto.

Assim, contrapõe-se nitidamente este caráter da sentença germânica frente à romana. Nesta, até a República, admitia-se a inexistência (i.e., a nulidade) e já no Império a simples apelabilidade (por injustiça e, mais tarde, por erros de direito), ao lado da validade; uma vez pronunciada a sentença, quedava definitiva, eis que desconhecidos dos germânicos tanto a categoria da inexistência romana, como a própria noção de apelabilidade. O pronunciamento do Richter, em linguagem moderna, era a sanatória máxima.

Essas duas experiências tão diversas – a romana e a germânica – se assimilaram e mutuamente se transformaram. À medida que desapareceu a distinção entre aquele que acha a decisão (*Urteiler*) e aquele que a pronuncia ou a proclama (*Richter*), aproximou-se aquele expediente, a *Urteilschelte*, da *Appellatio* romana, pois o reclame passa a dirigir-se contra, já não um projeto, mas à própria decisão (para isso, fundamental a burocratização e centralização da justiça).

Com a centralização jurídica que se operou, de um modo geral, na Europa, aquele direito, antes confuso e eminentemente consuetudinário, transformou-se em

---

o autor poderia contestar a decisão frente à assembleia (a quem assegurava-se idêntica faculdade) e, após as necessárias discussões, chegava-se à solução, anunciada pelo Presidente do tribunal e que, doravante, não poderia ser modificada; de outra parte, o juiz germânico não decompunha seu labor à semelhança do romano, uma vez que a própria assembleia, antes de aplicar um direito objetivo anterior, formulava, ela mesma, o direito a ser aplicado, pelo que a distinção entre “jus constitutionem” e “jus litigatoris”, aqui, não teria sentido algum. Cabe também registrar que, utilizando-se de uma terminologia atual, a causa de pedir, perante os tribunais germânicos, seguia a teoria da individuação: não havia necessidade de reconstruir os fatos geradores do direito perante os juízes.

<sup>127</sup> *Nichtigkeitbeschwerde*, p. 5; apud. CALAMANDREI, ob. cit. p. 125, n. r. 35;

direito real, escrito e agora o juiz germânico não mais estava encarregado de dizer e criar o direito, o qual já fora formulado pelo rei.

Os juízes, de livres intérpretes, de um direito consuetudinário, transformam-se em funcionários reais, encarregados de obedecer às normas criadas com anterioridade pelo soberano, que à época era o juiz supremo<sup>128</sup> e assim é que chegamos a uma fusão, a um novo processo que não era nem germânico, nem romano<sup>129</sup>: do direito romano, ficou a ideia de que havia vícios de diversa gravidade, sendo os erros in procedendo os mais graves; dele se perdeu, contudo, a produção, *ipso jure*, da inexistência; do direito germânico, ficou a noção de que para fazer valer a nulidade era preciso que as partes reclamassem; perdeu-se, porém, a ideia que isso valesse para quaisquer vícios indistintamente.

A chamada “querela nullitatis” – por oposição à “querela iniquitatis (appellatio) – surge no direito estatutário para fazer valer justamente a nulidade e, de regra, com um prazo maior de acionabilidade<sup>130</sup>. Todavia, como se verificou, no direito romano, despidiendo era a utilização de qualquer remédio, face ao caráter da inexistência e, no direito estatutário, *quo tempore elapso non possit amplius nec nullitas nec excessus proponi, imo sententia sil et habeatur pro valida et solemniter lata et data*.

---

<sup>128</sup> PICARDI (*Il giudice ordinario*, p. 762) afirma que “secondo l’ideologia medioeval, nullus potest iudicare aliquem nisi sit aliquo modo subditus eius vel per commissionem vel per potestatem ordinariam; Il termine iudex esprimeva la funzione sovrana, la stessa funzione giudiziaria, che assumeva carattere prioritario. La iurisdictio, intesa come potere sovrano tout court, veniva, quindi, distinta in delegata, se esercitata ex alterius commissione (ovvero ex dativo nomine), e in ordinaria, se esercitata iure próprio (o ex nativo nomine), dalle supreme autorità, imperatore o papa”;

<sup>129</sup> CALAMANDREI (ob. cit. p. 163) explica: “el florecimiento de los estudios de derecho romano en Italia, donde el derecho longobardo había impreso también la huella germánica en los institutos judiciales, puso frente a frente dos principios profundamente diversos: el romano, según el cual no todos los posibles vicios de una sentencia tienen la misma gravedad y los mismos efectos, habiendo algunos, los errores in procedendo, que producen la nulidad del fallo (...); el germánico, según el cual todos los posibles vicios de una sentencia deben ser considerados sin distinción incapaces de disminuir por sí mismos la validez de la sentencia (...). Puestos frente a frente, los dos principios se fundieron, influyendo recíprocamente el uno sobre el otro, en el derecho estatutario, perdiendo cada uno de ellos y conservando al mismo tiempo una parte de su primitivo significado (...)”;

<sup>130</sup> As observações são de SKEDL;

Já se percebe, destarte, que estamos em presença, não de uma ação declaratória, mas de uma ação constitutiva negativa: e o velho conceito romano de nulidade tranforma-se no conceito, digamos, moderno de nulidade: a sentença, aqui, existe juridicamente.

Estamos bem próximos então ao dealbar de uma nova compreensão de algo muito amplo que poderá ser chamado de Direito de Impugnação, distinto de um Direito de Gravame. Os primeiros, os direitos de impugnação – versados à destruição de uma sentença existente mas viciada por um defeito de constituição; os segundos, voltado à obtenção de uma nova decisão em uma ulterior instância sobre uma relação já decidida com uma primeira sentença não necessariamente defeituosa. Esse direito de impugnação não encontra precedentes nem em Roma, nem nos ordenamentos germânicos, ou seja, não corresponde nem às ações declaratórias de inexistência, nem ao juízo exercido em sede de apelo.

Na prática, porém, os institutos acabaram por se (com)fundir, de modo tal modo que, doravante, alguns estatutos passaram a admitir um só meio de reclamação contra as sentenças<sup>131</sup>. Esse fato, somado à dissociação entre a doutrina dos glosadores e pós glosadores e a práxis do direito estatutário, tão bem explicada por WIEACKER<sup>132</sup>, fez com que a querella, meio de impugnação, se convertesse, não raro, em meio de gravame. Todavia, ontologicamente, foi uma inovação, porque, nesta qualidade, manteve-se na história processual.

Concluindo-se, verifica uma conciliação geral das noções germânicas e românicas: na fórmula da impugnabilidade, convivem a *querella nulitatis*, a *appellatio (querella iniquitatis)* e a *exceptio nullitatis*, respectivamente, hoje diríamos, rescindibilidade, recorribilidade e decalatoriedade.

Com esses ingredientes, pode-se, desde logo, confirmar a premissa lançada na introdução deste trabalho: há outros fenômenos que, sem ser recursos, interferem no “iter” formativo da coisa julgada ou mesmo na sua sobrevivência. Resta saber, pois, no que diferem – se essencialmente há diferença – dos recursos,

---

<sup>131</sup> CALAMANDREI, ob. cit. p. 172;

<sup>132</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, PP. 129 e ss.;

e em que medida importa conhecer essa diferença. Para tanto, novas precisões impõem-se.

### 4.3 Os Diversos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais

Tratou-se anteriormente do modo pelo qual surgiram e se consolidaram, na história do pensamento jurídico processual romano e germânico, as noções de recurso e de remédios impugnativos das decisões judiciais. Viu-se, mais, que, não raro, poderiam, além dos recursos, investir contra a decisão judicial verdadeiras ações constitutivas e declaratórias.

Pôde assertar-se, destarte, que não apenas os recursos cumprem a função de impugná-las. Ao lado, outros meios existem a merecer as precisões conceituais necessárias. Uma pergunta poderá esclarecer o sentido da preposição: tanto as apelações (art. 513 do C.P.C. e do 593 do CPP) como as Ações Rescisórias<sup>133</sup> (art. 485 do C.P.C. e art. 621 do C.P.P.), de um modo ou de outro, atacam, investem contra decisões judiciais. Há, entretanto, diferença ontológica entre ambas? Ou ainda, é válido questionar-se a esse respeito? Mude-se a situação e a resposta exigirá meditação suplementar: há diferença entre o Agravo de Instrumento interposto contra a concessão de liminar em ação cautelar e o mandado de segurança impetrado contra a concessão de liminar em outra ação mandamental? Como se vê, a simplicidade do assunto é apenas aparente.

Há quem negue a utilidade e a validade da distinção entre recursos e meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais<sup>134</sup>, reconhecendo-se que isso seria obra exclusiva do legislador: “o fator determinante no enquadramento de um desses remédios na categoria reduzida dos recursos em sentido estritamente

---

<sup>133</sup> Entenda-se, aqui, ação rescisória num sentido funcional;

<sup>134</sup> Assim SALVATORE SATTA (*Impugnazione*. Enciclopedia del Diritto, XX, p. 697): “impugnare infatti non significa altro etimologicamente che contrastare, attaccare, e pertanto ovunque vi sai una doglianza contro un provvedimento vi è un’impugnazione, qualunque sia il mezzo e il nome col quale la doglianza si concreta (ricorso mezzo che riceve la sua individualità dal vizio che la legge há previsto, o dalla particolare struttura del procedimento, o dalla posizione del soggetto e cosi via...”;

processual, é, sem dúvida, o da política legislativa. É, portanto, tarefa exclusiva do direito positivo, estabelecer quais desses remédios são efetivamente recursos. Daí a razão pela qual já se afirmou, com acerto, que não se pode determinar um conceito de recurso anterior ao que se encontra regulamentado pelo sistema da lei”<sup>135</sup>.

Todavia, alguns critérios foram elaborados, sendo o principal aquele que toma como paradigma o trânsito em julgado da decisão atacada<sup>136</sup>. Para essa corrente, aliás muito difundida<sup>137</sup>, o recurso retardaria a coisa julgada, ao passo que os meios extraordinários investiriam diretamente contra ela, já consolidada<sup>138</sup>.

Este critério, ao que parece, teria sido escolhido pelo direito brasileiro, visto que a Lei de Introdução ao Código Civil definiu a coisa julgada em função da impossibilidade de se lhe oporem recursos<sup>139</sup>. Todavia, como anota BARBOSA

---

<sup>135</sup> cf. NÉLSON NERY Jr. (*Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 35);

<sup>136</sup> Endossa-a o Professor ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Réu revel não citado*, *Ajuris*, 42/12), ao referir que “o marco a todas as luzes mais adequado para separar os recursos (impugnação no mesmo processo) das ações impugnativas (originadoras de nova relação processual) há de ser o trânsito em julgado da sentença, momento da formação da coisa julgada formal e ao qual, em regra, corresponde a constituição da res judicata no sentido material. E aí que se dá a plenificação da eficácia do ato de julgamento e, o que mais importa, a efetiva realização concreta da própria finalidade do processo...’;

<sup>137</sup> Aceita-a, também, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (*Ação rescisória, apontamentos. Ajuris*, 46/213) e HUMBERTO THEODORO Jr. (*Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*, *Juriscível do STF*, 95/25);

<sup>138</sup> É o que sustenta TORNAGHI (*Curso de processo penal*, 2º v., p. 309): “meios ordinários são os destinados a impedir a formação da coisa julgada; extraordinários, são os que se voltam contra a própria coisa julgada para desconstitui-la. No Código de Processo penal, é meio extraordinário a revisão (arts. 621 e s.), pois ataca a própria sentença condenatória transitada em julgado. Em algumas legislações, a revisão é ação autônoma e corre em processo diverso, tal como acontece entre nós com a ação rescisória em processo civil. Uma vez havido o trânsito em julgado, a sentença somente poderá ser atacada por ação nova, em outro processo, desconstitutiva da sentença rescindenda. Ainda que a sentença esteja eivada de vício que a torne nula, o trânsito em julgado converte a nulidade em anulabilidade, necessitada de invocação da parte interessada (a antiga querela nullitatis)”;

<sup>139</sup> “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, par. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil);

MOREIRA<sup>140</sup>, disse “não se tira que seja necessariamente recurso qualquer remédio utilizável contra decisão ainda não passada em julgado”.

Com o exame até aqui feito, permite-se decalcar o fundamento teórico subjacente a essa proposta científica: o recurso tomaria a sentença como relação processual, ao passo que o meio extraordinário, como ato jurídico<sup>141</sup>.

Critério diverso, entretanto, tem sido sustentado. Nesse sentido, recurso seria todo aquele remédio exercitável dentro da mesma relação processual; se o interessado instaurar uma relação jurídico-processual autônoma, estar-se-á em presença de um remédio extraordinário<sup>142</sup>.

Como se verifica, segundo o critério que se adote, a natureza jurídica do remédio, em sentido amplíssimo, que se considere, será diferente. Um mandado de segurança para dar efeito suspensivo a um recurso que não o tenha não investe contra a coisa julgada. É no entanto um recurso? A Carta Testemunhável não investe contra a coisa julgada. Todavia, instaura uma nova relação processual. É um remédio excepcional?

Ao que parece, a contradição entre as duas teorias é mais aparente do que efetiva. Veja-se, por exemplo, que ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, embora defendendo a primeira posição, alinha que “o marco a todas as luzes mais adequado para separar os recursos (impugnação no mesmo processo) das ações impugnativas (originadoras de uma nova relação processual) há de ser o trânsito em julgado da sentença”<sup>143</sup>. Ora, nesta passagem está qualificado o recurso como uma “impugnação no mesmo processo”, ao passo que nas ações impugnativas dá-se “uma nova relação processual”.

---

<sup>140</sup> Cf. BARBOSA MOREIRA (*Recurso*, p. 101);

<sup>141</sup> Cf. SALVATORE SATTA (*Impugnazione*, p. 698);

<sup>142</sup> “...pode-se conceituar recurso, no processo civil brasileiro, como o remédio idôneo a provocar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial” (BARBOSA MOREIRA, *Recurso*, p. 102);

<sup>143</sup> ob. cit. p. 12;



Parece-nos, assim, que acessória, para essas finalidades, é a existência da coisa julgada, caso contrário, um mandado de segurança impetrado para dar efeito suspensivo a um recurso que não o tem haveria de considerar-se como sendo um recurso (eis que não investindo contra a coisa julgada). É claro que, em geral, os meios excepcionais investem contra a coisa julgada; todavia, não é da essência destes que assim seja<sup>144</sup>. Por sua autoridade, cite-se PONTES DE MIRANDA: “o que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna”<sup>145</sup>.

Assim podemos deduzir as seguintes conclusões:

- a) recurso, ontologicamente, é o remédio exercitado no contexto de uma relação processual já existente<sup>146</sup>;
- b) meios excepcionais são aqueles remédios exercíveis fora do plano da relação originária, ainda que não se tenha implementando a coisa julgada e contra ela destarte não invistam;

#### 4.4 Os Meios Excepcionais em Espécie

No direito positivo brasileiro os remédios, em sentido lato, proliferam. Somente uma investigação individualizada de cada um deles – o que não constitui

---

<sup>144</sup> cf. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Recurso extraordinário e recurso especial*, p. 30), “...é intuitivo que não se possa falar em recurso ante uma decisão transitada em julgado. Mas daí também não se pode inferir, à outrance, que todas as impugnações oferecidas antes do trânsito em julgado são, necessariamente, recurso, stricto sensu. Seria ‘recurso’ um pedido de reconsideração? E uma reclamação dirigida ao órgão censório da magistratura? E a correição parcial?”;

<sup>145</sup> *Tratado das ações*, IV, p. 527;

<sup>146</sup> Id, p. 31: “é recurso a impugnação cujo uso ‘não dá ensejo à instauração de novo processo, senão que apenas produz a extensão do mesmo processo até então fluente. Com isso, ficam fora do âmbito do recurso certos meios de impugnação, como o já lembrado mandado de segurança, e bem assim a ação rescisória”; assim também NELSON LUIZ PINTO (*Recurso especial para o S.T.J.*, p. 19; SÉRGIO BERMUDEZ (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, p. 25); SÔNIA HAASE (*Dos embargos de declaração*, p. 44); exigindo, além disso, a voluntariedade, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, 1º v., p. 409, entre outros;

objeto deste trabalho – permitira pôr luz no assunto. Ater-nos-emos à ação rescisória voltada ao direito tributário, o que se dará a partir do próximo capítulo.

## 5 DA AÇÃO RESCISÓRIA

O instituto da ação rescisória está previsto nos artigos 102, inciso I, alínea *j*, 105, inciso I, alínea *e*, e 108, inciso I, alínea *b*, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Todavia sua regulamentação é dada pelo texto infraconstitucional, a saber: Código de Processo Civil e regulamentos dos Tribunais.

Como o próprio nome diz, a ação rescisória visa à desconstituição de um julgado. Merece transcrição o conceito, de autoria de Pontes de Miranda<sup>147</sup> (1976, p.499):

Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue. É remédio processual jurídico autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda – porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença – *a sententia lata et data*.

Ressalva-se que quando este autor refere-se à ação rescisória como ataque à coisa julgada formal, não exclui a coisa julgada material. Porque, em verdade, quis dizer que, no mínimo, deve haver a coisa julgada formal, já que do contrário seria cabível recurso contra a sentença e não ação rescisória.

Assim, é a ação rescisória uma ação própria e autônoma de natureza constitutiva negativa<sup>148</sup> (TALAMINI, 2005, p.137) ou de natureza desconstitutiva.

Como qualquer ação civil, sua inicial deve respeitar os requisitos previstos no art. 282 do CPC, somados àqueles específicos, elencados no art. 488 do mesmo diploma legal. Este último dispõe, no inciso I, sobre a possibilidade de o autor cumular ao pedido de desfazimento (*iudicium rescindens*) o de novo julgamento (*iudicium rescissorium*)<sup>149</sup> (TALAMINI, 2005, p. 137); já o inciso II traz o dever do autor de “depositar a importância de 5 % (cinco por cento) sobre o valor da causa, a

---

<sup>147</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>148</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>149</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente”.

Ressalva-se no parágrafo único do mesmo dispositivo que a multa supracitada não é aplicável aos entes da administração pública direta (União, Estados, Municípios, Distrito Federal), bem como ao Ministério Público. Consoante o art. 495 do CPC, o prazo decadencial para ingresso da presente ação é de dois (2) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

## 5.1 Histórico e Direito Comparado

A ação rescisória tem origem no Direito Romano. Primeiramente, à época dos períodos *legis actiones* e do *per formulas*, as decisões dos juízes eram irrecorríveis, somente permitia-se a nulidade da sentença quando houvesse a ocorrência de *error in procedendo*.

Para caracterizar a nulidade, era necessário argumentar o desrespeito a regras processuais relevantes ou indicar manifesta violação de norma jurídica aplicável ao caso. Assim mesmo, tais arguições somente poderiam ser levantadas na fase de oposição à execução contra a *actio iudicati*, ou através da *revocatio in duplum*, onde, por sua própria iniciativa de promover a nulidade da sentença, se requeria a revogação do que foi decidido, sujeitando-se, porém, ao risco de pagar o dobro do valor do que foi decidido, em caso de acolhimento do pedido, ou, ainda, pela *exceptio rei iudicatae* (Exceção de coisa julgada).

Entretanto, foi somente no terceiro período do direito romano, chamado de *extraordinária cognitio*, que surgiu a *appellatio*, espécie de recurso, que apenas impugnava o que fora decidido pelo julgador, destinado à correção de sentenças que continham violação do direito da parte (*error contra ius litigatoris*), seja por vício ou má aferição do direito das partes no caso concreto.

Nesse mesmo período, surgem também a *restitutio in integrum* e a *supplicatio*, que, por violação ao direito objetivo (*error contra ius constitutionis*), às normas legais, implicava em nulidade passível de correção.

Outro remédio que objetivava atacar sentença nula transitada em julgado, agora, no direito medieval, era a *querela nullitatis*, que não era ação autônoma, tampouco recurso, mas simples *imploratio officii iudicis*<sup>150</sup> (BARBOSA, 1974).

Esse instituto dividia-se em *querela nullitatis sanabilis* e *querela nullitatis insanabilis*. A primeira querela visava impugnar a nulidade por prazo certo e atacava as nulidades menos graves. A segunda, por sua vez, pretendia atingir nulidade mais grave, e, em razão da intensidade do vício, não tinha prazo para sua interposição, podendo ser alegada a qualquer tempo.

Curioso notar que no direito comparado, não há qualquer procedimento jurídico comparável à ação rescisória existente no nosso atual ordenamento. Há, no entanto, alguns institutos que se assemelham. Veja-se:

A *revocazione* italiana, inserta no art. 360 do *Codice de Procedura Civile*, apesar de ser considerado recurso, em muito se parece com a nossa rescisória, já que é cabível em alguns casos após o seu trânsito em julgado.

Do mesmo modo a *requête civile* francesa, prescrita no art. 480 do *Code de Procédure Civile*, também é recurso e somente cabível em casos taxativos, tendo, porém, curto prazo para seu ajuizamento.

Constitui recurso, de igual maneira, a *revisão* portuguesa, devendo ser interposta, em trinta dias, perante o Tribunal que proferiu a decisão que se deseja anulada, somente nos casos do art. 771 do Código de Processo Civil português.

No Direito Alemão, o instituto que melhor corresponde a nossa ação rescisória é a *Wiederaufnahme des Verfahrens* (revisão do procedimento), considerada ação, e não recurso, preserva a identidade de uma ação de nulidade (*Nichtigkeitsklage*) ao lado de uma ação de restituição (*Restitutionsklage*), e busca rever decisão já transitada em julgado, previsto nos arts. 578 a 591 do Código de Processo Civil alemão (ZPO).

O Direito espanhol disciplina a *revisión de sentencias firmes* como verdadeira ação. Prevista nos arts. 509 e seguintes da *Ley de Enjuiciamiento Civil* para

---

<sup>150</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Vol. V, Ed. Forense, 1974.

determinados casos em que a sentença transitou em julgado (*sentencia firme*), a revisão deve ser aforada no prazo de cinco anos, contados do término da publicação da sentença que se pretende impugnar, e, dentro deste prazo, sempre que não haja transcorrido três meses do dia em que se descobriu os documentos decisivos; a violência ou a fraude; ou em que se houver reconhecido ou declarado a falsidade.

## 5.2 Hipóteses de Cabimento

As hipóteses em que se admite a rescisão da tutela jurisdicional transitada em julgado estão elencadas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, “*a doutrina destaca o caráter exaustivo, e não meramente exemplificativo, do rol de fundamentos rescisórios*”<sup>151</sup> (TALAMINI, 2005, p. 142). A seguir ver-se-á cada uma das nove hipóteses:

*I – “se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.*

Consoante o art. 319 do Código Penal, há prevaricação quando se “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. Pontes de Miranda (1998, p. 233) destaca que é necessária a culpa ou dolo para que se caracterize a prevaricação.

Quanto à concussão, seu conceito é dado pelo art. 316 do Código Penal da seguinte forma: “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”.

Já a corrupção é conceituada pelo art. 317 do Código Penal: “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

---

<sup>151</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

de tal vantagem”. Ressalta-se que haverá corrupção mesmo quando o juiz aceitar receber vantagem e não recebê-la<sup>152</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 234).

Haverá possibilidade de rescindir a decisão colegiada, com base na corrupção, quando o voto corrompido “[...] entrou na maioria vencedora, sem o qual não se comporia, ou no julgado unânime, se exigida a unanimidade, ou se o número de juízes corruptos não levaria à maioria exigida; *aliter* se o voto do corrupto constou apenas da minoria”<sup>153</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 232). Ou seja, o voto corrompido deverá afetar no resultado de alguma forma.

Extraí-se de obra de Wambier, Almeida e Talamini<sup>154</sup> (2007, p. 634) que “[...] a esse dispositivo, 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”.

Em obra distinta, conclui Talamini<sup>155</sup> (2005, p. 144) que, considerando o supracitado, “é desnecessária prévia condenação penal do juiz. Bem o contrário, em certos casos pode ter havido até a absolvição criminal, e mesmo assim caber a rescisão”. Pondera também que, na maioria das vezes, não se pode esperar a condenação penal para ingressar, posteriormente, com a ação rescisória, vez que o prazo de dois (2) anos para a propositura desta começa a correr do trânsito em julgado da decisão rescindenda, sendo assim, “não é viável aguardar o desfecho do processo penal”<sup>156</sup> (TALAMINI, 2005, p.144).

---

<sup>152</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>153</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>154</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: 9 ed. Revista dos Tribunais, Vol. 1, 2007.

<sup>155</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>156</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

*II – “proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”;*

As causas de impedimento do juiz, previstas nos arts. 134 e 136 do Código de Processo Civil estão ligadas a critérios objetivos. Por serem pressupostos de validade do processo, quando ausentes, o macularão definitivamente<sup>157</sup> (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007), ensejando, portanto, a ação rescisória.

Ressalva-se que, quando se tratar de decisão colegiada, assim como no caso do inciso I, “é necessário que o voto do juiz impedido tenha influído na formação da maioria, caso tenha sido o julgamento por maioria de votos”<sup>158</sup> (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007, p. 635). Acerca do assunto, importante consideração é feita por Talamini<sup>159</sup> (2005, p. 146): “na impossibilidade de se aferir a exata interferência da participação do impedido na formação do resultado, parece razoável que se admita a ação rescisória”.

As causas de incompetência absoluta do juízo são aquelas “*ratione materiae* – em razão da matéria – ou a incompetência pela hierarquia, em razão da pessoa ou valor da causa. As outras são *relativas*”<sup>160</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 243), estão previstas no Código de Processo Civil e em outras leis da mesma hierarquia<sup>161</sup> (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007, p. 95).

*III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;*

---

<sup>157</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>158</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>159</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>160</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>161</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



Destaque importante a ser dado neste tópico é que deve haver nexo de causalidade entre a conduta dolosa e o julgamento favorável da lide<sup>162</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 244).

Na colusão entre as partes, “não é preciso que só a utilização do processo pudesse dar às partes o atingimento do fim que elas querem; basta que tenha sido o meio empregado. Nem é de exigir-se que o que se colima seja de interesse das duas partes, - basta que, sendo o interesse de uma (*a fortiori*, das duas partes), haja a concordância”<sup>163</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 248).

Talamini<sup>164</sup> (2005, p.151) ressalva que nesta hipótese, a legitimidade ativa “caberá aos litisconsortes que não tenham participado do conluio, ao Ministério Público (art. 487, III, *b*) e a terceiros”, desde que interessados. Há interesse jurídico do terceiro sempre que as partes agem em colusão para prejudicá-lo.

#### *IV - ofender a coisa julgada;*

É possível a utilização da ação rescisória para fazer valer tanto a função negativa da coisa julgada – rescindindo a decisão posterior que ofendeu uma primeira, já transitada em julgado (*iudicium rescindens*) –, quanto a positiva – rejuizando a causa subsequente “de modo que se considere como premissa, no novo julgamento, o comando dotado de coisa julgada que havia sido antes ignorado” (*iudicium rescissorium*)<sup>165</sup> (TALAMINI, 2005, p. 152).

---

<sup>162</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>163</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>164</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>165</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Não se exige que o interessado tenha suscitado a ofensa à coisa julgada no segundo processo, bem como não se veda a utilização da ação rescisória quando, suscitada a ofensa, o juiz rejeitar esta objeção<sup>166</sup> (TALAMINI, 2005, p. 152/153).

Mesmo nesta hipótese o prazo de dois (2) anos (a contar do trânsito em julgado da segunda decisão) para que se ingresse com a ação rescisória deve ser respeitado. Passado este, é possível que se torne irrevocável uma decisão que violou a coisa julgada e, quando isso ocorrer, a sentença infratora – a última proferida – se sobrepõe à outra<sup>167</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 255).

*V – violar literal disposição de lei;*

Observa-se, inicialmente, que a expressão lei deve ser entendida em seu sentido *lato*, abrangendo as leis constitucionais, federais, complementares, ordinárias, estaduais, municipais, decretos legislativos, medidas provisórias, resoluções e etc., bem como os princípios, segundo Wambier<sup>168</sup> (2002, p. 264). Com ela consoam Talamini<sup>169</sup> (2005, p. 159) e Pontes de Miranda<sup>170</sup> (1976, p. 267), este último anota:

Dizer-se que, ao sentenciar, invocando costume ou princípio geral de direito, o juiz, que o ofende, apenas erra in procedendo, é erradíssimo. Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta existente, escritável ou já escrito ('literal'), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra jurídica analógica.

Não mais se discute se a decisão que violou lei processual pode ser rescindida. “Entende-se que sim. Tanto se a ofensa à lei estiver na própria sentença

---

<sup>166</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>167</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>168</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>169</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>170</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

quanto se tiver ocorrido no curso do processo em que a decisão foi proferida”<sup>171</sup> (WAMBIER, 2002, p. 271).

A expressão literal, por sua vez, implica na impossibilidade de se fazer nova análise das provas. Segundo explica Talamini<sup>172</sup> (2005, p. 161), a violação deve derivar “da pura e simples aplicação incorreta das normas jurídicas (aplicação de regra inaplicável ou desconsideração de regra que deveria incidir), a despeito de nenhuma dúvida haver quanto aos fatos ocorridos”.

Entretanto, visão diferente apresenta Wambier<sup>173</sup> (2002, p. 270). Em sua opinião, não é possível “[...] detectar que determinado princípio teria sido ofendido se não se ‘refizer’ a subsunção (o reexame da adequação) da *solução normativa* encontrada pela *decisão rescindenda* ao *quadro fático* que estava subjacente ao processo em que foi proferida”. Mais adiante, em sua obra, ressalva que “a subsunção, ontologicamente considerada, é uma *quaestio juris*”<sup>174</sup> (WAMBIER, 2002, p. 270). Assim, continua valendo o entendimento de que para haver a violação literal à lei, é necessário que a *quaestio* seja de direito e não uma dúvida acerca da situação fática.

#### V.1 – A Súmula 343 do STF

Neste inciso, oportuno tratar do debate envolvendo a súmula 343 do STF que assim disciplina: “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

---

<sup>171</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>172</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>173</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>174</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

Por não ser esta uma súmula vinculante, convém lembrar que sua força é relativa, ficando a critério do julgador decidir se a aplicará ou não<sup>175</sup> (WAMBIER, 2002, p. 283).

Outra ressalva que vale ser feita é que não se aplica a referida súmula quando envolver matéria constitucional e desde que a respeito da *quaestio* já tenha se pronunciado a Suprema Corte<sup>176</sup> (WAMBIER, 2002, p. 304; TALAMINI, 2005, p. 166). Seguindo este raciocínio, cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mesmo quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto da Carta Magna que, naquela época, era de interpretação controvertida nos tribunais.

A respeito, colaciona-se da jurisprudência:

[...] A incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional (STJ, AR n.3964/RS, Min. Mauro Campbell Marques, julg. em 12.05.2010).

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, a Súmula 343/STF não se aplica aos casos em que a controvérsia travada diz respeito à interpretação de questão constitucional.

[...]

10. O julgamento de mérito ora prolatado não invade a competência do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, dá efetividade à decisão proferida por aquela Corte quanto à matéria exclusivamente constitucional acima identificada, que constituía questão prejudicial à análise de compatibilidade (art. 6º, II, da LC 70/91 e art. 56 da Lei 9.430/96) para fins de aplicação da Lei de Introdução do Código Civil ao caso concreto (art. 2º, § 1º, da LICC) (BRASIL, 2010).

Wambier<sup>177</sup> (2002, p. 284) defende a tese que essa súmula é inconstitucional, porque contrária aos princípios fundamentais da legalidade e isonomia. Em seguida, explica: “[...] uma das consequências inasfastáveis da incidência deste princípio [isonomia] é a de que, em face de casos *rigorosamente idênticos*, deva o Judiciário

<sup>175</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>176</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.  
TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>177</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

tender a decidir, aplicando a mesma regra de direito, entendida da mesma forma”<sup>178</sup> (WAMBIER, 2002, p. 288); quanto à legalidade, “[...] admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário é prestigiar o ‘acaso’” e, assim:

[...] se está permitindo que sobreviva uma decisão que afronta não só a lei mas a forma como o entendimento dessa lei ‘amadureceu’ em nossos tribunais, certamente com subsídios fornecidos pela doutrina, o que significa algo muito mais grave e pernicioso para a estabilidade jurídica<sup>179</sup> (WAMBIER, 2002, p. 293-296).

Da mesma forma entende Talamini<sup>180</sup> (2005, p. 165/166), que soma o argumento da segurança jurídica ao princípio da isonomia para, igualmente, defender a inaplicabilidade da súmula 343 do STF:

Se a interpretação de determinada norma é controvertida nos tribunais’, isso no mais das vezes significa que há uma grande quantidade de casos similares submetidos ao exame do Judiciário. Nesses casos, a adoção de diferentes soluções (ainda que ‘razoáveis’) para casos identificáveis tende a multiplicar as situações antiisonômicas. Contribui também para incutir, sobretudo no cidadão comum, dúvida sobre a certeza de direito, além de desacreditar o Poder Judiciário. (BRASIL, 1963).

Em uma análise de julgados, percebe-se que a referida súmula vem, aos poucos, sendo afastada:

PROCESSUAL CIVIL - RESCISORIA - DECISÕES CONFLITANTES – UNIFORMIZAÇÃO POSTERIOR DA JURISPRUDENCIA - EM SENDO CONFLITANTES DECISÕES A EPOCA DO JULGAMENTO, NÃO CABE AÇÃO RESCISORIA. TODAVIA, SE, NO CORRER DO PROCESSO, A JURISPRUDENCIA SE CONSOLIDA EM DETERMINADO SENTIDO, IMPÕE-SE CONSIDERA-LA. ARGUMENTO TECNICO FORMAL DEVE CEDER A BUSCA DA ISONOMIA (RESGUARDADA CONSTITUCIONALMENTE), ENCERRADA MATERIALMENTE. O JUDICIARIO DEVE PROCURAR A HARMONIA DE SUAS DECISÕES (BRASIL, 1997).

PROCESSUAL - AÇÃO RESCISORIA - EQUIVALENCIA SALARIAL – SUMULA 343 DO STF. - O DISPOSITIVO DA SUMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DEVE SER INTERPRETADO COM TEMPERAMENTOS.

- A JURISPRUDENCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ASSENTOU-SE NO ENTENDIMENTO DE QUE, DOS METODOS DE REAJUSTE DE PRESTAÇÕES DA CASA PROPRIA, SOMENTE A

<sup>178</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>179</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>180</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

EQUIVALENCIA SALARIAL E COMPATIVEL COM NOSSO DIREITO (BRASIL, 1995).

Assim, há de se convir com Wambier<sup>181</sup> (2002, p. 297) que, em breve, não mais se aplicará o entendimento sumulado.

*VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;*

São requisitos do pressuposto de prova falsa:

I) Que se apresente, com a petição inicial, a sentença criminal sobre a falsidade do documento ou de outra prova (Código de Processo Civil, art. 283), ou que se faça a prova na própria ação rescisória. II) Que só a prova falsa, ou, pelo menos, nela, sem ser possível eliminá-la, permanecendo a sentença, se haja apoiado a decisão<sup>182</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 312).

O segundo requisito apontado por Pontes de Miranda é, nada mais, que o nexo causal ou relação de causa e efeito entre a prova falsa e a decisão.

Acerca do assunto, destaca-se que a rescisão deve acontecer na medida em a prova falsa afetou a sentença. “Quer dizer, a sentença foi parcialmente rescindida, porque só parcialmente estava eivada de vício, ou seja, só parcialmente se baseava em prova falsa”<sup>183</sup> (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007, p. 637).

Diz Talamini<sup>184</sup> (2005, p. 149) que se dispensa o dolo do vencedor na utilização da prova falsa. O prazo decadencial, aqui, se começa a contar “do dia em que transitou em julgado a decisão criminal declarativa da falsidade da prova, salvo – entenda-se – se ocorreu antes do transito em julgado da sentença cível”<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v.1. São Paulo: RT, 2002.

<sup>182</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>183</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>184</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>185</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

(PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 316), ou se se fará a prova nos autos da rescisória.

*VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*

Considera-se novo o documento já existente à época da prolação da sentença, mas que dele não se pode fazer uso<sup>186</sup> (TALAMINI, 2005, p. 179). Aí se incluem, também, os documentos descobertos durante a lide, mas que por questões processuais (prazos) não puderam ser apresentados<sup>187</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p.330).

A expressão “por si só” não significa que devam ser excluídos os documentos já apresentados, ou que não possa ser apresentado mais de um “documento novo”<sup>188</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 330).

*VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;*

Para que a confissão exista e seja válida devem ser respeitadas as regras disciplinadas pelos arts. 343, §§ 1º e 2º e 348 ao 354, todos do Código de Processo Civil. Assim como no inciso VI, “a eficácia rescisória só atinge o que serviu de base à sentença na parte rescindível”<sup>189</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 332).

No que concerne à desistência, Pontes de Miranda<sup>190</sup> (1976, p. 333) destaca que haverá causa de invalidade quando presentes os vícios que atingem as

---

<sup>186</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>187</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>188</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>189</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>190</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

declarações unilaterais de vontade, como, por exemplo, aqueles da confissão. Mais adiante, afirma:

A desistência não obsta a propositura de outra ação (art. 268), mas a parte a que se atribuiu, invalidamente, ter desistido, pode preferir a essa propositura a de ação rescisória, que vai desfazer a declaração inválida e, em consequência, dar ensejo ao prosseguimento do processo. [...] Havemos de entender que a 'desistência' do art. 485, VIII, está em sentido largo (renúncia e desistência). Basta qualquer fundamento de invalidade, desde que seja básico ('em que se baseou a sentença')<sup>191</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 333/338).

Em que pese o entendimento deste renomado autor, Talamini<sup>192</sup> (2005, p.182) assevera, em síntese, que pretendia o legislador referir-se apenas à "renúncia" (art. 269, II e V) ao inserir neste inciso o termo "desistência", vez que a última não gera julgamento de mérito e, assim, não seria possível a propositura de ação rescisória.

Sendo a transação negócio jurídico bilateral, "as eivas são só as que a lei processual e a lei de direito natural apontam"<sup>193</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p.333).

Discute-se sobre a utilização de ação anulatória ou rescisória para a desconstituição da sentença que homologou a transação. Acerca do tema, bem conclui Talamini<sup>194</sup> (205, p. 187):

O órgão jurisdicional, ao homologar o ato de disposição de vontade, chama para si o ato autocompositivo; chancela a solução que as partes deram ao conflito, tornando-a sua. Todo o resultado daí extraível, depois do trânsito em julgado, estará acobertado pela autoridade comum às sentenças de mérito proferidas em processo de cognição exauriente: a coisa julgada material. A estabilidade de tal resultado implica a impossibilidade de sua desconstituição por 'vias ordinárias', ainda que a pretexto de não se atacar a sentença, mas o negócio que lhe serviu de fundamento.

*IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;*

---

<sup>191</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>192</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>193</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>194</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



O erro de fato é conceituado no §1º, seguinte: “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”. Já o §2º traz como requisito indispensável à caracterização do erro de fato a ausência de controvérsia entre as partes ou de “pronunciamento judicial sobre o fato”. Isto porque havendo controvérsia ou pronunciamento o juiz avalia a questão e, desta forma, o erro deixa de ser “manifesto, cristalino, evidente”<sup>195</sup> (TALAMINI, 2005, p. 189), passando a ser um erro de interpretação do juiz, se houver. Nesse passo, “cabe ação rescisória quando a sentença resultar de erro que seja verificável de mero exame dos autos do processo”<sup>196</sup> (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007, p. 638).

### 5.3 Violar Literal Disposição de Lei

Cuida-se da hipótese em que a sentença é incompatível com o comando presente na norma jurídica através de sua adequada interpretação. Lembre-se que é dever do julgador considerar todas as normas aplicáveis ao caso concreto (*iura novit curia*). Caso deixe de aplicar a lei correlata ao caso em análise porque a rejeita expressamente ou porque a desconhece, estará descumprindo o ordenamento, violando literal disposição de lei. A referência a “lei” é feita no sentido lato, no qual se está abrangida a Constituição, as leis estaduais, municipais, estrangeiras etc. Por sua vez, a expressão “literal disposição” dá a entender que a afronta à norma jurídica deve ser constatável pelo mero exame das questões jurídicas, que foram aplicadas erroneamente<sup>197</sup> (TALAMINI, 2005, p. 160-161).

Ponto importante diz respeito à Súmula n. 343 do STF que possui a seguinte redação: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a

<sup>195</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>196</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v. 1, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>197</sup>

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.”. Veja-se que como a norma jurídica sempre necessita de uma interpretação, sendo ela um mero signo linguístico, quando a norma tiver interpretação controvertida nos Tribunais não será cabível a ação rescisória com fundamento em violação de literal disposição de lei. Isto porque, obviamente, se a decisão questionada adotou uma das possíveis interpretações da norma em questão, não há qualquer violação da lei<sup>198</sup> (MARINONI, 2008, p. 94-98).

Entretanto, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo pela não aplicação dessa Súmula quando se trata de matéria constitucional, já que em relação à Constituição, a posição do STF deve ser considerada a única interpretação correta possível. Assim, quando se trata de violação à Constituição, não se aplica a Súmula n. 343, tendo em vista que, na visão dos ministros do Supremo e do STJ, deve-se adotar a interpretação correta, qual seja a dada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>199</sup> (MARINONI, 2008, p. 94-98).

Considerar que o texto constitucional possui uma – e somente uma – interpretação correta e que a legislação infraconstitucional pode ser interpretada de diversas maneiras acarreta em alguns problemas, como aduz Luiz Guilherme Marinoni<sup>200</sup> (2008, p. 94):

Não há qualquer razão para se supor que a interpretação constitucional seja diversa da interpretação infraconstitucional no que tange aos seus resultados. A necessidade de coerência impõe essa observação: ou há interpretação “correta” da Constituição e da legislação infraconstitucional – porque, ao fim e ao cabo, tem-se aí sempre um interpretar -, ou não há possibilidade de uma única interpretação correta em qualquer desses planos normativos. Sustentar-se a necessidade de interpretação “correta” no plano constitucional e de interpretação “razoável” no plano infraconstitucional constitui evidente *contradictio in terminis*, porque o ato de interpretar é um só no que tange à compreensão de normas jurídicas. (grifos originais)

<sup>198</sup> 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.** São Paulo: RT, 2008.

<sup>199</sup> 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.** São Paulo: RT, 2008.

<sup>200</sup> 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.** São Paulo: RT, 2008.

Ainda acerca da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, interessante o comentário de Bruno Noura de Moraes Rêgo<sup>201</sup> (2001, p. 547): “Consoante o conjunto fático posto, o juiz dá uma determinada interpretação que pode ser diferente de outra proferida por um órgão a ele superior que, por sua vez, não goza de maior validade apenas porque dado por um órgão superior hierarquicamente. Cabe lembrar que a constante prolação de decisões divergentes permite maturação do direito, que conduz ao melhor e mais adequado provimento jurisdicional. Mesmo após a formação da jurisprudência dominante, o juiz não está impedido de decidir de modo contrário a esta jurisprudência, decidindo de acordo com a sua consciência e amparado pelo princípio do livre convencimento. Tal entendimento se justifica até mesmo pela casuística, ou seja, dependendo dos fatos postos à livre convicção do juiz, é lícito supor que possa haver diferentes interpretações. Se os fatos variam, variável também é a interpretação.

A recente jurisprudência do STF e do STJ já vem afastando a aplicação da referida súmula, como se visualiza nos julgados abaixo:

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RE 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE AFIRMOU O ENQUADRAMENTO DA EMPRESA COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS, MAS EXTIRPOU AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS. ART. 56 DO ADCT. VIOLAÇÃO. 1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal. **2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional.** 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada procedente.

(STF. AR 1409, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-01 PP-00001 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 75-90) (grifou-se)  
PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AÇÃO RESCISÓRIA –

---

<sup>201</sup> RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

CABIMENTO – VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF/88: SÚMULA VINCULANTE 10/STF – SÚMULA 343/STF: INAPLICABILIDADE – COFINS – ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/91 – REVOGAÇÃO PELA LEI 9.430/96 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO.

1. A ação rescisória não se presta a rever regra técnica relacionada com a admissibilidade de recurso especial.

2. Violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF.

3. À época em que prolatado o aresto rescindendo, era controvertida a interpretação desta Corte em relação à legitimidade da revogação da isenção da COFINS.

**4. Orientação firmada neste Tribunal no sentido de que a incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional.**

5. O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não há de ser resolvido em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF.

6. Ação rescisória julgada procedente.

(AR 3844/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 01/12/2008) (grifou-se)

Nesse mesmo sentido são diversos outros julgados do Supremo (RE 382960, RE 463624, RE 564781) e do STJ (REsp 1082690, REsp 1073509, REsp 784912).

Dessa sorte, evidencia-se claramente que em se tratando de matéria constitucional, os tribunais superiores não têm aplicado a Súmula n. 343 do STF, tratando de forma distinta a controvérsia entre a lei infraconstitucional e o texto da Constituição.

#### 5.4 Legitimidade Ativa e Competência

Podem propor a ação rescisória, aqueles elencados nos incisos do art.487 do Código de Processo Civil, quais sejam: **I)** quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; **II)** o terceiro juridicamente interessado; **III)** o Ministério Público, quando: **a)** não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; **b)** a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

É a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que primeiro estabelece a competência para processar e julgar a ação rescisória; o Supremo

Tribunal Federal evoca a alínea *j*, do inciso I, do art. 102, da CRFB/88 no que concerne a rescisão de seus julgados; o Superior Tribunal de Justiça evoca a alínea *e*, do inciso I, do art. 105, da CRFB/88 no que concerne a rescisão de seus julgados; os Tribunais Regionais Federais evocam a alínea *b*, do inciso I, do art. 108, da CRFB/88 no que concerne a rescisão de seus julgados ou dos juízes federais da região; e os Tribunais Estaduais evocam o § 1º, do art. 25, da CRFB/88 para que, residualmente, estabeleçam a competência no que concerne a rescisão de seus julgados e dos juízes de direito dos respectivos Estados.

Duas ressalvas pertinentes devem ser feitas: A priori, somente será competência dos Tribunais Superiores a rescisão de matérias apreciadas em seus julgados. Ou seja, para que a rescisória seja de competência originária do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, deverá trazer, como pressuposto, matéria já apreciada pelo tribunal no qual se pretende ingressá-la. Significa dizer:

O que importa é saber-se se o que se quer rescindir é a decisão do Supremo Tribunal Federal [ou Superior Tribunal de Justiça], ou não. Podia acontecer que a mesma sentença houvesse de ser rescindida em três juízos diferentes – o juízo do primeiro grau de jurisdição, o juízo do segundo grau de jurisdição e o Supremo Tribunal Federal<sup>202</sup> (PONTES DE MIRANDA, 1976, p.474).

Segundo, sendo a competência dos Tribunais dos Estados, o julgamento caberá “ao órgão imediatamente superior se conhecido o recurso, isto é, se lhe for ou não dado provimento”.

Todavia, diferente dos ensinamentos doutrinários de Rizzardo<sup>202</sup>, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina dispõe que aos Grupos de Câmaras Cíveis compete processar e julgar as “**ações rescisórias de seus acórdãos** ou de acórdãos das Câmaras Cíveis Isoladas”. Nesse passo, quando a rescisão pretendida for de decisão de algum dos Grupos de Câmaras, não se seguirá a lógica de que o julgamento competirá ao órgão superior.

Caso a rescisão pretendida seja de decisão do mais alto órgão do Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal, será competência deste mesmo órgão o

---

<sup>202</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

juízo da ação rescisória. “Esgota-se, pois, no próprio tribunal a cadeia de ações rescisórias possível. Do contrário, adquiriria a ação rescisória o caráter recursal”.

## 5.5 Medidas Urgentes

Segundo Eduardo Talamini, nos últimos anos consolidou-se o entendimento favorável ao emprego de medidas urgentes destinadas a resguardar a utilidade concreta da possível decisão final de procedência da rescisória, mediante a suspensão dos efeitos da sentença rescindenda. Defendeu-se inicialmente o emprego das medidas cautelares. Depois, com a instituição da tutela antecipada, doutrina e jurisprudência passaram a cogitar também do emprego deste mecanismo na ação rescisória. Disto resulta a redação do art. 489 do CPC segundo a qual o ajuizamento da rescisória não impede o cumprimento da sentença ou do acórdão ressalvada a concessão de medidas cautelares onde tutela antecipada<sup>203</sup> (TALAMINI, 2005).

Efetivamente, a redação atual do o art. 489 do CPC não deixa qualquer dúvida acerca da possibilidade de concessão de medidas de natureza cautelar ou de antecipação de tutela, para suspender o cumprimento da sentença. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 489 o ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

Isso porque, a sentença rescindenda, ainda que diante da propositura de ação rescisória, poderá ser cumprida. O ajuizamento da ação rescisória, por si, não obsta o cumprimento da sentença.

---

<sup>203</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A nova redação dada ao art. 489 do CPC encerrou a discussão havida, até então, acerca da possibilidade do cabimento de provimento de urgência em relação à ação rescisória.

A interpretação dada ao dispositivo anteriormente à sua modificação era, contudo, radicalmente oposta, isto é, não se cogitava da possibilidade de sobrestamento da execução fundada em sentença de mérito transitada em julgado. Até o advento da reforma legislativa, no que se refere a esse ponto, a jurisprudência era uníssona no sentido de não aceitar a suspensão da execução, em razão da propositura da ação rescisória ou de determinação imposta ali mesmo, na própria rescisória.

A partir da introdução da sistemática de antecipação dos efeitos da tutela no sistema processual brasileiro, passou-se a admitir a suspensão da execução da sentença rescindenda, ou de outras medidas tendentes a evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação, desde que preenchidos as hipóteses genéricas previstas no art. 273 do CPC<sup>204</sup> (DIDIER JR e CARNEIRO DA CUNHA).

Por fim, sobre esse tema, cabe fazer menção, ainda, a uma peculiar situação que surge na hipótese em que se dá prosseguimento ao cumprimento da sentença que posteriormente vem a ser rescindida. Como visto, nos termos do art. 489 do CPC, a propositura da ação rescisória não obsta a execução da sentença.

Tratando-se de sentença com trânsito em julgado, a eventual execução da sentença se dá de modo definitivo. Sendo definitiva a execução, e não provisória, o credor que lhe dá seguimento não terá o dever de indenizar o devedor na hipótese de eventual desconstituição ulterior do título executivo, isto é, de rescisão da sentença após o seu cumprimento (art. 475-I, parágrafo 1º). Isso porque até o momento da execução, o título estava hígido, e tendo transitado em julgado, era suscetível de execução definitiva, ainda que pendente eventual ação rescisória. Assim, caso a sentença transitada em julgado venha a ser rescindida posteriormente, a parte que promove a execução age de modo lícito, não tendo,

---

<sup>204</sup> DIDIER JR. Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil**. Ed. JusPodivm, v. III, 7ª Edição.

portanto, qualquer obrigação de reparar os atos executivos realizados<sup>205</sup> (MOREIRA, 2008).

Tal solução, embora possa parecer a primeira vista como uma injusta, ou mesmo não ideal do ponto de vista da utilidade do processo (já que nesta hipótese a ação rescisória teria pouca ou nenhuma serventia) em uma análise mais acurada, percebe-se, é a mais adequada, pois ao mesmo tempo em que prestigia os valores segurança jurídica e razoável duração do processo, confere coerência ao próprio sistema processual visto em seu todo. De fato, tendo o credor um título executivo hígido seria temerário impedir o seu cumprimento, tão-somente pelo fato de ter sido ajuizada ação rescisória, sem que seja feito algum juízo da viabilidade da ação rescisória. Ao mesmo tempo, se o credor promoveu o cumprimento de título executivo que à época era válido, não se pode pretender responsabilizá-lo, posteriormente, em razão de eventual desconstituição judicial daquele título, sob pena de instaurar o mais completo e indesejável estado de insegurança jurídica possível, qual seja, aquele em que o cumprimento da sentença (diga-se pela parte vitoriosa) se torna uma verdadeira atividade de risco.

De outro lado, não há olvidar que se a sentença veio a ser rescindida, é porque não era desejável, inclusive, sob o ponto de vista do sistema processual, que em nenhum momento viesse a ser executada. Além disso, como já destacado, o cumprimento do título (que posteriormente revela-se viciado) esvaziaria a própria utilidade da ação rescisória. Sendo assim, a solução ideal do ponto de vista do sistema do processo é aquela que, ao mesmo tempo confere utilidade à ação rescisória, sem deixar completamente descoberto o valor segurança jurídica. A concessão de medida antecipatória na própria ação rescisória, deferida para suspender o curso da execução, a ser examinada no caso concreto soluciona o dilema apresentado, pois a um só tempo resguarda a utilidade da ação rescisória, sem, contudo, desprestigiar de modo excessivo o valor segurança jurídica inerente ao instituto da coisa julgada. Tal solução somente será efetiva se a suspensão da execução (ou outra medida necessária para impedir dano irreparável) for examinada

---

<sup>205</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Recursos**. Rio de Janeiro: In: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Borsói, XLV: 100.



confrontando-se as particularidades de cada caso, como deve ser feito o exame das antecipações de tutela em geral.

## 5.6 Procedimento

A ação rescisória deverá preencher todos os requisitos da petição inicial, previstos no art. 282 do CPC, além do que, deverá conter a cumulação do pedido de rescisão e, se for o caso, o de novo julgamento. Além disso, deverá ser depositada quantia de 5% sobre o valor da causa, conforme já examinado em ponto anterior. Esse é o teor do art. 488 do CPC:

Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.

O rito da ação rescisória previsto no Código de Processo Civil deixa claro ser a ação rescisória uma demanda autônoma, aproximando o seu procedimento ao do processo comum ordinário<sup>206</sup>, submetendo a petição inicial aos mesmos requisitos do art. 282 do CPC, bem como prevendo as mesmas hipóteses de indeferimento da inicial do art. 295 do CPC (acrescidas do requisito do depósito). A regra que remete a ação rescisória aos casos genéricos de indeferimento da inicial está contida no art. 490 do CPC:

Art. 490. Será indeferida a petição inicial:

I - nos casos previstos no art. 295;

II - quando não efetuado o depósito, exigido pelo art. 488, II.

Recebida a petição inicial, *o relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos*

---

<sup>206</sup> Acrescido de algumas características próprias, como o depósito de 5%.

*termos da ação*, findo o qual, *observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V*. Esse é o teor do art. 491 do CPC. O réu, portanto, poderá apresentar resposta em qualquer das modalidades do CPC: contestar, exceptuar ou reconvir. Segundo o STJ mesmo que não haja contestação, não se opera a revelia em face da indisponibilidade da autoridade da coisa julgada.

A instrução da causa é realizada mediante delegação. Estabelece o art. 492 do CPC que se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.

Concluída a instrução, abre-se vista às partes para apresentação das alegações finais (art. 493), com prazo de 10 dias, após o qual, os autos são enviados ao relator, que elabora exposição dos pontos controvertidos (art. 549).

Cabe destacar que a competência das medidas cautelares é definida no juízo competente para análise do pedido principal, ainda que se trate de cautelar preparatória (Artigo 800 do Código de Processo Civil).

Destarte, quando for interposto recurso, a medida cautelar será requerida diretamente no tribunal. O procedimento cautelar comum, aplica-se para as ações inominadas e supletivamente às ações cautelares nominadas, às últimas aplicam-se os procedimentos cautelares específicos.

A petição inicial deverá conter, além dos requisitos inerentes a toda e qualquer ação, a indicação da lide de seu fundamento da ação principal — na ação cautelar preparatória — e a exposição sumária da verossimilhança do direito ameaçado e do fundando receio de dano irreparável<sup>207</sup> (NETO, 2004).

O réu na ação cautelar será citado, de acordo com as regras do código de processo civil para tanto, e possuirá o prazo de 5 (cinco) dias para contestar o pedido.

A defesa poderá ser apresentada em forma de contestação ou exceção, não sendo possível reconvenção, em face de neutralidade em relação ao mérito.

---

<sup>207</sup> ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Prevalece, ainda, às regras referentes à revelia. Na fase instrutória, será facultado às partes a produção de provas para formação do convencimento do magistrado.

No que concerne à possibilidade de concessão de liminar no âmbito da medida cautelar, o art. 804 do código de processo civil delimitou essas possibilidades.

Justificando o cabimento de liminar no procedimento cautelar, Luiz Orione Neto<sup>208</sup> (2004, p. 160) o faz da seguinte maneira:

As medidas cautelares caracterizam-se pela urgência com que devem ser concedidas, pois delas depende, o resultado útil e profícuo do processo principal, seja ele de conhecimento, seja ele de execução. Para que as medidas cautelares possam cumprir seu *desideratum*, é necessário que a cautela seja concedida e executada com rapidez, de forma antecipada à futura sentença cautelar. Daí a necessidade imperiosa da concessão de liminar em ação cautelar, pois não basta a parte ingressar com uma ação cautelar e simplesmente pedir a cautela, visto que esta somente será concedida, se for o caso, após uma instrução que, mesmo sendo sumária, demanda o gasto de certo tempo. É necessário, então, medida ainda mais urgente que a cautela, ou seja, a liminar.

Há divergência doutrinária quanto à interpretação do dispositivo legal que prevê a concessão de medidas cautelares, parte da doutrina entende de forma restritiva limitando a possibilidade de concessão sem citação do réu, outra parte entende que essa possibilidade deve ser interpretada de forma extensiva.

Comentando essa interpretação, Ovídio A. Baptista da Silva<sup>209</sup> (2004, p. 127) assevera:

Tem-se dito que praticamente em todos os processos cautelares pode o juiz deferir liminarmente a medida, com ou sem justificação prévia (assim Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 21ª ed. pág. 416, que apenas faz ressalva ao atentado). Este entendimento poderá estar correto, desde que observado com prudência, como teremos oportunidade de ver, ao tratar de certas medidas cautelares, como as assegurações de prova e as exhibições cautelares, sem mencionar as hipóteses de medidas satisfativas, que produzam efeitos irreversíveis, que somente em casos especialíssimos poderiam ser concedidos liminarmente com supressão do prévio contraditório, dado que uma ocorrência deste gênero ofereceria ao demandado, ao ensejo de se lhe dar ciência da causa, já a existência do “fato consumado”, somente capaz de ser eventualmente reparado através do sucedâneo monetário. Neste caso, a alternativa é entre satisfazer ou parecer.

---

<sup>208</sup> ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>209</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Coisa Julgada Relativa?**. Revista dos Tribunais, Ano 93, volume 821, março de 2004.

Por conseguinte, é necessário realizar uma análise das consequências dessa concessão tendo em vista que, algumas vezes, tal deferimento poderá ter caráter satisfativo. A cautelar poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo.

## 5.7 Prazo

A ação rescisória deve ser proposta no período de 2 anos após o trânsito em julgado da decisão, consoante art. 495 do CPC. Trata-se de prazo decadencial, não suscetível de interrupção ou suspensão, visto que o prazo não diz respeito ao próprio direito da rescisão, e não ao exercício da via processual<sup>210</sup> (TALAMINI, 2005, p. 191).

O prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória é de 2 anos. O termo inicial é o trânsito em julgado da decisão. Não se aplica o art. 188, que prevê prazo privilegiado para Fazenda Pública, já que não se trata de recurso ou contestação, mas sim de ação autônoma. Esse é o entendimento consolidado nos tribunais. Efetivamente, não tem cabimento aplicar o art. 188 do CPC à ação rescisória, uma vez que o referido artigo diz respeito à contestação e recurso, espécies processuais que não se confundem com a ação rescisória. Há uma exceção prevista em lei, para o caso de ação rescisória de decisão que trate da transferência de terras públicas rurais, que é de 8 anos. É o que dispõe o art. 8º - C da lei 6.739/79, com redação dada pela Lei 10.267/2001. O STF já julgou inconstitucional, em sede de controle concentrado de constitucionalidade lei que ampliava prazo de quatro para cinco anos, conforme a ADI 1.754 e 1.910<sup>211</sup> (DIDIER JR. e CARNEIRO DA CUNHA, p. 389).

O prazo para ajuizamento da ação rescisória é decadencial porque a ação tem natureza constitutiva. Assim, o exercício do direito de ação é um direito potestativo da parte interessada, o que significa dizer que o prazo é decadencial, isto é, não se interrompe, ou suspende, tampouco pode ser prorrogado, somente

---

<sup>210</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>211</sup> DIDIER JR. Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil**. Ed. JusPodivm, v. III, 7ª Edição.

obstando a sua consumação o ato citatório. Por ser prazo legal, o órgão jurisdicional poderá conhecer de ofício a ocorrência da decadência, nos termos do artigo 210 do Código Civil.

Em algumas hipóteses, a existência de um prazo para propositura da rescisória pode ser prejudicial, como afirma Eduardo Talamini<sup>212</sup> (2005, p. 193):

Todavia, em relação a algumas das hipóteses de rescisória, é ainda mais evidente a drasticidade da disciplina ora vigente. São as hipóteses de defeitos vinculados a fatores externos ao processo em que se formou o ato rescindendo, que eventualmente podem vir a ser descobertos pela parte prejudicada apenas depois de já decorrido aquele prazo decadencial[...]Em tais casos, não é difícil imaginar o surgimento de situações gravemente injustas e ofensivas ao bom senso.

Entretanto, como pondera Gilmar Mendes em seu voto nos Embargos Declaratórios do Recurso Extraordinário n. 328812, o prazo da rescisória deve ser observado, em respeito ao princípio da segurança jurídica, base fundamental do ordenamento jurídico brasileiro<sup>213</sup>.

Por fim, cumpre observar que, a interposição de recurso impede o início do prazo decadencial, ainda que este não venha a ser admitido. A esse respeito, vale dizer, portanto, que o prazo decadencial de 2 anos, previsto no art. 495 do CPC somente tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que esta diga respeito apenas à não admissão de eventual recurso interposto. O termo inicial do prazo, portanto, não é necessariamente o trânsito em julgado da decisão de mérito, objeto da rescisão. A esse propósito, prevalece o entendimento no STJ de que deve ser aplicado o mesmo raciocínio no que diz respeito ao trânsito em julgado de apenas capítulo da sentença. Explica-se: quando a sentença pode ser dividida em capítulos e alguns destes não são impugnados por meio de recurso, ocorre o trânsito em julgado de apenas alguns dos capítulos da sentença. É o que Barbosa Moreira<sup>214</sup> (1999) chama de sentença objetivamente complexa.

---

<sup>212</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>213</sup> STF. 2a Turma. RE-ED 328812, rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 02.05.2008.

<sup>214</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord.) **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

Nesse caso, surge a dúvida acerca do termo inicial do prazo decadencial: seria o trânsito em julgado do último capítulo da sentença examinado, ou cada um dos capítulos que transitassem em julgado fariam iniciar o contagem do prazo decadencial no que diz respeito à ação rescisória respectiva? O STJ vem se manifestando no sentido de que mesmo nos casos de recuso parcial, somente se inicia o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, depois de esgotada a possibilidade de qualquer recurso.

Esse entendimento está consolidado, inclusive na Súmula 401 do STJ, assim enunciada: “*o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial*”.

Apenas a título de registro, é de se mencionar que no projeto de novo código de processo civil, o prazo para a propositura da ação rescisória foi mantido em dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

## 6 COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E DECISÃO POSTERIOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No direito pátrio, o controle jurisdicional de constitucionalidade assume caráter misto. De um lado, temos o controle abstrato de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal – por isso concentrado -, em que se aprecia em tese o estado da norma, por meio de um processo objetivo, cujas decisões gozam de eficácia *erga omnes*. De outro, temos o controle concreto de constitucionalidade, exercido por qualquer juiz ou tribunal – daí dizer-se difuso -, em que o estado da norma se apresenta como uma questão prévia de um caso concreto, tendo a decisão eficácia *inter partes*. Nesta forma de controle, se o Supremo Tribunal Federal reconhecer, em caráter definitivo, o vício do ato normativo, poderá o Senado Federal estender a todos os efeitos da decisão (art. 52, X, da CF/88).

O sistema pátrio não conhece técnica semelhante ao *stare decisis* ou à exceção de inconstitucionalidade. Os controles concreto e abstrato coexistem, sem que haja uma interferência direta de um sobre o outro. Todos os órgãos judiciais podem pronunciar, *incidenter tantum* e provisoriamente, juízos de constitucionalidade. Diz-se “provisoriamente” porque, mesmo no controle concreto, cabe ao STF dar a última palavra em matéria constitucional, já que a questão tende a ser resolvida no julgamento do recurso extraordinário. No entanto, é possível que a causa transite em julgado antes de chegar ao STF.

Nosso sistema de controle de constitucionalidade propicia a colisão de decisão (passada em julgado) proferida em controle concreto com posterior decisão do STF. Vislumbram-se as seguintes hipóteses: 1ª, órgão judicial declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da norma e deixa de aplicá-la, e posteriormente o STF reconhece sua compatibilidade com a ordem constitucional; e 2ª, órgão judicial, incidentalmente, reconhece a conformidade da norma com a Constituição e sobrevém declaração de inconstitucionalidade do STF.

Novamente nas palavras de Bruno Noura de Moraes Rego<sup>215</sup> (2001, p. 560/561), “É no controle de constitucionalidade difuso que o cidadão busca a defesa de seus direitos. O cidadão, ao se valer do controle difuso, garante a constituição ao defender uma lesão contra seu direito.

---

<sup>215</sup> RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

No controle concentrado é a garantia da segurança jurídica, ou seja, o Tribunal responsável pelo controle da constitucionalidade estabelece a interpretação constitucional aplicável de maneira geral, provocando certeza do direito. Tem como função primordial, a defesa da constituição.

Com o advento da emenda constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, foi criado, no direito brasileiro, mais um instrumento de controle de constitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade. Essa ação apresenta, como grande novidade, o chamado “efeito vinculante”.

Diante do possível conflito de decisões, questiona-se: a) o pronunciamento superveniente do STF retroage para atingir as decisões colidentes já transitadas em julgado?; b) cabe ação rescisória das decisões transitadas em julgado com conteúdo antagônico à posterior decisão do STF?; e c) para que a decisão superveniente do STF incida em relação jurídica que já foi objeto de decisão judicial, é sempre necessária a prévia desconstituição do julgado, via ação rescisória?

## 6.1 Solução Jurisprudencial

Segundo entendimento do STF, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma permite a rescisão dos julgados conflitantes, com base no inciso V do art. 485 do CPC: violação à literal disposição de lei.

A tese estriba-se, fundamentalmente, no dogma da nulidade da norma inconstitucional. Sendo a norma inconstitucional nula desde a origem, não se reconhece a ela capacidade para produzir efeitos jurídicos.

O *leading case* da matéria é o RE nº 89108/GO, em cujo voto condutor se lê:

“Em verdade, a hipótese é simples. Pretende a recorrente rescindir um acórdão que aplicou dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional. Ora, segundo nos parece, lei inconstitucional não produz efeito nem gera direito, desde o início. Assim sendo, perfeitamente comportável é a ação rescisória (RE nº 89108/GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. em 28.08.1980, *RTJ*, nº 101/207).”

Processo civil. Ação rescisória. Matéria constitucional. STF – Súmula 343. A lei comporta mais de uma interpretação, mas ela não pode ser válida e inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la, circunstância que excepciona da súmula 343 do STF a ação rescisória que versa matéria constitucional. Recurso especial conhecido e improvido (Resp. nº 93965/DF, 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 15.09.1997, *RSTJ* 103/115).”



Mais recentemente, tem-se admitido a rescisão de julgado conflitante mesmo naquelas hipóteses em que decisão superveniente do STF declara a constitucionalidade da norma. Generalizou-se, portanto, o cabimento da rescisão dos julgados que afrontam decisão proferida pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade, seja ela conclusiva da mácula ou da perfeição da norma. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

“PROCESSUAL – AÇÃO RESCISÓRIA – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL – NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA LEI – INCONSTITUCIONALIDADE – SÚM. 343/STF – NÃO INCIDÊNCIA – CABIMENTO DA RESCISÓRIA. Se o acórdão rescindendo deixou de aplicar a lei, por julgá-la inconstitucional, a ação rescisória é sempre cabível, nada importando a circunstância de tal inconstitucionalidade haver sido controvertida, na época em que se formou o acórdão. A restrição contida na Súmula 343 do STF não incide, quando se controvertia a constitucionalidade da lei, ficando ao largo, a interpretação do dispositivo legal (Resp. nº 99425, 1ª turma do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 06.03.1997, RSTJ 96/150).”

## 6.2 Limite Temporal das Decisões de Controle de Constitucionalidade

No que se refere à eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, a maioria dos ordenamentos jurídicos filia-se ao modelo norte-americano. Com base no princípio da supremacia da Constituição, considera-se absolutamente nula (*null and void*) uma norma contrária à lei maior. Por consequência, o poder judiciário, ao reconhecer a inconstitucionalidade, apenas declara, com eficácia retroativa, a nulidade preexistente da norma.

Nosso direito não foge à regra. A nulidade da norma inconstitucional constitui postulado bastante arraigado à cultura jurídica nacional. Com base nele, doutrina e jurisprudência afirmam, de forma praticamente uníssona, a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, embora a constituição brasileira não contenha dispositivo algum sobre a matéria.

Segundo entendimento dominante, a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade implica a aquiescência dos efeitos da norma viciada, ocorridos até o advento do pronunciamento judicial.

As Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 vieram atenuar o rigorismo do postulado segundo o qual a norma inconstitucional é nula *ab initio*. Autorizam o STF a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento. Para isso, exigem quórum qualificado – voto de

dois terços de seus membros – e a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A declaração de inconstitucionalidade em controle concreto, no aspecto temporal, “surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento”<sup>216</sup> (SILVA, 1993, p. 54). No entanto, a inconstitucionalidade não se projeta além do processo em que foi reconhecida. “Não há invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência no caso, para o caso e entre as partes”<sup>217</sup> (VELOSO, 2000, p. 41).

A restrita eficácia da decisão supramencionada pode ser ampliada por Resolução do Senado, nos termos do art. 52, X, da CF. Com a intervenção do Senado, a declaração de inconstitucionalidade adquire eficácia *erga omnes*. Sobre a natureza e consequências do ato senatorial, assim se manifestou o STF:

O ato do Senado, previsto no art. 64 da Constituição, não é um ato legislativo. Se fosse teria que competir não só ao Senado mas também à Câmara, dependendo ainda da sanção do Presidente da República. Trata-se de atribuição que o art. 64 da Constituição confere ao Senado, de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, pelo Supremo Tribunal, fazendo com que a decisão deste produza efeito *erga omnes*. O ato do Senado é complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta.

É objeto de controvérsia a eficácia temporal da Resolução do Senado. O STF, no entanto, já se pronunciou a favor da retroatividade, nos seguintes termos:

A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeitos todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança. Aplicação da súmula 430. Recurso desprovido (RMS nº 17976/SP, 3ª Turma do STF, Rel. Min. Amaral Santos, j. em 13.09.1968, RTJ 55/744).

A declaração de constitucionalidade, por sua vez, seja em controle abstrato seja em controle concreto, apenas reconhece um estado preexistente e presumido da norma – a conformidade com a ordem constitucional -, de modo que sua eficácia retroativa não encontra opositores. Em se tratando de controle concreto, a declaração de constitucionalidade tem eficácia *inter partes* e não existe a possibilidade de o Senado expandir os limites subjetivos da decisão.

<sup>216</sup> José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 9ª ed. rev. e ampl., 3ª tir., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 54.

<sup>217</sup> Zeno Veloso, Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882/99 de 03.12.1999, 2ª ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 41.

### 6.3 Importante Análise das Relações Jurídicas Segundo o Critério Temporal

A duração limitada do fato jurídico e da norma depende de um dado pré-jurídico: a temporalidade dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico<sup>218</sup> (CAPONI, 1991, p. 24). Há situações substanciais que se dividem em duas categorias, segundo a duração do interesse que são chamadas a realizar:

1ª) situações instantâneas: o interesse tutelado é instantâneo e realiza-se no momento em que a situação se extingue, por adimplemento. Pense-se no crédito de uma soma, resultante de um contrato de compra e venda. Tutela-se o interesse do vendedor em conseguir um bem (o preço acertado), o qual é alcançado quando o comprador cumpre e extingue a obrigação de pagar;

2ª) situações duradouras: o interesse protegido é longo e satisfaz-se pela permanência, no tempo, da situação jurídica. A situação jurídica alcança sua finalidade não quando se extingue, mas enquanto perdura no tempo. Por exemplo: protege-se o interesse do locatário em conservar a posse do bem locado, o qual é satisfeito enquanto a coisa permanece à sua disposição, e não quando o contrato de locação se extingue.

A distinção entre as relações instantânea e continuativa tem fundamental importância no estudo do tema versado. Tais relações, ao serem objeto de um pronunciamento judicial transitado em julgado, comportam-se de maneira diferente em face de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito.

### 6.4 Solução nas Relações Instantâneas

Após as considerações sobre a eficácia temporal das decisões de controle de constitucionalidade e sobre as relações jurídicas instantânea e continuativa, podemos agora avançar com segurança.

1º caso – Superveniente declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato. Começamos pela seguinte hipótese: em caso envolvendo relação instantânea, a decisão definitiva aplica determinada norma, que posteriormente vem a ser declarada inconstitucional pelo STF, em ação de controle abstrato.

---

<sup>218</sup> Remo Caponi, *L'efficácia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 24.

A posição dos tribunais superiores é conhecida: embora o julgado precedente não seja imediatamente desconstituído, admite-se a propositura de ação rescisória, com base no inciso V do art. 485 do CPC (violação à literal disposição de lei), ainda que a matéria tenha sido objeto de interpretação controvertida nos tribunais (ou seja, nega-se aplicação à Súmula nº 343 do STF).

A mudança no estado de direito provocada pela decisão do STF, consistente no efeito vinculante, não é retroativa; opera desde a publicação do acórdão. O julgado que tem por objetivo uma relação instantânea não perde sua autoridade em razão de alterações fáticas ou jurídicas supervenientes. Sobrevinda declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato não viabiliza a desconstituição do julgado.

A declaração de inconstitucionalidade reconhece o vício normativo em sua exata extensão temporal, isto é, desde a origem do ato maculado. A certeza jurídica daí advinda retroage e infirma todos os “efeitos” aparentes da norma viciada, inclusive eventual julgado em que tenha sido aplicada. Porque nula, a norma jamais incidiu, não gerou efeitos jurídicos e, por consequência, não poderia ter sido aplicada em um caso concreto.

A supremacia e a intangibilidade da constituição e a consequente nulidade da norma que lhe ofenda são valores que, apreciados em tese, sobrepõem-se à segurança jurídica derivada da coisa julgada. Em razão disso, legitimam a interpretação extensiva do art. 485, V, do CPC e o afastamento da Súmula nº 343 do STF, de modo a viabilizar a desconstituição dos julgados que aplicaram a norma posteriormente declarada inconstitucional, com efeito *erga omnes*.

No entanto, não se pode generalizar cegamente a solução preconizada pelos tribunais. Mesmo naqueles estados em que se reputa nula a norma inconstitucional e retroativa a decisão que a reconhece como tal, é comum conceder-se ao Judiciário poder para adequar os efeitos temporais da inconstitucionalidade às peculiaridades do caso concreto.

Atento ao problema, o STF já reconheceu efeitos jurídicos a atos contrários à constituição, em homenagem, *v.g.*, à boa fé, a teoria do funcionário de fato e à não repetição de verbas salariais, como se observa nas ementas abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de

inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte (RE nº 122202/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 10.08.1993).

2º caso – Superveniente declaração de inconstitucionalidade em controle concreto. A declaração de inconstitucionalidade em controle concreto, mesmo quando advinda do Plenário do STF, tem sua eficácia restrita às partes. Em que pese a respeitabilidade do precedente do STF, a manifestação judicial acerca do estado da norma é válida exclusivamente para o caso em exame. Assim sendo, não é possível aproveitar a eficácia da decisão para rescindir casos anteriormente julgados.

O que se pode cogitar é a desconstituição dos julgados invocando os fundamentos fático-jurídicos da decisão de controle concreto de constitucionalidade. A coisa julgada, como valor inerente à ordem constitucional-processual, convive com outros valores de igual ou maior grandeza, com os quais precisa ser harmonizada. Cândido Dinamarco arrola alguns valores capazes de relativizar a coisa julgada, a saber: a) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; b) a moralidade administrativa; c) o justo preço das indenizações em desapropriações imobiliárias; d) a dignidade da pessoa humana; e) a fraude e o erro grosseiro; f) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; g) o acesso a ordem jurídica justa; e h) as impossibilidades jurídicas. O autor não deixa de advertir o caráter excepcional da disposição de flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o que qualquer sistema sucumbiria diante da crise de incerteza e insegurança jurídica advinda<sup>219</sup> (DINAMARCO, 2003, PP 9-38/22-3).

3º caso – Superveniente declaração de inconstitucionalidade em controle + “suspensão” do ato normativo pelo Senado Federal. Quando o Senado Federal faz uso da prerrogativa que lhe confere o art. 52, X, da CF, a pontual declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, antes restrita às partes do caso concreto, estende-se a todos, retroativamente.

Como o juízo de inconstitucionalidade da norma ganha eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a resposta para o problema não difere do primeiro caso abordado (superveniente decisão do STF em ação de controle abstrato). Também aqui cabe, em tese, a desconstituição, mediante ação rescisória, dos julgados que aplicaram a norma inconstitucional. Todavia, a formulação da derradeira resposta judicial requer a análise individualizada do caso concreto, ocasião em que se há de sopesar os valores em conflito.

---

<sup>219</sup> Cândido Rangel Dinamarco. “Relativizar a coisa julgada material”, revista de processo, nº 109, 2003, pp. 9-38, esp. pp.22-3.

4º caso – Superveniente declaração de constitucionalidade. Resta apreciar a hipótese em que se deixa de aplicar determinada norma, por havê-la inconstitucional, e sobrevém declaração de constitucionalidade do STF em controle abstrato.

Em ponto anterior, registramos que, mesmo em tal hipótese, os tribunais revelam-se favoráveis à desconstituição do julgado incompatível com a posterior decisão do STF. No STJ, multiplicam-se os precedentes nesse sentido, como o abaixo colacionado:

“PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. SÚMULA Nº 343, STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. LEI Nº 7.689/88 (ARTS. 1º A 7º).

1. Não cabe invocar a aplicação da Súmula nº 343, STF, quando o dissenso jurisprudencial envolve matéria de cunho constitucional.
2. Ao ser julgado o Resp. nº 99.425/DF, relatado pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, a 1ª Turma do STF decidiu: “Se o acórdão rescindendo deixou de aplicar a lei, por julgá-la inconstitucional, a ação rescisória é sempre cabível, nada importando a circunstância de tal inconstitucionalidade haver sido controvertida, na época em que se formou o acórdão. A restrição contida na Súmula 343 do STF não incide, quando se controvertia a constitucionalidade da lei, ficando ao largo, e interpretação do dispositivo legal (DJU de 07.04.97, p. 11058)”. [...]
3. Embargos de divergência acolhidos para, provendo o recurso especial, considerar procedente a ação rescisória intentada pela União (ERESP nº 168836/CE, 1ª Seção do STJ, Rel. Min. José Delgado, j. em 06.12.1999)”.

Necessidade de ação rescisória como regra. A desconstituição de julgado com base em posterior manifestação do STF acerca da questão constitucional, já deve ter ficado claro, requer ação rescisória. Isso porque não há um conflito direto entre tais decisões. A sobrevinda manifestação do STF, ainda que decorrente de controle abstrato, infirma apenas o fundamento jurídico em que se assentou o anterior julgado. O elemento declaratório da sentença que julgou o caso concreto, cuja imutabilidade caracteriza a coisa julgada, não é diretamente atingido pelo pronunciamento do STF. É por meio de ação rescisória que se obtém o comando necessário ao desfazimento e estabelecendo nova certeza para aquele objeto litigioso.

## 6.5 Solução nas Relações Continuativas

Examinemos melhor como se comporta o julgado que tenha por objetivo uma relação continuativa, caso sobrevenha decisão contrária do STF em controle de constitucionalidade

Constatamos anteriormente que as decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade (afirmativas do vício ou da regularidade da norma) e a resolução do Senado, produzem: a) certeza jurídica quando ao estado da norma (=efeito declaratório), retroativa ao ingresso desta no mundo jurídico; e b) efeito vinculante, a partir da decisão do STF ou do ato senatorial.

Estribado no efeito declaratório, pode-se desconstituir o julgado incidente sobre uma relação continuativa exatamente nas mesmas condições em que tem cabimento o desfazimento do julgado nas relações instantâneas, e pelos mesmos motivos. Sintetizando o que já vimos, temos o seguinte quadro:

1º) superveniente declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato ou em controle concreto, seguida de resolução do Senado, permite, em tese, a desconstituição do julgado ( e dos efeitos já ocorridos) que aplicou a norma à relação continuativa. Para tanto, é necessário, em regra, o ajuizamento de ação rescisória;

2º) posterior declaração de inconstitucionalidade em controle concreto sem a intervenção do Senado não alcança as sentenças já transitadas em julgado. Excepcionalmente, quando os valores prestigiados na decisão incidental do STF forem capazes de relativizar a coisa julgada, é possível invocá-los para desfazer sentença contrária;

3º) sobrevindo declaração de constitucionalidade em controle abstrato ou concreto, em princípio, não tem lugar a desconstituição do julgado antagônico nem de seus efeitos já produzidos; e

4º) em qualquer hipótese, a decisão pela manutenção ou pelo desfazimento do julgado requer a ponderação dos valores colidentes no caso concreto, cujo desfecho deve orientar-se pelos critérios informados pela proporcionalidade.

O efeito vinculante representa uma modificação no estado de direito. As decisões em controle abstrato e a Resolução do Senado preceituam a todos um comportamento compatível com o que foi declarado em juízo pelo STF; impõem um comando normativo (dever-ser) até então inexistente. Por conta disso, a partir da decisão do STF ou do ato senatorial, todas as relações continuativas pendentes devem se conformar a esse comando, ainda que tenham sido objeto de anterior pronunciamento judicial. Por exemplo: o STF, em ação de controle abstrato, declara a inconstitucionalidade da lei que instituiu determinado tributo. Daí para frente, todos que constavam como contribuintes estão liberados, mesmo

aqueles que tiveram contra si julgado em que se reconheceu a constitucionalidade da exação.

A incidência do efeito vinculante sobre as relações continuativas, para discipliná-las daí em diante, dá-se automaticamente ou mediante ação de modificação, nos casos em que o ordenamento a exige. Mesmo naquelas relações continuativas que já foram objeto de sentença transitada em julgado, não há necessidade de prévia rescisão. Isso porque o efeito vinculante não retroage para infirmar a coisa julgada. A declaração de que, nas circunstâncias anteriores, tal parte tinha ou não direito – que constitui a essência da coisa julgada – não sofre um arranhão sequer, continua imutável. É a eficácia futura da sentença que é cortada, como se abstrai das linhas de Pontes de Miranda, ao tratar da ação de modificação.

Em resumo, em se tratando de relação continuativa, a sentença transitada em julgado à qual sobrevenha conflitante decisão do STF em controle abstrato ou Resolução do Senado sujeita-se ao seguinte tratamento:

1º) pode ser desconstituída, juntamente com os efeitos já ocorridos, nos mesmos casos apontados para as relações instantâneas, dependendo, em regra, da propositura de ação rescisória;

2º) cessa sua eficácia futura, imediatamente ou por meio de ação de modificação, e independentemente de ação rescisória.



## 7 EFEITO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Preocupante fenômeno tem-se revelado na prática judiciária destes últimos tempos: inúmeros litígios entre a Fazenda Pública e os contribuintes de diversos tributos, de duvidosa constitucionalidade, têm agitado e sobrecarregado os tribunais do país, com decisões divergentes. E, em muitos casos, os órgãos jurisdicionais têm afirmado a inconstitucionalidade dos referidos tributos, exercendo o controle difuso da constitucionalidade, com sentenças já revestidas da autoridade da coisa julgada.

Tem acontecido, porém, que posteriormente o Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário, vem a declarar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do tributo, em casos concretos distintos daqueles em que se deu a coisa julgada favorável ao contribuinte.

Isso tem ensejado, por parte da Fazenda Pública, o ajuizamento de diversas ações rescisórias, visando a desconstituir a coisa julgada, com base na sucessiva declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alegação da “violação de literal disposição de lei” por parte das sentenças rescindendas (art. 485, inciso V, CPC).

Outra hipótese também tem ocorrido: após a coisa julgada, acobertando sentenças que afirmaram a inconstitucionalidade do tributo, o Supremo declarou sua constitucionalidade, pela ação declaratória introduzida no ordenamento brasileiro pela Emenda nº 3, de 17.3.1993.

Em ambos os casos, com base em algumas decisões da própria Suprema Corte, a Fazenda tem pretendido afastar a incidência da Súmula nº 343 do STF, que assentou: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Este tópico versará exatamente sobre a questão do cabimento da ação rescisória, em casos de interpretação divergente em matéria constitucional, em que ocorra posteriormente à coisa julgada manifestação contrária do STF. E, para tanto, será necessário examinar em detalhes os motivos pelos quais a Suprema Corte afastou, nessa matéria, a incidência da Súmula nº 343, bem como analisar atentamente os efeitos da declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, pelo sistema difuso e pelo concentrado, no ordenamento brasileiro.

## 7.1 Coisa Julgada e Ação Rescisória

A coisa julgada é instituto que obedece a razões políticas, de natureza prática, voltadas a garantir a certeza do direito que assegura a paz social. Tem assento constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, da CF), exatamente porque a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais.

O ordenamento jurídico só em casos excepcionais prevê a possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação rescisória. Isto ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor “justiça” sobre o valor “segurança”.

## 7.2 Violação de Literal Disposição do Direito em Tese e Interpretação Razoável

Por isso mesmo a “violação de literal disposição da lei” (art. 485, inciso V, do CPC), entendida como violação de literal disposição do direito em tese<sup>220</sup> para sustentar o fundamento da ação rescisória, há de ser clara e insofismável.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, deixou assente que, sendo a ação rescisória remédio excepcional, e não recurso ordinário, não caberia ela em matéria de interpretação (RTJ, vol. 43, p.289, e vol. 43, p. 339).

Nas palavras do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro:

Ora, a violação há de ser a literal disposição de lei. Violação clara e inequívoca do que estatui nitidamente o dispositivo. Nesse caso dos autos não está a interpretação que se opõe a uma corrente doutrinária ou jurisprudencial. É preciso, para a invocação do art. 798, I, c, estridente contrariedade ao dispositivo, para usar da expressão grata aos juízes de luminosa memória, que honraram o STF, há mais de quarenta anos” (RTJ, vol. 73, p. 341).

Na ementa do Acórdão vê-se a seguinte redação

A ofensa a literal disposição de lei, do art. 798, I, c, do CPC de 1939, é a que envolve contrariedade estridente com o dispositivo, e não a interpretação razoável ou que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir o que ele negou (RTJ, vol. 73, p. 338)

---

<sup>220</sup> Ver, por todos, José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao CPC, 6ª ed., Ed. Forense, 1993, vol. V, nº 78, p. 117.

Por diversas vezes a Suprema Corte tem decidido que: “O dissídio jurisprudencial afasta o cabimento da ação rescisória” (voto do Min. Djaci Falcão, Ação Rescisória nº 891 – PB, in RTJ, vol. 73, p. 343).

Daí surgiu a Súmula nº 343 do STF que veio assentar: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Mais tarde afirmou o Ministro Moreira Alves:

Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal de dispositivo de lei, para justificar sua rescisão – art. 485, V, do CPC -, ainda que jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário” (RTJ, vol. 91, p. 312).

O entendimento foi posteriormente acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se vê do acórdão publicado in *RSTJ*, vol. 40, p. 17, cuja ementa reza:

1. Justifica-se o *indicium rescindens*, em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485, V do Cód. De Proc. Civil.
2. Não é ofendida, porém, desta forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei.

Também a lição da doutrina processual contemporânea a exemplo de José Carlos Barbosa Moreira:

Decisão que se afaste da jurisprudência não terá de ser vista, só por isso, como necessariamente violadora da lei, ainda que o entendimento adotado divirja de proposição constante de Súmula a mera inclusão em Súmula – mesmo na da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – não torna vinculativa a proposição. Poderá o órgão julgador da ação rescisória, segundo o seu livre convencimento, declarar improcedente o pedido conquanto divergentes a interpretação dada à norma pela sentença e a consagrada em Súmula, ou dar pela procedência a despeito de coincidentes as interpretações<sup>221</sup> (MOREIRA, 2010, p. 118).

### **7.3 Da divergência de Interpretação em Matéria Constitucional: Casos Possíveis**

A professora Ada Pellegrini Grinover resume as seguintes hipóteses:

É possível esquematizar as divergências entre tribunais, em matéria constitucional, de acordo com as hipóteses seguintes:

---

<sup>221</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Vol. V, Ed. Forense, 2010.

- a) Ação direta de inconstitucionalidade: a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada *erga omnes ex tunc*, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e impedindo divergências de interpretação.
- a.1) Nesta mesma ação, se, rejeitado o pedido, for declarada a constitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do órgão julgador, a declaração de constitucionalidade fará coisa julgada *erga omnes ex tunc*, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e impedindo interpretações divergentes.
- b) Ação direta declaratória de constitucionalidade: a declaração de constitucionalidade faz, igualmente, coisa julgada *erga omnes ex tunc*, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e impedindo divergências de interpretação.
- b.1) Se, nesta ação, for declarada a inconstitucionalidade pelos votos da maioria do órgão julgador, ter-se-á, igualmente, a coisa julgada *erga omnes ex tunc*, vinculante, a impedir interpretações divergentes.
- c) Declaração de inconstitucionalidade pelo sistema difuso: a decisão sobre a prejudicial é proferida *incidenter tantum*, sem qualquer efeito de coisa julgada material e sem efeitos vinculantes, podendo os tribunais continuar a divergir sobre a interpretação constitucional.
- c.1) No caso de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, que tem efeito geral, mas *ex nunc*, não poderão os tribunais divergir, a partir deste momento, sobre a constitucionalidade da lei, que se encontra suspensa. Se se entender, neste caso, que a suspensão da execução da lei, pelo Senado, tem efeitos *ex tunc*,<sup>222</sup> essa visão poderá ter efeitos sobre o cabimento da rescisória<sup>223</sup>.
- d) Declaração de constitucionalidade pelo sistema difuso: se a lei ou o ato forem declarados constitucionais, ainda pela via do controle difuso, a hipótese é idêntica à da alínea c, sendo a questão prejudicial decidida *incidenter tantum*, sem qualquer efeito de coisa julgada e sem eficácia vinculante, podendo os tribunais continuar a divergir sobre a interpretação constitucional.

---

<sup>222</sup> Ver supra, nº 4, alínea d.3.

<sup>223</sup> Ver infra, nº 8.

## 8 EFICÁCIA DA COISA JULGADA E RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O processo judicial nasce com o escopo de se extinguir, extinguindo junto com ele a relação incerta, litigiosa, de modo a conferir estabilidade às relações intersubjetivas, seja em particulares, seja entre o próprio Estado e os cidadãos, como se dá no processo tributário.

Nosso sistema jurídico prestigia a autoridade da coisa julgada, ou *res judicata*, como fenômeno indispensável à pacificação das relações sociais e à promoção do princípio da segurança jurídica (v. Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. XXXVI).

A necessidade de segurança jurídica assume especial realce quando se postam em conflito Estado e cidadão, como se dá em matéria, de onde eclodem lides que tocam em dois dos mais fundamentais valores do ser humano: a liberdade e a prosperidade.

Sem embargo da formidável massa de lides fiscais submetidas ao crivo do Poder Judiciário, ainda se mostra relativamente incipiente a compreensão dos efeitos em matéria tributária que produzem as ações próprias ao controle concentrado de constitucionalidade como a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

### 8.1 Configuração do Problema à Luz do Sistema Positivado

O principal foco de controvérsias situa-se no plano infraconstitucional, especialmente nos arts. 467 a 471 do Código de Processo Civil, sem embargo do relevo do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição Federal. Tais dispositivos do CPC dizem que interessa diretamente, que se denomina de *coisa julgada material* a eficácia que agrega imutabilidade e indiscutibilidade à sentença que não mais possa ser vulnerada recursalmente (art. 467, *caput*). Preceitua ainda nosso diploma processual que a sentença de mérito (que julga a *lide*) *tem força de lei nos limites do pedido*, enquanto a *fundamentação da sentença*, não recebe guarida da *res judicata* (art. 469, incs. I e II); mas, se a parte do requerer receberão força de coisa julgada as *questões prejudiciais*, decididas incidentalmente como pressuposto para julgamento da lide.

A seu turno, o Código Tributário Nacional, em seu art. 156, inc. X, prescreve que tem força extintiva do crédito tributário “a decisão judicial passada em julgado”.

## 8.2 Ação Rescisória em Matéria Tributária

O problema da rescindibilidade das sentenças em matéria tributária tem contribuído para marcar ainda mais o “caos processual tributário” que temos vivenciado hodiernamente. Por razões já vistas e que referem a elevados valores que nosso ordenamento prestigia, como a segurança jurídica que se espera – a bem do Estado de Direito – dos pronunciamentos jurisdicionais definitivos, a ação rescisória surge como meio absolutamente excepcional para vulneração da sentença transitada em julgado. Encontrável em nosso sistema desde o Regulamento 737 de 1850, que estabelecia a rescindibilidade da sentença tida como *nula*<sup>224</sup> e classifica atualmente como *meio autônomo de impugnação de decisões judiciais*,<sup>225</sup> tem a ação rescisória, como finalidade, no dizer de Nelson Nery Júnior “a alteração de um estado jurídico já existente, alcançando com a autoridade da coisa julgada que pesa contra sentença firme”<sup>226</sup>.

Pode ser conceituada, portanto, a ação rescisória em matéria tributária, como a ação de caráter exacional imprópria ou antiexacional imprópria, que tem a finalidade de vulnerar a autoridade da coisa julgada operada em sentença judicial do conteúdo tributário.

A ação rescisória tem encontrado, ultimamente, destacado relevo especialmente em face dos inumeráveis casos de discrepâncias entre a decisão transitada em julgado e acórdãos sobre constitucionalidade de norma jurídica tributária pelo Supremo Tribunal Federal.

Tem-se registrado a propositura de numerosas ações rescisórias em matéria tributária perante nossos tribunais – especialmente os Tribunais Regionais Federais – ora com a Fazenda Pública ora com o contribuinte figurando em seu pólo ativo, que colimam desconstituir decisão de mérito transitada em julgado; propõe-se tais ações sob o argumento da violação a literal disposição de lei, quando o acórdão transitado em julgado tenha decidido em desacordo com o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional tributária.

Duas correntes hermenêuticas antagônicas, que se servem dos mais variados argumentos, uma primeira a nutrir elementos pela rescindibilidade dos acórdãos trânsitos

---

<sup>224</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>225</sup> Marcelo M. Bertoldi, “Sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória”, *RePro* 75/40-53.

<sup>226</sup> Nelson Nery Júnior. *Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos*, São Paulo, RT, 1993.

que discrepem de nossa Corte Excelsa e outra a sustentar o incabimento da rescisória para tais fins.

Esta discrepância doutrinária se projeta diretamente sobre o plano pretoriano onde se localizam, de modo assemelhado, as imagens judiciais das variadas linhas doutrinárias, o que se verifica nos Tribunais Regionais Federais das diversas Regiões e, sobretudo, em recentes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, como mais adiante teremos a oportunidade de demonstrar.

### **8.3 As Diversas Posições Doutrinárias sobre a Ação Rescisória em Matéria Tributária – Argumentos da Fazenda e Argumentos dos Contribuintes**

Sintetizando os mais salientes argumentos das duas principais correntes. Primeiramente pode-se identificar vertente doutrinária a promover de forma ampla o uso da ação rescisória nos casos de conflito de sentença transitada em julgado com decisão definitiva do STF.

Esta linha de raciocínio pode ser representada através dos argumentos expostos pelo ilustre advogado e Subprocurador Geral da Fazenda Nacional Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho <sup>227</sup>.

i) Consoante nosso Código de Processo Civil, art. 485, V, tem cabimento ação rescisória de decisão de mérito que viole disposição de lei constitucional ou infraconstitucional, no prazo de 2 anos contados de seu trânsito em julgado;

ii) Se a decisão for prolatada “após e contrariamente a jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal”, ainda segundo Oswaldo Othon, não haveria campo para dúvidas quanto ao cabimento da ação rescisória com fulcro no dispositivo acima mencionado (já que não seria cabível o mandado de segurança por força do dispositivo da Súmula 268 do STF), não sendo sequer de cogitar da aplicação das Súmulas 134 e 343, respectivamente do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal, pela ausência de controvérsia ao tempo da prolação da decisão;

iii) Restando investigar o cabimento da rescisória no caso de a decisão ter sido proferida enquanto ainda houvesse controvérsia nos tribunais, conclui o autor também pela inaplicabilidade das súmulas referidas em se tratando de matéria constitucional tributária consoante tem decidido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o próprio Supremo Tribunal Federal, na esteira do entendimento predominante acerca da Súmula 400;

---

<sup>227</sup> Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. “Ação Rescisória em Matéria Constitucional Tributária”, *in Processo Judicial em Matéria Tributária*, (coord. Valdir de Oliveira Rocha), Dialética, São Paulo, 1995, pp. 113 – 122.

iv) Além disso, sustenta que “decisões imutáveis distintas, para casos iguais, comprometeriam o princípio constitucional-tributário da isonomia (art. 150, inciso II), e abalariam a confiança devida ao Poder Judiciário”;

v) Insere também em relevo o iminente Procurador a desnecessidade de pré-questionamento do texto legal violado (invocando precedente do STF) e a vedação de utilização de medida cautelar em ação rescisória para impedir a realização dos efeitos da coisa julgada material (art. 489 do Código de Processo Civil, Súmula 234 do TFR e precedente do STF).

Aos entendimentos anteriores opõem-se respeitados doutrinadores como Sacha Calmon Navarro Coêlho, Hugo de Brito Machado e Marilene Talarico Martins Rodrigues, cujo extrato da argumentação o fizemos através da sintética formulação abaixo, à qual agora agregamos as valiosas contribuições de Sergio Sahione Fadel e Humberto Theodoro Júnior<sup>228</sup>:

i) “inexiste pressuposto (carência de ação) para a ação rescisória de sentença transitada em julgado, em razão de interpretação diversa do direito aplicado à espécie” (Sacha Calmon) e não há previsão, no CPC, para autorização de rescisão por “superveniente julgamento contrário a coisa julgada” (Marilene Rodrigues), sendo que, ademais, o princípio maior da segurança jurídica impede a rescisão de decisão onde foi plenamente prestigiado o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º LV) em atenção ao respeito ao princípio também constitucional da proteção à coisa julgada (art. 5º, XXXVI) (Marilene Rodrigues);

ii) O prestígio à segurança jurídica impede a vulneração da coisa julgada em casos que tais (Sacha Calmon Navarro Coêlho e Marilene Rodrigues);

iii) Ainda em atenção ao princípio da segurança jurídica, a Súmula 343 do STF, impeditiva da rescisão, é aplicável mesmo em se tratando de matéria constitucional (apesar das decisões em contrário do STF) sob pena de assim não se entendendo tornarem-se inúteis alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais como os arts. 102, III, e 97 da CF/88; ademais disso, a divergência jurisprudencial inexpressiva desautorizaria a rescisória (Hugo de Brito Machado);

iv) Em se admitindo a rescisória “a declaração incidental de inconstitucionalidade restará de tal forma desprestigiada que melhor será aguardar-se, em todos os casos a manifestação do Supremo Tribunal Federal” (Hugo de Brito Machado), donde “teríamos a provisoriedade de todas as decisões que não fossem do STF sobre questão constitucional” e “estaria instalado o caos jurídico, tão abominado pelo direito tedesco e ofendendo os

---

<sup>228</sup> Humberto Theodoro Jr., “A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional”, *RePro* 79/159.



princípios da certeza e da segurança do direito revelado nas decisões jurisprudenciais” (Sacha Calmon Navarro Coêlho);

v) O princípio da isonomia não autoriza o cabimento da ação rescisória pois não serve como “instrumento de uniformização de jurisprudência” (Sacha Calmon Navarro Coêlho), não sendo possível cogitar, genericamente, de prevalência entre o princípio da isonomia sobre o da coisa julgada, pois aquele não pode enfraquecer este (Humberto Theodoro Jr);

vi) Sendo, contudo de, nas relações continuativas, se “acolher apenas em parte a rescisória, [que] garante a segurança jurídica, preservando a coisa julgada no que concerne aos fatos passados, e garante tratamento isonômico, alterando a coisa julgada apenas no que concerne aos fatos futuros da relação continuativa” (Hugo de Brito Machado);

vii) Ainda, segundo Sacha Calmon, há que se diferenciar entre rescisórias de sentença anterior à declaração de *constitucionalidade* pelo STF e rescisórias de sentença anterior à declaração de *inconstitucionalidade* pelo STF”;

viii) O fato de se cuidar de matéria constitucional não é diferencial jurídico válido para inaplicação da Súmula 343 do STF, pois “a irrevocabilidade do decisório proferido em meio a grave e relevante dissídio jurisprudencial de interpretação não é diversa pelo simples fato de decisão posterior do Supremo Tribunal ter considerado em outro processo, *incidenter tantum*, inconstitucional a tese esposada pelo acórdão que se quer desconstituir (Humberto Theodoro Jr.);

ix) Ademais, há limites de direito material à ação rescisória no campo do Direito Tributário, pois segundo o art. 156, X, do Código Tributário Nacional a decisão judicial passada em julgado extingue o crédito tributário;

x) Para Sergio Sahione Fadel não há (especificamente nos casos das alíquotas do Finsocial para as prestadoras de serviços) como enquadrar-se a pretensão rescisória da Fazenda em qualquer das hipóteses dos incisos V, VII e IX do art. 485 do CPC (violação literal de lei, obtenção de documento novo e existência de erro de fato).

Cumpra diferenciar-se, para cada caso, a questão rescisória em matéria tributária em função dos limites subjetivos e objetivos da manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria constitucional.

Em estudos da professora Ada Pellegrini Grinover conclui-se que somente nos casos em que houver pronunciamento do STF com eficácia *erga omnes* é que se pode cogitar da rescindibilidade. Indo mais além, Ada Grinover realça não apenas a necessidade de que a decisão do STF se revista de tal supereficácia como que também promane efeitos *ex tunc*, de forma a se espriar retroativamente sobre o tempo da prolação do acórdão cuja rescisão

se pretende. É de se notar também que a este aspecto tem o próprio Supremo Tribunal Federal mostrado dedicada atenção.

Parece-nos que a chave que oportuniza o manejo da ação rescisória está na verificação de que o *decisum* rescindendo se mostra incompatível com decisão com efeitos *erga omnes* do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria, proferido, portanto, em sede de controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos (em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn ou em Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, consoante os arts. 102 e 103 da CF de 1988 (com a relação da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993) e, ainda para os casos de o acórdão rescindendo ser anterior ao pronunciamento do STF, produzir a decisão *erga omnes* efeitos *ex tunc*.

Pode também ser objeto de rescisão o acórdão incompatível com decisão do STF que, muito embora tenha sido proferida em sede de mero controle difuso de constitucionalidade, tenha suscitado que o Senado Federal, em atenção à decisão definitiva da Corte Máxima, houvesse promovido a suspensão da eficácia da norma jurídica maculada pela inconstitucionalidade na forma do art. 52, X, da CF de 1988, o que igualmente gera efeitos *erga omnes* e *ex tunc*<sup>229</sup>.

#### 8.4 Breve Análise Pretoriana

Recentemente existem decisões judiciais em diversos sentidos muito embora pareçam predominar – examinados recentes julgados no STJ – as teorias favoráveis à ampla rescindibilidade dos acórdãos que em matéria constitucional tributária se encontram em desalinho com precedentes do STF, mesmo em sede de controle difuso ou incidental.

Mostremos acórdãos nos vários sentidos, merecendo nota uma circunstância comum aos acórdãos prolatados no STJ: não enfrentam – em regra – o problema da qualidade eficaz dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

a. Análise de precedentes dos Tribunais Regionais Federais. O TRF da 5ª Região decidiu por seu Tribunal Pleno pela desconstituição de acórdão ao entender, inaplicando a Súmula 343 do STF que “de acordo com a interpretação dada aos dispositivos constitucionais pela mais alta Corte de Justiça do País, guardiã da Carta Magna e por isso

---

<sup>229</sup> Como exemplo de *suspensão normativa senatorial*, cite-se os casos do PIS – Programa de Integração Social quando se expediu a Resolução nº 49 do Senado Federal, cujo art. 1º tem a seguinte redação: “É suspensa a execução dos Decretos-leis nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e 2.449, de 21 de julho de 1988, declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 148.754-2/210/RJ”.

mesmo responsável pela última palavra em matéria que envolve interpretação da Constituição, não resta dúvidas que a decisão rescindenda, ao eximir as empresas do pagamento da referida contribuição, violou a Lei 7.689/88, que determinava seu recolhimento”.

b. Já se decidiu na 2ª Região pelo incabimento da ação rescisória, e, acórdão que se ementou da forma seguinte: “Constitucional e Tributário – Imunidade – Cofins – Operações Relativas à Energia Elétrica – Improriedade da Ação Rescisória. I – A imunidade tributária concedida às companhias de energia elétrica pelo art. 155 da Constituição Federal impossibilita a exigência da cobrança do Cofins. II – Inteligência do art. 155, § 3º, da Constituição Federal. III – É imprópria a ação rescisória quando inexistente comprovação de seus pressupostos. IV – Recurso não conhecido. Ação extinta”.

Neste julgado, prolatado por maioria, entendeu o eminente relator que a questão de fundo (imunidade das companhias de energia elétrica) ainda não restou pacificada no STF, motivo pelo qual se mostrou carente a ação desconstitutiva.

Veja-se que nessa 2ª Região já entendeu o Tribunal, em sessão plenária, por afastar a incidência da Súmula 343 em casos referentes ao PIS (Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88) em face de já ter o STF “acolhido a inconstitucionalidade total” de tais normas.

No TRF da 1ª Região sua 2ª Seção rescindiu acórdão que havia declarado a constitucionalidade dos Decretos-leis 2.445 e 2.449/88, que alteraram a legislação do PIS, e foram declarados inconstitucionais pelo STF no RE 148.754-2/RJ. Entendeu-se, a exemplo do decidido na 5ª Região, por inaplicável a Súmula 343 do STF por se tratar de texto constitucional.

De modo intermediário, em outro julgado da 1ª Região, a mesma 2ª Seção, muito embora admitindo o manejo da ação rescisória por inaplicabilidade da Súmula 343 à matéria constitucional (em questão concernente ao Finsocial), decidiu pela improcedência do pedido rescisório entendendo que “não é razoável concluir-se que o fato de o acórdão rescindendo haver se alicerçado em tese idêntica àquela da 2ª Turma da Suprema Corte (EDRE 168.659 – MG) tenha tido o condão de violar os dispositivos constitucionais e legais indicados pela autora”. “Ao contrário – prossegue a fundamentação do acórdão – houve razoabilidade no afastamento, pelo acórdão fustigado, das majorações do Finsocial objeto dos arts. 7º da Lei 7.789, 1º da Lei 7.894/89 e 1º da Lei 8.147/90”<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> Em interessante precedente, a mesma 1ª Seção desconstituiu com base na existência de “erro de fato” acórdão que entendeu sendo como sendo prestadora de serviços empresa que tinha atividade preponderantemente comercial, para fins de declarar a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689/88 e os diplomas subseqüentes que majoram a alíquota (TRF 1ª Região – 2ª Seção, Ação Rescisória

Já os Tribunais da 3ª e 4ª região, e ao contrário do que tem feito os tribunais acima citados, têm enfrentado não apenas a questão da aplicabilidade das Súmulas 343 e 134 mas sobretudo – o que se afigura bastante relevante – o *problema da eficácia subjetiva dos acórdãos do Supremo (erga omnes e ex tunc)*. Assim é que no TRF da 4ª região já se decidiu, por maioria, pela aplicabilidade das Súmulas 343 e 134 do STF, entendendo não se configurar violação de literal dispositivo de lei “a interpretação controvertida de texto legal ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, mesmo que, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal tenha fixado orientação diversa a respeito”. Por sua 2ª seção, em bem fundamentado acórdão, já se decidiu pela aplicação das Súmulas 343 e 134 do STF, com a seguinte argumentação: “não se pode ter por ‘aberrante’ ou ‘gritante’ a interpretação sobre auto-aplicabilidade ou não de dispositivo constitucional apoiada por corrente bem significativa da jurisprudência dos Tribunais” (...) “a superveniência de decisão do E. Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, adotando uma das correntes jurisprudenciais divergentes, não significa, necessariamente, que a outra corrente tenha violado literal disposição da Constituição de forma manifesta”. E prossegue o relator: “A decisão da Corte Suprema, naquelas condições, não impõe, portanto, por si só, um juízo de procedência de rescisória dos acórdãos e sentenças, com outra orientação. Não fosse assim, estar-se-ia dando às decisões do STF, mesmo que não proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, eficácia vinculativa ‘erga omnes’ e ‘ex tunc’, inclusive em relação a casos com trânsito em julgado nas instâncias ordinárias”<sup>231</sup>.

b. Análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Em questão relativa a ICMS a Primeira Seção do STJ se pronunciou pela aplicabilidade das Súmulas 343 e 134, decretando a carência da ação rescisória em virtude de entender como “manifestamente controvertida” a interpretação da legislação de regência (decreto-lei 406/68) o que tornava impraticável se saber qual delas teria violado literal disposição de lei<sup>232</sup>.

Adotando linha diversa, a 2ª Turma do STJ tem consignado reiteradamente que “a lei comporta mais de uma interpretação, mas ela não pode ser válida e inválida, dependendo

---

nº 96.01.09587-0/DF, Relator Juiz Hilton Queiroz, j. 17.12.97, DJU 2 16.2.98, p. 139).

<sup>231</sup> TRF 4ª Região – 2ª Seção, Embargos Infringentes em Ação Rescisória nº 94.04.15188-2/RS, Relator Juiz Teori Albino Zavascki, j. 19.06.96, DJU 2 31.07.96, p. 53.114.

<sup>232</sup> STJ – 1ª Seção, Ação Rescisória nº 426-9/SP (94.0011377-3), Relator Ministro Demócrito Reinaldo, j. 14.02.96, DJU 1 de 23.09.96, p. 35.037.

de quem seja o encarregado de aplica-la, circunstância que excepciona da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal a ação rescisória que versa matéria constitucional”<sup>233</sup>.

Na mesma esteira são os julgados da Primeira Turma, ao entender pela não incidência da retro citada Súmula ao argumento de que “se o Acórdão rescindendo deixou de aplicar a lei, por julgá-la inconstitucional, a ação rescisória é sempre cabível, nada importando a circunstância de tal inconstitucionalidade haver sido controvertida, na época em que se formou o Acórdão”<sup>234</sup>.

Como se observa, não há uniformidade no tratamento da ação rescisória em matéria tributária nos Tribunais Regionais Federais. Boa parte das discussões ali travadas têm sido transportadas recursalmente para o Superior Tribunal de Justiça que muito embora pareça se inclinar no sentido da admissibilidade irrestrita da rescisória ainda produz valiosos acórdãos, publicados a poucos meses, em que a questão permanece aberta.

c. Análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal. Por revestir-se a questão da ação rescisória em matéria tributária de caráter constitucional é no Pretório Excelso que se deverão solver definitivamente os acidentes interpretativos no campo da rescindibilidade de acórdãos em matéria fiscal. Ada Pelegrini Grinover, examinou as tendências encontráveis em pronunciamentos do STF, merecendo destaque a seguinte análise, que exprime a dificuldade de se identificarem os critérios definitivos que poderão vir a ser adotados pelo STF: “Dados exaustivos colhem-se, ao contrário, da outra decisão do Supremo (R.E. n. 89.108-GO, *in* RTJ 101/207, Tribunal Pleno), que se passa a examinar em seus pontos relevantes para a questão: a) a recorrente pretendia rescindir acórdão que aplicou dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário (Relatório da Procuradoria-Geral da República, transcrito pelo Ministro Relator, p. 209); b) a declaração de inconstitucionalidade, feita pelo sistema difuso, redundou na posterior suspensão da lei pelo Senado Federal (voto do Min. Cunha Peixoto, p. 212); c) alguns ministros entenderam incabível a rescisória, aplicando ao caso a Súmula 343, mesmo em se tratando de dissídio jurisprudencial em matéria constitucional, por ter sido posterior ao acórdão rescindendo a declaração de inconstitucionalidade (Min. Cordeiro Guerra, p. 217) e por ter ela, no caso, efeitos ex nunc (Min. Leitão de Abreu, p. 222); d) a maioria, no entanto, considerou inaplicável a referida

---

<sup>233</sup> STJ- 2ª Turma, Recurso Especial nº 112.158/MG (96.68878-6), Relator Ministro Ari Pargendler, j. 6.11.97, *DJU* 1 de 24.11.97, p. 61.168. No mesmo sentido REsp 122477/DF (DJ 02.03.98 p. 58).

<sup>234</sup> STJ – 1ª Turma, recurso Especial nº 99425/DF (96.0040718-5), Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 06.03.97, *DJU* de 07.04.97. No mesmo sentido o REsp nº 159.346/CE, Relator Ministro José Delgado, j. 12.03.98, *DJU* de 04.05.98.

súmula, e conseqüentemente cabível a rescisória, lendo-se nos votos os seguintes fundamentos: d.1) a lei inconstitucional é inexistente, e tendo o acórdão rescindendo aplicado dispositivo de lei inexistente, caracteriza-se a possibilidade de desconstituição por ação rescisória. (Min. Cunha Peixoto, p. 211); d.2) por essa razão, em caso de posterior declaração de inconstitucionalidade, não tem aplicação a Súmula n. 343 (Min. Carlos Thompson Flores, pp. 224/225); d.3) isso porque o efeito da declaração de inconstitucionalidade de lei, cuja execução foi suspensa pelo Senado, é *ex tunc* (Min. Soares Munhoz, p. 212; Min. Djaci Falcão, p. 226); mesmo porque, em certos casos, como o dos autos, não se pode recusar que a declaração de inconstitucionalidade surta efeitos *ex tunc* (Min. Décio Miranda, pp. 222/223).”

Caso contrário é de se dar aplicação à Súmula 343 do STF, que diz ser incabível a rescindibilidade por ofensa a literal disposição da lei, quando o acórdão rescindendo estiver fundado em norma jurídica de interpretação controvertida nos tribunais.

Na mesma esteira é recente julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em que foi relator o Em. Min. Maurício Corrêa, e que se sintetiza na seguinte ementa: “Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Fornecimento de Alimentação e Bebidas em Bares, Restaurantes e Similares. Ação Rescisória. Cabimento. 1. Se, ao tempo em que foi proferida a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação da lei estadual que disciplinava a incidência do ICM, não se configura violação literal a dispositivo de lei a justificar a rescisão, ainda que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário. Precedente. 2. Alegação de ofensa ao artigo 155, § 2º, I, “b”, da Constituição Federal. Matéria não apreciada pelo aresto rescindendo, que se limitou a apreciar a legalidade da exação, não exprimindo qualquer exegese quanto ao estabelecido no texto constitucional, porque a controvérsia estava afetada à interpretação de normas consubstanciais em duas leis estaduais disciplinadoras da incidência do tributo. Impossibilidade de ser arguida a violação ao preceito constitucional. 3. Revisão da jurisprudência da Corte na interpretação de dispositivo legal ou constitucional não caracteriza a ocorrência de violação de um ou de outro, capaz de autorizar o conhecimento da rescisória. Precedente. Agravo regimental não provido<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> STF – Segunda Turma, Agravo Reg. Em Recurso Extraordinário nº 214.529-7/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 26.08.97, DJU 1 de 26.09.97, p. 47491.

## CONCLUSÕES

I – Constitui regra fundamental do estado de direito que a composição de litígios advindos da convivência do homem em sociedade cabe a órgãos independentes, especialmente concebidos e vocacionados para tal, os tribunais, que vêm a exercer a tutela jurisdicional que, segundo Cândido Dinamarco, é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio produzido em um processo. Ela consiste na melhora da situação de uma pessoa, em relação ao bem pretendido ou à situação material desejada ou indesejada.

II – Através da tutela jurisdicional busca-se chegar à coisa julgada que é a qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade esta consistente na imutabilidade do conteúdo do comando judicial.

III – Existem duas modalidades básicas de impugnação as decisões judiciais: os chamados recursos, os nominados meios excepcionais de impugnação, dentre os quais se encontra a ação rescisória. O recurso é exercido dentro da mesma relação processual, um de seus pressupostos é a não existência de coisa julgada ou preclusão. Já os meios excepcionais em regra se voltam contra a coisa julgada já formada, e em outra relação processual.

IV – A ação rescisória é instrumento processual destinado a atacar a sentença de mérito transitada em julgado, em casos específicos previstos na lei, constituindo exceção permitida para a revisão da coisa julgada. A rescisória tem em regra caráter dúplice, pois desconstitui a sentença no juízo rescindente e se for o caso, julga novamente a causa em Juízo rescisório.

V – Seu procedimento se encontra no artigo 485 e seguintes do Código de Processo Civil sendo possível inclusive a concessão de provimentos antecipatórios desde que preenchidos seus pressupostos legais.

VI – O controle de constitucionalidade das leis é feito de forma difusa, em que qualquer juiz ou tribunal pode declarar de forma incidental, no curso de um processo, a inconstitucionalidade de uma lei deixando de aplicá-la, de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal através da ação declaratória própria e também pela Declaratória de Constitucionalidade, com efeitos vinculantes.

VII – O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma permite a rescisão de julgados conflitantes com base no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, qual seja, violação à literal disposição de lei. Mais recentemente também tem admitido rescisão de julgado conflitante mesmo naquelas hipóteses em que decisão superveniente do STF a constitucionalidade da norma. Generalizou-se, portanto, cabimento de rescisória de julgados que afrontem decisão proferida pelo STF em controle abstrato.

VIII – A imensa maioria das rescisórias em matéria tributária são ajuizadas com fundamento na violação à literal disposição de lei, conforme se pode verificar na jurisprudência Brasileira.

IX – A supremacia constitucional e a conseqüente nulidade da norma que lhe ofenda são valores que, apreciados em tese, sobrepõem-se à segurança jurídica derivada da coisa julgada.

X – O efeito vinculante representa uma modificação no estado de direito. As decisões em controle abstrato e a Resolução do Senado preceituam a todos um comportamento compatível com o que foi declarado pelo STF; impõem um comando normativo (dever ser) até então inexistente. Por conta disso, a partir da decisão do STF ou do ato senatorial, todas as relações continuativas pendentes devem se conformar a esse comando, ainda que tenham sido objeto de anterior pronunciamento judicial. Por exemplo: o STF em ação de controle abstrato, declara a inconstitucionalidade da lei que instituiu determinado tributo. Daí para frente, todos que constavam como contribuintes estão liberados, mesmo aqueles que tiveram contra si julgado em que se reconhecer a constitucionalidade da exação.

XI – A ação rescisória em matéria tributária pode ser conceituada como ação de caráter exacional imprópria ou antiexacional imprópria, que tem a finalidade de vulnerar a autoridade da coisa julgada operada em sentença judicial de conteúdo tributário.

XII – A Fazenda Nacional deu origem a um universo de ações rescisórias, trazendo a oportunidade de ora defender a admissão da rescisória, quando era autora, ora atacar seu descabimento, como ré. A ação rescisória adquiriu ares de “recurso rescisório”, destinado à uniformização da interpretação constitucional. Assim como a Fazenda Nacional, também os contribuintes propuseram ações rescisórias para conseguir provimentos jurisdicionais semelhantes aos proferidos pelo STF quando favoráveis às suas teses, rescindindo, desse modo, decisões judiciais que lhes eram contrárias. Houve e ainda há grande fluxo de ações rescisórias levando os advogados tributaristas e os Procuradores da Fazenda Nacional o cabimento da ação rescisória, quando eram autores, e a afastar o seu cabimento, quando atuavam na posição de réus.

XIII – Não se vê atualmente uniformidade no tratamento da ação rescisória em matéria Tributária nos Tribunais Regionais Federais. Boa parte das discussões ali travadas têm sido transportadas recursalmente para o superior Tribunal de Justiça muito embora pareça se inclinar no sentido da admissibilidade irrestrita da rescisória, embora ainda existam valiosos acórdãos recentemente publicados em que a questão permanece aberta.

XIV – Parece-nos que Doutrina e Jurisprudência deverão refletir e reavaliar com cautela, focando-se nos pressupostos e valores constitucionais e legais vigentes, estabelecendo parâmetros que venham a esquadriñar limites ao uso da ação rescisória em matéria tributária, a fim de que se possa evitar que ela se torne, como antes já tinha dito, um “recurso rescisório” com prazo de dois anos. Isto também estaria a fortalecer os valores constitucionais da coisa julgada e da segurança jurídica. O Projeto do Novo Código de Processo Civil, ao diminuir o prazo da rescisória para um ano já dá uma mostra da preocupação, por parte da Douta Comissão elaboradora, na modificação nos contornos da rescisória, cremos, com vistas, dentre outros objetivos, a racionalizar seu uso.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. São Paulo: 11. ed., Revista dos Tribunais, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: 11. ed., Forense, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Rio de Janeiro: 26. ed., Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ed. Forense. Volume V, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Sentença complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade**. Revista de Processo. V. 141.

BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência ( tentativa de sistematização )**. São Paulo: 4. ed., Malheiros, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo: 7ª ed., Livraria Martins Fontes Editora Ltda., s/d.

“\_\_\_\_\_”. **La casacion civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1945.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: 14. ed., Lumen Júris, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Ed. Calouste-Gubenkian, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição**. Campinas: 1. ed., Bookseller, 1998.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: 20. ed. Malheiros, 2004.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

COUTINHO, Jacinto N. Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil: teoria geral do processo civil**. Arts.1 a 269 do CPC. 3. ed. Campinas: Millennium, Vol. 1, 2005.

DIDIER JR. Fredie e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª Ed., Editora JusPodivm, Vol. III.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e com remissões ao código civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: 2ª Ed., Revista dos Tribunais, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de Processo, nº 109, 2003, pp. 9-38, esp. pp.22-3.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Coisa Julgada nas Ações de Alimentos**. Porto Alegre: Revista da AJURIS, Vol. 52, p. 6-33, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória**. In: *Ajuris* 42:7, 1988.

“\_\_\_\_\_”. **A ação declaratória incidental**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, 1995.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal**. São Paulo: 12ª ed., Saraiva, 1992.

FONTOURA, Lúcia Helena Ferreira Palmeiro. **Recurso especial: questão de fato, questão de direito**. Porto Alegre: 3ª ed., Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

GASTAL, Alexandre Fernandes. **A coisa Julgada: Sua Natureza e Suas Funções**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

GOMES, Luís Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOLOWICZ, H.F. **Historial introduction to the study of Roman Law**. Cambridge: At the University Press, 1952.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença**. In: *Juriscível do STF*, 95:20, 1980.

JÚNIOR, Néelson Nery. **Princípios fundamentais; teoria geral dos recursos**. São Paulo: 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: 3ª ed., Forense, 1984.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MANCUSO, Rodolgo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1991.

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**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Vol. V, Ed. Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord.) **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Recursos**. Rio de Janeiro: In: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Borsói, XLV: 100.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. São Paulo: 5ª ed., Forense, 1990.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-fato; questão-de-direito; o problema da metodologia da juridicidade**; Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, Néelson Luiz. **Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1992.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: 22 ed. Saraiva, 2002.

SATTA, Salvatore. **Impugnazione**. In: Enciclopedia del diritto, Giuffrè Editore, XX: 697.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

TALAMINI, Eduardo. **A Coisa Julgada no Tempo (Os “Limites Temporais” da Coisa Julgada)**. Revista do Advogado, Ano XXVI, n. 88, novembro de 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Ação rescisória: apontamentos**. Ajuris 46: 212, 1989.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: 2ª ed., Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

“\_\_\_\_\_”. **A revisão da sentença no novo CPC uruguaio**. In: Ajuris 47: 71, 1989.

VIEHWEG, Theodor. **Topica e Giurisprudenza**. Milano: Giuffrè Editore, 1962.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. São Paulo: Vol. 1, RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: 9 ed. Revista dos Tribunais, Vol. 1, 2007.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2. ed., 1967.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória, Juízo Rescindente e Juízo Rescisório**. Malheiros, 2005.