

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA – PUC/SP

COGEAE

RODRIGO MARTINIANO DE OLIVEIRA

ASPECTOS POLÊMICOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

SÃO PAULO

2011

RODRIGO MARTINIANO DE OLIVEIRA

ASPECTOS POLÊMICOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Trabalho de monografia apresentado à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil.

Orientador: Luciano Tadeu Telles

São Paulo

2011

RODRIGO MARTINIANO DE OLIVEIRA
ASPECTOS POLÊMICOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Trabalho de monografia apresentado à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil.

Aprovado em ____ de _____ de 2011.

BANCA EXAMINADORA

São Paulo

2011

RESUMO

A Ação rescisória, embora prevista há muito tempo no direito brasileiro, ainda hoje gera grandes polêmicas tanto na doutrina quanto nos Tribunais. Alguns destes temas serão aqui abordados apresentando as mais diversas teses e teorias sobre os temas em questão.

Não se busca aqui, de forma alguma, esgotar todas as discussões sobre a matéria aqui, mas sim trazer a debate algumas questões de grande relevância para os operadores do direito no exercício da profissão.

ABSTRACT

The motion to vacate a judgment, although foreseen for a long time in Brazilian Law, still generates great controversy both in doctrine and courts. Some of these issues will be discussed herein with the most diverse Thesis and theories about the issues in vogue.

It's not about to exhaust subject, but to bring some questions, wich has great relevance to law professionals, to a debate.

Sumário

Introdução	6
1. A ação rescisória.....	8
1.1. Definição e natureza jurídica	8
1.2. Procedimento na ação rescisória.....	10
2. Prazo para propositura da ação rescisória.....	12
2.1. Momento do transito em julgado.....	13
2.2. A questão dos incisos VI e VII do artigo 485 do Código de Processo Civil.....	15
3. Rescindibilidade total e rescindibilidade parcial	17
4. A necessidade de cumulação do <i>iudicium rescindens</i> e do <i>iudicium rescissorium</i>	18
4.1. O <i>iudicium rescindens</i>	19
4.2. O <i>iudicium rescissorium</i>	19
4.3. A cumulação do <i>iudicium rescindens</i> e do <i>iudicium rescissorium</i>	20
5. A ação rescisória de ação rescisória	24
6. As medidas de urgência na ação rescisória – a nova redação do artigo 489 do CPC	26
6.1. Fungibilidade da tutelas de urgência em sede de ação rescisória	30
7. Rescindibilidade total e rescindibilidade parcial	33
7.1. Coisa julgada material e sentença homologatória	36
7.2. Atos judiciais e decisão homologatória.....	39
7.3. Aspectos distintivos entre a ação anulatória e a ação rescisória.....	42
7.4. Fungibilidade entre ação anulatória e ação rescisória	44
8. A ação rescisória e a coisa julgada inconstitucional.....	45
8.1. A declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF.....	41
8.2. A ação rescisória contra sentença fundada em lei declarada inconstitucional	48
9. A <i>querela nullitatis</i>	51
9.1. A teoria da inexistência	52
9.2. Sentença inexistente	52
9.3. Da <i>querela nullitatis</i> no processo civil brasileiro.....	54
Conclusão	56
Referências	57

Introdução

O antigo Direito Romano não possuía meios hábeis para a impugnação de decisões judiciais que nos dias atuais se equivaleriam aos nossos recursos, vigorando, tão somente, a idéia de que a sentença nula seria na verdade inexistente, não havendo necessidade da criação de mecanismos de defesa contra os vícios destas sentenças.

Posteriormente, surgiu no direito italiano a figura da *querela nullitatis* que se destinava a atacar *errores in procedendo* quando do julgamento dos litígios.

A *querela nullitatis* juntamente com a *restitutio in integrum* (criação do direito romano que visava à desconstituição de contratos eivados de vício de consentimento) no processo civil brasileiro fundiram-se em um só instituto, dando origem a ação rescisória.

Mesmo sendo criação de longa data, a ação rescisória ainda hoje gera grandes pontos de discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

No vigente Código de Processo Civil Brasileiro, a ação rescisória está prevista nos artigos 485 e seguintes e tem por escopo a desconstituição da força julgada da sentença transitada, desde que presentes um ou alguns seus requisitos ensejadores.

Não se busca aqui discorrer sobre cada uma destes pontos, mas fazer uma ampla abordagem sobre alguns dos principais com os quais nós, operadores do direito, nos deparamos diariamente no exercício da profissão.

Porém, este estudo não ficará adstrito somente aos aspectos polêmicos da ação rescisória, mas também abordará institutos afins como a *querela nullitatis* e a ação declaratória de inexistência, muito debatidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

1. A ação rescisória

A ação rescisória é o meio apto para a desconstituição da coisa julgada material e está disposta nos artigos 485 e seguintes do Código de Processo Civil.

Trata-se de medida excepcional do ordenamento jurídico, estando suas hipóteses de cabimento exaustivamente previstas no diploma processual.

No entanto, diversas questões se põem sobre o tema e são objeto de grandes discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Antes que se passe a discutir algumas destes temas, necessário que se façam algumas considerações preliminares sobre a ação rescisória.

1.1. Definição e natureza jurídica

De acordo a mais abalizada doutrina, a rescisória é ação autônoma de impugnação, com natureza constitutiva negativa, pois visa desconstituir a força da coisa julgada material, obtendo a sua anulação e, eventualmente, a revisão do julgamento, desde que presentes na decisão rescindenda uma das hipóteses preconizadas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Para Nelson Nery Júnior a ação rescisória “é *ação autônoma de impugnação*, de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescindendo, dando ensejo a instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescindenda.”¹

Na visão de Alexandre Freitas Câmara “pode-se definir a ação rescisória como demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejuízo de matérias nelas apreciada.”²

Luiz Rodrigues Wambier afirma que “ação rescisória tem a natureza jurídica de ação constitutiva negativa, que produz, portanto, uma sentença desconstitutiva, quando julgada procedente.”³

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart entendem a rescisória como:

ação destinada precipuamente a obter a anulação (e não a declaração de nulidade) da coisa julgada formada sobre decisão judicial, permitindo, então, por conseguinte, a revisão do julgamento. Note-se que o objetivo da rescisória é desconstituir a força da coisa julgada (eficácia preponderante anulatória), já que a sentença transitada em julgado presume-se, até prova em contrário, válida e eficaz.⁴

Pontes de Miranda, em sua obra “Tratado das Ações”, afirma:

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 jurídico processual

¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2007, pág. 777, art. 485, comentário 6.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pág. 30.

³ WAMBIER, Luis Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil, vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, pág. 698.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, vol. 2. Processo de conhecimento*. 7ª ed. rev. atual. RT, 2008, págs. 663 e 664.

autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda – porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença – a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada.⁵

Observa-se que todas as definições giram em torno de um mesmo sentido, não havendo grandes discrepâncias dentro de toda a doutrina.

1.2. Procedimento na rescisória

Embora não conste de forma expressa no Código de Processo Civil regra a cerca da competência para o julgamento da rescisória esta é originária dos tribunais. No entanto, na Constituição Federal, os artigos 102, I, *j*, e 105, I, *e*, e 108, I, *b*, versam que a competência para seu julgamento é do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal ou Tribunal Estadual, respectivamente.

Do acima exposto, levando-se em consideração que a rescisória esta incerta no Título IX do Código de Processo Civil que trata dos “Dos Processos nos Tribunais”, não resta dúvida de que esta só pode aí ser apreciada, não se admitindo sua propositura em órgãos de primeiro grau de jurisdição.

Assim sendo, o Tribunal que proferiu a sentença rescindenda é o competente para o conhecimento e julgamento da rescisória. Ou seja, das decisões proferidas por órgão de primeira instância, transitadas em julgado, o Tribunal local será o competente para o conhecimento e julgamento da causa.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações, tomo IV. Ações constitutivas*. São Paulo: RT, 1973, pág. 499.

A rescisória pode ser proposta por quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular, por terceiro juridicamente interessado ou pelo Ministério Público somente quando este não tenha sido ouvido em processo que era obrigatória sua intervenção, ou quando a sentença é resultado de colusão das partes, com o intuito de fraudar a lei.⁶

Proposta a ação, esta deverá ser elaborada de acordo com os requisitos essenciais do artigo 282 do Código de Processo Civil, conforme dispõe o artigo 488 do mesmo diploma legal.

Este mesmo artigo, em seus incisos, preceitua que, além dos requisitos do artigo 282, deve ser depositada a importância de 5% (cinco por cento) pelo autor, valor este calculado sobre o valor da causa que deverá ser reservado a título de multa, caso a ação seja declarada inadmissível ou improcedente por unanimidade de votos e deve, também, cumular o pedido de rescisão (*iudicium rescindens*) e o de novo julgamento da causa (*iudicium rescissorium*), se for o caso.

Estando presentes todos os requisitos legais, passa-se ao julgamento da ação pelo órgão colegiado do Tribunal competente.

Havendo a necessidade de cumulação do *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*, o julgamento da rescisória terá mérito duplo⁷. Ou seja, há dois julgamentos distintos em um mesmo momento, somente podendo ocorrer o segundo se julgado procedente o primeiro. Ocorrendo a desconstituição da coisa julgada no juízo rescindendo, em sendo o

⁶ Artigo 487 do Código de Processo Civil.

⁷ DINAMARCO, Maria Conceição Alves. *Ação rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004, págs. 102 e 103.

caso de se proferir novo julgamento para a lide e não apenas de rescisão, passa-se ao segundo momento em que uma nova sentença será proferida para tomar o lugar da que foi rescindida, passando-se a reanálise da questão.

Reza o artigo 495 que o prazo para a propositura da ação rescisória é de 2 (dois) anos, contados a partir da decisão. Daí nasce a primeira discussão doutrinária e jurisprudencial que analisaremos a seguir.

Feitas estas considerações iniciais, passemos ao ponto principal deste trabalho, qual seja, aspectos polêmicos da ação rescisória.

2. Prazo para propositura da ação rescisória

Muito se discute sobre o prazo inicial para a propositura da ação rescisória. O Código de Processo Civil de 1939, embora previsse expressamente o seu cabimento, não estipulava qualquer prazo para o ajuizamento.

Este era regulado pelo revogado Código Civil de 1916, que estatuiu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos em seu artigo 178, § 10º, inciso VII.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, este passou a disciplinar o prazo para a propositura da rescisória em seu artigo 495, estatuinto o de período de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Trata-se de prazo decadencial, não sujeito a suspensão ou interrupção, devendo o autor ajuizá-la até o último dia do prazo e a citação ser realizada na forma dos artigos 219 e 220 do Código de Processo Civil.

2.1. Momento do trânsito em julgado

Questão interessante que se traz a discussão é em qual momento se dá o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Para Pontes de Miranda, em sua obra “Tratado da Ação Rescisória”:

Como pode ter sido interposto da sentença algum ou alguns recursos, o trânsito em julgado depende de ter havido, ou não, o recebimento. Se do único recurso interposto, ou de todos os que se interpuseram, não houve conhecimento, a sentença já passou em julgada, porque o tempo para isso só se liga a não haver recurso, ou não ter sido interposto, mas a decisão, no juízo recursal, de não caber, sem que disso possa haver outro recurso, mostra que o trânsito em julgado se opera.⁸

Para Humberto Theodoro Júnior:

Mesmo nos casos de recurso especial ou extraordinário que venha a ser não conhecido, o prazo em questão será contado a partir do trânsito em julgado da decisão do STJ ou do STF. Só não fará a contagem dessa maneira se a inadmissão do recurso extremo se deu por intempestividade, caso em que a coisa julgada teria ocorrido antes da própria interposição recursal.⁹

Corroborando com o entendimento de Theodoro, estão Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina na obra “O Dogma da Coisa Julgada”, na medida em

⁸ MIRANDA, Ponte de. *Tratado da ação rescisória. 1ª ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves*. Campinas: Bookseller, 1998, págs. 367/368.

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, vol. 1. 37ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 591.

que entendem pelo trânsito em julgado anterior a interposição do recurso somente em casos de não conhecimento em razão de intempestividade flagrante.¹⁰

Na lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O *dies a quo* do prazo é o do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Caso o recurso interposto contra a sentença ou acórdão seja conhecido, a partir do trânsito em julgado do acórdão que apreciou o mérito do recurso é que se conta o prazo para a propositura da rescisória. Caso o recurso não seja conhecido, o trânsito em julgado terá ocorrido a partir do momento em que se verificou a causa da inadmissibilidade do recurso, no momento em que se tornou intempestivo; no momento em que o recorrente desistiu do recurso ou renunciou ao direito de recorrer etc. O recurso não ficou intempestivo quando o tribunal assim declarou, mas já era intempestivo quando ultrapassado o prazo legal para sua interposição.¹¹

Devido às injustiças que poderiam decorrer da possibilidade do trânsito em julgado anterior a interposição do recurso, como a possibilidade de, durante a tramitação do recurso, escoar-se o prazo para a propositura da rescisória, e este venha a ser inadmitido, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o trânsito em julgado ocorre somente após o julgamento do recurso ainda pendente, desde que não manifestamente intempestivo.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. BIÊNIO LEGAL. TERMO A *QUO*. RECURSO NOTORIAMENTE INTEMPESTIVO.

1. Ação rescisória em que se busca desconstituir julgado que considerou devidos os índices de correção monetária das contas vinculadas do FGTS relativos aos planos econômicos Bresser e Collor II, em dissonância com o que foi decidido pela Suprema Corte no RE nº 226.855/RS. O TRF/4ª Região extinguiu o processo com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, IV, do CPC, reconhecendo a decadência do direito à ação rescisória. Recurso especial no qual se intenta demonstrar que o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória deve ter o seu *dies a quo* fixado no momento em que transita em julgado a decisão do último recurso interposto em face do *decisum* rescindendo.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, págs. 205/206.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.* Pág. 805, art. 495, comentário 2.

2. O cerne da questão reside em se determinar o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória quando interposto recurso notoriamente intempestivo em face da decisão rescindenda.

3. Situações existem em que o eventual não-conhecimento do recurso não é facilmente deduzível, o que poderia decorrer em prejuízo muitas vezes insanável para a parte, ante a dificuldade de atuação do patrono da causa. Com efeito, supondo-se que o exame do recurso se prolongue por mais de dois anos, criar-se-ia a possibilidade de que, ao ser declarado o seu não-conhecimento, já se tenha exaurido o biênio ensejador do juízo rescisório. Portanto, para que seja evitada essa conseqüência indesejada, tem-se que o trânsito em julgado a ser observado deve mesmo ser o da derradeira decisão, que examinará eventual recurso que esteja pendente.

4. Excepciona-se dessa regra, tão-somente, as hipóteses em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou que haja evidenciada má-fé da parte que recorre.

5. No caso dos autos, a sentença que se pretende rescindir foi publicada em 19/03/1999, tendo o recurso de apelação sido interposto apenas em 09/04/1999, portanto, após o decurso do prazo. A recorrente, ao ajuizar a ação rescisória, deveria ter observado o trânsito em julgado que se deu com o término do prazo para o manejo da apelação, qual seja o dia 05/04/1999. Tendo a ação sido proposta somente em 16/01/2002, não há como afastar a decadência do direito rescisório.

6. Recurso especial não provido.¹²

E não poderia ser diferente, já que nosso ordenamento jurídico veda a possibilidade de rescisória condicional. Estando pendente julgamento de recurso contra a decisão negativa de admissibilidade não pode a parte valer-se da rescisória antes de seu julgamento.

2.2. A questão dos incisos VI e VII do artigo 485 do Código de Processo Civil

Em certos casos, o prazo preceituado no artigo 495 do Código de Processo Civil não deve começar a ser contado do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Trata-se das hipóteses dos incisos VI (falsa prova apurada em processo criminal) e VII (documento novo com existência ignorada ou de que não pode fazer uso) do artigo 485 do Código de Processo Civil.

¹² STJ, REsp 770.335/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 01.09.2005, DJ 26.09.2005.

Nas palavras de Wambier e Medina:

É ilógico e injurídico que um prazo se corra contra alguém, sem que seja possível, juridicamente, que este alguém tome alguma providência. É impensável que corra um prazo extintivo de direito contra o seu titular, sem que este tenha ciência da lesão. Ou antes mesmo de a lesão ocorrer.¹³

Ao analisar a hipótese do inciso VI quanto à falsidade da prova apurada em processo criminal, Pontes de Miranda chegou a seguinte conclusão:

Se a lei faz pressuposto da ação rescisória a prova tida como falsa por sentença de juízo penal, trânsita em julgado, seria perturbante do sistema jurídico que se desse por precluso o prazo para a rescisória se nos dois anos não houve julgado criminal, ou só passou em julgado após a preclusão. Daí termos, desde muitos anos, procurado no excepcional início a solução mais aconselhável.

E complementa:

Se foi julgada a falsidade da prova, em juízo criminal, o prazo preclusivo somente começa de correr com o trânsito em julgado da sentença penal. No art. 495 fala-se de “trânsito em julgado de decisão”, mas, como, na espécie do art. 485, VI, 1ª parte, há o pressuposto de dois trânsitos em julgado, tem-se de atender à necessidade do trânsito da sentença penal.¹⁴

Para este Ilustre doutrinador, a única exceção estaria no caso de a sentença criminal declaratória de falsidade ocorrer antes do trânsito da sentença cível, devendo o prazo para a rescisória a partir daí ser contado.

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Ob. cit.* Pág. 204.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Págs. 373 e 375.

Desta feita, o prazo decadencial do artigo 495 do CPC só passaria a fluir a partir da descoberta do documento ensejador da rescisória ou a partir do trânsito da sentença penal.

Este entendimento também deve ser adotado com relação ao inciso VII (documento novo). No entanto, documento novo deve ser interpretado como o que já existia quando da prolação da sentença, porém cuja existência era ignorada, ou que não se pode fazer uso.

Tal documento deve ser capaz de, sozinho, alterar o resultado do julgado rescindendo em favor do autor da rescisória, sob pena de não ser decretada a rescisão.

3. Rescindibilidade total e rescindibilidade parcial

Questão relevante é a relacionada a possibilidade de se rescindir parcialmente uma decisão transitada em julgada que contém vários pontos, porém, somente um deles com um do vícios ensejadores da ação rescisória.

Embora boa parte da doutrina não aborde a questão, há que se entender pela possibilidade da rescisão parcial do provimento jurisdicional.

Entender apenas pela rescindibilidade total de decisão que violou direito em apenas certo ponto (ponto este que pode ser separado dos demais) beiraria ao absurdo. Não há impedimento legal para a rescisão apenas parcial da decisão.

Esta é a posição de Pontes de Miranda:

O que a rescisão não pode alcançar é o que não foi causa da rescindibilidade, isto é, o que não se liga ao pressuposto ou pressupostos da ação rescisória, que são os apontados nos arts. 485 e 486 do Código de Processo Civil. Por isso mesmo, tem de ficar o que na sentença escapou à decretação de rescisão. Não seria possível admitir-se que toda a sentença tivesse de ser desconstituída se só um dos seus enunciados conclusivos, ou só alguns dos seus enunciados conclusivos tivessem de ser destruídos. Se as conclusões foram *a*, *b*, e *c*, somente *b* foi infringente do direito, a ponto de suscitar rescindibilidade, a sentença rescindente só atinge *b*, e não *a* e *c*.¹⁵

Nada mais óbvio. Utilizando-se o exemplo do próprio Pontes de Miranda, em não ocorrendo nenhum dos vícios elencados nos incisos do artigo 485 em relação a *a* e *c* não há que se falar em rescisória quanto a estes pontos, devendo a decisão ser rescindida somente quanto ao ponto viciado *b*.

4. A necessidade de cumulação do *iudicium rescindens* e do *iudicium rescissorium*

Dentre as questões relevantes que se discutem na doutrina e na jurisprudência, uma delas se coloca em papel de destaque: a necessidade de cumulação dos pedidos rescindente e rescisório, quando cabíveis concomitantemente, na petição inicial da ação rescisória.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado da ação rescisória. Pág. 390.

4.1. O *iudicium rescindens*

Como discorrido inicialmente, o juízo rescindente tem o condão de desconstituir a coisa julgada, e é nele que o Tribunal decide se a pretensão deve ser acolhida ou rejeitada.

Nas palavras de Yarshell, é no juízo rescindente que se “determina a cassação ou desconstituição do ato impugnado (se procedente o pedido).”¹⁶

Caso o pedido do autor seja julgado improcedente durante o *iudicium rescindens*, por decisão unânime do Tribunal, será ordenado o levantamento do depósito de 5% em favor do demandado. Em sendo não unânime o julgamento, será determinado o levantamento da importância em favor do demandante.

Rescindida a sentença ou acórdão, prolata-se uma decisão de natureza constitutiva negativa, visto que se desfaz o julgado anterior.

4.2. O *iudicium rescissorium*

Já no juízo rescisório, depois de desconstituída a coisa julgada através do juízo rescindendo, a matéria da decisão rescindida será re julgada (desde que o Tribunal seja competente para isto), dando azo “a uma decisão de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória, de acordo com a natureza da ação a ser julgada.”¹⁷

¹⁶ YARSHELL, Flavio Luiz. *Ação rescisória – juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: RT, 2005, pág. 27.

¹⁷ DINAMARCO, Maria Conceição Alves. *Ob. cit.* Pág. 103.

Vale ressaltar que, só se alcança o juízo rescisório se o órgão jurisdicional competente houver julgado procedente o pedido rescindente. Em assim não sendo, não ocorrerá o julgamento da matéria da decisão rescindenda.

No entanto, este juízo nem sempre acontecerá, mesmo que procedente o pedido de rescisão. E esta é a letra da lei no que dispõe o inciso I, do artigo 488, do Código de Processo Civil.¹⁸

Há que se observar, portanto, em quais casos será obrigatória a cumulação de ambos os pedidos na ação.

4.3. A cumulação do *iudicium rescindens* e do *iudicium rescissorium*

De acordo com o disposto no artigo 488, inciso I, do Código de Processo Civil, o autor da rescisória *deve* cumular ao pedido de rescisão do julgado, em sendo o caso, o de novo julgamento da causa, além de elaborar a inicial nos termos do disposto no artigo 282 do mesmo diploma legal.

Marinoni assim disserta sobre a questão:

Afirma o referido art. 488, I, que o autor da rescisória *deve* “cumular ao pedido de rescisão, *se for o caso*, o de novo julgamento da causa”. Isto quer dizer que, *sendo o caso* de “novo julgamento”, não basta apenas o pedido de rescisão (*iudicium rescindens*), sendo necessário o pedido de “novo julgamento” (*iudicium rescissorium*). Mais precisamente, nas hipóteses em que *não é suficiente a rescisão*, o pedido de “novo julgamento” *deve* ser cumulado. A cumulação, neste sentido, *é obrigatória*.¹⁹

¹⁸ 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;

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. Pág. 472.

Na mesma esteira se posiciona Humberto Theodoro Junior:

Muito se discutiu, no regime do código anterior, sobre a possibilidade de cumulação do *judicium rescindens* com o *judicium rescissorium*. O novo estatuto pôs fim a controvérsia, criando não apenas a faculdade, mas instituindo a obrigatoriedade de cumular o autor, em sua petição inicial, duas pretensões, isto é, a de rescisão da sentença e a de nova solução para a causa, em seu mérito, sempre que for o caso. Aliás, na prática só há três hipóteses em que a cumulação não ocorrerá: *a*) a de ofensa a coisa julgada (art. 485, nº IV), onde a ação rescisória apenas desconstituirá a sentença impugnada; *b*) a de juiz peitado (art. 485, nº I) e *c*) a de juiz impedido ou absolutamente incompetente (art. 485, nº II); porque, nos dois últimos casos, toda a instrução do processo será anulada e o feito deverá ser renovado em primeira instância.²⁰

Porém, esta não é opinião unânime na doutrina.

Na visão de Pontes de Miranda:

Devemos entender que há pedido implícito se é só para se rescindir a sentença, ou se foi deferido só para se rescindir a sentença, porque se diz por que se rescinde e, pois, o que há de ficar no lugar. Se se pede a rescisão de ato jurídico processual praticado no segundo grau de jurisdição, onde se propôs a ação rescisória, rescindido está tudo, desde esse ato jurídico processual até a sentença, e havemos de entender que se pediu o *rescissorium*, e não só o *rescindens*, mesmo porque, praticamente, se não se pediu, se pode pedir. Tudo se cifraria em localização temporal do pedido cumulado ao pedido *rescindens*, dispensando-se, com o trânsito em julgado da sentença rescindente, ato de iniciação do *rescissorium* (petição nova e nova citação), ou tendo de ser feito pedido posterior, passada em julgado a sentença rescindente, com petição nova e nova citação.²¹

Para este Ilustre autor, deve incidir o princípio da economia processual, em conformidade com o direito processual brasileiro.

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. cit.* Pág. 587.

²¹ MIRANDA, Ponte de. *Tratado da ação rescisória*. Pág. 99.

No mesmo sentido se posiciona Flávio Luiz Yarshell em sua obra Ação rescisória – juízos rescindente e rescisório.²²

Para os seguidores da primeira corrente, o pedido *rescissorium* deve estar expresso na inicial, sob pena de seu indeferimento, não sendo admitido pedido implícito.

Segundo estes, em caso de o tribunal julgar o pedido rescisório sem que haja expresso pedido na inicial, estaria proferindo julgamento *extra petita* o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

No entanto, há doutrinadores que adotam uma posição um pouco mais flexível sobre o tema, como é o caso de Nelson Nery Junior:

Havendo alguma falha suprível na petição inicial, como por exemplo, a não dedução do pedido rescisório, o juiz deverá aplicar o CPC 284 e facultar ao autor a emenda da inicial. Somente depois dessa providência é que, persistindo o defeito, poderá indeferi-la. Quando a falha for insuprível, pode indeferir a exordial de plano.²³

Não resta dúvida que a questão da necessidade de cumulação do *iudicium rescindens* e do *iudicium rescissorium* é matéria de grande relevância e discussões dentro da ação rescisória.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência até o momento não firmaram uma posição concreta, partindo das mais radicais às mais flexíveis.

²² YARSHELL, Flávio Luiz. *Ob. cit.* Pág. 356.

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.* Pág. 795, art. 488, comentário 14.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. ART. 488, I, DO CPC. OBRIGATORIEDADE.

A cumulação dos pedido do *iudicium rescindens* e do *iudicium rescissorium*, prevista no art. 488, I, do CPC, ressalvados os casos em que não é cabível (como, por exemplo, os de ação rescisória proposta com fulcro nos incisos II ou IV do art. 485 do CPC), é obrigatória não se podendo considerar como implícito o pedido de novo julgamento, tendo em vista que o caput daquele dispositivo dispõe, expressamente, que o autor deve formular ambos os requerimentos da inicial.

Recurso conhecido e provido²⁴.

AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 488, I, DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO DO PEDIDO ALUSIVO AO JUÍZO RESCISÓRIO.

O pedido de cumulação dos dois juízos, o juízo *rescindens* e juízo *rescissorium*, pode em princípio ser considerado implícito. E será até impertinente se o fundamento do pedido de rescisão era a própria nulidade do acórdão rescindendo, por *ultra petita*, devendo, assim, operar-se no colegiado de segundo grau um novo julgamento da apelação, nos limites do postulado na petição recursal.

Votos vencidos.²⁵

No entanto, antes de se proferir qualquer decisão, deve o julgador sopesar os princípios envolvidos na questão. Deve ser considerado implícito o pedido, ou a petição inicial deve ser declarada inepta?

Em se considerando implícito o pedido seria relativizar em excesso o que dispõe o inciso I do artigo 488, abrindo, inclusive, a possibilidade futura de uma nova rescisória com base no inciso V, do artigo 485, em razão da ocorrência de um julgamento *extra petita*.

Também, deve-se considerar que, em sendo declarada inepta a exordial por ausência do pedido rescisório, a decisão viciada continuará a existir no mundo jurídico, o que pode acarretar graves injustiças.

²⁴ STJ, REsp nº. 386.410/RS, Rel. Min. Felix Fisher, Quinta Turma, julgado em 13.04.2004, DJ 14.06.2004.

²⁵ STJ, REsp nº. 1.544/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. para acórdão Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, julgado em 02.10.1990, DJ 29.04.1991.

Como trata-se de vício sanável, o entendimento mais correto seria pela possibilidade de emenda da inicial pelo autor da rescisória. Persistindo o defeito, aí sim poderá o julgador indeferi-la.

5. A ação rescisória de ação rescisória

O Código de Processo Civil de 1934 previa, expressamente, no seu artigo 799 a possibilidade de rescisão de decisão proferida em ação rescisória²⁶, ressalvando apenas quando o fundamento para esta fosse à ofensa a literal disposição de lei.

Tal artigo mereceu considerações de Pontes de Miranda, que assim se pronunciou:

O Código, no artigo 799, atendeu à nossa argumentação, sem permitir, todavia, a rescisão da sentença proferida em ação rescisória pelo fundamento da nova infração do direito. De *lege referenda*, não está certo. Se a rescisão admitiria ação (reconvenção, embargos do executado ou de terceiro), a violação nessa escapa a limitação do art. 799: há outra ação.²⁷

Não havia nada que justificasse aquela exceção sendo duramente criticado pelos juristas da época.

²⁶ Admitia-se a rescisória de rescisória quando o motivo fosse que o julgamento na primeira rescisória fosse proferido por juiz peitado, impedido ou incompetente, com ofensa a coisa julgada ou quando tivesse sido fundado em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal.

²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, tomo X, 2ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1960, pág. 239.

O Código de 1973, resolvendo a questão, não tratou do problema, tornando, assim, sempre possível a rescisão do julgado que, em ação rescisória, incidir em qualquer dos vícios enumerados no artigo 485.

Há que se notar, porém, que a ação rescisória de acórdão proferido em rescisória somente poderá atacar o acórdão que julgou a primeira ação rescisória se algum dos requisitos autorizadores do artigo 485 do Código de Processo Civil estiver nela presente, não podendo ser mera reiteração da matéria decida na antecedente.

Ou seja, a nova rescisória é cabível somente para impugnar o acórdão transitado em julgado da ação rescisória antecedente, não podendo versar sobre a mesma matéria que ensejou a propositura da primeira.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

É preciso, porém, ter bastante claro um ponto: a rescisória de rescisória é cabível apenas para impugnar decisões transitadas em julgado proferidas sobre o mérito da ação rescisória anteriormente proposta. Não se pode, de outro lado, querer a parte valer-se da rescisória de rescisória para impugnar novamente aquele provimento jurisdicional que fora impugnado na primeira ação rescisória.²⁸

E no mesmo sentido se expressa os nossos Tribunais:

E M E N T A: AÇÃO RESCISÓRIA - AJUIZAMENTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE OUTRA AÇÃO RESCISÓRIA - POSSIBILIDADE, EM TESE - INVIABILIDADE, NO CASO PRESENTE, POR TRATAR-SE DE MERA REITERAÇÃO DE PEDIDO - AÇÃO RESCISÓRIA DECLARADA INADMISSÍVEL, POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DA CAUSA - DEVOLUÇÃO, AO AUTOR, DO DEPÓSITO PREVISTO NO ART.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ob. cit.* Pág. 231.

488, II, DO CPC - AGRAVO IMPROVIDO. AÇÃO RESCISÓRIA E GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA. - A ação rescisória, no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto ação autônoma de impugnação, qualifica-se como instrumento destinado a desconstituir a autoridade da coisa julgada, desde que verificada, em cada caso ocorrente, qualquer das hipóteses de rescindibilidade taxativamente previstas em lei (CPC, art. 485). A especial proteção que a Constituição da República dispensou à "res judicata" não inibe o Estado de definir, em sede meramente legal, as hipóteses ensejadoras da invalidação da própria autoridade da coisa julgada. A garantia constitucional da coisa julgada, em consequência, não se qualifica - consoante proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/934-935) - como fator impeditivo da legítima desconstituição, mediante ação rescisória, da autoridade da "res judicata". Precedente. **POSSIBILIDADE DE NOVA AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA ANTERIOR.** - O sistema processual brasileiro admite o ajuizamento de nova ação rescisória promovida com o objetivo de desconstituir decisão proferida no julgamento de outra ação rescisória. Doutrina. Precedentes. - A via excepcional da rescisão do julgado, contudo, não pode ser utilizada com o propósito de reintroduzir, no âmbito de nova ação rescisória, a mesma discussão já apreciada, definitivamente, em anterior processo rescisório. Precedentes. Doutrina. Ocorrência, na espécie, de mera reiteração do pedido anterior. Inadmissibilidade. **RESTITUIÇÃO DO DEPÓSITO (CPC, ART. 488, II) - POSSIBILIDADE DESSA DEVOLUÇÃO, QUANDO DECLARADA INADMISSÍVEL, A AÇÃO RESCISÓRIA, EM DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DA CAUSA.** - O depósito a que se refere o art. 488, II, do CPC, deve ser restituído ao autor da ação rescisória, sempre que esta for declarada inadmissível em decisão monocrática emanada do Relator da causa, eis que a perda, a título de multa, do valor correspondente a esse depósito pressupõe a existência de decisão colegiada, proferida, por unanimidade de votos, pelo Tribunal. Doutrina.²⁹

6. As medidas de urgência na ação rescisória – a nova redação do artigo 489 do CPC

O texto original do artigo 489 o Código de Processo Civil preconizava que a propositura de ação rescisória não suspenderia a execução da sentença rescindenda. Ou seja, a ação rescisória não era dotada de efeito suspensivo de modo a obstar a eficácia do provimento a ser rescindido.

²⁹ STJ, AR-ED 1279/PR, Rel Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 20.02.2002, DJ 13.09.2002.

Tanto a doutrina e a jurisprudência muito debateram sobre a possibilidade de atribuição deste efeito suspensivo à ação rescisória.

Na doutrina o entendimento sobre a possibilidade de sua atribuição é criação de Galeno Lacerda para quem a coisa julgada não seria um dogma, gerando apenas uma presunção relativa em favor do vencedor da demanda.³⁰

Porém, a orientação das cortes superiores era no sentido da inadmissibilidade da propositura de medida cautelar para a concessão de efeito suspensivo a execução de decisão transitada em julgado, sendo editada a Súmula 314.³¹ pelo Tribunal Pleno do extinto Tribunal Federal de Recursos em 04 de dezembro de 1986.

A ementa do acórdão da PET na Medida Cautelar 143/DF do Egrégio Supremo Tribunal Federal bem demonstra a questão:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO SUSPENDER EXECUÇÃO DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, ATÉ O FINAL JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. PETIÇÃO INDEFERIDA.³²

Contudo, julgados posteriores de diversos tribunais, começaram a adotar uma posição menos radical e admitir a concessão do efeito suspensivo à ação rescisória desde que presentes os requisitos para deferimento de medida cautelar, devendo tal medida ser conferida somente em casos **excepcionais**.

³⁰ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil, vol. III, tomo I, 7ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³¹ Súmula 314. Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar efeitos da coisa julgada.

³² STJ, PET-MC 143/DF, Rel. Min. Oscar Correa, Tribunal Pleno, julgado em 12.03.1986, DJ 04.04.1986.

AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO DO ACORDÃO QUE A JULGOU IMPROCEDENTE, NOS EMBARGOS INFRINGENTES, POR MAIORIA DE VOTOS. MEDIDA CAUTELAR, PLEITEANDO EFEITO SUSPENSIVO PARA O RECURSO.

1. Em princípio, a cautelar não tem cabimento. Neste sentido, o extinto TFR editou, no ano de 1986, a Súmula 234, com essa redação: "não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada". No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes do STJ: RMS - 306 e REsp - 2600, de 1990, e REsp - 4076, de 1991.

2. Entretanto, a doutrina tem sustentado o cabimento da ação cautelar, em casos peculiares ou excepcionais. Vejam-se, entre outras, as lições de Galeno de Lacerda e Calmon de Passos. Em caso dessa ordem, no STJ, a AR-338, Sr. Ministro Padua Ribeiro, despachado em 19.8.92.

3. Caso presente que se enquadra na excepcionalidade recomendando - se o deferimento liminar da medida cautelar, achando-se reunidos os seus pressupostos.

4. Liminar concedida pela Turma, por maioria de votos.³³

Com o advento da Lei 8.952/1994 que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, a questão adquiriu novos contornos, tendo em vista que tal artigo passou a admitir a antecipação dos efeitos da tutela requerida na inicial de qualquer processo de conhecimento, desde que presentes os requisitos ali previstos.

Enquanto a tutela cautelar tem o escopo de assegurar o resultado útil do processo, evitando a ocorrência de dano grave e irreparável ou de difícil reparação, garantindo a eficácia do desenvolvimento e do resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução, o objeto da antecipação de tutela prevista no artigo 273 é a própria tutela jurisdicional pretendida, a qual será confirmada ou infirmada pela sentença.

A partir de então muito se debateu na doutrina sobre a natureza da suspensão da execução da sentença a ser rescindida seria de natureza cautelar, ensejando demanda autônoma para sua concessão, ou seria de natureza antecipatória, obedecendo ao regime estabelecido com a Lei 8.952/1994.

³³ STJ, PET. 441/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 25.05.1993, DJ 14.06.1993.

Na visão do Ilustre Ministro Teori Albino Zavaski, trata-se de medida antecipatória de tutela a ser requerida na própria petição inicial da ação rescisória, entendendo que “a abstenção imposta pelo réu constitui, sem dúvida, comportamento que ele terá que adotar de modo definitivo, em caso de vitória do autor da rescisão”, sendo descabida a propositura de procedimento cautelar autônomo, devendo seguir o procedimento adotado no artigo 273 do CPC.³⁴

Na mesma esteira se coloca Maria Conceição Alves Dinamarco. Para ela o mero *fumus boni iuris* não teria o condão de suspensão de uma execução e no processo cautelar se busca assegurar o resultado prático da demanda, e se suspensa a execução da decisão rescindenda, estar-se-ia diante ocorrendo uma antecipação da tutela.³⁵

O Ilustre professor Luciano Tadeu Telles preleciona no mesmo sentido, vez que a decisão liminar concedida estaria antecipando a análise do *meritum causae* da própria ação rescisória, de modo que o pedido de suspensão dos efeitos da decisão rescindenda poderia ser feito no bojo desta ação por meio de tutela antecipatória.³⁶

No entanto, os Tribunais Superiores começaram a admitir ambas as hipóteses, sendo editadas diversas Medidas Provisórias autorizando, inclusive, a utilização do Poder Geral de Cautela³⁷, preconizado no artigo 798 do Código de Processo Civil, na Ação Rescisória.

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2ª ed., rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 186/187.

³⁵ DINAMARCO, Maria Conceição Alves. *Ob. cit.* Págs. 114/117.

³⁶ TELLES, Luciano Tadeu. *Tutela antecipada em sede de ação rescisória*. In Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, ano XVIII, nº. 26. São Paulo: o Centro, 2004, pág. 215.

³⁷ Media Provisória 1.984-22 de 27.09-2000.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. EXCEPCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. ART. 273 E 489, DO CPC.

1. Revela-se cabível a antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória objetivando suspender a execução do acórdão rescindendo, desde que presentes os requisitos do art. 273, do CPC, a mercê do disposto no art. 489, do mesmo diploma legal.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AGRAR 2995 / RS, Rel. Min. GILSON DIPP, Terceira Seção, DJ de 19/04/2004; AGRAR 1423/PE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Terceira Seção, DJ de 29/09/2003; AGRAR 1664 / RS; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Seção, DJ de 03/09/2001).

3. *In casu*, foi deferida, pela Primeira Turma em acórdão da relatoria do e. Ministro Milton Luiz Pereira, então relator da presente Ação Rescisória, a realização de prova pericial destinada à demonstração de alegada falsidade do laudo em que se baseou o acórdão rescindendo para a fixação da indenização por desapropriação indireta, o que consubstancia o *fumus boni juris* da antecipação dos efeitos da tutela. Por sua vez, o *periculum in mora* evidencia-se no fato de que o Estado de São Paulo foi intimado em 27.04.2004 para se manifestar, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto ao levantamento da terceira parcela da quantia depositada em juízo dos valores a que foi condenado a indenizar o expropriado.

4. Agravo Regimental desprovido.³⁸

6.1. Fungibilidade das tutelas de urgência em sede de ação rescisória

Com o advento da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao artigo 489 do CPC, as discussões a cerca do cabimento de antecipação de tutela ou medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória foram praticamente dirimidas.

Embora permaneça em vigor a regra de que a simples propositura da ação rescisória não imprima efeito suspensivo à execução da decisão rescindenda, esta passou a ser admitida desde que, **em casos imprescindíveis**, possam ser concedidas medidas de natureza

³⁸ STJ, AgRg na Rescisória 1.291/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.08.2004, DJ 27.09.2004.

cautelar ou antecipatória de tutela, estando presentes os pressupostos ensejadores de cada uma delas.³⁹

Com a nova redação, na visão do legislador, pouco importa o meio o qual será utilizado para a concessão do efeito suspensivo à rescisória, podendo este ser conferido através de medida acautelatória ou antecipatória de tutela, devendo esta ser deferida desde que presentes os requisitos para sua concessão.

No entanto, a concessão do efeito suspensivo a ação rescisória é medida absolutamente excepcional devendo ser deferida somente em casos imprescindíveis como disposto no texto legal.

Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que para a concessão da medida cautelar “a presunção decorrente da coisa julgada é relativa (*iuris tantum*), até que seja ultrapassado o prazo do CPC 495. A medida só pode ser concedida se demonstrar-se ser *imprescindível*”.⁴⁰

Para eles, para a concessão da medida cautelar da suspensão da execução da sentença é exigido mais que o simples *fumus*, mas uma quase liquidez e certeza, aliado a imprescindibilidade prevista no artigo 489.

E nem poderia ser diferente. Para a concessão do provimento cautelar fora da ação rescisória o autor necessita tão somente comprovar a plausibilidade do direito por ele

³⁹ Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Ob. cit.*. Pág. 489, art. 489, comentário 3.

afirmado, além da irreparabilidade ou da dificuldade para a reparação desse direito caso tenha que aguardar o provimento final da demanda, visando assegurar a eficácia do processo. No entanto, a fragilidade dos requisitos para a concessão desta medida não podem sobrepor-se a coisa julgada no caso da ação rescisória, devendo as justificativas pra sua concessão na rescisória configurar quase uma verdade absoluta.

Esta também é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AÇÃO RESCISÓRIA. LIMINAR INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em circunstâncias específicas e excepcionais, a concessão de efeito suspensivo a processos de sua competência constitucional, desde que utilizada, pelo interessado, a competente medida cautelar inominada (artigos 34, inciso V, e 288, do RISTJ).
2. A medida cautelar reclama fato concreto que demonstre haver fundado receio que a outra parte, antes do julgamento da ação rescisória, cause ao direito do autor lesão grave e de difícil reparação, inexistente na espécie.
3. Agravo regimental improvido.⁴¹

E, no mesmo sentido, se coloca a possibilidade da concessão da antecipação de tutela, devendo estar presentes os requisitos preconizados no artigo 273 do Código de Processo Civil para sua concessão.

O Superior Tribunal de Justiça assim vem se posicionando sobre a questão:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE DECISÃO RESCINDENDA FUNDADA EM PRECEDENTES DESTA E. CORTE.

⁴¹ STJ, AgRg na Medida Cautelar 12.122/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 14.12.2006, DJ 26.02.2007.

I - Somente em casos excepcionalíssimos a jurisprudência desta Corte tem admitido a concessão de medida antecipatória de tutela visando a sustação dos efeitos do julgado rescindendo, eis que não é razoável presumir-se a existência da aparência do bom direito contra quem tem, a seu favor, a coisa julgada obtida em processo de cognição exauriente.

II - Observo que a decisão rescindenda se fundamentou na jurisprudência pacífica desta e. Corte que admite a possibilidade de cumulação, sem qualquer limite, a não ser, é óbvio, o teto remuneratório constitucional, da pensão estatutária prevista no art. 242 da Lei nº 1.711/52 com o benefício previdenciário previsto no art. 1º da Lei nº 3.373/58.

III - Ausência de requisitos que autorizem a antecipação de tutela. Agravo regimental desprovido.⁴²

Observa-se que a Lei 11.280/2006, alterando o artigo 489 do Código de Processo Civil, apenas confirmou a orientação que já havia sendo tomada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, ressaltando a possibilidade da utilização de medidas cautelares e da antecipação de tutela para o fim de sustar a execução da decisão rescindenda em casos excepcionais.

Demonstrada a verossimilhança das alegações de modo a ensejar a concessão do requerido efeito suspensivo à execução da decisão a que se quer rescindir, pouco importa o meio a ser utilizado, devendo o órgão julgador obstar os efeitos da sentença até o julgamento final da rescisória aplicando o princípio da fungibilidade.

7. Ação anulatória de ato judicial

Prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil, a ação anulatória de ato judicial é figura distinta da ação rescisória.

⁴² STJ, AgRg na Rescisória 3.805/RN, Rel. Min. Felix Fisher, Terceira Seção, julgado em 12.09.2007, DJ 04.10.2007.

Nos termos do disposto no referido artigo, a ação anulatória é o meio processual adequado para anular atos judiciais que não dependem de sentença ou que esta for meramente homologatória.⁴³

Embora inserida dentro do Capítulo IV, do Título IX, que cuida da ação rescisória, o termo “rescindidos” é inadequado, tendo em vista de que trata de caso de anulação e não de rescisão dos atos ali referidos. Isto se deve a impropriedade terminológica utilizada pelo diploma processual. O verbo “rescindir” deve ser entendido como “anular”.

A ação anulatória do artigo 486 se diferencia da ação rescisória, pois ataca o ato praticado em juízo por declaração emanada de vontade humana, enquanto a rescisória, como já dito, busca a rescisão de sentenças transitadas em julgado, ou seja, a desconstituição da coisa julgada material.

Outros pontos distintivos entre ambas é que a ação anulatória é proposta no órgão de primeiro grau, no mesmo juízo em que esteja sendo ou tenha sido processada a causa, sem a necessidade de depósito prévio; a possibilidade de esta ser processada no curso do processo primitivo⁴⁴; e por possuir prazos distintos para sua propositura os quais estão dispostos no direito material.

O que se impugna na ação anulatória não é o ato jurisdicional em si, mas sim o ato praticado pelas partes, pois é aí que se encontra o vício ensejador da sua anulação. Verificada a existência de **vício de direito material** no ato praticado entre as partes, o

⁴³ Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

⁴⁴ No mesmo sentido: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 1.485.

caminho para impugná-lo é a ação anulatória, sendo descabida a propositura da ação rescisória. Ou seja, os fundamentos para a sua propositura repousam no direito material, nas causas de invalidação regidas pelo direito civil.

Segundo Barbosa Moreira “a ação anulatória visa a anulação dos atos praticados no processo, aos quais ou não precisa seguir-se decisão alguma, ou se segue decisão homologatória, que lhes imprime eficácia sentencial”.⁴⁵

Nos dizeres de Sérgio Rizzi:

a ação anulatória não objetiva anular a decisão de mérito, pois, tem em mira tão-somente o ato homologado. Considerando que o ato homologado é próprio do conteúdo da decisão, caindo aquele, esvazia-se esta, pois ‘*ex nihilo, nihil*’. Mas ‘a sentença em si, não é rescindida’.⁴⁶

Em suma, como bem resume a Ilustre Professora Berenice Soubhie Nogueira Magri em tese de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

... podemos definir, inicialmente, ação anulatória como a que tem por objetivo anular ato processual praticado ou inserido em juízo pelas partes ou terceiros juridicamente interessados, que dependa ou não de sentença homologatória que extinga o processo sem apreciação do mérito, como os atos jurídicos em geral nos termos do direito material.⁴⁷

O grande ponto de discussão que se trava na doutrina é saber em quais situações deve a parte valer-se da ação rescisória, calcada no inciso VIII do artigo 485, e em

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 140.

⁴⁶ RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pág. 4.

⁴⁷ MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória – Art. 486 do CPC*. São Paulo: PUC/SP, 1997, pág. 39.

quais situações deverá se valer da ação anulatória do artigo 486, após o trânsito em julgado da decisão homologatória.

Alguns autores entendem ser ocioso o inciso VIII, do artigo 485, do Código de Processo Civil⁴⁸, que inclui a transação entre as suas hipóteses taxativas de cabimento de ação rescisória das sentenças de mérito transitadas em julgado.

No entanto, como bem assevera Maria Conceição Dinamarco:

não é o inciso VIII, do art. 485, do Código de Processo Civil que é ocioso e sim o art. 486 que está deslocado, pois ao dispor que os atos jurídicos e os atos meramente homologatórios podem ser rescindidos, quando na realidade deveria ter dito anulados, não colide nem anula de forma alguma essa hipótese de cabimento da ação rescisória.⁴⁹

Para se apresentar uma solução adequada para a questão, necessária que se faça, preliminarmente, a análise de algumas questões.

7.1. Coisa julgada material e sentença homologatória

Como anteriormente dito a ação rescisória visa à desconstituição da coisa julgada material, desde que presentes um dos requisitos presentes nos incisos do artigo 485 do CPC.

Coisa julgada material nos dizeres de Celso Neves, em dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

⁴⁸ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença.

⁴⁹ DINAMARCO, Maria Conceição Alves. *Ob. cit.* Pág. 161.

Coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial, decorre: a) de motivos que tornam inaceitável a fórmula de Liebman; b) de conceitos doutrinários que corroboram a posição restrita de Hellwig.

Quanto àqueles motivos, em monografia que resume algumas reflexões sobre a mais recente doutrina em matéria de coisa julgada, visando, especialmente, à natureza do instituto. Mario Vellani faz um retrospecto das opiniões de Allorio e Sata, passando, em seguida, a uma exposição e crítica de outras doutrinas, em que examina as opiniões de Liebman, Carnelutti, Redenti, Segni e Falazari, e no curso da qual, reiteradamente, observa-se que a autoridade da coisa julgada deve restringir-se ao conteúdo declaratório da sentença, do qual são elementos consequenciais o *constitutivo* e o *condenatório*, assinalando mesmo que o intérprete não tem necessidade de forçar a letra do art. 2.909 do Código Civil, estendendo diretamente a autoridade da coisa julgada ao elemento constitutivo e de condenação.⁵⁰

Além disso, para ele:

A coisa julgada é fato peculiar ao processo contencioso, resultante do juízo emitido pelo órgão jurisdicional a respeito do pedido formulado na ação, ao qual se vincula pelo princípio de congruência que domina a processo dispositivo: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium*. Sua formação começa a introdução da demanda em juízo subordinado-se ao *iter* procedimental que tem remate na sentença definitiva sobre o mérito da causa, complementando-se no momento em que ela torne-se imutável.

...

O primeiro requisito para a formação da coisa julgada é a existência de controvérsia submetida a deslinde por órgão jurisdicional. A isso serve, precipuamente, o processo contencioso, em que dá o exercício de jurisdição *inter nolentes*. Por isso a coisa julgada é excluída dos chamados processos de jurisdição voluntária, destinados à simples tutela de interesses indisponíveis – que se realiza *inter volentes*.⁵¹

Ou seja, para Celso Neves a coisa julgada material está presente nos elementos *constitutivo* e *condenatório* do conteúdo declaratório da sentença, sendo necessária a existência de controvérsia e, por isso, é excluída dos processos de jurisdição voluntária.

⁵⁰ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: EGRT, 1970, págs. 443/444.

⁵¹ NEVES, Celso. *Ob. cit.* Pág. 469/470.

No mesmo sentido se posiciona Ernane Fidélis dos Santos, afirmando que as sentenças meramente homologatórias são as proferidas em processo de jurisdição voluntária.⁵²

Para Luiz Guilherme Marinoni:

... a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer a coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de “declarar” a existência ou não de direito (*em razão de não ter sido concedida às partes ampla oportunidade de alegação e produção de prova*), o seu juízo – que na verdade formará uma “declaração sumária” – não terá força suficiente para gerar a imutabilidade da coisa julgada. Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos *adequadamente* (com cognição exauriente) para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial derivada da coisa julgada material.

...

A declaração calcada na provisoriedade (como nas ações cautelares, em que a cognição é sumária) ou em cognição rarefeita (como acontece nos procedimentos de jurisdição voluntária, ou no processo de execução), não é apta a gerar coisa julgada simplesmente porque não visa, em essência, a produzir definitividade.⁵³

A coisa julgada material impede o reexame do mérito da lide decidida por qualquer outro órgão jurisdicional.

Os efeitos declaratórios, condenatórios e constitutivos da coisa julgada material extrapolam os limites da relação processual e repercutem fora do processo, impedindo a reapreciação do mesmo litígio.

⁵² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil. 11ª ed. rev. atual.* São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 752.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil.* Pág. 644/645 e 649.

7.2. Atos judiciais e decisão homologatória

A ação anulatória disposta no artigo 486 do CPC visa desconstituir as declarações das partes (declarações bilaterais ou unilaterais) praticadas ou introduzidas no processo e que independem de sentença.⁵⁴

O conteúdo desta decisão homologatória de tais atos baseia-se somente na regularidade formal do negócio entabulado entre as parte, não tendo conteúdo próprio e atestando que tal ato é revestido das exigências legais determinadas pelo direito material.

Para Pontes de Miranda:

A sentença de homologação é ato jurídico processual *transparente*. Se é anulado o negócio jurídico da transação, ou outro metido no processo, por alguma das causas que o direito material prevê, cai a homologação, porque a eficácia anulatória, *por dentro* do ato jurídico global (homologação e negócio jurídico homologado), cinde (rescinde) o ato jurídico envolvente.

...

A ação que ataca o ato envolvido é ação sobre invalidade. O que se faz sujeito a decretação de invalidade é o ato processual, praticado pelas partes, e não o ato do juiz, que pode não ter existido, ou ser transparente (= “simplesmente homologatória” a sentença).⁵⁵

Pontes de Miranda classifica a sentença homologatória como ato transparente porque esta sentença nada acrescenta ao ato homologado, se limitando a atestar a regularidade formal do ato praticado, estando este de acordo com os ditames do direito material.⁵⁶

Para José Frederico Marques, a sentença meramente homologatória é:

⁵⁴ MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ob. cit.* Pág. 61.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Pág. 596.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, pág. 707.

...aquela em que o ato homologado somente examina, para ser proferida a homologação, no seu tegumento formal e externo, isto é no tocante às formalidades exteriores de que se deve revestir-se.⁵⁷

Ao homologar o ato realizado pelas partes, o juiz não chega a enfrentar a mérito da lide, não acolhe ou rejeita o pedido, atestando apenas a regularidade formal do ato realizado pelas partes.

Conforme a mais abalizada doutrina a sentença meramente homologatória é a proferida em procedimento de jurisdição voluntária⁵⁸, e apenas confere autenticidade ao ato praticado pelas partes, não operando, por este motivo, coisa julgada material.

Por não ter conteúdo próprio, limitando-se a simples homologação sem adentrar ao mérito da causa, não tem a sentença homologatória carga declaratória suficiente para operar a coisa julgada material.

Ausente a coisa julgada, estas sentenças não podem ser rescindidas, podendo, no entanto, ser anulado o negócio jurídico realizado entre as partes por meio da ação anulatória, visto que descabida a propositura de ação rescisória.

Nos dizeres de Marcos Afonso Borges:

Se a sentença do juiz é simplesmente homologatória, isto é, se visa apenas ratificar a vontade das partes, sem dirimir qualquer conflito entre elas, a ação cabível é a anulatória. Se, porém, o juiz apreciou conflitos de interesses,

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil, vol. 3, Processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 264.

⁵⁸ Neste mesmo sentido se posicionam Sálvio de Figueiredo Teixeira, Cândido Rangel Dinamarco, Luís Eulálio Bueno Vidigal e outros.

embora a sentença revista a forma de homologatória, então é o caso de rescisória.⁵⁹

Desta feita, a melhor posição adotada pela doutrina é a de que a regra do inciso VIII, do artigo 485 do CPC, refere-se à sentença de mérito que se fundou em renúncia, reconhecimento do pedido ou transação que possam ser invalidados, sendo necessária uma sentença de mérito propriamente dita proferida pelo magistrado, acolhendo ou rejeitando, total ou parcialmente, o pedido (e não uma sentença equiparada a de mérito pelo artigo 269 do CPC), sendo o ato realizado pelas partes tão somente o fundamento deste pronunciamento judicial.

Nos precisos dizeres da Ilustre Professora Berenice Soubhie de Nogueira

Magri:

A transação, como acordo de vontades dos litigantes, **visa a composição de uma lide objeto de um processo contencioso**. Se a sentença proferida homologar o ato enfrentando o mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido, esta não pode ser considerada “meramente homologatória”, **uma vez que encerra o processo com julgamento do mérito nos termos do art. 269, inciso III, já que a transação servirá de base a alguma decisão de mérito, proferida pelo Juiz. Somente será possível impugnar a sentença através de ação rescisória**.

Entretanto, **se a atividade do juiz resumir-se à homologação do acordo**, sem tratar do mérito da causa, nesse caso a sentença proferida pelo juiz será “meramente homologatória”, **extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)**. Nessa hipótese a transação deve ser atacada através de ação anulatória (art. 486 do CPC), desconstituindo o ato por vício, e, via reflexa, esvaziando a sentença.⁶⁰

A jurisprudência assim tem se posicionado sobre o tema:

⁵⁹ BORGES, Marcos Afonso. *Comentários do código de processo civil, vol. 2, art.s 332 a 565*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975, pág. 196.

⁶⁰ MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ob. cit.* Pág. 73.

AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DO PEDIDO, HOMOLOGADO POR SENTENÇA. ARTIGO 486 DO CPC. NÃO INCIDENCIA DO ART. 485, VIII, DO CPC.

Tratando de sentença simplesmente homologatória da vontade das partes, que extinguem a lide por ato de disposição daqueles direitos no processo controvertido, cabível é a ação anulatória do art. 486 do Código de Processo Civil, pois a parte se insurge contra o próprio ato de disposição alegando vícios que invalidaram os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

A Ação Rescisória, do art. 485, VIII, do CPC, é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa, em que a transação, o reconhecimento do pedido, a renúncia ou a confissão servem como 'fundamento' do "decisum" influenciando no conteúdo do comando judicial.

Recurso especial conhecido e provido.⁶¹

Assim, se a sentença limita-se a homologar o negócio jurídico realizado entre as partes, sempre que viciado o ato por algum motivo de direito material, não havendo formação de coisa julgada material, o meio correto para impugnação deste negócio é a ação anulatória. No entanto, se estes atos somente são a base utilizada pelo jurisdicionado para proferir uma sentença de mérito propriamente dita (e não simplesmente homologatória), operando coisa julgada material, o meio é a ação rescisória.

7.3. Aspectos distintivos entre a ação anulatória e a ação rescisória

A ação anulatória e a ação rescisória possuem diversos traços distintivos os quais são primo *ictu oculi* identificáveis.

A primeira distinção é que, como já exaustivamente demonstrado, enquanto a ação anulatória é meio hábil para a desconstituição de ato praticado pelas partes, homologado em juízo, e que não faz coisa julgada material, a ação rescisória visa a desconstituição de decisão terminativa que faz coisa julgada material.

⁶¹ STJ, REsp 13.102/SP, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, Quarta Turma, julgado em 02.02.1993, DJ 08.03.1993.

O segundo ponto distintivo refere-se ao fato de que para a propositura da ação rescisória se faz necessário o requisito do trânsito em julgado da decisão rescindenda, podendo a anulatória ser proposta mesmo no curso do processo principal.

O terceiro ponto é relativo ao fato de que à ação anulatória não é aplicado o prazo decadencial de 2 (dois) anos previsto no artigo 495 do CPC, contados da decisão que se pretende rescindir, mas sim o prazo prescricional de direito material relativo ao ato que se pretende impugnar.

O quarto ponto é que para o ajuizamento da ação anulatória é dispensado o depósito prévio de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, no caso de improcedência da ação.

A quinta distinção é que a ação anulatória pode suspender a execução do processo conexo, nos termos dispostos no artigo 265, incisos II e IV, alínea “a” do CPC, enquanto a rescisória só suspende os efeitos da decisão rescindenda em casos excepcionais, através da concessão de liminar em ação cautelar ou em antecipação de tutela.

Outra distinção, é que a ação anulatória deve ser proposta no juízo em que o ato foi praticado, enquanto a rescisória será proposta no Tribunal competente, conforme a disposição da organização judiciária dos Estados ou de acordo com o Regimento Interno do STJ ou STF.

A sétima e última distinção se refere ao fato que a ação anulatória respeitará o procedimento comum, enquanto a rescisória obedecerá procedimento próprio do CPC.

7.4. Fungibilidade entre ação anulatória e ação rescisória

Muito se discute se é aplicável o princípio da fungibilidade com relação as ações rescisória e anulatória.

A fungibilidade recursal era admitida pelo Código de Processo Civil de 1939, desde que houvesse boa-fé do recorrente e ausência de erro grosseiro quando da interposição do recurso, ou seja, há dúvida quanto ao instrumento processual cabível.

Tal princípio nos dias de hoje ainda aplicado, desde que seus pressupostos sejam preenchidos.

Já o princípio fungibilidade de ações é aplicado restritivamente, só tendo cabimento nas ações possessórias, tendo em vista o disposto no art. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

A própria natureza da decisão proferida atacando o mérito ou simplesmente homologando o ato das partes deixa claro que tal princípio não deve ser aplicado entre a ação rescisória e ação anulatória.

Quando analisada as diferenças entre as sentenças de mérito e as meramente homologatórias já se torna possível à distinção do cabimento tanto de uma quanto de outra ação.

Além do mais, como dito anteriormente, a ação anulatória tem trâmite perante os órgãos jurisdicionais de primeira instância, enquanto a ação rescisória é de competência exclusiva dos tribunais, inclusive com a necessidade de depósito prévio.

O órgão jurisdicional de primeiro grau não pode julgar ação rescisória como se anulatória fosse por ser totalmente incompetente para tanto. Da mesma forma, não poderá o tribunal julgar ação anulatória como se rescisória fosse, pois haveria a supressão de um grau de jurisdição.

A rescisória somente é cabível para cassação de sentença de mérito quando eivada de qualquer uma das nulidades processuais previstas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil. Já a ação anulatória deve ser utilizada para se impugnar o negócio realizado entre as partes gravado de vício e que deu origem a uma sentença meramente homologatória e que pode ser anulado de acordo com as regras de direito material.

8. A ação rescisória e a coisa julgada inconstitucional

Nos termos do que preceitua o princípio constitucional, todos os atos ou normas do ordenamento jurídico devem estar em consonância os ditames da Carta Magna, tendo em vista que esta está no ápice da pirâmide legal.

Para que um ato seja considerado válido (validade do ato jurídico), este deve estar dentro dos ditames da Carta Constitucional para que possa produzir efeitos no mundo jurídico. Ato inconstitucional é ato inválido.

O Ilustre Professor Humberto Theodoro Junior é um dos maiores defensores da revisão da coisa julgada de sentença quando esta contenha vício de inconstitucionalidade.

Sobre o tema em questão, o nobre processualista citado assim se manifestou:

(...) ao longo de mais de duzentos anos, o que se observa é que, em tema de inconstitucionalidade, as atenções e preocupações jurídicas sempre se detiveram no exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos. Verifica-se, assim, que a grande parte dos estudos produzidos desde então centram-se na análise da constitucionalidade dos atos legislativos, não havendo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes a constituição.⁶²

No ordenamento jurídico brasileiro existem três sistemas de controle constitucional: *político, jurisdicional e o controle misto*.⁶³

No caso da coisa julgada inconstitucional, o controle que nos interessa é o *jurisdicional*.

Segundo disciplina José Afonso da Silva, o *controle jurisdicional*:

é a faculdade de que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.⁶⁴

⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 127, setembro de 2005, pág. 12.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo, 15ª ed., revista*. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 51.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.* Pág. 51.

Este controle pode ser realizado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelos juízos de primeiro e segundo graus no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento do mérito.⁶⁵

8.1. A declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF

Nos termos do artigo 102, inciso *I*, alínea *a*, da Constituição Federal, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o processamento e o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. É o chamado *controle constitucional concentrado*.

A função do Pretório Excelso é harmonizar os atos dos Três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com os princípios constitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade proferida pela última instância do Poder Judicial através do *controle concentrado* possuirá eficácia *erga omnes* e vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os níveis da Administração Pública, nos termos do art. 28 da Lei 9.868/99.

Dúvida que se lança sobre o tema é se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal poderia retroagir para atingir a coisa julgada material.

Como o próprio nome sugere, a decisão que entende por inconstitucional determinada lei é de natureza declaratória, pois reconhece a sua nulidade (invalidade).

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. Pág. 679.

Por tal motivo, em regra, a declaração de inconstitucionalidade do comando normativo atinge tanto as situações atuais e futuras, como também as situações pretéritas até o momento da edição da lei em debate, invalidando-a juntamente com seus efeitos⁶⁶ (efeito *ex tunc*).

Neste contexto, é entendimento de nossa doutrina e jurisprudência de que os atos praticados com fundamento em lei declarada inconstitucional através de controle concentrado estão eivadas de vício, são nulos de pleno direito e não podem produzir qualquer efeito jurídico. E dentro destes atos encontra-se a sentença fundada no viciado dispositivo constitucional, mesmo que acobertada pela coisa julgada.

No entanto, a eficácia *ex tunc* encontra atenuantes no próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Isto se demonstra de forma cristalina no art. 27 da Lei 9.868/99 que disciplina que em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá, por decisão de no mínimo dois terços de seus Ministros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir pela eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou outro momento que seja fixado.

8.2. A ação rescisória contra sentença fundada em lei declarada inconstitucional

Tendo em vista de que a lei declarada de inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato, seria ato nulo *ipso iure* e esta declaração produz

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. Pág. 679/680.

efeitos *ex tunc*, a nulidade da sentença fundada nesta lei é patente, pois afrontaria o princípio da supremacia da Constituição.

Isto permite concluir que as vias adequadas para impugnação desta sentença viciada poderia ser a ação rescisória ou ação declaratória.

No entanto, a possibilidade de propositura de ação rescisória para desconstituição do julgado encontra óbices de ordem procedimental e lógica que dificultariam sua aplicação.

O primeiro é relativo ao próprio artigo 485 do Código de Processo Civil, vez que seus incisos são taxativos com relação às hipóteses em que é cabível a rescisão da sentença e não abarcaria a questão da lei declarada inconstitucional.

No entanto, uma interpretação mais profunda e extensiva do inciso V, artigo 485, do CPC, facilita a resolução da questão, entendendo-se a violação literal de dispositivo de lei em sentido amplo, tanto em matéria constitucional como infraconstitucional.⁶⁷

O segundo, mais complexo, é o relativo ao prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória.

Alguns processualistas têm entendido que a coisa julgada inconstitucional poderia ser objeto de ação rescisória, podendo ser ignorado e inaplicado o prazo decadencial para exercício de dois anos previsto no art. 495 do Código de Processo.⁶⁸

⁶⁷ OLIANI, José Alexandre Manzano. *Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posterior declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência?* In Revista do Processo nº. 112, outubro/dezembro de 2003, pág. 228.

Para um dos críticos desta teoria, Nelson Nery Junior, este entendimento abala pilares fundamentais do estado democrático de Direito, tal como o respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e a segurança jurídica:

Não existe fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento dessa tese temerária. São três os momentos em que se podem impugnar atos jurisdicionais proferidos contra a CF: a) a sentença pode ser impugnada pela apelação (CPC 513); b) o acórdão pode ser impugnado por recurso extraordinário (CF 102 III a); c) a sentença ou acórdão de mérito, transitados em julgado, que tiverem sido proferidos contra a CF, são impugnáveis por ação rescisória, com fundamento no CPC 485V.

Essas são três formas de controle *jurisdicional* da constitucionalidade dos pronunciamentos judiciais, pelo próprio Poder Judiciário. Não é verdade a afirmação de que não existe o controle da constitucionalidade de atos judiciais. Existe, mas deve ser exercido dentro do devido processo legal. Criar impugnabilidade perpétua de sentença ou acórdão apontados de inconstitucionais, como se fosse uma espécie de *querela nullitatis insanabilis*, figura vetusta e banida do ordenamento jurídico dos povos cultos, é arbítrio e ofensivo ao Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e à garantia constitucional do devido processo legal (CF 5º *caput* e LIV).⁶⁹

E o último óbice, de ordem lógica e aparentemente intransponível é a própria aplicabilidade da ação rescisória.

Isto porque, ela tem como finalidade precípua a desconstituição de decisão judicial válida e viciada de alguma maneira.

Como já explanado acima, a sentença fundada em artigo de lei julgado inconstitucional pelo *controle concentrado* é decisão nula (invalidada) e não deve operar efeitos no mundo jurídico, devendo sua nulidade ser declarada e não desconstituída.

⁶⁸ DIAS, Francisco Barros. *Breve análise da coisa julgada inconstitucional*. In Revista dos Tribunais. São Paulo: ano 87, vol. 758, dez. 1998, pág. 41.

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos, 6ª ed., atual., ampl., e reformulada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pág. 514.

Neste contexto, figura a ação declaratória de nulidade como a mais adequada para a solução da questão, principalmente por ser imprescritível e a melhor opção para se declarar a decisão viciada invalida juntamente com seus efeitos.

9. A *querela nullitatis*

A *querela nullitatis* ou *actio nullitatis*, é instituto advindo do período medieval com fusão de elementos romanos e germânicos, com o objetivo de combater sentença maculada com vícios de forma (*errores in procedendo*) que poderiam torná-la nula.⁷⁰

Diferentemente da ação rescisória que visa atacar sentença transitada em julgado e da ação anulatória de ato judicial que ataca o ato processual vicioso praticado pelas partes, a *querela nullitatis* visa à declaração de inexistência jurídica da sentença, ainda que esta exista materialmente e esteja produzindo efeitos.

No entanto, muito se discute na doutrina sob o cabimento da *actio nullitatis* nos dias atuais.

A *actio nullitatis* é o instrumento adequado para extirpar do mundo jurídico sentenças fruto de ato processual absolutamente nulo ou inexistente, em razão da falta de algum dos pressupostos de existência ou de constituição da ação (petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória).

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, vol. VI. Napoli: Morano Editore, 1976, págs. 131/145.

9.1. A teoria da inexistência

Segundo esta teoria, o ato jurídico inexistente é aquele que não reúne os elementos que sua natureza ou objeto impõe, sendo que a ausência destes inviabilizaria o surgimento do próprio ato.

Para Tereza Arruda Alvim Wambier:

Como todo *ato jurídico*, a sentença comporta exame sob *tríplice* aspecto: a *existência jurídica* em si mesma, a *validade* e a *eficácia*. A sentença existe desde que contenha os elementos essenciais que a configurem como tal, que contenha um dispositivo, seja dada por juiz, etc.⁷¹

Em seu livro “O dogma da coisa julgada” complementa: “ausente uma das condições da ação e sendo proferida sentença de mérito, esta sentença será juridicamente inexistente”.⁷²

Assim, a sentença é *ato jurídico* que se ausente um ou de seus pressupostos processuais de existência, ou de constituição, no processo em que prolatada, passa a configurar ato jurídico inexistente mesmo que exista fisicamente.

9.2. Sentença inexistente

Diversos autores tratam os conceitos de nulidade e de inexistência como expressões correlatas. Entre estes está Liebman, considerando a nulidade absoluta (*ipso iure*) como sinônimo de inexistência.⁷³

⁷¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: RT, 2004, pág. 498.

⁷² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Ob. cit.* Pág. 36.

Para Teresa Wambier e Medina:

No que tange ao processo civil, toda a doutrina reconhece circunstâncias em que a sentença dada deve ser considerada inexistente juridicamente.

Estas circunstâncias se resumem na situação de um processo que, por alguma razão, não se constitui juridicamente.

A grande maioria dos doutrinadores menciona uma série de requisitos, que, se inexistentes, impedem a formação do processo. O processo tem pressupostos de existência (jurídico, é claro). O que ocorre, no mundo dos fatos, quando estes pressupostos não são preenchidos, é um “simulacro” de processo “aparente”.

Os requisitos para que se considere um processo como sendo juridicamente existente são correlatos à definição clássica de processo, que praticamente o identifica com a *relação jurídica* que se estabelece entre *autor, juiz e réu*. Portanto, sem que haja um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado) não há, sob o ângulo jurídico, propriamente o processo.

Claro que uma sentença de mérito proferida nestas condições e neste contexto é, por “contaminação”, sentença juridicamente inexistente, que jamais transita em julgado.

Portanto, não havendo coisa julgada, rigorosamente dir-se-ia neste caso não estarem presentes nem mesmo os pressupostos de cabimento da ação rescisória, descritos no *caput* do art. 485: sentença de mérito transitada em julgado.

De fato, sentido não teria a criação de uma *categoria* designada de *pressupostos processuais de existência*, sem que se dissesse que, *ausentes* estes pressupostos, está-se diante de uma situação de inexistência jurídica!⁷⁴

A doutrina não se posiciona de forma consensual sobre a classificação dos pressupostos processuais relativos à nulidade e inexistência.

A classificação apresentada por Rodrigo Cunha Lima Freire os divide em *pressupostos de existência da relação jurídica processual* e *pressupostos de validade da relação jurídica processual*. Para ele, a presença dos primeiros determina a própria existência

⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, pág. 182/183.

⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Ob. cit.* Págs. 28/29.

da relação processual, enquanto que o segundo apenas propicia o desenvolvimento válido e regular do processo.⁷⁵

Desta feita, sendo proferida sentença com ausência de um dos *pressupostos de existência* (petição inicial, jurisdição, citação válida e capacidade postulatória) esta será inexistente, não sendo cabível a propositura de ação rescisória, mas sim a *ação declaratória de inexistência* ou *querela nullitatis*.

9.3. Da *querela nullitatis* no processo civil brasileiro

Embora não prevista expressamente no ordenamento jurídico pátrio, há que se entender pela sua subsistência no processo civil brasileiro.

Apesar de inexistente, a sentença prolatada produz efeitos no mundo jurídico, sendo razoável se admitir que o deva ser reconhecido pelo Poder Judiciário através desta medida impugnativa autônoma.

Na doutrina existem diversas posições sobre as hipóteses cabimento deste instituto. Alguns adotam uma posição liberal (caso de Tereza Arruda Alvim Wambier), outros que adotam uma posição bem mais restritiva (caso de Adroaldo Fabrício Furtado) e ainda alguns que acreditam na desnecessidade da *querela nullitatis* para extirpação do mundo jurídico da sentença inexistente (caso de Liebman).

⁷⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 2001, pág. 38.

Cumpra salientar que a sentença existe materialmente, inclusive com a aparência de provimento jurisdicional válido, produzindo efeitos no mundo jurídico, mas ineficaz perante o réu pela ocorrência de um vício de existência.

Ora, como já exposto, tais provimentos jurisdicionais não transitam em julgado por padecerem de vícios que prejudicam a sua própria existência processual. E por não transitarem em julgado não podem ser objeto de ação rescisória, visto que não há o que se rescindir numa decisão que não existe.

Em assim sendo, não está a *ação declaratória de inexistência* sujeita a qualquer prazo prescricional ou decadencial, em razão de não ter se operado a formação de uma relação jurídica de forma completa, não sendo aplicado o prazo preconizado pelo artigo 495 do CPC.

Nesta esteira se posicionam Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

Na esteira do que entende a doutrina mais qualificada e felizmente boa parte da jurisprudência, estas sentenças não têm aptidão para transitar em julgado e, portanto, não devem ser objeto de ação rescisória, já que não está presente o primeiro pressuposto daquela ação: sentença transitada em julgado. Em nosso entender, pode-se pretender, em juízo, a *declaração* no sentido de que aquele ato se consubstancia em sentença juridicamente inexistente por meio de ação de rito ordinário, cuja propositura não se sujeita a limitação temporal.⁷⁶

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Ob. cit.* Pág. 237.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, e sem que se tenha sido completamente esgotado, observa-se existência de inúmeras questões referentes à ação rescisória que ainda hoje geram profundas polêmicas e discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Além de todas outras questões aqui postas, inúmeras outras ainda são objeto de diversos questionamentos por doutrinadores e pelos Tribunais.

Com o passar do tempo observa-se que doutrina e jurisprudência por diversas vezes alteraram seus posicionamentos, apresentando novas idéias e justificativas para tanto. Porém, ainda estão distantes de se uniformizarem sobre as questões aqui debatidas.

Com as recentes alterações no Código de Processo Civil, o legislador está se inclinando no sentido de regulamentar o que já estava sendo admitido nas decisões dos Tribunais na tentativa de pacificar as matérias.

No entanto, o operador do direito deve tomar todas as precauções para que não seja surpreendido, tendo em vista as diversas posições sobre os temas aqui debatidos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários do código de processo civil, vol. 2, art.s 332 a 565*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição federal anotada e explicada, 3ª ed., rev., ampl. e atual*. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche, vol. VI*. Napoli: Morano Editore, 1976.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DIAS, Francisco Barros. *Breve análise da coisa julgada inconstitucional*. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 87, vol. 758, dez. 1998, pág. 34/42.

DINAMARCO, Maria Conceição Alves. *Ação rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação. Enfoque sobre o interesse de agir*. São Paulo: RT, 2001.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil, vol. III, tomo I, 7ª ed*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória – Art. 486 do CPC*. São Paulo: PUC/SP, 1997.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, vol. 2. Processo de conhecimento. 7ª ed. rev. atual*. RT, 2008.

_____. *Manual do processo de conhecimento. 3ª ed*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil, vol. 3, Processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, tomo X, 2ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Tratado das ações, tomo IV. Ações constitutivas*. São Paulo: RT, 1973.

_____. *Tratado da ação rescisória. 1ª ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves*. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 6ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. rev. e ampl.* São Paulo: RT, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos, 6ª ed., atual., ampl., e reformulada*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: EGRT, 1970.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *Impugnação de sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posterior declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência?* In Revista do Processo nº. 112, outubro/dezembro de 2003, pág. 221/239.

RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 1979.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil. 11ª ed. rev. atual.* São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo, 15ª ed., revista*. São Paulo: Malheiros, 1998.

TELLES, Luciano Tadeu. *Tutela antecipada em sede de ação rescisória*. In Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, ano XVIII, nº. 26. São Paulo: o Centro, 2004, pág. 183/218.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, vol. 1. 37ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 127, setembro de 2005, 12/36.

WAMBIER, Luis Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil, vol. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10ª ed. ver. atual. e ampl.* São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença. 5ª ed., rev., ampl., e atual.* São Paulo: RT, 2004.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Ação rescisória – juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: RT, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela. 2ª ed., rev. ampl.* São Paulo: Saraiva, 1999.