

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Livia Cipriano Dal Piaz

Ação rescisória no processo coletivo

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2008

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Livia Cipriano Dal Piaz

Ação rescisória no processo coletivo

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol.

**São Paulo
2008**

Banca Examinadora

*“More than words
is all you have to do to make it real...”*

(Extreme)

*A Deus e aos meus santos protetores que guiam e
iluminam meu caminho.*

*Aos meus amáveis pais, amigos de todas as horas, pelo
apoio e incentivo de sempre.*

*À professora Patricia, por ser mais que uma professora ou
orientadora que, desde o princípio, acreditou neste meu
sonho e dividiu comigo seu precioso conhecimento e
tempo.*

Ao CNPq, por contribuir com os meus estudos.

*Aos meus irmãos, familiares, amigos, professores e
colegas de mestrado, pois, ainda que sem saber, foram
pilares essenciais para o início, desenvolvimento e
conclusão deste trabalho.*

Ação rescisória no processo coletivo

Livia Cipriano Dal Piaç

RESUMO

O tema “*Ação rescisória no processo coletivo*” foi escolhido porque, não obstante sua relevância, há carência de abordagem em monografia específica.

Portanto, o objetivo deste trabalho é estabelecer um paralelo entre as já conhecidas discussões que circundam a ação rescisória do processo civil comum e aquelas que são típicas dos processos coletivos, visando melhor estruturar o cabimento da referida ação nas demandas para defesa de direitos transindividuais.

Desta maneira, este estudo é composto em três partes. Num primeiro momento procurou-se contextualizar a origem da necessidade de se tutelar os conflitos de massa, esclarecer o conceito de direito coletivo, assim como seus princípios e o regime jurídico aplicável. A segunda parte é dedicada à sentença e à coisa julgada, tendo em vista entendermos que se constitui introdução necessária ao estudo da ação rescisória. Nessa perspectiva, consideramos conveniente organizar o capítulo a partir da análise geral dos pronunciamentos judiciais, com destaque especial para as sentenças, tomando como base a doutrina processual tradicional e apontando as particularidades relevantes encontradas nas lides coletivas. No que se refere à coisa julgada, contudo, pela riqueza das obras de processo coletivo, pareceu-nos mais adequado tecer apenas considerações gerais sobre sua formação nas lides individuais, para então nos determos de forma mais profunda nas várias especificidades da coisa julgada coletiva. Finalmente, o último capítulo busca destacar as questões fundamentais sobre a ação rescisória, analisando em cada ponto se se deve concluir pela aplicabilidade das regras tradicionais ao processo coletivo, de modo a descobrir não só as semelhanças, mas, principalmente, em quais aspectos a ação rescisória coletiva é e deve ser díspar.

Palavras-chave: ação rescisória – sentença – coisa julgada – ação coletiva – direito coletivo

Ação rescisória no processo coletivo

Livia Cipriano Dal Piaz

ABSTRACT

The subject “*Motion for annulment of judgment in class action*” has been chosen because, notwithstanding its importance, there is a lack of respective approach in specific monograph.

The scope is to establish a parallel between the known discussions that surround the motion for annulment of judgment in the ordinary civil procedure and those that belongs exclusively to class action, aiming at better structuring the suitability of such lawsuit in claims related to the defense of transindividual rights.

Accordingly, this study consists of three parts. Firstly, the study tries to put into context the origin of the need to protect mass conflicts, clarify the concept of collective rights, as well as its principles and applicable legal rulings. The second part is dedicated to court decision and *res judicata*, considering that we understand it to be the essential introduction to the study of motion for annulment of judgment. In this perspective, it is convenient to organize the chapter as of the general analysis of legal opinion, highlighting court decisions based on the traditional procedural doctrine, and pointing out the relevant circumstances found in class action disputes. In relation to *res judicata*, however, due to the richness of the work involving class action, we understand to be more adequate to bring only general considerations towards its formation in individual disputes, so we may cover in a more specific way the different aspects of *res judicata* of class action judgments. Finally, the last chapter attempts to point out the main issues related to the motion for annulment of judgment, analyzing in each aspect if the applicability of the traditional rules in class action should be taken into consideration to find out not only the similarities, but mainly, the aspects in which the motion for annulment of judgment filed collectively is and should be different.

Key words – annulment of judgment – court decision – res judicata – class action – collective rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO COLETIVO.....	14
1.1 Os Direitos Metaindividuais: Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.....	14
1.2 Princípios Fundamentais à Tutela Coletiva sob a Ótica do Acesso Coletivo à Justiça 18	
1.3 Ponderações Históricas	34
1.4 Legislação Aplicável às Ações Coletivas	40
2 SENTENÇA E COISA JULGADA.....	46
2.1 Pronunciamentos Judiciais	46
2.1.1 Sentença: conceito e natureza jurídica	49
2.1.1.1 <i>Elementos</i>	58
2.1.1.2 <i>Sentenças terminativas e definitivas</i>	63
2.1.1.3 <i>Limites objetivos (princípio da congruência)</i>	66
2.1.1.4 <i>Princípio da inalterabilidade</i>	68
2.1.1.5 <i>Sentenças inexistentes, nulas e ineficazes</i>	71
2.1.2 Peculiaridades da sentença do processo coletivo	80
2.1.2.1 <i>O princípio da congruência e a sentença genérica</i>	82
2.1.2.2 <i>Publicação da sentença coletiva (art. 96 do CDC)</i>	90
2.1.2.3 <i>Efeitos da sentença coletiva</i>	94
2.2 Coisa Julgada	96
2.2.1 Considerações gerais	96
2.2.1.1 <i>Preclusão, trânsito em julgado e coisa julgada</i>	100
2.2.1.2 <i>Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada</i>	108
2.2.2 Coisa julgada no processo coletivo.....	114
2.2.2.1 <i>Coisa julgada no direito difuso, coletivo e individual homogêneo</i>	115
2.2.2.2 <i>Coisa julgada secundum eventum litis</i>	118
2.2.2.3 <i>Coisa julgada das ações coletivas e a ação individual</i>	121
2.2.2.4 <i>Limitação territorial da coisa julgada</i>	124
2.2.3 Relativização da coisa julgada.....	126
3 AÇÃO RESCISÓRIA	133
3.1 Conceito e Natureza Jurídica	133
3.2 Objeto da Ação Rescisória.....	136
3.2.1 Pressupostos para o cabimento de ação rescisória.....	137

3.2.2	Rescisão das decisões interlocutórias	141
3.2.3	Outros meios de eliminação das decisões de mérito	143
3.3	Prazo para Ajuizamento da Ação Rescisória	148
3.4	Legitimidade	152
3.4.1	Legitimidade no processo coletivo	152
3.4.2	Legitimidade para a ação rescisória	155
3.4.3	Intervenção do Ministério Público	158
3.4.4	Legitimidade coletiva passiva	161
3.5	Competência	163
3.6	Considerações Gerais	165
3.7	Hipóteses de rescindibilidade	167
3.7.1	Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz	168
3.7.2	Juiz impedido ou absolutamente incompetente	169
3.7.3	Resultar de dolo da parte vencedora e colusão entre as partes	170
3.7.4	Ofensa à coisa julgada	172
3.7.5	Violação a literal disposição de lei	174
3.7.6	Prova falsa	181
3.7.7	Documento novo	181
3.7.8	Fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação	184
3.7.9	Erro de fato	186
	CONCLUSÃO	189
	REFERÊNCIAS	192

INTRODUÇÃO

A ação rescisória foi o meio eleito pelo ordenamento jurídico pátrio para desconstituir a coisa julgada proveniente de uma decisão final de mérito. Contudo, quando se trata de direitos coletivos, o tema mostra-se ainda pouco estudado.

Trata-se esta ação de uma excepcionalidade, já que é por meio da autoridade da coisa julgada que conseguimos as almejadas garantias da segurança jurídica e a estabilidade das relações, impedindo modificações do que já restou consignado na decisão final.

No âmbito das lides privatísticas a ação rescisória vem sendo bem estudada por grandes processualistas, porém sem muito vagar a respeito das questões que envolvem a coletividade, pois, nada obstante a regra disciplinadora se localizar no CPC, o direito coletivo dela aproveita, ante à inexistência de previsão no conjunto de normas direcionadas à tutela coletiva.

A necessidade de um estudo mais específico destas regras vai ao encontro da recente percepção de que algumas regras do direito processual comum deveriam ser adaptadas à realidade coletiva para uma melhor tutela jurídica dos interesses transindividuais. Não é possível conceber uma tutela efetiva à coletividade sem reformulações das normas procedimentais, garantidoras de seus direitos, especialmente as referentes à coisa julgada.

Em vista disso, na primeira parte deste trabalho, nos ocuparemos da conceituação dos direitos metaindividuais, apontando as principais características que distinguem os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Também procuraremos demonstrar a relevância da persecução da garantia do acesso à justiça como única forma de concretizar a tutela efetiva, pontuando diversos outros princípios ou garantias que podem ser extraídos da correta e ampla forma através da qual se deve olhar a aproximação do Judiciário aos jurisdicionados.

A origem dos direitos coletivos assim como o regime jurídico a eles aplicável igualmente merecem destaque. É preciso entender o momento histórico em que se

tornou imperioso tratar de maneira coletiva as demandas a fim de notar que nosso Código de Processo Civil, da década de 1970, editado sob visão totalmente individualista das demandas, muitas vezes não é hábil para tutelar este ramo do direito. Nessa ordem de idéias, buscaremos, entre as normas hoje vigentes, qual ou quais delas que se mostram ideal para atingir a finalidade antes apontada.

É corrente se afitmar que o regramento das relações jurídicas metaindividuais vem disciplinado pelo microssistema coletivo, formado em razão da *perfeita interação* entre a LACP e o CDC, valendo-se apenas residualmente do CPC, caso as demais leis de proteção aos interesses coletivos também sejam omissas.

Isto porque procuraremos demonstrar que o processo que visa a proteger direitos transindividuais é despido do seu tradicional formalismo dogmático, devendo ser analisado sob prismas condizentes com os direitos a que visam salvaguardar. Sendo o processo uma garantia relevante de que os direitos subjetivos positivados no ordenamento jurídico haverão de ser adequadamente tutelados pelo Judiciário, necessariamente ele terá de estar aparelhado para cumprir a sua relevante missão social.

A segunda parte do estudo é dedicada à sentença e à coisa julgada, tendo em vista entendermos que são institutos de valor, além de serem fontes de importantes premissas para ao estudo da ação rescisória.

Nessa perspectiva, consideramos conveniente tecer considerações gerais sobre os pronunciamentos judiciais, com destaque especial para as sentenças. Depois do advento da lei 11.232 em 2005, muito se tem discutido a respeito da correta conceituação que devemos atribuir às sentenças. Questiona-se se houve realmente uma mudança ou se apenas ocorreu uma adaptação à nova forma procedimental de sua execução. Utilizando a conclusão sobre esta reflexão, procuraremos olhar os demais aspectos deste pronunciamento judicial: seus elementos de composição, seus limites, as importantes características capazes de distinguir a sentença terminativa da definitiva e alguns princípios a ele aplicáveis.

Outro aspecto que procuraremos destacar é a diferenciação entre inexistência, nulidade e ineficácia. O tema possui intensa relação com os vícios que acometem as sentenças, sendo que a ação que nos propusemos a estudar pode ser

utilizada como remédio somente para combater a nulidade da decisão que transitou em julgado e não os demais vícios.

Possuindo a jurisdição civil coletiva base principiológica específica, os temas controvertidos a respeito das sentenças proferidas nos processos coletivos devem ser realçados, a fim de melhor visualizar as peculiaridades que o microsistema coletivo impõe ao magistrado condutor destas lides. Assim, investigaremos de que maneira o princípio da congruência, a publicação da sentença e seus efeitos se diferem.

No que se refere à coisa julgada, procuraremos demonstrar sua relevância. A intangibilidade do instituto está estampada no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, em seu núcleo fundamental, constituindo-se, portanto, uma cláusula pétrea. A coisa julgada é uma garantia que se caracteriza pela autoridade de imutabilidade do que restou decidido no provimento judicial não mais sujeito a recurso, vinculando as partes e, no plano coletivo, todos aqueles que se beneficiam ou ficam por lei abrangidos pela tutela estatal.

É fato que a riqueza das obras de processo coletivo permitem um estudo mais especializado sobre a coisa julgada na seara coletiva. Não obstante este fato, parece-nos adequado também tecer considerações gerais sobre o tema nas lides individuais. Estudaremos seus limites objetivos e subjetivos com a finalidade de descobrir a quem interessa a autoridade da coisa julgada, bem como, em que hipóteses a lei afasta a sua incidência.

Finalmente, o último capítulo busca destacar as questões fundamentais sobre a ação rescisória, analisando em cada ponto a aplicabilidade das regras tradicionais ao processo coletivo, de modo a descobrir suas semelhanças e diferenças.

Iniciaremos abordando o conceito e o objeto da ação sob exame. Julgamos importante também referir sobre a discussão a respeito da possibilidade de se rescindirem por esta via as decisões interlocutórias, principalmente tendo em vista da diferenciação a que se irá proceder com a conceituação das sentenças.

O prazo para o ajuizamento desta demanda, a legitimidade e a competência também são pontos chaves no estudo da rescisória. E, como o objetivo é observar os aspectos diferenciais da tutela coletiva, não se poderia deixar de abordar a

polêmica que envolve a possibilidade de a coletividade ser demandada em uma ação rescisória.

A evolução institucional do Ministério Público será lembrada a fim de demonstrar o papel principal e peculiar que esta instituição exerce na defesa dos interesses sociais, através de bem engendrados instrumentos processuais com o fito de fazer valer o princípio da máxima efetividade e reparação íntegra e adequada dos danos causados aos direitos metaindividuais.

Por derradeiro, analisaremos cada uma das hipóteses de rescindibilidade previstas no Código de Processo Civil que autorizam a desconstituição de julgados já submetidos à autoridade da coisa julgada, com destaque ao caso de violação a lei, com o intuito de avaliar as eventuais diferenças ou interpretações específicas que merecem ser observadas no trato dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1

NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO COLETIVO**1.1 Os Direitos Metaindividuais: Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**

Direito metaindividual, também chamado de direito transindividual, supra-individual¹ ou direito coletivo em seu sentido lato, é o ramo do direito² que estuda as relações que superam a esfera individual, objetivando tutelar uma coletividade, seja ela considerada em grupo, classe ou unida por uma origem comum, seja ela considerada de maneira global. Podemos identificar três classes ou categorias de direitos coletivos: o direito difuso, o direito coletivo *stricto sensu* e o direito individual homogêneo.

A Lei 8.078/90 instituiu o Código de Defesa do Consumidor, importante diploma disciplinador da tutela coletiva, que, como recorda Elton Venturi, foi o primeiro Código a trazer a categoria dos direitos individuais homogêneos para ser tutelado coletivamente ao lado das já consagradas tutelas dos direitos difusos e coletivos³. Não que esta lei a tenha criado, “esta terceira categoria ainda não tinha sido devidamente delimitada, pois faltava cientificidade terminológica na doutrina”, o que surgiu a partir da sua introdução legal.

¹ No *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa* encontramos os prefixos “meta”, “trans” e “supra” significando, entre outras acepções, “transcendência”, “movimento para além de”, “posição acima”, o que confirma a propriedade do uso neste contexto de ultrapassar o direito meramente individual. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1319, 1975 e 1894).

² Gregório Assagra de Almeida, com acerto, defende ser o direito processual coletivo um novo ramo do direito, consagrado a partir da Constituição de 1988: “existe atualmente no Brasil, com dignidade constitucional, o *direito processual coletivo comum* como instrumento potencializado de *resolução* de conflitos coletivos ocorridos no mundo da contretude (sic) e de *efetivação* material do Estado Democrático de Direito brasileiro” (*Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270, grifos originais).

³ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 389.

A lei, procurando limitar as discussões sobre o assunto⁴, conceituou esses três grupos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

José Marcelo Menezes Vigliar admite que, embora o papel do legislador não seja conceituar institutos, estes se mostraram corretos e completos, devendo ser empregados, mesmo porque foram desenvolvidos e amparados na melhor doutrina⁵.

Como se pôde observar, ao apontar a classe, cada inciso inicia-se com a expressão “interesses ou direitos”. No âmbito da doutrina, é comum destacar que a lei utiliza tais termos como sinônimos⁶. Kazuo Watanabe, por exemplo, ensina que:

a partir do momento que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles⁷.

Na mesma linha de raciocínio, Gregório Assagra de Almeida acrescenta que o texto constitucional também emprega o signo “interesse” em algumas de suas passagens, não deixando espaço para polêmicas interpretativas, “em total prejuízo a essas categorias tão relevantes de direitos sociais”⁸.

⁴ A leitura dos escritos de Ada Pellegrini Grinover indica que a doutrina divergia sobre os conceitos das espécies de direitos coletivos: “diante da fluidez do próprio conceito de ‘interesse difuso’, a terminologia é ainda imprecisa. Fala-se, às vezes, em interesses difusos e/ou coletivos, como sinônimos; por outras, tenta-se uma distinção, falando-se de interesses coletivos quando existe um grupo de pessoas com interesses comuns que só seriam comunitariamente perseguíveis, ao passo que o interesse difuso não se caracterizaria por qualquer momento associativo” (A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*. v. 4, n. 14-15, p. 26, abr.-set. São Paulo: RT, 1979, nota rodapé n. 4.). Cf. também, WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 811-819.

⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 80.

⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 688.

⁷ WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 819.

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 486.

Rizzatto Nunes, por sua vez, destrincha o conceito legal aduzindo que os direitos difusos “são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende regradar e proteger são indeterminados e indetermináveis”⁹. E prossegue:

Nos chamados “direitos coletivos” os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo¹⁰.

Já no direito individual homogêneo o titular do direito é determinado e seu objeto é divisível. Para este mesmo autor, “a origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados do direito individual homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível”¹¹.

Patricia Miranda Pizzol distingue os direitos coletivos segundo os critérios subjetivo e objetivo. Destarte, os interesses difusos caracterizam-se subjetivamente pela indeterminação de titulares adicionada à inexistência de liame entre eles e, objetivamente, pela indivisibilidade do bem jurídico; os interesses coletivos, ao contrário, são subjetivamente marcados pela determinabilidade de sujeitos entre os quais existe uma relação jurídica-base, mas, objetivamente, o bem jurídico também é indivisível. Já os interesses individuais homogêneos coincidem com a última categoria mencionada quanto à determinabilidade dos titulares, mas há entre eles uma origem comum, e no aspecto subjetivo, o objeto é divisível¹². E sintetiza:

Assim, o direito difuso difere do direito coletivo tão somente pelo aspecto subjetivo, tendo em vista que os titulares deste são determináveis, estando relacionados a um grupo, categoria ou classe; difere do direito individual homogêneo pelos aspectos subjetivo (titulares determináveis) e objetivo (objeto divisível). O direito coletivo difere do individual homogêneo pelo aspecto objetivo – enquanto o objeto deste é divisível o daquele é indivisível¹³.

⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 688.

¹⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 691.

¹¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 695.

¹² PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 88 e seg. Àqueles dois critérios, Gregório de Almeida adiciona outro: a origem, por julgar relevante conhecer a origem do respectivo direito material (*Direito processual coletivo brasileiro*, p. 485). Não obstante ser válido para a distinção, o critério *origem* pode vir justaposto com o critério subjetivo, tal qual fez a citada doutrina de Pizzol.

¹³ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2006.

Visto isso, denominam-se direitos essencialmente coletivos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e direito acidentalmente coletivo, o individual homogêneo. Isto porque, como assevera Gregório de Almeida, a categoria dos direitos individuais homogêneos não possui natureza de direito coletivo, mas de individuais, sendo considerados coletivos somente no plano processual, justamente porque há o interesse social de que a solução do conflito se realize de forma única, evitando-se, assim, o acúmulo de demandas similares, decisões contraditórias, além de proporcionar a efetividade na solução desses direitos¹⁴.

É um equívoco, pois, relacionar direito coletivo à pessoa – ou quantidade delas – que pleiteia em juízo, ou seja, não se pode denominar coletiva a demanda somente porque há vários sujeitos demandando no mesmo pólo da ação ou porque o Ministério Público ou uma associação é o autor do pleito. Para saber se estamos diante de uma tutela coletiva de direitos, devemos tomar como base o pedido levado ao crivo judicial. A legitimidade ativa ou passiva, por si só, não altera o objeto do processo.

Isso se torna reluzente ao analisar o exemplo dado por Nelson Nery Jr. sobre as pretensões que poderiam advir do acidente com o *Bateau Mouche IV* em 1988. O autor cita que, do mesmo evento fático, há o interesse individual, quando uma das vítimas pretende, em ação individual, indenização pelos seus direitos subjetivos lesados; o individual homogêneo, havendo pretensão de indenização em favor de todas as vítimas, é ajuizada ação por entidade associativa; o direito coletivo, no caso de a associação das empresas de turismo demandar pedindo condenação em obrigação de fazer, com vistas à manutenção da boa imagem deste segmento da economia; e o interesse difuso, caso o objeto seja a tutela da vida e da segurança das pessoas em geral, mediante ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público, por exemplo, para interditar a embarcação e evitar novos acidentes¹⁵.

Em vista disso, torna-se evidente que é por meio da pretensão deduzida em juízo que se consegue inferir a natureza do direito lesado, pois o pedido aponta o bem ou o direito tutelado e sua extensão. Vale acrescentar, ainda, que, não obstante tratem de direitos distintos, não há qualquer óbice à cumulação de pedidos

¹⁴ *Direito processual coletivo brasileiro*, p.481-482.

¹⁵ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 160.

difusos, coletivos e individuais homogêneos, tal como ocorre em relação a pedidos típicos das lides individuais.

Claro está que há mais traços característicos que auxiliam a identificação dos direitos coletivos e tornam sua tutela diferenciada, quais sejam, os princípios aplicáveis, os poderes-dever do juiz e do Ministério Público, a extensão dos efeitos da sentença e da coisa julgada, a competência, a legitimidade¹⁶, aspectos estes que serão abordados ao longo deste estudo.

Portanto, uma vez elucidado o significado que adotaremos ao tratar dos direitos metaindividuais, passemos à análise dos princípios processuais que envolvem a tutela dos direitos coletivos.

1.2 Princípios Fundamentais à Tutela Coletiva sob a Ótica do Acesso Coletivo à Justiça

É sempre pertinente refletir sobre os princípios que embasam a matéria estudada. Nessa linha, para a compreensão da tutela jurisdicional coletiva e das posições que serão tomadas ao longo deste trabalho é indispensável a análise da amplitude dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça.

Antes, cabe frisar que o devido processo legal, por si só, já propõe uma visão ampla e necessária da proteção constitucional que se espera do seguinte enunciado: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). E a doutrina aponta corretamente que “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”¹⁷.

No entanto, na nossa concepção, é válido destacar os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça, uma vez que os

¹⁶ Em sentido similar, WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 792.

¹⁷ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 60.

vários aspectos diferenciados da tutela coletiva nascem desses princípios, a partir da correta percepção do seu significado, tornando os demais apenas decorrência daqueles primeiros, os quais – não se nega – têm origem na cláusula do devido processo legal.

A Lei Magna deve pautar a interpretação da tutela jurisdicional de todos os direitos, e não poderia ser diferente quando se debate a tutela coletiva. Felizmente, há neste diploma um conjunto de normas que indicam a amplitude com a qual o direito metaindividual merece ser tratado, sendo de lá que se extraem os postulados que aqui trataremos.

Não se pode olvidar, ainda, que o Código do Consumidor é uma lei principiológica e de aplicação cogente, uma vez que possui princípios próprios e peculiares, muitos deles aptos não só a nortear a defesa do consumidor, mas também toda forma de postulação em favor dos interesses coletivos. Assim sendo, este diploma também é norte interpretativo sobre o tema.

Procuraremos deixar claro que a defesa coletiva de direitos não pode se pautar pelas mesmas regras da defesa individual, na qual se almeja amparar interesses subjetivos e quase sempre disponíveis. Com efeito, estamos há tempos presenciando uma insuficiência do nosso Poder Judiciário, que é incapaz de atender de maneira célere e eficiente ao crescente número de demandas que, amiúde, correlacionam-se ou se mostram idênticas. Por esta razão, entre outras, tornou-se imperioso acoplar esses litígios, reunindo-os num único processo, o que hoje é possível por meio das ações coletivas.

A partir dessas ações resultaram-se inúmeras vantagens: foi possível minimizar julgamentos conflitantes a respeito da mesma matéria, fato que vai ao encontro do senso de justiça, igualdade e segurança jurídica; possibilitou-se a defesa de forma mais competente de direitos indivisíveis, que passaram a ser tutelados por legitimados considerados mais aptos para tal fim; diminuíram-se os custos operacionais para o Judiciário, além de apresentar vantagens econômicas para os titulares do direito ao demandarem em conjunto, entre tantos outros benefícios que poderiam ser aqui listados.

Urge, por isso, discorrer sobre os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça.

Tais princípios se completam e extraem sua essência do art. 5º, XXXV, da Lei Maior, quando aduz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O acesso e a inafastabilidade, tão acesos na Constituição Federal, reafirmam o verdadeiro escopo do processo, qual seja, o de amparar os titulares de direitos que buscam na atuação do Estado a eficaz solução de seus conflitos. Não se trata de um acesso formal. A regra constitucional exige providências do legislador infraconstitucional que possibilitem o efetivo acesso do jurisdicionado ao Judiciário, cabendo a este, ainda, entregar uma tutela adequada¹⁸. E isto se torna mais imperioso quando os beneficiários da tutela estão escondidos por detrás daqueles aos quais a lei autorizou defendê-los judicialmente, a fim de buscar a prevenção ou a reparação de um direito.

Trataremos dos princípios destacando a regra da máxima efetividade da prevenção e reparação dos danos coletivos, o que implica afastar algumas normas processuais rígidas do CPC, já que as circunstâncias do interesse tutelado exigem atuação diferenciada dos legitimados coletivos, uma vez que lhes são garantidos direitos que visam facilitar seu acesso à justiça: isenções de custas, poder de diligência perante as autoridades competentes, direito à publicidade dos seus atos, como forma de informar o cidadão sobre a defesa de seus interesses, e regras de competência diferenciadas. Além disso, cabe ao juiz uma performance mais atuante na condução desses processos, pois, na busca da reparação integral dos bens coletivos lesados, deve se valer de seus poderes-dever para propiciar uma tutela efetiva e adequada, tal como ordena a Constituição Republicana.

O art. 6º do CDC, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, ratifica nos incs. VI e VII os ditames da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

¹⁸ Neste mesmo rumo está a lição de Nelson Nery Jr. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 130-132).

Não se pode dizer que a garantia prevista no artigo assegura a inafastabilidade e o acesso à justiça para a prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais apenas quando o titular é um consumidor, mas se refere também a quaisquer lesões individuais, coletivas ou difusas. Isto porque a norma infraconstitucional é uma repetição do preceito constitucionalmente consagrado, devendo ser útil na interpretação e concretização dos ditames da Lei Fundamental.

Nessa perspectiva, a própria criação de instrumentos para defesa dos interesses coletivos *lato sensu* constitui manifestação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Se nos ativermos à vantagem econômica da demanda coletiva, concluiremos que, no direito coletivo, a dispensa no adiantamento de custas, honorários periciais e outros encargos processuais, além da vedação da posterior condenação da associação nessas despesas, salvo má-fé (arts. 18 da LACP e 87 do CDC), são claras manifestações legais da facilitação do acesso. Isto porque, caso o ônus econômico inicial do processo coubesse às associações autoras e, ainda, não logrando êxito, estas fossem incumbidas dos custos da sucumbência, por certo a defesa dos bens jurídicos coletivos restaria desestimulada¹⁹.

Tratando-se de lide de consumo, além das isenções de taxas, vale destacar os reclames do Código pela criação de Juizados Especiais, o mandamento por atendimento preferencial²⁰, a inversão do ônus da prova como um dos meios de facilitação da defesa em juízo, todos com a finalidade de fomentar o acesso, aproximando assim o cidadão do Judiciário.

Diante disso, Alexandre Câmara afirma que o destinatário da norma citada “é o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário”²¹. A proteção do cidadão

¹⁹ Cabe assinalar que, havendo má-fé, a lei pune com afinco: “em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos” (arts. 17, da LACP, e 87, parágrafo único, do CDC, de redações idênticas). Para Nelson Nery Jr. e Kazuo Watanabe, a regra se dirige a qualquer legitimado, diante do princípio da lealdade processual e isonomia (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 870 e 1.051).

²⁰ Neste sentido, cf. Rizzatto Nunes (*Curso de direito do consumidor*, 2004, p. 136).

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46, v. 1. No mesmo sentido, TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 192.

com o princípio proibitivo de afastar de si o Judiciário equivale-se justamente ao acesso a este órgão.

Não se pode negar também que a defesa por meio de um ente representante de um grupo ou de toda a coletividade seja uma forma de propiciar o acesso à justiça, pois só o fato de o cidadão não precisar custear financeiramente um processo nem investir tempo no seu acompanhamento já é uma forma de aproximá-lo do Judiciário. Ademais, um ente especializado pode ter mais sucesso na prova do dano do que um particular agindo isoladamente, com seus limitados meios de acesso às informações, às técnicas etc. Como aponta Nicoló Trocker, “il potere del gruppo di condurre la lite, viene inteso quindi come rimedio per ovviare alle difficoltà esistenti per il singolo di far valere efficacemente in giudizio le proprie situazioni di vantaggio”²².

As leis que regulam os direitos metaindividuais levaram em conta a finalidade do órgão, o histórico de defesa do interesse social, entre outros aspectos, para atribuir legitimidade a entes para agirem em nome da coletividade, acreditando serem eles capazes de postular em favor de relevantes bens jurídicos ou direitos do grupo ou da sociedade²³.

Nas ações coletivas de maneira geral²⁴, os legitimados processuais ativos *ad causam* são aqueles listados no art. 82 do CDC e no art. 5º da Lei 7.347/85, conforme nova redação dada pela Lei 11.448, de 15.01.2007:

- I – o Ministério Público;
- II – a Defensoria Pública;
- III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V – a associação que, concomitantemente:

²² “O poder do grupo de conduzir a lide, é visto, portanto, como um remédio para evitar a dificuldade existente para o particular fazer valer eficazmente em juízo sua própria situação de vantagem” – tradução nossa. (*Processo civile e costituzione*, p. 203).

²³ Por isso pode-se dizer que a legitimidade adequada, ao contrário da regra em alguns outros sistemas alienígenas que mencionaremos, é inferida *ope legis*, ou seja, a própria lei disse que a representação tem correspondência ou conformidade necessária para defender determinados interesses.

²⁴ Como será analisado adiante, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são regramentos aptos a ditar normas gerais sobre quaisquer ações coletivas, de forma que suas regras apenas serão afastadas se existir lei especial que trate do assunto, como é o caso, por exemplo, da Ação Popular cuja lei disciplinadora possui ditames peculiares sobre a legitimidade, afastando, com isso, a incidência da norma geral.

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Apesar de a lei ser o meio hábil para se conferir legitimidade, em outros casos, o próprio ordenamento constitucional assim o fez em uma ação e em relação a alguns entes (art. 5º, LXX²⁵). Nesse sentido, Hugo N. Mazzilli²⁶ ressalta que as hipóteses antes citadas não formam um elenco taxativo, uma vez que há disposição legal em outras normas constitucionais e infraconstitucionais²⁷. Ilustrativa, neste particular, é a lembrança de Nelson Nery Jr.:

Deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial^{28, 29}.

Nesta linha, seria impertinente duvidar da legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos, uma vez que consta na Constituição Federal, art. 129, III, que cabe a ele a função de promover ação civil pública para defesa do patrimônio público e social, além de outros interesses difusos e coletivos, omitindo-se em relação à terceira categoria de direitos coletivos. Ora, a legitimidade do Ministério Público também se extrai da própria Constituição Federal, cabendo-lhe a defesa de todos os interesses coletivos, desde que compatíveis com suas funções³⁰.

²⁵ Dispõe o art. 5º LXX da CRFB/88: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 257 e seg.

²⁷ É o caso da legitimidade conferida à OAB pela Lei 8.906/94 (EAOAB) para representação da classe dos advogados e pelo Estatuto do Idoso para a defesa dos interesses daqueles aos quais a lei se dirige.

²⁸ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 156.

²⁹ Nicoló Trocker salienta que o direito alemão possibilita ao cidadão impugnar norma que limite ou negue injustamente o acesso à jurisdição, bem como garante uma ação contra o órgão jurisdicional para coibir a negativa de prestação jurisdicional pela refutação indevida de uma demanda corretamente proposta pela parte. Assim, tais medidas, sob o ponto de vista constitucional, afirma, “viene quindi ad assumere una dimensione concreta e si configura come diritto effettivo all’amministrazione della giustizia e all’emanazione del provvedimento giurisdizionale” (*Processo civile e costituzione*, p. 188-189). Tradução livre: “vem então a assumir uma dimensão concreta e se configura como direito efetivo à administração da justiça e à emanação do provimento jurisdicional”.

³⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Vale lembrar que este órgão surgiu para defender os interesses do Estado, mas há muito atua representando e defendendo os valores da sociedade, sendo que, com o advento da Lei Fundamental de 1988, esta instituição ganhou maior destaque e importância na defesa dos direitos sociais e da ordem jurídica como um todo.

Além disso, o próprio art. 129 da CRFB, em seu inc. IX, salienta que o MP pode *exercer outras funções que a lei lhe conferir, desde que compatíveis com sua finalidade*. E esta finalidade, como se infere da clara redação do art. 127 da CRFB, está relacionada à “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Desta forma, cabe ao órgão pleitear em favor de direitos individuais homogêneos sempre que houver interesse social em voga, ficando-lhe vedado somente a tutela de “interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social”, tal como entende Watanabe³¹.

No que se refere ao ingresso da associação em juízo, vale destacar que não é necessária a autorização assemblear para tanto, uma vez que a própria lei já conferiu legitimidade para a condução do processo coletivo à associação. Ademais, o indivíduo que aderiu à associação aceitou os termos do estatuto que inclui a defesa da categoria em juízo e, caso discorde da ação coletiva, permanece a faculdade legal de impetrar sua própria demanda ou não liquidar a coletiva, como veremos no item que trata da coisa julgada. É verdade que o STJ já se pronunciou no sentido de que a legitimidade depende de autorização quando a representação dos associados não consta no estatuto da associação³², mas felizmente esse entendimento já se modificou, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA
– IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL – INEXISTÊNCIA
– ASSOCIAÇÃO LEGALMENTE CONSTITUÍDA E EM FUNCIONAMENTO
HÁ MAIS DE UM ANO – SUBSTITUTA PROCESSUAL –

³¹ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 836.

³² MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. LEGITIMAÇÃO ATIVA. CF, ARTS. 5º, XXI E LXX, "B". RECURSO ORDINÁRIO.

1. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 01 (um) ano, no interesse geral de seus filiados, sendo prescindível autorização individual e expressa destes ou em assembleia geral se do respectivo estatuto já constar expressamente. 2. Não fazendo o estatuto da recorrente qualquer menção, de forma clara e expressa, sobre a defesa de seus associados em juízo como um de seus objetivos institucionais, não há como reconhecer-lhe legitimidade ativa automática. 3. Recurso conhecido e não provido (5ª T., RMS n. 11365/RO, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 13.9.2000, DJ 9.10.2000, p. 165).

Todavia, não concordamos com este entendimento, uma vez que a exigência anterior de autorização termina por dificultar o acesso à justiça na defesa coletiva de direitos. Dado que a coisa julgada, como se verá, apenas se aplica em favor da coletividade, não há prejuízo ao cidadão que é representado em juízo sem seu prévio consentimento.

DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU RELAÇÃO NOMINAL DOS SUBSTITUÍDOS – PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. As associações de classe têm legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em benefício de seus associados, como substitutas processuais, independentemente de autorização expressa dos substituídos, bastando estar legalmente constituído e em funcionamento há, pelo menos, um ano. Precedentes desta Corte.

2. Ainda que não conste de seu estatuto social, de forma expressa, que a associação tem como finalidade representar seus sócios perante os poderes constituídos e propugnar por seus direitos e reivindicações, como de praxe, não se pode restringir a autorização constitucional nem alargar os requisitos contidos na Lei Maior, se esta não o fez.

(...)

(2ª T., RMS n. 22.230/RJ, rel. Min. Humberto Martins,, j. 27.3.2007, *DJ* 12.4.2007, p. 258).

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SINDICATO – LEGITIMIDADE ATIVA.

1. (...)

2. A doutrina tem entendido que os sindicatos possuem natureza jurídica de associação civil, o que lhe concede a legitimidade ativa para a propositura de eventual ação civil pública em defesa de direito afeto à categoria que representa; e que eventual limitação a essa legitimidade implica restrição ao direito de ação dos sindicatos, não limitado pelo texto constitucional, em seus arts. 5º, inciso XXI, 8º, inciso III, e 114, § 1º.

3. A despeito da existência de julgados em sentido diverso, já encontra eco na jurisprudência pátria o entendimento no sentido de que os sindicatos, mormente quando houver expressa autorização em seu estatuto, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública, em atendimento a princípios constitucionais, especialmente o da democratização do acesso ao Judiciário e da celeridade na prestação jurisdicional, entre outros.

4. No caso, sendo o direito vindicado afeto a (sic) toda a categoria representada pelo Sindicato Recorrente e estando este, por meio de seus estatutos, autorizado a promover a defesa daquela em juízo, não há como restringir a legitimidade da entidade sindical para propor ação civil pública.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(5ª T., REsp n. 549.794/RS, relatora Min. Laurita Vaz, j. em 9.8.2007, *DJ* 5.11.2007, p. 344).

É oportuno ainda dizer que a Lei da Ação Civil Pública exige, com acerto, que haja correlação entre o bem pleiteado em juízo e a finalidade institucional da associação (art. 5º, V, *b*). Pode-se entender que tal requisito é exclusivo das associações, especialmente após a nova redação do artigo. Contudo, interpretando a lei de forma sistemática, vislumbramos que a necessidade de correlação entre o pedido e a finalidade do órgão deve ser estendida a todos os legitimados, inclusive aos órgãos públicos. Mesmo porque a entrega da tutela adequada depende também da eficiente postulação em juízo, fato que a lei somente presumiu em relação

àqueles que possuem uma estreita relação com o bem a ser defendido ou, ao menos, que estejam empenhados neste fim.

Portanto, a lei elenca legitimados para a propositura de ação para defesa de direitos coletivos, sendo certo que essa legitimação se deu independentemente do tipo de ação coletiva a ser utilizada. Ao estatuir que "são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela", o art. 83 do CDC referiu-se à ação coletiva *lato sensu*, em seu gênero. Então, apesar de a ação civil pública ter hoje maior notoriedade, todos os postulados de leis extravagantes podem ser usados e todas as espécies de pedidos e sentenças são aplicáveis para amparar os direitos transindividuais.

Em convergência com o aludido, Kazuo Watanabe leciona que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser lido como forma de assegurar efetivamente o acesso ao Judiciário através de todos os instrumentos processuais adequados, o que inclui não apenas todas as espécies de procedimentos, como também todos os tipos de provimentos³³.

E Pedro Lenza completa:

Adverte-se, ainda, que, quando se propõe que todo processo deva dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo que teria direito de receber*, para que a tutela jurisdicional seja útil e o processo efetivo, *necessita-se a adaptação do instrumento processual ao tipo de direito a ser tutelado*, notadamente diante da já analisada visão de se tomar o processo como instrumento de realização e efetivação do direito substancial, tendo em vista a perspectiva moderna de *relativização do binômio substance-procedure*, em razão dos escopos sociais e políticos³⁴.

Nessa ordem, a diligência empregada para se tomar o processo como instrumento de realização e efetivação do direito substancial não cabe somente ao legitimado; o julgador tem o dever de penetrar no conflito para garantir sua adequada solução, em razão da indisponibilidade dos bens e em benefício de seus titulares, que estão à mercê de seu representante. Sem falar que todo o Código do Consumidor é regrado por matérias de ordem pública e de interesse social (art. 1º), sendo que suas disposições processuais regem qualquer ação coletiva, salvo incompatibilidade, por imposição do seu art. 90³⁵.

³³ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 855-856.

³⁴ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 324.

³⁵ Cf. item 1.4 deste capítulo.

Hoje se vê no processo civil pátrio a figura de um juiz que deixou de ser mero expectador, passando a atuar como um magistrado que conduz o processo, sendo o “protagonista principal da relação processual”³⁶. Além disso, este papel judicial é fruto da correta interpretação do Código Processual de 1973, editado em “período de difícil convivência democrática” à luz da Constituição de 1988, “marco contemporâneo da redemocratização brasileira”³⁷.

Por isso, com maior razão espera-se uma postura ativa do juiz quando a lide é coletiva, pois assim agindo atuará em prol da concretização do princípio da igualdade, equilibrando as disparidades freqüentemente existentes entre o litigante que persegue a integridade do bem jurídico coletivo e aquele acusado de infringir a norma. Ou seja, será um *descrimen* amparado em finalidade legítima, mesmo porque a legislação processual clássica é insuficiente para a tutela efetiva dos interesses metaindividuais.

Barbosa Moreira³⁸ reitera, ao longo de seu estudo, a ampla tendência em se reforçar os “poderes”³⁹ do juiz, renunciando o legislador, por vezes, à faculdade de enumerar casos de incidência da norma abstrata, deixando para o juiz discerni-los e identificá-los, e o juiz deverá assim proceder ao determinar providências necessárias à solução do conflito, aplicando de ofício as medidas de apoio do art. 11 da LACP e o art. 84 do CDC.

Constatado isso, se faz mister confrontar as diretrizes contidas nos princípios dispositivo e inquisitivo ou inquisitórios⁴⁰. É verdade que, como prenuncia Barbosa Moreira, não há processos com posturas puramente inquisitivas ou dispositivas⁴¹. O princípio dispositivo manifesta-se pelo papel principal das partes na condução do

³⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, abr.-jun., 1996.

³⁷ Adjetivações dos diplomas utilizadas por Sergio Gilberto Porto (A crise da eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 179-180.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista Jurídica*, Poá, Ed. Nota Dez, n. 306, p. 7-18, abr. 2003.

³⁹ Em geral, prefere-se utilizar o vocábulo *função* ou *poder-dever* em vez de *poder* do magistrado, pois “existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53).

⁴⁰ Aliás, *concessa venia*, tivemos a oportunidade de confrontar tais princípios no âmbito do processo civil tradicional no artigo “Os limites do juiz na aplicação das *astreintes*”, *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 328, p. 63-82, fev. 2005.

processo. Também é conhecido como princípio da demanda, que estabelece a inércia da função jurisdicional. Será esta postura de inércia a compatível e necessária para solver os conflitos de massa?

Por meio do princípio inquisitivo, ao juiz é atribuída maior soma de poderes. Contudo, o princípio dispositivo “deve expressar apenas as limitações imposta ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível”⁴², como aponta Bedaque.

Estão entre os principais poderes que exercem o juiz: o de direção, de instrução, de decisão, de execução e de coerção. Há ainda o poder de polícia, estabelecido no art. 445 do CPC, que, apesar de não ser considerado um poder jurisdicional, é importante o juiz detê-lo, pois é ele quem deve primar pela condução tranqüila do processo.

Segundo o poder de direção, o juiz deve impedir manifestações fora do prazo, censurar manifestações ofensivas à outra parte ou ao juízo. Entretanto, o juiz de instrução tem o poder de coletar provas para o melhor julgamento do processo, colhendo informações úteis para a manifestação da verdade, baseado no art. 130 do CPC. “O juiz deve ter iniciativa probatória, a fim de poder alcançar a verdade, sem as limitações impostas pelos litigantes”⁴³.

O poder de decisão é característico da função do magistrado. No entanto, a própria lei confere às partes, em algumas situações, a oportunidade de determinar a solução do litígio. É o caso, por exemplo, da transação e da desistência da ação, que, entre outros, não caberá ao juiz determinar o fim que o processo tomará, restando-lhe apenas a análise de irregularidades e a homologação do ato.

O poder de execução relaciona-se aos atos praticados pelo juiz na condução regular da execução. Entretanto, deve-se atentar para dois princípios aparentemente contraditórios: máxima utilidade da execução e menor sacrifício do executado, em que a execução deve redundar em proveito do credor, porém se busca a satisfação deste credor de modo menos gravoso para o devedor. Assim, em atos como

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*, p. 7.

⁴² BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2001, p. 93.

⁴³ BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 10.

apreensão judicial e penhora de bens, o juiz deve resolver questões de juízo de valores, balanceando os fatores envolvidos no caso concreto.

Para Barbosa Moreira, o poder de coerção é aquele “cujo exercício visa a obter compulsoriamente a prática ou à abstenção de determinados atos”⁴⁴. É exatamente este o poder-função que o magistrado possui no manejo das medidas de coerção, entre as quais está a multa processual, denominada *astreinte*, em que a lei lhe permite a imposição, modificação de valor e periodicidade de ofício (art. 84 do CDC).

Na verdade, as modificações imprimidas pelas reformas do Diploma Processual Civil atenuaram o princípio dispositivo citado, sem, contudo, ferir, em sua concepção, a regra da congruência entre a sentença e o pedido⁴⁵ no processo civil comum, pois o permissivo legal visa a trazer celeridade e efetividade, bem como justiça aos provimentos judiciais. Todavia, nas lides coletivas, a concepção deve ser sempre correlacionada ao direito tutelado.

É concludente a convicção de Sergio Gilberto Porto:

O processo para que possa cumprir a missão de realizar o direito há que se adequar objetiva e subjetivamente tanto à natureza do direito posto em causa, como à qualidade das partes, ou seja, se individual o direito, haverá de possuir o processo certas características próprias do segmento debatido e assim sucessivamente, considerando se este é coletivo, se é disponível, se é indisponível e tantas quantas forem as descobertas ou redescobertas impostas pela realidade jurídica⁴⁶.

Destarte, uma vez superada a escassez que se verifica na prática forense da implementação das medidas aqui citadas pelo juiz *ex officio*, e o atendimento aos parâmetros legais e princípios do direito, tais “poderes do juiz” podem ser considerados meios relevantes para impor a tutela efetiva de maneira célere e justa.

Partindo da premissa de que toda atuação do órgão jurisdicional deve estar sujeita a limites, nem mesmo em face de conceitos vagos ou imprecisos o agente estará livre de seguir os parâmetros legais e do sistema, e também os princípios gerais do direito. Portanto, trata-se de questão difícil, porém relevante, a fixação dos limites impostos pelo sistema ao juiz quando da realização de suas funções.

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Reformas processuais e poderes do juiz, p. 14.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz, p. 14-15.

⁴⁶ PORTO, Sergio Gilberto. A crise da eficiência do processo, p. 182.

Nesta linha, é possível observar que, apesar do amplo poder à disposição do magistrado para condução eficaz dos processos coletivos, é natural que este se submeta às diretrizes do ordenamento jurídico, ou seja, existe limitação à sua atuação. Na verdade, pode-se dizer que o juiz exerce atividade interpretativa da norma. Interpretar a lei pode ser o procedimento de determinação do conteúdo prescritivo do direito, ou atividade de dar ao enunciado o seu significado. No entanto, sobre a interpretação do conceito legal, nega-se a existência de poder discricionário⁴⁷, já que o juiz, diante de tal liberdade, deve buscar a única alternativa possível para ser aplicada no caso concreto.

Assim, vale citar João Batista Lopes, que já pelos idos dos anos 1980 afirmava:

Os poderes conferidos ao juiz não constituem privilégios ou vantagens outorgados à pessoa do Magistrado, mas se destinam a assegurar a real e efetiva prestação jurisdicional. (...) Com efeito, o fortalecimento da Magistratura não deve ser visto como uma finalidade *stant a se*, mas como um meio de se alcançar a prestação jurisdicional efetiva e qualificada⁴⁸.

Os limites específicos à atividade oficial serão o contraditório e a fundamentação do ato judicial que a impõe o comando⁴⁹. Se, por exemplo, o magistrado determina cumprimento de uma ordem, cominando multa como pena de descumprimento, qualquer modificação em seu valor, periodicidade etc. deve estar fundamentada na mudança dos fatos sobre os quais a multa havia sido fixada⁵⁰. A par disso, o juiz deve sempre respeitar os princípios e as regras gerais aplicáveis à matéria, sendo evidente também que persiste a necessidade de o juiz competente ser imparcial, já que esta é uma das facetas da garantia constitucional do juiz natural⁵¹.

⁴⁷ Baseamo-nos na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.15-16), para quem não se pode falar em “poder discricionário”, mas sim de cumprimento de um dever legal, ou então “dever de alcançar a finalidade legal”. Dessa forma, não é compatível com a discricionariedade a idéia de que o julgador, diante de uma norma abstrata, é livre para fazer escolhas, aplicando quaisquer delas com indiferença. Há um “juízo subjetivo do administrador” que deve ser compatível com os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Ver ainda, Eduardo Talamini (*Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 382), que afirma que a discricionariedade não deriva de falha do ordenamento jurídico. Em face da multiplicidade de possibilidades de aplicação de uma norma, o magistrado deve interpretar com retidão a norma e integrá-la ao sistema, com a correta utilização dos princípios.

⁴⁸ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 35, p. 24, abr.-jun., 1984,

⁴⁹ BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 154.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 249.

⁵¹ De acordo com a doutrina do professor Nelson Nery Jr., “a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem que ser imparcial” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 97).

Conseqüentemente, por ser o magistrado aquele que permeia a condução do processo, sempre vinculado aos ditames legais, sua importância em relação ao bom manejo e ao efetivo resultado, advindo da correta aplicação de todos os meios hábeis existentes na lei, é manifesta e deve ser perseguida.

Aliada às orientações peculiares nas quais deve estar pautada a tutela jurisdicional coletiva, outras adaptações igualmente ensejam o acesso à justiça, tais como a competência funcional fixada no local da lesão ou sua ameaça aos interesses coletivos⁵², bem como a publicidade a que se pretende dar a tais demandas.

O legislador impõe que a competência para as ações coletivas de conhecimento seja a do “foro do local onde ocorrer o dano” (art. 2º da LACP), ficando apenas ressalvadas as competências da Justiça Federal e a originária dos Tribunais Superiores, ou seja, dado o interesse público dessas ações, a lei trouxe disposição visando à facilitação do acesso à justiça pelo ente legitimado.

Trata-se de uma competência territorial funcional, logo, absoluta e improrrogável, cujas características têm a finalidade de facilitar a colheita de provas, por se presumir que este seja local onde se encontram as melhores condições para o julgamento da lide⁵³.

Perquirindo a execução da sentença, o exeqüente deve se pautar na dicção do art. 98, § 2º, do CDC, que dispõe ser competente para a execução o mesmo juízo que proferiu a sentença condenatória. Contudo, tendo a Lei 11.232/2005 alterado o CPC acrescentando a possibilidade de opção do exeqüente em requerer o cumprimento da sentença no local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação (art. 475-P, parágrafo único), neste ponto, ela deve ser aplicada residualmente aos direitos tratados de maneira coletiva.

Sendo assim, a nova dicção, a nosso ver, está de acordo com diversos princípios da jurisdição coletiva, tais como a busca pela efetividade e o amplo acesso à justiça. A regra veio trazer uma facilitação ao credor na medida em que este pode escolher o foro mais célere ou mais acessível, principalmente quando o exeqüente é um cidadão que individualiza seu crédito. Ademais, isto não exclui a

⁵² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 57.

⁵³ PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 574.

interpretação já aceita pela doutrina quanto à possibilidade de se liquidar e executar a sentença no domicílio do autor⁵⁴. A competência é, então, concorrente, e a escolha é feita pelo credor.

No que adrede à publicidade, há que se destacar que a Carta Constitucional a assegura em relação a todos os atos emanados do Poder Público (arts. 5º, LX, e 94, IX), restringindo-a somente quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. No âmbito das relações coletivas, o interesse social não clama pela restrição, ao contrário, clama pela ampliação de tal garantia.

Diante disso, o legislador exigiu publicidade das ações coletivas propostas, através de edital em órgão oficial, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor (art. 94 do CDC).

Ada Pellegrini Grinover ressalta que “a ampla divulgação prevista pelo art. 94 tem por finalidade a intervenção de interessados no processo, a título de litisconsortes do autor coletivo”⁵⁵.

Destarte, a publicidade caminha no sentido de dar informação aos possíveis beneficiários da tutela, seja para que eles possam pessoalmente participar da relação processual em curso, seja para informar aos demais co-legitimados da existência de uma demanda coletiva, evitando-se, com isso, a repetição de ações sobre o mesmo objeto e a possibilidade de decisões conflitantes ou pouco efetivas ao amparo dos lesados.

A ampla divulgação da propositura de uma ação coletiva e de seu resultado favorável são providências essenciais, principalmente na hipótese de sentença condenatória, pois, neste caso, haverá necessidade de habilitação dos interessados para liquidar e executar a decisão, sob pena de o valor da condenação não se reverter a favor deles, mas ao fundo, para defesa dos interesses difusos, comprometendo, por conseguinte, a reparação efetiva.

A publicidade ficta já constitui um avanço, na medida em que se preocupa em levar as demandas coletivas ao conhecimento da sociedade. Contudo, da forma

⁵⁴ Há que se consignar que, antes do advento do art. 475-P citado, a doutrina entendia ser possível a liquidação e a execução no foro do domicílio do autor, mesmo diante do veto ao parágrafo único do art. 97 do CDC, mediante uma interpretação sistemática com o art. 101, I, do mesmo diploma. Ver por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 908 e seg.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 902.

como ela se apresenta hoje (meramente ficta e restrita⁵⁶), não tem impedido promoção de ações idênticas, tampouco tem sido suficiente para que os potenciais titulares do direito tomem conhecimento da existência de uma sentença que lhes beneficiem, fato que acaba por comprometer o acesso à jurisdição.

E não se deve dizer que tais regras não atentam para a isonomia.

O princípio constitucional da igualdade impõe tratamento paritário entre as partes litigantes. Todavia, no direito coletivo, diante das diferenças óbvias existentes entre os sujeitos, justifica-se, por vezes, que a lei faça distinções a fim de alcançar o equilíbrio da relação. Vale ressaltar, como ensina Bandeira de Mello, que a norma deve atingir a um grupo de pessoas indeterminado, não podendo ser uma norma singularizada, com um destinatário específico⁵⁷. E é o que ocorre com as regras antes destacadas.

Deve-se frisar que, se estiver em discussão direitos essencialmente coletivos, o tratamento diferenciado é motivado pela essência de indisponibilidade destes; no caso dos direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, a relevância para o Direito de solucionar coletivamente os conflitos se identifica com diversos mandamentos descritos na lei principiológica do consumidor e demais leis coletivas, entre os quais destacam-se o amplo acesso à justiça e a necessidade de que o processo seja eficaz e justo.

A lei buscou dar garantias à sociedade a fim de minimizar o desequilíbrio ou eventual negligência que poderia ocorrer na defesa de bens que não são de titularidade daqueles que postulam em juízo. Pode-se dizer que as especificidades verificadas no trato dos interesses coletivos, se comparadas às regras do processo civil tradicional, foram hábeis para aproximar a coletividade da jurisdição, não

⁵⁶ Ada Pellegrini adverte que nos Estados Unidos a publicidade se dá através de intimação pessoal para todos aqueles passíveis de identificação, empregando-se esforços razoáveis (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 901). Neste sentido, há proposta de implementação em nosso País de um Cadastro Nacional de Processos Coletivos, além de instituir a incumbência do demandado de, por ordem do juiz, informar aos interessados identificáveis da tutela, sempre que esta for concedida, mantida a obrigação de publicação de edital no órgão oficial. Tal providência correrá às expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nos meios de comunicação social, informação compatível com a extensão ou gravidade do dano. Propõe-se, ainda, que fique a cargo do juízo providenciar a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos correlatos à lide. Estas são as propostas dos arts. 30 e 46 do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, sobre o qual voltaremos a mencionar.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

obstante haver ainda muitos aspectos que merecem alterações ou interpretações mais extensivas diante do cenário hoje existente.

O que há atualmente na lei é fruto de uma vagarosa conquista, mas, ainda assim, não se pode dizer que chegamos ao ideal no que se refere ao acesso à justiça estabelecido na nossa Constituição. Por isso, cabe-nos agora a tarefa de contextualizar historicamente este tratamento legal, ainda que de forma concisa, a fim de melhor compreender a tutela que pretende salvaguardar tais direitos.

1.3 Ponderações Históricas

No período do Estado Liberal, compreendido entre o final do século XVIII e o início do século XIX, a Constituição Federal baseava-se em um modelo liberal, “clássico”, em que suas normas regulavam basicamente a organização do Estado, do Poder e dos direitos meramente individuais.

Assim sendo, ante a insuficiência do modelo liberal do Estado e diante dos conflitos de massa que reclamavam por uma tutela metaindividual, no século XX, com a consolidação do Estado Social, passamos a presenciar um Estado intervencionista, mais atento aos valores sociais e econômicos, e não somente ao indivíduo abstratamente considerado. Isto porque quando a ordem social e política muda, o direito deve mudar também, uma vez que a mudança do direito decorre da mudança da sociedade.

Nesta quadra, e tratando dos tempos mais recentes, a Ação Popular começou a impor-se na legislação brasileira ainda no regime do Código Civil de 1916, especialmente em matéria eleitoral, em que se permitiam reclamações por qualquer do povo⁵⁸. Isso significa que ela surgiu em nosso ordenamento pouco antes da Constituição de 1934, porém era pouco utilizada, já que não existia implementação da defesa dos interesses coletivos em juízo. Foi somente após a primeira expressiva

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

aparição, ganhando o status de “garantia constitucional dos cidadãos”, que ficou mais fácil a defesa do patrimônio público.

A Carta Constitucional de 1934 permitiu ao cidadão pleitear anulação de atos lesivos, mas apenas para tutela do patrimônio da União, Estados e Municípios. Mas foi somente em 1965, após a publicação da Lei 4.717/65, a qual regula até hoje a referida ação, que houve uma significativa evolução no que se refere à defesa dos direitos coletivos *lato sensu*⁵⁹.

Atualmente, esta ação tem como legitimado ativo o cidadão eleitor⁶⁰, que visará corrigir conduta ou ato administrativo ilegal e lesivo aos bens públicos tutelados, quais sejam, o patrimônio público, a moralidade administrativa e o patrimônio natural (meio ambiente), histórico e cultural.

Desta forma, conclui-se que apenas um cidadão age em nome da coletividade, fato que é perfeitamente possível, já que a proteção é coletiva, não em razão do agrupamento de pessoas em um mesmo pólo da ação, mas sim pela natureza do direito discutido em juízo, como restou claro diante do estudo dos conceitos de direito difuso, coletivo e individual homogêneo.

No direito estrangeiro, a evolução da proteção em juízo de coletividades se verifica no sistema americano com as denominadas *class actions*, que vieram a lume para que fosse solucionado o problema da responsabilidade civil com danos aos indivíduos da coletividade. Da lição de Ada Pellegrini Grinover é possível extrair quando se pode tutelar da coletividade naquele país:

A *class action* do sistema americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe⁶¹.

⁵⁹ Vale acrescentar que, por meio da Lei 6.513/77, foi introduzido o conceito de patrimônio público, mas somente com a Constituição vigente é que se tornou possível a tutela da moralidade administrativa e do meio ambiente. Para um histórico mais aprofundado, ver José Afonso da Silva (*Ação Popular Constitucional*) e Ricardo de Barros Leonel (*Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 39-80).

⁶⁰ O enunciado da Súmula 365 do STF diz que a pessoa jurídica é parte ilegítima. Desta forma, somente a pessoa física pode propor esta ação, o que não significa que ela seja a beneficiária do direito tutelado: o cidadão promove em nome da coletividade, de forma que o beneficiário é o povo. Ao Ministério Público, para José Afonso da Silva (*Ação Popular Constitucional*, p. 190 e seg.), cabe o papel de fiscal da lei, ativador das provas e auxiliar do autor. “O MP não tem titularidade originária da ação popular” (p. 193). Ele será parte apenas quando ratificar os termos da inicial, quando suceder ao autor titular da ação ou for substituído do autor desistente da demanda (art. 9º e 16, da Lei 4.717/65).

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 874.

As ações de classe americanas foram formalizadas com a *Equity Rule*, que já permitia aos membros de um grupo, unidos por um interesse comum, estarem em juízo representados por um dos integrantes do grupo. Na atualidade, essas ações são reguladas pela Regra 23, contendo alguns pré-requisitos⁶² explícitos e fundamentais que são de relevante destaque, tais como o fato de a coletividade poder ser autora ou ré, de a admissibilidade da ação se dar somente quando impraticável unir todos os membros, por causa da numerosidade de membros. E mais, no referido sistema, cabe ao juiz o controle sobre a adequada representatividade do grupo em juízo por um membro, sendo que a aferição é feita inicialmente e durante o processo (Regra 23, c-3)⁶³.

Vislumbrando as diferenças gerais do sistema norte-americano em relação ao nosso, Gidi ressalta que o juiz nos Estados Unidos detém poderes consideráveis, uma vez que exerce controle sobre o procedimento, as partes, os advogados e os terceiros. Há que se considerar que, não obstante exercer um papel central em seu sistema, os jurados também devem ser considerados para se entender as técnicas processuais daquele país. Lá, os advogados recebem altos honorários, além de altas compensações outorgadas pelos jurados, cabendo àqueles o financiamento do

⁶² Dispõe a Regra 23, tradução livre: (a) Pré-requisitos. Um ou o mais membro de uma classe pode demandar ou ser demandado como parte representante em nome de todos os membros somente se: (1) a classe for tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) houver questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as reivindicações ou defesas das partes representantes são típicas de reivindicações ou defesas da classe; e (4) as partes representantes protegem justa e adequadamente os interesses da classe. No original lê-se: "(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class" (Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007).

⁶³ A regra dispõe, tradução livre: (...) "(c) Ordem de certificação; Observação para classificar membros; Julgamento; Classes; Subclasses. (1) Ordem de certificação. (A) *Tempo para reclamação*. Em tempo hábil depois que uma pessoa demanda ou é demandada como um representante da classe, a corte deve determinar por ordem se certificar a ação como uma ação de classe. (B) *Definindo a classe; Apontando conselhos da classe*. Uma ordem que certifique uma ação de classe deve definir a classe e as reivindicações da classe, as reclamações, ou as defesas, e deve apontar o conselho da classe sob a Regra 23(g). (C) *Alterando ou emendando a ordem*. Uma ordem que conceda ou negue a certificação da classe pode ser alterada ou emendada antes do julgamento final". No original lê-se: "(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses. (1) Certification Order. (A) *Time to Issue*. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action. (B) *Defining the Class; Appointing Class Counsel*. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g). (C) *Altering or Amending the Order*. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment" (Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007).

processo. Esta prática, se, por um lado, aumenta o acesso à justiça em relação a certos tipos de pretensões, por outro, gera problemas éticos e estimula litígios⁶⁴.

Segundo Grinover⁶⁵, que, aliás, compôs a banca relatora do anteprojeto do CDC, o direito pátrio se inspirou no sistema americano para elaborar a primeira lei que realmente disciplina sobre as ações coletivas no Brasil: a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985)⁶⁶, não obstante neste âmbito ainda não fosse possível proteger bens indivisivelmente considerados. Assim, excluída a Lei da Ação Popular, o avanço se deu na Lei de Ação Civil Pública, considerada por Kazuo Watanabe “a primeira disciplina legal mais sistemática” sobre as demandas coletivas⁶⁷.

Vigliar enfatiza a importância desta Lei, pois, apesar de não ter sido a primeira, foi a partir dela que os estudos sobre os interesses transindividuais ganharam sistematização, por causa do número crescente de ações civis públicas ajuizadas, acreditando serem as modificações imprimidas quanto à legitimidade para agir e os limites subjetivos da coisa julgada os responsáveis pela viabilização da tutela jurisdicional coletiva⁶⁸.

A ação para defesa dos direitos coletivos recebeu o nome de *civil pública*, porque num primeiro momento pretendia-se conferir legitimidade tão-somente ao Ministério Público. Como este já era legitimado para propositura das ações penais públicas, em contrapartida idealizou-se o nome *ação civil pública*, a fim de se distinguir facilmente se se tratava de ação de ordem civil ou penal.

Entretanto, uma vez que a legitimação não ficou limitada àquele órgão, perdeu-se o sentido da utilização daquela nomenclatura, razão pela qual se prefere a expressão *ação coletiva*, por possuir sentido amplo. É bem verdade que hoje a Lei da Ação Civil Pública detém vasta conotação, mas neste trabalho preferimos utilizar ação coletiva para não sugerir que se está excluindo qualquer outra demanda coletiva sob rito especial, como o mandado de segurança coletivo, a ação popular, entre outras.

⁶⁴ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2004, p. 7-8.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 882.

⁶⁶ No mesmo sentido, NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159.

⁶⁷ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 797.

⁶⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 57.

Somente em 1989 foi promulgada uma lei que permitia ao Ministério Público combater lesões causadas aos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913), sendo esta, sim, a primeira lei que assegurava reparação a danos individuais homogêneos⁶⁹.

Não se pode negar, todavia, que o marco da evolução da proteção coletiva se deu com o advento da vigente Lei Constitucional. Como sabemos, esta tutela ganhou força e maior dimensão em virtude da globalização e do nascimento de uma sociedade de massa. Com efeito, os conflitos de interesse começaram a brotar de maneira global, atingindo dezenas ou milhares de cidadãos que tinham o mesmo interesse comum. Neste anseio, a Constituição Federal de 1988 passou a dispor, além do conteúdo tradicional, sobre a ordem social e econômica, já que o sistema jurídico clássico não era mais capaz de sustentar a igualdade meramente formal até então pregada, ante o clamor social pela garantia de direitos coletivos.

Cumprido observar que a legislação processual civil foi editada em 1973, sob o ponto de vista individualista. Isto significa que ela não foi concebida para abarcar situações que transcendem a esfera jurídica particular e sim para amparar lesões a direitos subjetivos individuais, promovidas pelo próprio lesado, como se destaca na doutrina⁷⁰:

Nosso ordenamento processual revela certa incapacidade para oferecer solução adequada e constitucional a todas as espécies de litígios emergentes da sociedade moderna. E revela incapacidade de solução exatamente por que (sic) há uma inadequação das ferramentas à natureza do direito material posto em causa ou aos titulares de certos segmentos do direito⁷¹.

Nelson Nery Jr. também assevera que o sistema processual comum não é capaz, muitas vezes, de solucionar problemas de direitos coletivos. E ensina:

Os institutos ortodoxos do processo civil não podem ser aplicados aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX⁷².

Nesta esteira não se almeja que as relações supra-subjetivas sejam tratadas sob a estreita ótica que a das individuais, sendo imperiosa a aplicação de um

⁶⁹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 882; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 470.

⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, p. 17.

⁷¹ PORTO, Sergio Gilberto. *A crise da eficiência do processo*, p. 181.

sistema normativo próprio, direcionado às peculiaridades dos direitos levados a juízo. E isso decorre, como já frisamos alhures, do devido enfoque que deve ser dado ao acesso coletivo à justiça, consubstanciado nos princípios da indeclinabilidade da jurisdição e do *due process of law*, que estão esculpidos no rol dos direitos e garantias fundamentais Constituição na vigente.

A Constituição de 1988 demonstra em vários momentos sua preocupação com o direito do consumidor, o direito ambiental, da criança e do adolescente, do idoso, como se depreende dos arts. 5º, XXXII, 170, V, 150, § 5º. Além disso, as garantias processuais constitucionais são guias fundamentais para a interpretação da tutela jurisdicional coletiva, como se pode aduzir.

Fruto da previsão expressa do art. 48 do ADCT, que conclamou pela imediata edição de lei para regular a defesa do consumidor, é o nosso Código – o CDC –, que veio a lume por meio da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Esta legislação destaca-se como mais um dos pilares dessa mutação de paradigma, empenhada não só na defesa do indivíduo consumidor, já que ela rendeu homenagens à solução de conflitos em massa, a partir da determinação de que suas disposições processuais mais modernas sobre a tutela coletiva fossem aplicadas a qualquer ação coletiva. É o que se depreende do art. 90 do CDC.

Com isso, a conjugação entre a LACP e o CDC fez surgir um regramento geral para a condução dos processos coletivos, permitindo, portanto, que os interesses transindividuais fossem tutelados da forma como suas características peculiares demandavam.

Não obstante a ampliação de garantias processuais com o advento do CDC, persiste a luta pela adequação dos processos à dinâmica massiva dessas relações. Esta é a razão da existência de estudos para se criar códigos de processo coletivo, seja no Brasil, seja na Ibero-América.

Contudo, não temos mais que anteprojetos. E está claro que ainda precisamos de muita reflexão ante as propostas hoje existentes. O Ministério Público de Minas Gerais, para citar um exemplo, reunido em conferência, ressaltou a

⁷² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 156.

relevância do projeto que pretende unificar e melhor solucionar os conflitos de massa, contudo lançou diversas críticas ao modelo proposto⁷³.

A derradeira conclusão é que a tutela jurisdicional coletiva regulada pelas leis hoje em vigor pode ser considerada boa, pois se mostra capaz de solucionar grande parte dos conflitos que transcendem a visão meramente individualista. Todavia, a fim de se adaptar melhor às constantes aspirações da coletividade, que cada vez mais se vale dessas ações como importante meio de acesso à justiça, seu aprimoramento deve ser perquirido e fomentado pelos estudiosos do tema. Um Código Brasileiro de Processos Coletivos adviria como um refinamento do atual sistema que ainda sofre com discussões sobre sua aplicabilidade e que se socorre de disposições gerais do Código de Processo Civil. Não se pode negar, contudo, que as propostas existentes merecem ser mais amplamente debatidas a fim de que não se retroceda na uso de significativo instrumento de cidadania, viabilização do estado democrático de direito e proteção de interesses socialmente relevantes.

1.4 Legislação Aplicável às Ações Coletivas

Há diversas leis que reservam, em maior ou menor escala, atenção à defesa de interesses coletivos.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) se sobressai porque é regulamento de direito processual genérico, disciplinador de postulações que visam a resguardar lesões ou responsabilizar os infratores dos interesses da coletividade, ou seja, suas

⁷³ A comissão nesta conferência concluiu que ainda não é o momento adequado para a codificação do direito processual coletivo no Brasil, já que, entre outros aspectos, a Lei de Ação Civil Pública conseguiu imprimir em pouco tempo relevante avanço no trato dos conflitos coletivos. Outras críticas lançadas, com as quais concordamos, merecem ser reproduzidas: “inadequação quanto à extensão-disposição do pretense código”, pois traz número reduzido de disposições, deixando de tratar de todos os assuntos processuais relativos aos interesses a que se propõe; “falta um capítulo adequado sobre o arcabouço principiológico que alicerça o próprio direito coletivo”; “não cria um sistema recursal próprio”; “não há capítulo reservado ao processo de execução para os títulos executivos extrajudiciais”; “dá tratamento insuficiente ao litisconsórcio e nada dispõe sobre o litisconsórcio entre Ministérios Públicos da União e dos Estados”; “nada dispõe sobre o mandado de injunção coletivo, dissídio coletivo, ação de impugnação de mandato eletivo e outras ações constitucionais e infraconstitucionais”. Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 9 e seg., 2006, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

regras não são específicas para nenhuma espécie de grupo de titulares de direitos coletivos.

O Código do Consumidor, por sua vez, reservou um conjunto de disposições somente para tratar das questões processuais, além disso, alterou a LACP ordenando que as regras processuais do Código fossem aplicadas àquela lei. Elton Venturi aduz sobre a questão:

O Título III, intitulado “Defesa do Consumidor em Juízo” não se limitou a regular as lides decorrentes das relações de consumo, mas a defesa jurisdicional de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, em função de expressas referências entre o Código de Defesa do Consumidor (art. 90) e a Lei da Ação Civil Pública (art. 21) quanto à reciprocidade da aplicação dos sistemas processuais⁷⁴.

Desta forma, a doutrina afirma que o Código do Consumidor trouxe um microsistema único para a jurisdição civil coletiva, uma vez que há uma *perfeita interação* entre a LACP e o CDC⁷⁵ por causa da dicção do art. 21 da primeira Lei e art. 90 do referido Código, os quais assim anunciam:

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante esta ressalva, é certo que existem outras legislações que também prestam importante papel ao tutelar os direitos coletivos.

Dentre estas, cabe primeiro mencionar a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), que visa a pleitear a correção de conduta ou ato administrativo ilegal, lesivo aos bens públicos tutelados, quais sejam, o patrimônio público, a moralidade administrativa e o meio ambiente (art. 5º, LXXIII, da CRFB).

⁷⁴ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 389. No mesmo sentido, Patricia Pizzol assinala que, apesar de o título no qual se encontram esses artigos apontar para o tratamento apenas da execução concernentes às ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, suas normas são aplicáveis a todas as espécies de direito coletivo, no que for compatível com a natureza do direito, ante a inexistência de normas coletivas e ao enquadramento no microsistema (*Liquidação nas ações coletivas*, p. 235).

⁷⁵ Neste sentido, WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 811; e PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*, p. 571. Zavascki denomina de “sistema de recíproca aplicação subsidiária” (*Processo coletivo*, p. 81).

O Mandado de Segurança Coletivo está garantido, e pela primeira vez, no art. 5º, LXX, da Lei Maior⁷⁶, objetivando proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. É regulado basicamente pelas antigas Leis 1.533, de 1951, e 4.348, de 1964, apesar de não haver qualquer menção à tutela coletiva.

Merecem destaque ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/89), pois, além de tratar de matéria processual, traz uma codificação sobre o direito material peculiar para proteção singular ou coletiva da criança e do adolescente, conforme disposição constitucional; a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/93), que, apesar de mais recente, também tem sua relevância por tratar da legitimação e das atribuições dos membros daquele órgão, seja para manejo do inquérito civil, seja para a ação civil pública, bem como para enfatizar a defesa do patrimônio público e social⁷⁷; a Lei 7.853/89, que tutela o portador de deficiência, além de instituir algumas normas de tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas; a Lei 8.429/92, que tutela a probidade administrativa, direito difuso por excelência⁷⁸, pois visa à reparação e repressão de atos ímprobos dos agentes públicos, direito este de titularidade da comunidade, tutelado por ação civil pública; o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, disciplina no Título V (acesso à justiça) diversas regras processuais para sua defesa em juízo, inclusive específicas para a proteção dos interesses coletivos.

Há ainda leis que amparam o mercado imobiliário, a ordem econômica, a ordem urbanística, além das ações constitucionais, tais como o *habeas data* e o mandado de injunção, que têm sua vertente coletiva.

É interessante notar que nas várias leis existentes que regulam direitos coletivos há disposições idênticas, repetidas. Nos diplomas mais recentes vemos

⁷⁶ Zavascki anotou que, não obstante o mandado de segurança individual já estivesse enraizado em nosso sistema constitucional desde 1934, a forma coletiva era, até a CFRB/88, inédita e sem similar no direito comparado (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, p. 205).

⁷⁷ Para um tratamento mais abrangente sobre o assunto, ver LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p.114-150; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 81 e seg.

⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 459.

que isso seria totalmente dispensável caso fosse pacífica a aplicação do microsistema para a tutela coletiva de direitos.

Enquanto não se tem uma sistematização em forma de Código, entende-se que não podemos interpretar a interação nos restringindo ao CDC e à LACP. Todas as regras das demais leis de proteção aos interesses metaindividuais, quando compatíveis, podem ser utilizadas em benefício da sociedade, antes mesmo de procurar o regimento no CPC⁷⁹. É preciso buscar um diálogo possível de complementaridade entre essas leis (diálogo das fontes).

Claro que o princípio da especialidade deve ser respeitado, acentuando-se a importância das peculiaridades das leis. Por exemplo, existindo no Estatuto da Criança e do Adolescente norma incompatível com a do CDC, deve se preferir aquela; porém, é mais adequado, na falta de regimento específico, tomar a regra especial da possibilidade de retração nos recursos existente no ECA do que a regra geral restritiva do CPC.

O direito coletivo deve ser estudado de maneira global, vislumbrando-se sempre um sistema, de forma a envolver todas as suas interdependências, pois cada uma das leis sobre o tema devem ser reunidas para constituir uma unidade maior, já que cada qual demonstra aspectos e qualidades que não se encontram em seus componentes isolados. Esta é a verdadeira integração que deve orientar a jurisdição civil coletiva.

Na medida em que todas essas leis têm em comum a tutela coletiva, basta que saibamos extrair delas as características gerais, as quais podem ser empregadas em qualquer ação coletiva. Ao desenvolver princípios unificadores que atravessam verticalmente os universos particulares das diversas leis envolvidas, aproximamo-nos do objetivo da unidade do tratamento coletivo de suas lesões ou ameaças a lesões.

Devemos nos preocupar com as inter-relações dos elementos pertencentes a um mesmo conjunto. Não se trata de soma das legislações, mas de agrupar as características que podem se inter-relacionar. Uma vez constituído um microsistema coletivo, teremos que obedecer as suas regras internas antes de

⁷⁹ Neste sentido, MAZZEI, Rodrigo Reis. Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 37, 2006, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

analisar a lei geral processual aplicada às relações subjetivas. A esse respeito, Mazzei bem observa:

O registro lançado (*existência de microssistema coletivo, composto de normas múltiplas com comunicação*) é muito relevante, uma vez que permite demonstrar que o CPC não pode ser utilizado como primeira opção *subsidiária* (...). Com efeito, o CPC como norma de índole individual somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma *residual*, ou seja, havendo omissão específica de determinada norma, não se adentrará de imediato em pesquisa para as soluções legais previstas no CPC, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do microssistema coletivo⁸⁰.

Visto com esta amplitude, o microssistema pode ser uma maneira mais abrangente de estudar os direitos metaindividuais, principalmente aqueles cujas leis especiais são incapazes, no que se refere aos procedimentos, de regular as peculiaridades deste ramo.

Não é exagerado afirmar, portanto, que em tema de proteção aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, enquanto não existir um Código Brasileiro de Processos Coletivos, a perfeita interação entre os diplomas legais não se limita apenas ao CDC e à Lei da Ação Civil Pública, abarca também as demais leis que tutelam a coletividade, naquilo que for benéfico e compatível.

A fim de fazer valer o princípio da máxima efetividade e reparação íntegra e adequada dos danos causados aos direitos metaindividuais, acreditamos que a afirmação é compatível e exigida pelo sistema coletivo.

A extração de normas gerais aplicáveis consiste essencialmente na redução das disparidades de tratamento, buscando sempre viabilizar a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Assim, propõe-se construir a unidade de tratamento sempre que se estiver diante de interesses da coletividade, em especial para descobrir os princípios gerais aplicáveis a leis de qualquer natureza coletiva, a fim de que sejam evitadas transposições de conceitos e modelos de uma área de conhecimento inapropriada para tutelar a outra.

Portanto, quaisquer demandas que discutam interesses transindividuais de natureza indivisível, das quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (direitos difusos); ou transindividuais de natureza indivisível das quais seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou

⁸⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas, p. 37.

com a parte contrária por uma relação jurídica-base (direitos coletivos em sentido estrito); ou, ainda, aquelas que decorrem de origem comum (direitos individuais homogêneos), têm o sistema antes mencionado como alicerce. A perfeita aplicação da tutela adequada será fruto da organização das legislações aplicáveis. Atravessamos uma revolução, marcada pelos progressos das leis que regulam conjuntamente a coletividade. Então, o microsistema de direito coletivo é um todo maior que apenas a soma da Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, restando ao CPC o papel de diploma residual.

2

SENTENÇA E COISA JULGADA

Sem embargo a sentença e a coisa julgada constituírem temas clássicos na teoria do direito processual, justifica-se a inserção deste capítulo para que possamos melhor visualizar as discussões que circundam a ação rescisória coletiva depois da abordagem das peculiaridades das pouco exploradas sentenças coletivas, bem como da coisa julgada coletiva, esta já mais examinada pelos estudiosos.

Nessa perspectiva, considerou-se conveniente estruturar o presente capítulo a partir da análise geral dos pronunciamentos judiciais – conferindo maior destaque às sentenças, já que estas serão objeto da ação em estudo. Tomou-se como base, neste caso, a doutrina processual tradicional, por ser esta, além de adequada ao processo coletivo, mais detalhada no aspecto da “teoria geral”; as particularidades e os destaques encontrados nas lides coletivas, julgados mais relevantes, serão apresentados no item 2.1.2.

No que toca à coisa julgada, contudo, pela riqueza das obras de processo coletivo, pareceu-nos mais adequado tecer apenas considerações gerais sobre sua formação nas lides individuais, a fim de nos ocuparmos mais detidamente às várias especificidades da coisa julgada coletiva.

A pretensão, porém, frise-se, não é exaurir os temas, mas apenas direcionar o estudo do capítulo seguinte.

2.1 Pronunciamentos Judiciais

Com efeito, mesmo após as alterações pelas quais vem passando o Código de Processo Civil, em especial, com o advento da Lei 11.232, de 22.12.2005,

persiste intacta a enumeração de espécies de *pronunciamentos*⁸¹ do juiz, quais sejam, o despacho, a decisão interlocutória e a sentença (art. 162, *caput*).

O *despacho* é um ato que possui pequena carga decisória ou atividade intelectual do juiz⁸² e destina-se tão-somente a impulsionar, ou seja, ordenar o processo. É irrecorrível (art. 504 CPC) justamente pela incapacidade de trazer prejuízo às partes⁸³.

Sobre ele importa destacar apenas que a Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, acrescentou o inc. XIV ao art. 93 da CFRB a fim de “constitucionalizar” a permissão dada aos servidores cartorários de receberem delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, o que acabou por ratificar o § 4º do art. 162 do CPC de redação similar. Assim, atos como juntada e vista obrigatória, apesar de serem despachos⁸⁴, ou seja, pronunciamentos de competência do magistrado, são praticados de ofício pelo servidor. Mas, caso a parte entenda haver prejuízo nesta atividade, deve requerer revisão pelo juiz⁸⁵.

A *decisão interlocutória*, ao seu turno, é um provimento judicial que tem por finalidade resolver questões incidentais no decorrer do processo. É interessante notar que o inalterado art. 162, § 2º, do CPC, externa o aspecto da finalidade ou

⁸¹ Assim como é uníssona a doutrina brasileira, na Itália também se entende pronunciamento como espécie dos atos do juiz, não obstante nossa legislação ter utilizado esse último vocábulo ao invés daquele. Proto Pisani sintetiza: “il processo è una serie di atti posti in essere dalle parti e dal giudice. Con ‘provvedimenti’ si intende la *species* del *genus* atti giuridici emanati dal giudice”. (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 115). Tradução livre: “o processo é uma série de atos realizados pelas partes e pelo juiz. Por ‘provimento’ se entende a *espécie* do *gênero* atos jurídicos emanados pelo juiz”.

⁸² Neste sentido, ver Araken de Assis (*Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24) e Teresa Arruda Alvim Wambier, que aduz: despachos “são atos para cuja prática se emprega uma *parcela mínima de liberdade de opção*, visto serem praticamente desprovidos, como já se disse, de conteúdo decisório” (*Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 42, grifos originais).

⁸³ Uma vez que um dos pressupostos recursais é justamente o interesse, caracterizado pelo prejuízo potencial ou efetivo causado pela decisão, sua inexistência impede o manejo de recurso. Caso ocorra gravame à parte, vale a ressalva feita em nota *infra*.

⁸⁴ Não parece pertinente para este estudo traçar a distinção que alguns na doutrina fazem entre despacho de mero expediente, não de mero expediente e os ordinatórios, já que a inexistência de conteúdo meritório em todos eles esvazia a discussão sobre cabimento de ação rescisória.

⁸⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier apóia a tese de Sérgio Bermudes, segundo a qual, persistindo o prejuízo, a resposta do juiz será passível de recurso. No entanto, assinala sua discordância em relação à opinião do referido autor sobre a transmutação do ato de “despacho de mero expediente” em “decisão interlocutória”, por ser o prejuízo elemento acidental do despacho, não integrando sua essência (O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 537, nota 17). Do mesmo entendimento comungam Arruda Alvim (*Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 26) e Cássio Scarpinella

topologia, de forma que as decisões tomadas a respeito de determinado ponto da causa topologicamente *no curso do processo* são interlocutórias, independente de seu conteúdo, se mais ou menos relevante⁸⁶.

Assim, terão esta natureza as decisões sobre o deferimento de uma medida cautelar incidental (art. 273, § 7º, do CPC), o indeferimento de quesitos periciais impertinentes (art. 426, II), entre várias outras. Nessa perspectiva, por ter aptidão para produzir à parte um prejuízo processual, comporta recurso de agravo⁸⁷.

A sentença terá tópico próprio, cumprindo neste momento apenas acrescentar que o art. 163 denomina de *acórdão* o julgamento proferido pelos tribunais. Não se trata de uma quarta espécie de provimento jurisdicional. Isto porque a decisão em segunda instância – colegiada (*acórdão*) ou monocrática – possui ora natureza de sentença, ora de decisão interlocutória, ou até mesmo de despacho⁸⁸. Além disso, o *acórdão* tem o condão de substituir a decisão re julgada, na parte atacada pelo recurso (art. 512). É o que Nelson Nery Jr.⁸⁹, em tradicional obra sobre os recursos, denomina de efeito substitutivo.

Bueno (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 3).

⁸⁶ O § 3º do art. 475-M do CPC, alterado pela Lei 11.232, também indica que o conteúdo por si só não é o critério distintivo entre decisão interlocutória e sentença, uma vez que diante das mesmas matérias determina um dado recurso de acordo com a topologia do provimento dado. De qualquer sorte este tema será objeto retomado no próximo item.

⁸⁷ Pouco contestado é o cabimento de Embargos de Declaração em face de decisão interlocutória e até mesmo de despacho se estes contiverem algum dos vícios do art. 535 (omissão, contradição ou obscuridade). Neste sentido, ver Barbosa Moreira, que os admite de qualquer decisão, independentemente de sua espécie, órgão que emane ou grau de jurisdição (*O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 155). Ainda, e citando o amparo jurisprudencial, Arruda Alvim (*Manual de direito processual civil*, p.584). Em sentido contrário, porém, Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. IV, p. 238-239.

⁸⁸ Exemplificando cada situação, podemos ter um julgamento colegiado pela manutenção da sentença que reconheceu a decadência (*acórdão* com conteúdo de sentença); um relator que dá provimento ao recurso que impugnou decisão em manifesto confronto com súmula (decisão monocrática de mérito); relator que suspende o cumprimento da decisão liminar por haver risco de lesão grave e difícil reparação (decisão monocrática com conteúdo de decisão interlocutória); ou mesmo uma Turma que decide agravo de instrumento em que se alegava cerceamento de defesa (*acórdão* de natureza interlocutória).

Deve-se atentar apenas para o fato de que nem sempre que o Tribunal examina um agravo de instrumento, sua decisão possui caráter “incidental”. É o caso, entre tantos outros, do litisconsorte excluído que já se consolidou recorrer por agravo, não obstante a decisão recorrida ter, à evidência, conteúdo de sentença.

Por fim, também em segunda instância, há atos que apenas impulsionam o feito, como a designação de pauta, a intimação de partes, valendo aqui as mesmas considerações lançadas aos despachos do juízo primário.

⁸⁹ “Haverá *efeito substitutivo* do recurso quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *error in procedendo*) for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso”. E continua, “a substituição pode ser total ou parcial, ocorrendo esta quando a

Vale destacar que, por vezes, o legislador utiliza equivocadamente os conceitos aqui abordados, como é o caso do “despacho saneador”⁹⁰ e tantos outros exemplos espalhados pelo Código (arts. 298, parágrafo único; 677, § 2º; 930, parágrafo único; 1.022 etc.). Por isso, de fato, não importa o nome dado pelo legislador ou magistrado, mas sim a natureza objetiva ou o conteúdo do provimento jurisdicional somada à finalidade do ato para sua identificação e, em última instância, para o cabimento de ação rescisória.

2.1.1 Sentença: conceito e natureza jurídica

Como é cediço, o conceito de sentença não é pacífico na literatura brasileira, nem mesmo na estrangeira. As lições de Liebman realçam o caráter apaziguador da sentença, sob o enfoque da resposta do Estado ao caso posto em juízo: “conceitualmente, a sentença é, através da história, o ato jurisdicional por excelência, ou seja, aquele em que se exprime da maneira mais característica a essência da *iurisdictio*: o ato de julgar”⁹¹.

Da mesma forma, Chiovenda conceituava sentença como “pronunciamento sobre a demanda de mérito e, mais precisamente, o provimento do juiz que afirma existente ou inexistente a vontade concreta de lei alegada na lide”⁹². Segundo ele, a doutrina italiana classifica as sentenças em definitivas e interlocutórias⁹³, cada qual

impugnação é parcial ou quando o tribunal se limita a conhecer parcialmente do recurso. Somente quanto à parte conhecida é que existirá o efeito substitutivo do recurso. No mais, remanesce íntegra a parte da decisão que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal” (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 488 e 489).

⁹⁰ A doutrina é pacífica em negar a natureza de despacho à decisão que põe em ordem o processo, eliminando os defeitos e impulsionando o procedimento. Neste sentido, entre outros, ver Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*, p.51-53) e Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 547 e seg.).

⁹¹ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 309.

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 37. O prestigiado autor também define “La sentença di merito è il provvedimento del giudice che accoglie o respinge la domanda dell’attore diretta a ottenere l’arccertamento della esistenza d’una volontà di legge che gli garantisca un benne, o dell’inesistenza d’una volontà di legge che lo garantisca al convenuto” (*Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 134). Tradução livre: “a sentença de mérito é o provimento do juiz que acolhe ou rejeita a demanda do autor com objetivo de obter a declaração de existência de uma vontade da lei que lhe assegure um bem, ou de inexistência de uma vontade da lei que o assegure ao réu”.

⁹³ Na tradução de Cândido Rangel Dinamarco do Manual de Liebman são utilizados os termos “definitivas e não-definitivas”. Igualmente se dá em Proto Pisani, que distingue “sentenze definitive e

com suas subdivisões, tendo elas em comum os requisitos de forma, normas de recursos, notificações e execução provisória⁹⁴.

No entanto, esta conceituação, como ambos admitem, vem sofrendo mutações, mesmo porque, no direito peninsular, apesar de serem igualmente três os provimentos do juiz e a lei prescrever em quais casos cada um deve ser utilizado, o próprio art. 131 do CPC⁹⁵ italiano deixa a cargo do juiz, no caso de omissão legal, a escolha pela forma idônea de pronunciamento.

Por esta razão, Liebman acrescenta que nem sempre a lei é coerente ao estabelecer o tipo de provimento a ser adotado na hipótese concreta. Assim, ele destaca a importância da decisão proferida pela Corte de Cassação em 1953 que, ao interpretar a Constituição daquele país, deu “ao conteúdo substancial do provimento maior peso que à sua forma”⁹⁶, modificando a tendência anterior.

No Brasil, a já mencionada Lei 11.232, de 22.12.2005, alterou o § 1º do art. 162 do CPC, no qual continha a definição de sentença, alinhando ao novo procedimento de execução lançado pela mesma norma e, simultaneamente, adicionando mais um critério para o conceito de sentença.

A redação atual deixa de pronunciar que a sentença é o “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, para consignar que “é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”⁹⁷.

non definitive” (*Lezioni di diritto processuale civile*). De qualquer forma, esta classificação não corresponde às nossas sentenças definitivas e terminativas, porquanto na Itália se qualifica como definitivas as situações típicas de sentenças que, decidindo ou não o mérito, localizam-se no final do processo cognitivo, enquanto as sentenças interlocutórias ou não definitivas se referem à decisão de um ponto da causa topologicamente no curso do processo. No direito pátrio, vide item *infra*.

⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 41.

⁹⁵ “Art. 131. (forma dei provvedimenti in generale). La legge prescrive in quali casi il giudice pronuncia sentenza, ordinanza, o decreto.

In mancanza di tali prescrizioni, i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo. (...)”. Tradução livre: Art. 131 (forma dos procedimentos em geral). A lei prescreve em quais casos o juiz pronuncia sentença, ordenação ou decreto. Na falta de tais prescrições, os provimentos são produzidos de qualquer forma idônea ao alcance de seu escopo.

⁹⁶ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 307.

⁹⁷ É de se notar que parte da doutrina ainda não está satisfeita com os termos da nova conceituação inserta no artigo, como se pronunciou o rigoroso e técnico professor Barbosa Moreira na conferência “A nova definição de sentença”, que lança críticas aos termos “implicar” – por ser polissêmico e nenhum dos sentidos do dicionário mostrar-se adequado ao teor do art. 162 – e “situações”, porque não parece ter tido o legislador a pretensão de aludir à *situação jurídica* como elemento de relação jurídica ou circunstância que conduz a determinado efeito jurídico, até porque a transação, reconhecimento da prescrição e outros exemplos não se encaixam no conceito de “situação jurídica” (*Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 136, p. 273 e seg., jun. 2006).

A doutrina tentava corrigir a imperfeição da redação antiga sustentando que, na realidade, “a sentença de mérito é o provimento final *programado* no processo de conhecimento”⁹⁸, ou mesmo que a sentença seria o “provimento jurisdicional que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo”⁹⁹.

Teresa Arruda Alvim Wambier já alertava, e ainda hoje alerta¹⁰⁰, que pôr termo ao processo não era da essência da sentença, mas sim um dos seus efeitos. Desta forma, a formulação do conceito não podia ser extraída daquele critério, e sim a partir de seu conteúdo ou, mais especificadamente, da natureza do conteúdo¹⁰¹, como dispõe agora a lei.

Importa destacar, entretanto, que a alteração legislativa não foi fiel à distinção de todos os pronunciamentos segundo o critério “conteúdo”, pois as decisões interlocutórias, como se viu, prosseguem sendo definidas sob o critério meramente topológico¹⁰².

Então, se, por um lado, a conceituação de sentença tomada pelo seu conteúdo facilita o entendimento sobre alguns debates (como o cabimento de rescisória ou a retenção dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores quando a interposição se dá contra decisões interlocutórias que apreciaram o mérito), por outro lado, ela não se compatibiliza com as demais regras mantidas pelo sistema processual.

⁹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 201.

⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. II, p. 430.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa. A. A. O conceito de sentença no CPC reformado, p. 532 e seg.

¹⁰¹ Além da doutrina italiana, apóiam o critério do conteúdo para a conceituação de sentença, entre outros, Araken de Assis, que atribui a Alfredo Rocco a origem conceitual dos provimentos pelo conteúdo do ato (*Cumprimento de sentença*, p. 20 e seg.); Rodolfo de Camargo Mancuso, interpretando segundo disposição literal da nova lei (*Manual do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 153 e seg.); Jorge de Oliveira Vargas, para quem conceituar sentença como ato judicial que põe termo ao processo sempre foi um equívoco (Conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo. In: NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 154); BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença, p. 272. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 156. BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo A. (coord.). *Atualidades do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 77 e seg.

¹⁰² Mancuso Rodolfo de Camargo concorda que o CPC valeu-se de critérios diferentes para classificar atos de conteúdo decisório, afirmando que “no caso das *sentenças*, pode-se dizer que o parâmetro é *axiologicamente neutro*, nisso que se abstrai o *conteúdo* do ato (...); já para a caracterização das *decisões interlocutórias*, o legislador leva em conta a *substância* do ato (...)” (grifos originais) (*Manual do consumidor em juízo*, p. 154).

Basta pensar no caso de uma lide com pedidos cumulados ou pluralidade de partes, em que se constata a litispendência em relação a um deles ou mesmo ilegitimidade de uma delas. A decisão que resolverá tais questões se encaixa no art. 267, incs. V e VI, respectivamente, do CPC, o que levaria a concluir se tratar de sentença. Contudo, o provimento não extinguirá o feito, como previu o legislador. A demanda deve prosseguir para a análise dos demais pedidos.

Em verdade, essa decisão é sentença e dela cabe apelação ou o princípio da correspondência estaria mais uma vez mitigado? Em situações similares a estas teríamos tantas sentenças quantos forem os momentos de decisão das matérias dos arts. 267 e 269 do CPC? Trata-se de uma sentença parcial ou o decisório sentencial é uno?

As respostas para esses questionamentos conduzem a indispensáveis premissas para se concluir a respeito da possibilidade ou não de existência de distintos momentos de trânsito em julgado, segundo a irrecorribilidade de cada sentença, tema que, por sua vez, também reflete no termo inicial do prazo para propositura da ação rescisória, objeto do próximo capítulo.

Por essas razões, entendemos que conjugar os critérios *conteúdo e finalidade* é a posição mais acertada para conceituar sentença.

Nelson e Rosa Maria Nery sustentam que a única maneira de se interpretar sistematicamente o CPC é pelo critério misto do conteúdo e finalidade¹⁰³. Só será considerada sentença se a decisão contiver conteúdo dos arts. 267 ou 269 e, concomitantemente, extinguir o processo ou a fase de conhecimento. Para esses autores, se o pronunciamento não trazer esta conseqüência, terá natureza de decisão interlocutória. “Não se pode dar ao CPC 162, § 1º, interpretação literal.”¹⁰⁴

¹⁰³ Scarpinella Bueno também adverte que é uma questão de interpretação sistemática e, por causa das implicações no âmbito recursal, é equivocada a afirmação de que o conceito de sentença deva se dar exclusivamente com base no seu conteúdo (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, p. 22-23). No mesmo sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 406-408.

¹⁰⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 428. Os autores ensinam que é decisão interlocutória a que exclui litisconsorte, inadmite oposição, indefere parcialmente petição inicial etc., pois tais decisões têm aparência de sentença, mas o sistema indica que o critério topológico tem que ser utilizado. (*Código de Processo Civil comentado*, p. 428). Na mesma linha entende Paulo Lucon, afirmando que a distinção entre sentença e decisão interlocutória apenas pelo seu conteúdo não é suficiente. Os incidentes processuais encerram-se por decisão interlocutória, mesmo se forem suscetíveis de formar coisa julgada, como a liquidação e a impugnação, que se aproximam, na essência, das sentenças (Recurso de agravo. In: NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa A. A.

Para refletir sobre a multiplicidade de sentenças em um mesmo processo é de grande valia a obra de Cândido Rangel Dinamarco, inspirada na doutrina italiana, intitulada “Capítulos de sentença”.

Capitular a sentença seria decompô-la em partes, cada qual referente ao julgamento de uma pretensão (cada pedido) ou outro aspecto que componha o dispositivo da sentença. Diz-se que os capítulos são unidades autônomas, o que não significa necessariamente unidades independentes¹⁰⁵. Entretanto, mesmo abraçando a tese da divisão sentencial pelo conteúdo, Dinamarco e Liebman sustentam, adequadamente, que este é um pronunciamento único no processo¹⁰⁶.

Ademais, conforme também realçado nas lições de Dinamarco, deve-se ter em mente que o princípio da concentração da decisão é regra no sistema, comportando apenas exceções legais e que a estrutura lógica da sentença requer a solução de todas as questões jurídico-substanciais capazes de influir na decisão. Portanto:

a extinção do processo ou da fase cognitiva com ou sem julgamento de mérito, é feita pela sentença (art. 162, § 1º) e, da interpretação conjugada dos arts. 269, inc. I, e 459 do Código de Processo Civil, resulta que todo o mérito será julgado em sentença e em uma só sentença¹⁰⁷.

Por conseguinte, acaso a resolução do mérito vier em decisão interlocutória, este pronunciamento, que tem substância de sentença, é *decisão interlocutória definitiva de mérito*¹⁰⁸.

(coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 11. São Paulo: RT, 2007, p. 308.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31-35.

¹⁰⁶ “A sentença é uma só e formalmente incindível como ato jurídico integrante do procedimento; também um só e formalmente incindível é o decisório que a integra. Mas, *substancialmente*, o decisório comporta divisão, sempre que integrado por mais de uma unidade elementar” (*Capítulos de sentença*, p. 63). Igualmente em Nery & Nery: “somente pode haver uma sentença válida proferida em cada processo ou fase processual de conhecimento. Quando existir mais de um processo nos mesmos autos, poderemos ter tantas sentenças quantos forem os processos” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 430). Note-se que processo deve ser entendido como “o conjunto de todas as ações cumuladas deduzidas inicialmente (cumulação de ações na petição inicial) ou em cúmulo superveniente”, tal como o exemplo da reconvenção (*Código de Processo Civil comentado*, p. 428). A mesma lição encontramos em Liebman: “la sentenza conserva formalmente la sua unità anche quando contiene più d'una decisione” (*Manuale di diritto processuale civile*, 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1974, v. II, p. 220). Tradução livre: “a sentença conserva formalmente sua unidade ainda que contenha mais de uma decisão”.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 285-286.

¹⁰⁸ É como Nelson e Rosa Nery denominam as decisões provenientes de reconhecimento do pedido e julgamento antecipado (*Código de Processo Civil comentado*, p. 531). Mesma orientação encontramos em: DINAMARCO, Cândido Rangel *Nova era do processo civil*, p.289.

É válido consignar que há quem entenda que as interlocutórias de mérito são, na verdade, sentenças parciais¹⁰⁹. Todavia, entre seus adeptos, ainda não há consenso quanto ao cabimento de recursos, se apelação, agravo ou a chamada “apelação por instrumento”. É certo, porém, que se demonstra maior prudência quando se defende o manejo do recurso de agravo¹¹⁰ – por evitar indevida paralisação do feito –, mesmo à custa de se comprometer os princípios da correspondência e da adequação, na medida em que a regra de que da sentença cabe apelação e da decisão interlocutória agravo, restaria mitigada.

Diante desta dúvida doutrinária e ainda incerteza jurisprudencial¹¹¹, os adeptos de ambas as correntes doutrinárias prudentemente têm se posicionado favoravelmente à aplicação do princípio da *fungibilidade*, em respeito ao consolidado princípio da singularidade^{112,113}.

Prosseguindo, é necessário identificar as duas correntes doutrinárias no que tange à *natureza das sentenças*. A primeira, e mais clássica, extrai delas três essências: declaratória, constitutiva e condenatória¹¹⁴. No entanto, a corrente

¹⁰⁹ Neste sentido posicionam-se os autores defensores do critério único “conteúdo” para o conceito de sentença, ao que já nos referimos.

¹¹⁰ Assim, em WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa A. A.; MEDINA, José M. G. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 37; SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Sentença parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 151, p. 179, set. 2007.

¹¹¹ A fim de demonstrar como ainda a jurisprudência se mostra dúbia, colhemos alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, todos de Câmaras de Direito Privado. A 17ª Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 7171356100, DJ 18.12.2007 e a 26ª na Apelação Sem Revisão n. 1115211006, DJ 1º.10.2007, ambos em votação unânime, decidiram que o recurso correto seria a “apelação por instrumento”. Já a 33ª Câmara de Direito Privado, no Agravo de Instrumento n. 1136698000, DJ 14.11.2007, em acórdão não unânime, decidiu ser caso de Agravo. Também entenderam pelo cabimento do agravo a 1ª Câmara (Proc. n. 5204074400, DJ 28.8.2007 (v.u.) e a 13ª (Agravo de Instrumento n. 7140435400, DJ 27.6.2007), contudo, negaram a possibilidade de se aplicar a fungibilidade. Ressalte-se que neste último acórdão há ainda voto divergente pela não fungibilidade porque a apelação do recorrente havia sido interposta no 15º dia.

¹¹² Em síntese, o princípio da fungibilidade possibilita a admissão de um recurso por outro, desde que haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de seu cabimento para a hipótese, afastando, dessa forma, o erro grosseiro da parte, em face da dúvida sobre a natureza jurídica da decisão impugnada. O princípio da singularidade, por sua vez, prega a unidade recursal, ou seja, não permite que seja impugnada uma mesma decisão por mais de um recurso.

¹¹³ Importa destacar que, mesmo diante de tantas decisões díspares, encontramos na jurisprudência quem não aceite a fungibilidade recursal e julga pelo não conhecimento do recurso interposto pela parte. No TJSP vide processos n. 5204074400, 7140435400 e 1035804800, julgados pelas 1ª, 13ª e 23ª Câmaras de Direito Privado em 28.8.2007, 27.6.2007 e 4.7.2007, respectivamente, todos à unanimidade. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>.

¹¹⁴ A classificação é usada, entre outros, por MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, p. 34-44; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I, p. 180-188; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2005, v. I, p.146-180; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, p. 69-70.

conhecida como “quinária”, cujo precursor brasileiro é Pontes de Miranda, acresce às aquelas “classes”, as sentenças mandamentais e executivas¹¹⁵.

Ada Pellegrini Grinover ressalta que a doutrina brasileira é praticamente unânime em apoiar o alemão Wach e Liebman na natureza/classificação tripartite das sentenças, não obstante ser evidente que a classificação de Pontes de Miranda havia ganhado força a partir do momento em que sobrevieram os arts. 84 do CDC e alterações no Código Processual Civil nos arts. 461 e 461-A, além do art. 14, V, que consigna a expressão “providimentos mandamentais” e atribui em seu parágrafo único multa àqueles que criam embaraços ao cumprimento de ordens judiciais¹¹⁶.

Em outras palavras, após a alteração na forma de efetivação das sentenças que impunham obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, era corrente a afirmação que, devido ao processo sincrético estabelecido pela lei, tais sentenças eram sempre executivas ou mandamentais, a depender do tipo de providência judicial adotada, ficando a classe das condenatórias restrita às obrigações de pagar quantia.

Com o advento da Lei 11.232/05, o *sincretismo*, ou seja, a técnica de reunião em um só processo das atividades cognitiva e executiva aliado à dispensa de instauração de processo autônomo de execução, passou a ser a regra, atingindo também as obrigações de pagar quantia. Então, questionou-se se estaria esvaziada a classificação quántupla citada, uma vez que não haveria mais nenhuma obrigação a se encaixar na natureza condenatória pura e simples¹¹⁷.

Cuidou Barbosa Moreira logo de esclarecer que não teria a sentença condenatória “perdido aí seus foros de cidadania”¹¹⁸, pois a mudança legislativa está na existência de um só processo, no qual se realizam sucessivamente a *atividade*

¹¹⁵ Pontes de Miranda examina o tema da classificação das ações na obra *Tratado da ação rescisória: das sentenças e outras decisões* (Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 29-35), distinguindo cinco classes de sentenças segundo seu conteúdo preponderante.

¹¹⁶ Notas ao § 1º. In: LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença* e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. (Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13-14.

¹¹⁷ É válido observar que a sentença que condena a Fazenda Pública a pagar quantia prossegue necessitando de dois processos para sua satisfação, a teor do art. 730 e seguintes do CPC e da Constituição Federal.

¹¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos A nova definição de sentença, p. 271.

cognitiva e a *executiva*, mas permanecem inalteradas a existência e distinção de ambas^{119,120}.

A lei, ao reunir as atividades em um único processo formal, fez uma tentativa de diminuição do tempo estimado do processo, a fim de, entre outras razões, se adequar ao novo inc. LXXVIII do art. 5º da Lei Maior. Todavia, “lançará a barra longe demais quem concluir que a lei esteja abolindo a *execução* em si”¹²¹.

Na verdade, como bem enfatizam muitos na doutrina¹²², a classificação quinária mescla a divisão das sentenças quanto ao conteúdo e quanto à forma de efetivação (eficácia). Isto porque, se levarmos em conta o conteúdo da decisão meritória, este somente poderá ser condenatório, constitutivo ou declaratório, sendo que, nestes dois últimos casos, a sentença por si só é capaz de imprimir modificação fática, sendo plenamente satisfativa. Por outro lado, a sentença condenatória, salvo cumprimento espontâneo, depende de outro ato para alcançar seu escopo. Por isso diz-se ter eficácia mandamental ou executiva.

Ou seja, há duas formas de olhar a natureza das sentenças: sob o *parâmetro do pedido* e sob o *da eficácia*. O pedido continua podendo ser declaratório, constitutivo ou condenatório¹²³. Através do pleito de mera declaração quer-se um pronunciamento sobre a existência ou não de uma relação jurídica ou o seu modo

¹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos A nova definição de sentença, p. 271.

¹²⁰ Em contraposição e, a nosso ver, sem razão, Cintra Araújo, Grinover e Dinamarco, na clássica obra *Teoria geral do processo*, passaram a entender, por ocasião da 22ª edição (2006), que “a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, parece ter eliminado do processo civil brasileiro regido pelo Código de Processo Civil o conceito e mesmo a categoria das sentenças condenatórias puras. Todas as sentenças que declarem a existência de obrigação a ser cumprida pelo réu comportarão efetivação *sine intervallo* (...)”. E concluem: “com a vigência da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a tendência será desaparecer no direito processual civil brasileiro o conceito de sentenças condenatórias pura, em razão (a) da outorga de eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias e (b) da generalização das sentenças dotadas de eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*” (*Teoria geral do processo*, p. 323-324).

¹²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença, p. 270.

¹²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos A nova definição de sentença; BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória; GRINOVER, Ada Pellegrini In: LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Em sentido contrário, entendendo haver diferenças substanciais que justificam a existência de cinco categorias, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 91 e seg. Ver também a obra coletiva de WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José M. G. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 414 e seg.

¹²³ De acordo com Arruda Alvim “a natureza da ação é determinada pelo tipo de provimento jurisdicional solicitado pelo autor (pedido imediato), que pode se constituir em declaração, constituição ou condenação” (*Manual de direito processual civil*, p. 221).

de ser. Com o pedido constitutivo, pretende o demandante surja uma nova situação jurídica, seja criando, modificando ou extinguindo uma dada relação jurídica. E, por meio do pedido condenatório, busca-se impor ao réu uma obrigação de pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa¹²⁴.

Ora, independentemente da obrigação de direito material, o pedido condenatório requererá providências expropriatórias caso não seja cumprido espontaneamente, o que independe da opção atual da lei em fazê-lo no mesmo processo.

Quanto à eficácia, esta poderá ser mandamental ou executiva. A imposição de uma ordem judicial ao responsável para a observância do comando condenatório nada mais é senão a eficácia mandamental. E, a adoção de medidas de apoio com a finalidade de coagir psicologicamente o obrigado a observar aquilo que foi determinado, a eficácia executiva.

Como dito anteriormente, a possibilidade da condenação e a realização do direito se darem num mesmo procedimento, sem intervalo, dispensando nova

¹²⁴ Nos escritos sobre as alterações da Lei 11.232/05, outra polêmica veio a lume: a possibilidade de execução das sentenças declaratórias. O ministro Teori Zavascki já afirmava que o título executivo declaratório que contivesse uma obrigação líquida, certa e exigível entre sujeitos determinados (norma jurídica concreta) poderia dar azo à execução. A ação de conhecimento com o fim de obter uma condenação seria desnecessária. (Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 109, jan.-mar., 2003). Posteriormente este entendimento ficou estampado no acórdão de sua relatoria no STJ (Resp n. 588.202/PR, DJU 25.3.2004).

Após a redação do art. 475-N, I, do CPC, onde agora se lê que é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação...”, muitos na doutrina encampam, com razão ao nosso ver, a admissibilidade de o pronunciamento judicial requerido com a finalidade de obtenção de mera declaração se torne posteriormente um título executivo judicial. Medina advoga: “pode o legislador atribuir eficácia de título executivo a qualquer fenômeno jurídico que se relacione à pretensão executiva, ainda que se trate de sentença distinta da condenatória. Pensamos que, neste caso, tal como ocorre com a sentença penal condenatória, o efeito executivo da sentença declaratória é secundário” (A sentença declaratória como título executivo: considerações sobre o art. 475-N, I, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 136, p. 76, jun, 2006). Arruda Alvim, por sua vez, além de concordar com a tese, preceitua que “a importância da sentença condenatória é sensivelmente reduzida, na medida em que surgem, no ordenamento jurídico-processual, *outros títulos executivos judiciais*, ou se permita que não só a sentença condenatória venha a configurar título executivo, mas também a sentença que ‘reconheça a existência de obrigação’ (art. 475, N, I), ainda que tal reconhecimento não se dê em uma sentença condenatória” (*Manual de direito processual civil*, p. 574).

Não admitindo força executiva da sentença declaratória: ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, p. 204. Ainda, Nelson e Rosa Nery, argumentando: “a) inconstitucionalidade formal do CPC 475-N I (...); b) é desprovida de comando judicial determinando o cumprimento da obrigação pelo devedor; c) o autor da ação declaratória não exerceu pretensão condenatória, de modo que o réu só se defendeu da pretensão do autor e apená-lo com executoriedade seria ofensivo à garantia do contraditório e ampla defesa (CF 5º LV); d) haveria ofensa ao princípio da congruência entre pedido e sentença (CPC 128 e 460) (...) se reconhecesse eficácia executiva teria sido dada *extra petita*”. (*Código de Processo Civil comentado*, p. 170-171).

citação, defesa por meio dos embargos etc. já era característica das sentenças que condenavam em obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, bem como daquelas nos processos coletivos. Agora, também as sentenças que condenam a pagar quantia são dotadas de maior potencialidade de resolução rápida e eficaz, ainda que dependam de requerimento do exeqüente para se iniciar a realização de atos executivos (art. 475-B).

2.1.1.1 Elementos

Seguindo o estudo focado na sentença, importante é o exame de sua estrutura formal, com o fito de analisarmos a importância de cada um desses elementos na formação da coisa julgada.

A lei (art. 458) refere-se à essencialidade de três itens na sentença: relatório, motivação e dispositivo. O acórdão com conteúdo de mérito segue idêntica estrutura (art. 165), adicionando-se a necessidade de conter uma ementa, por exigência do art. 563, todos da Lei Processual.

O *relatório* 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 (art. 485, I). Dizendo de outro modo, a sentença deve conter relatório detalhado e suficiente, delimitando a área na qual serão feitas análises dos fatos e acontecimentos do processo que ensejarão o pronunciamento do magistrado.

Contudo, a jurisprudência, de maneira geral, tem abrandado a exatidão deste requisito e entendido que não há nulidade se o *decisum* possuir um relato sucinto dos fatos, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. E, por vezes, nem mesmo falta de menção de peças ou referências equivocadas são vistas com rigorosidade¹²⁵.

¹²⁵ “A equivocada referência no relatório da sentença a execução de verba honorária, quando na realidade trata-se de execução de crédito previdenciário, é irrelevante, posto que não repercutiu quer na fundamentação do *decisum*, quer no convencimento do julgador, que extinguiu o feito após constatar ter havido o pagamento do débito exeqüendo (...)”. (TRF, 4ª R., AC n. 2005.04.01.027927-0, 1ª T., relatora Juíza Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, DJU 14.11.2006, p. 705).
“(...). O fato de não haver constado do relatório, o oferecimento das contra-razões de apelação trazidas a destempo pela parte, também não acarreta nulidade porquanto o julgamento estribou-se na

A manifestação da jurisprudência encontra apoio na doutrina. Para Bedaque, o princípio da legalidade das formas e a diretriz da necessidade de observância de regras de procedimento devem ser lidos em conjunto com o objetivo de obtenção de resultado no processo. De maneira que, alcançado isso, deixa de ter relevância a forma estrita exigida. Se o relatório, neste caso, atingir seu fim, passa a ser irrelevante a decretação de nulidade¹²⁶.

Assim, é forçoso concordar que, não obstante ser um requisito essencial, fundamentalmente só sua ausência ou a precariedade capaz de macular o desencadeamento do raciocínio do decisório sentencial tornará nulo o ato¹²⁷.

Não se ignora, todavia, que pode existir norma desoneradora deste elemento, tal como ocorre na Lei 9.099/95. Perceba-se que, neste caso, ainda assim, determina-se que haja um *breve resumo dos fatos relevantes* ocorridos em audiência (art. 38).

O segundo componente do corpo sentencial é a fundamentação, onde o juiz analisa as matérias de fato e de direito, interpreta a lei e resolve os conflitos¹²⁸. Imperioso destacar que, mais que apenas um elemento da sentença, a motivação é uma garantia e imposição constitucional (art. 93, IX), dirigida a todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. Desta maneira, também as

prova dos autos e não nessa peça facultativa". (TJPR, Edcl 0265031-7/01, Curitiba, 14ª C. Cív., Juiz Conv. Gamaliel Seme Scaff, j. 25.10.2006).

Embargos declaração – prevenção – incompetência – nulidade inexistente – *relatório – contra-razões e sentença não mencionadas – inexistência de prejuízo – omissão – vício não demonstrado – rejeição* (TJMS, EDcl-AC-O 2004.011757-2/0001-00, Bandeirantes, 3ª T.Cív., rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 20.12.2004)

"Preliminar de Nulidade da Sentença por Ausência de Fundamentação: *O relatório é um requisito essencial da sentença, porém, tão-só a sua ausência é que tornará nulo o ato, e não o fato de ser ele sucinto ou não fazer alusão expressa a todas as peças e provas presentes nos autos, bastando-se que exponha com clareza a suma do pedido e dos principais fatos ocorridos* (art. 458, inc. I, do CPC). Portanto, aqui não há se falar em nulidade da sentença, porquanto restou claro e indicado os motivos e razões que levaram o julgador monocrático a formar sua convicção e convencimento (art. 131, segunda parte, e art. 458, inc. II, do CPC). Preliminar rejeitada. Decisão Unânime". (TJPE, AC n. 110009-8, rel. Des. Bartolomeu Bueno, DJPE 11.11.2005).

¹²⁶ Esta é, aliás, a interpretação que o autor dá a qualquer tipo de nulidade – absoluta ou relativa (*Direito e processo*, p. 113-114).

¹²⁷ Veja-se, a propósito, o julgado do TJSP, AC n. 215.449-4/6, 3ª CDPriv., rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 4.12.2001: "Sentença sem relatório (art. 458, i, do CPC), que extinguiu, equivocadamente, ação revisional de alimentos instaurada por inicial tecnicamente apta ao desenvolvimento regular (art. 401 do CC – Falha que compromete a efetividade do serviço judiciário (art. 5º, XXXV, da CFRB), exatamente porque a não-confecção do relatório subtraiu a lógica do julgado. Nulidade também por dispensa inadequada da intervenção do Dr. Promotor de Justiça. Provimento, com recomendação".

¹²⁸ No mesmo sentido, Barbosa Moreira, no artigo "Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade", ao afirmar que "na fundamentação o juiz não se restringe a 'analisar'

decisões interlocutórias devem conter fundamentação.

A obrigatoriedade da motivação da sentença é inerente ao Estado de Direito¹²⁹ e acaba por garantir o acesso à justiça, o direito de defesa e a imparcialidade e independência do juiz e, conseqüentemente, do devido processo legal.

Uma vez que essa exigência não se limita às decisões judiciais, abrangendo também as administrativas, cabe lembrar a valiosa contribuição de Bandeira de Mello, lecionando que “motivação é a justificativa do ato”, razão pela qual se deve demonstrar “a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada”. Somente assim se poderá contestar o ato (leia-se, decisão) e saber se ele é idôneo segundo o que dispõe a lei¹³⁰.

Já segundo a doutrina de Dinamarco e Liebman, ao motivar o juiz coloca os pilares ou suportes lógicos sobre os quais se apoiarão os preceitos a serem explicitados na parte decisória¹³¹, de forma que, a atividade meramente lógica é a motivação para as conclusões do juiz acerca dos pedidos.

Isso significa que, para a motivação ser apta a expor, ao final, preceitos imperativos, a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas trazidas pelas partes e apresentadas no percorrer do processo, deve valorar o conjunto probatório existente e apresentar as normas legais aplicáveis junto com a interpretação dada a elas, sempre em contraponto com o trazido pelas partes¹³².

Então, formado o convencimento e justificada a convicção do julgador, tem-se “a construção dogmática sobre a qual irá fundar-se a dignidade e autoridade da decisão do ponto de vista jurídico-científico¹³³”.

questões, senão que as ‘resolve’ para assentar as premissas da decisão” (*Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11, p.174).

¹²⁹ Segundo ensina Nelson Nery Jr., o estado de direito é anterior à própria norma constitucional, tanto que se constata a obrigatoriedade de motivação desde as Ordenações Filipinas. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 215-216).

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 98-100.

¹³¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Capítulos de sentença*, p. 24. LIEBMAN, Eurico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1976, v. III, p. 168.

¹³² Barbosa Moreira ensina que, na análise fática – que ao lado da jurídica compõe os dois aspectos essenciais da motivação –, deve o juiz se atentar a toda a prova produzida, explicando os porquês, por exemplo, que ele não se convenceu diante da prova produzida (é a necessária profundidade da motivação). (O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004).

¹³³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17.

Sob o aspecto formal, José Rogério Cruz e Tucci afirma que é assente na doutrina a necessidade de a motivação ser expressa, clara, coerente e lógica. Será expressa quando revelar como interpretou e aplicou a lei ao caso concreto; clara, se compreensível de plano; coerente, fazendo com que as preliminares sejam examinadas antes do mérito (a economia processual também assim exige); e será lógica à medida que o convencimento do juiz for justificado através da análise congruente das alegações das partes e provas dos autos¹³⁴.

A clareza da decisão propicia às partes a exata noção dos critérios e fórmulas adotados pelo julgador, afastando interpretações ambíguas ou equívocas. Sua falta pode gerar a nulidade da sentença, se esta se tornar inteligível e inexequível e, se o vício não for corrigido até o trânsito em julgado, será cabível sua rescisão¹³⁵.

Discute-se a possibilidade de se utilizar como motivação as razões de decidir adotadas em outro grau de jurisdição ou em um parecer. O caso é freqüente na praxe forense, mas deve ser empregado com bastante cautela, já que para se cumprir o preceito da Constituição o magistrado deve apontar o motivo do acerto da citação que adota de forma completa, inteligível, possibilitando sua impugnação, caso haja interesse^{136,137}.

Cabe lembrar que o art. 459 do CPC admite decisão de forma concisa nas sentenças de extinção sem julgamento do mérito – mesma técnica de

¹³⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, p. 18-21.

¹³⁵ É o que sustenta Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*, p. 550) e a jurisprudência, como no acórdão do TRT 20ª R. (relatora Juíza Maria das Graças Monteiro Melo, j. 30.8.2005): “Existência de lacuna na fundamentação – Ausência de clareza – Nulidade da sentença – É nula a sentença que exhibe em sua fundamentação lacuna que não deixa claro o posicionamento do juiz sobre determinada matéria”.

¹³⁶ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu no MS 25518/DF, TP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10.8.2006, p. 20: “Nada impede a autoridade competente para a prática de um ato de motivá-lo mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia (AI 237.639-AGR, 1ª T., Pertence, DJ 19.11.99). 2. Indiferente que o parecer a que se remete a decisão também se reporte a outro parecer: *O que importa é que haja a motivação eficiente – na expressão de Baleeiro, controlável a posteriori*. 3. Ademais, no caso, há, no parecer utilizado pela autoridade coatora como razão de decidir, fundamento relativo à intempestividade do recurso, suficiente para inviabilizá-lo, o que dispensa a apreciação das questões suscitadas pelo impetrante”.

¹³⁷ Na doutrina, vale a lição de Nelson Nery Jr.: “É fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante nos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz” (grifos nossos) (*Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 218). Ainda, Barbosa Moreira, que denomina a referência à outra peça de “motivação *per relationem*” e aduz: “ela pode ser admitida, por amor à economia processual, em hipóteses de rotina, quando haja realmente nos autos peça bem elaborada, que abranja todos os pontos relevantes. Mas, deve constituir exceção, jamais regra” (O que deve e o que não deve figurar na sentença, p. 121).

fundamentação adotada nas interlocutórias (art. 165). Todavia, a concisão não quer significar escassez de fundamentação. Nesta, deve-se igualmente explicitar as razões de enquadramento nas hipóteses legais e, como adverte Scarpinella, analisar eventual discussão travada entre as partes sobre o assunto, justificando a decisão, mesmo se a identificação do motivo extintivo for de ofício¹³⁸.

Por derradeiro, o terceiro elemento – o *dispositivo* – nada mais é senão a conclusão da lide, local em que o juiz expõe a(s) resposta(s) ao(s) pedido(s), com força de imperatividade¹³⁹. Enquanto que a fundamentação tem correlação com a causa de pedir e razões de refute do réu, o dispositivo vincula-se ao pedido, e somente esta última parte tem aptidão de acobertar-se pela coisa julgada¹⁴⁰.

Sendo assim, é assente na doutrina que os recursos, como remédios impeditivos da formação da coisa julgada, bem como a própria ação para rescisão desta, têm como objeto de ataque a parte dispositiva da sentença, uma vez que somente haveria interesse de agir caso a impugnação se destinasse a modificar esta parte, que é a capaz de acarretar prejuízo a alguém – ressalvada, por óbvio, a insurgência contra o relatório ou fundamentação nulos.

Esta é a regra geral. Mas, não seria possível recurso para alterar a fundamentação e não o dispositivo da sentença? Em que pese o art. 469 do CPC expressamente afastar os efeitos da imutabilidade sobre a fundamentação, ainda que relevante, há situações em que a própria lei dá tratamento diferenciado à coisa julgada a depender da motivação da sentença.

Nas ações para a defesa de direitos difusos ou coletivos, como veremos, a coisa julgada forma-se segundo o evento probatório, ou seja, se a sentença julgar improcedente o pedido *por falta de provas* o art. 103 do CDC permite a repetição da ação baseada em prova nova. Caso contrário, a repositura pelo autor coletivo

¹³⁸ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Comentário ao art. 459. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.438.

¹³⁹ Considerando-se uma sentença de mérito pura (art. 269, I), já que nos demais casos será a síntese conclusiva imperativa da fundamentação não se relaciona diretamente com o(s) pedido(s) da demanda. “No dispositivo, o juiz poderá, conforme o caso: anular o processo, declarar sua extinção, julgar o autor carecedor da ação (ilegitimidade *ad causam*), ou julgar o pedido procedente ou improcedente”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 550.

¹⁴⁰ É precioso o resumo de Candido Rangel Dinamarco: “os fundamentos da demanda constituem uma *tese*, à qual se opõe a *antítese* representada pelos fundamentos da defesa, sobrevivendo a *síntese* contida nos motivos da sentença” (*Capítulos de sentença*, p. 62 – grifos originais).

não será possível. Diante disso, o fundamento *per si* é capaz de trazer gravame¹⁴¹ ao réu que, mesmo vitorioso, somente terá a segurança da imutabilidade da sentença se o resultado for “improcedente com base nas provas”, hipótese em que há o interesse recursal restrito à mudança do fundamento, se diferente deste. O autor, por sua vez, pode desejar que, na hipótese de improcedência, seu conjunto probatório seja considerado insuficiente, a fim de ser permitida nova ação no futuro.

Parece caminhar no mesmo sentido a parte que, não obstante sair vitoriosa da demanda, pretender recorrer para alterar o fundamento da decisão, sempre que seu pedido tiver fundamentado em mais de uma lei ou interpretação desta, e o juiz fundamentar a decisão em norma ou interpretação em que paira risco de ser declarada inconstitucional. Isto em face do polêmico art. 475-L, § 1º¹⁴², que enuncia ser inexigível o título baseado em lei ou ato normativo tido ou declarado pelo Supremo incompatível com a Constituição Federal. Igualmente, visando à segurança e à indiscutibilidade do futuro título, a parte terá interesse em atacar tão somente a fundamentação da sentença.

Resta por fim destacar, adiantando posição que será mais vagarosamente examinada, que, porquanto sejam requisitos essenciais de validade, a deficiência de qualquer dos elementos da sentença enseja sua nulidade absoluta¹⁴³, que pode ser sanada até o trânsito em julgado ou por meio da ação rescisória¹⁴⁴.

2.1.1.2 *Sentenças terminativas e definitivas*

A pretensão resistida levada a juízo pelo autor, no exercício de seu direito constitucional de ação, pode ou não estar apta a gerar uma sentença de mérito. Isto porque o direito de ação é abstrato, na medida em que apenas possibilita ao

¹⁴¹ O narrado é similar ao exemplo excepcional lançado por Nelson Nery Jr. que na Ação Popular, admite recurso contra os fundamentos da sentença, caso haja gravame. Ainda, aponta o autor em nota, o entendimento de Pereira de Souza (RBDP n. 55 de 1987) para quem nos embargos do devedor [*impugnação*] acolhidos sob a alegação da prescrição, o embargante tem interesse recursal em apelar, visando a que o tribunal altere o fundamento para existência de pagamento, a fim de evitar ação de locupletamento ilícito. (*Teoria geral dos recursos*, p. 319).

¹⁴² Sobre ele voltaremos a tratar no tópico 3.2.3 do capítulo 3.

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 548-550.

¹⁴⁴ Ressalvados, como se verá, os casos de inexistência, que não estão sujeitos a trânsito em julgado e, por consequência, à ação rescisória.

indivíduo peticionar ao órgão jurisdicional, podendo esta garantia sofrer restrições de ordem infraconstitucional.

A doutrina de Chiovenda destaca que o Estado pode impor regras para que sua atuação na órbita particular seja realizada, aduzindo: “l'azione è il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge”¹⁴⁵.

Na visão de Dinamarco “o conceito de pretensão guarda alguma similitude com o de direito à tutela jurisdicional em sua moderna perspectiva concreta”¹⁴⁶. Desta maneira, somente se reunidas as condições da ação e pressupostos terá o autor direito a uma resposta sobre a questão colocada em juízo.

Nesta linha, preenchidos os pressupostos processuais e condições da ação, o autor fará jus à obtenção de um pronunciamento judicial que resolva a questão lançada. Tal pronunciamento tem natureza de sentença meritória. Em contrapartida, caso o processo deva ser extirpado em momento anterior, porque desde já se mostra inviável seu prosseguimento, ou porque não preenche os requisitos mínimos exigidos por lei, o provimento deve consistir em uma sentença meramente processual.

Na linguagem de Dinamarco “mérito, ou objeto do processo, é a *pretensão apresentada ao juiz com pedido de sua satisfação*”¹⁴⁷.

Propôs-se então uma divisão dos conteúdos das sentenças, segundo a aptidão ou não de se tornarem imutáveis, indiscutíveis depois de esgotadas as possibilidades recursais. Assim, verificando-se tal aptidão, a sentença é definitiva ou de mérito, caso contrário, terminativa ou processual¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Tradução livre: “Ação é o poder jurídico de dar vida à condição através da atuação da vontade da lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 45).

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, p. 56. Na mesma linha, Greco Filho acentua que o art. 5º da Constituição Federal dirige-se diretamente ao legislador e conseqüentemente a todos que tentem impedir o exercício da ação, e resume: “o direito de pedir a prestação jurisdicional, porém, não é incondicional e genérico. Ele nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material e que são: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido”. (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, p. 41).

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, p. 60, com os grifos do autor. Cabe esclarecer que a breve reflexão sobre mérito processual aqui tem apenas por fito distinguir sentenças definitivas das terminativas, uma vez que a temática é decisiva na tomada de posição a respeito do modo de desconstituição após o trânsito em julgado (por ação rescisória ou outro meio), razão pela qual será mais detalhada no capítulo seguinte.

¹⁴⁸ Neste exato sentido é a doutrina de Teresa Arruda Alvim (*Manual de direito processual civil*, p. 569).

As definitivas se repartem em puras – ou também genuínas, e impuras ou falsas. Nas puras, o juiz declara o direito, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, resolvendo a lide (art. 269, I); por meio das impuras, são homologados o reconhecimento de pedido, a transação ou a renúncia (art. 269, II, III e V) ou, ainda, reconhecida a prescrição ou a decadência. São impuras porque, na verdade, o magistrado não analisa a existência do direito material do demandante, limitando-se a verificar, na medida do possível, a inexistência de nulidade que macule o ato a ser homologado.

De qualquer sorte, como se verá, todos os casos do art. 269 conduzem à imutabilidade do julgado, impedindo a rediscussão da lide, depois de esgotadas as possibilidades recursais (coisa julgada material).

As terminativas são sentenças que devem pôr fim ao processo, independentemente da análise da questão controvertida levada a juízo. O julgamento é meramente processual. Na verdade, o postulado pelo autor não passou pelo crivo positivo da verificação dos pressupostos de admissibilidade do mérito da demanda. Por esta razão, em regra, permitem a repositura da demanda.

Dentre os casos de sentenças terminativas, cabe destacar o art. 268 do CPC, diante da dúvida existente quanto aos obstáculos que vêm sendo criados para a repositura da demanda. Este dispositivo possibilita à parte intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, salvo quando o juiz tiver acolhido alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada.

Contudo, além desta restrição específica da lei, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela impossibilidade de “repositura automática” da demanda, ou seja, não admite a nova ação se não houver correção do vício apontado pelo juiz para a extinção do processo¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Ação civil pública. Demanda anterior julgada extinta sem conhecimento do mérito, por ausência de interesse processual. Reprodução integral da mesma ação anterior. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 268 do CPC. É inadmissível, no caso, a repositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito. Recurso especial não conhecido (REsp n. 191.934/SP, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 21.9.2000, DJ 4.12.2000, p. 72, REPDJ 12.2.2001, p. 120); Intentar de novo a ação. Não é lícito que o autor intente de novo a ação, quando lhe tenha faltado interesse processual para a anterior. Identidade de ações. Hipótese em que não houve ofensa ao art. 268 do Cód. de Pr. Civil. Recurso especial não conhecido (REsp 45935/SP, rel. Min. Nilson Naves, 3ª T., j. 4.10.1994, DJ 31.10.1994, p. 29495).

Ocorre que, por vezes, a parte pode ter optado, ou mesmo por descuido, deixado o prazo recursal correr *in albis* e, não concordando com a existência do vício, não proceder a nenhuma alteração em relação à lide proposta anteriormente.

Neste sentido, o obstáculo criado pelo Tribunal Superior acaba por impedir o acesso da parte ao Judiciário, e a sentença “terminativa” lançada toma força de definitiva. Ora, e se realmente vício nenhum havia na demanda? Se o autor tiver tolhida sua possibilidade de nova análise pelo Judiciário, outra solução não haverá senão tratar a sentença terminativa como se definitiva fosse para os fins de impugnar a coisa julgada formada¹⁵⁰.

2.1.1.3 Limites objetivos (princípio da congruência)

Quando se fala em limites objetivos da sentença, devem ser realçados os arts. 128 e 460 do Código Processual Civil, os quais estabelecem uma vedação ao magistrado de deixar de decidir sobre quaisquer dos pedidos levados a juízo, bem assim, de julgar superior ou coisa diversa do que foi pedido, para que sua sentença não se torne, respectivamente, *infra/citra*¹⁵¹, *ultra* ou *extra petita*.

É verdade que extrapolar tais limites acarreta eivar a sentença de vício. Contudo, mesmo nestes casos, o reconhecimento do vício da inexistência não pode atingir a integralidade da sentença, uma vez que a parte não maculada pelo vício deve ser mantida. Neste sentido, somente a concessão a maior ou diversa da pedida deve ser declarada inexistente¹⁵². E, no caso de omissão de julgamento, o pronunciamento judicial deve ser completado, corrigindo-se a lacuna.

¹⁵⁰ Discorrendo sobre a necessidade de interpretar a sentença segundo sua exegese, Dinamarco alerta que há casos de falsas sentenças terminativas, pois que, na verdade, são elas meritórias. E exemplifica: “não condenar o dono do veículo causador do acidente, porque já vendido a outrem, é afirmar que ele não tem a obrigação de indenizar e isso significa decidir que a demanda é improcedente e, não, parte ilegítima o réu” (*Instituições de direito processual civil*, p. 608).

¹⁵¹ Vale inferir que a sentença pode ser *citra petita* por não examinar um pedido ou um fundamento proposto na demanda. Todavia, e contrariamente ao que parece ser o melhor entendimento, é assente na jurisprudência do STJ que se os fundamentos adotados pelo magistrado bastam para justificar o concluído em sua decisão, desobrigado está de rebater um a um os argumentos utilizados pela parte (São alguns dos precedentes: RESP n. 396.699/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.4.2002; AGRG no AG n. 420.383/PR, rel. Min. José delgado, DJ 29.4.2002; REsp n. 385.173/MG, rel. Min. Félix Fischer, DJ 29.4.2002).

¹⁵² Apesar da aparente inadequada alusão ao vício da nulidade em relação às sentenças *extra* e *ultra petita*, Dinamarco, calcado mais uma vez da teoria dos capítulos da sentença, traz importante

A importância desses limites objetivos está na harmonia que deve pairar sobre os princípios da iniciativa da parte e da congruência entre o pedido e a sentença (também rotulado de princípio da correlação ou adstrição).

Pelo princípio da iniciativa da parte, o Estado deve aguardar que a controvérsia venha a juízo para prestar tutela jurisdicional. É também conhecido como princípio da demanda ou dispositivo, por enunciar a inércia da função jurisdicional. Todavia, é orientado pelo princípio da congruência, havendo a provocação, o magistrado deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, de forma que o dispositivo da sentença evidencie uma correlação entre o pedido e o decidido.

O princípio da congruência, assim, não deixa de expressar limitações ao juiz, a quem é vedado decidir além, aquém ou diversamente daquilo que foi demandado, uma vez que o pedido vai nortear a controvérsia sobre a qual o juiz pode e deve se pronunciar. “Forçoso é admitir que o pedido é também o limite da jurisdição¹⁵³” e a violação a este princípio pode comprometer o contraditório e a ampla defesa. Se o juiz decidir fora do pedido, irá “surpreender o demandado e cercear-lhe a defesa, impedindo-lhe o exercício do pleno contraditório”¹⁵⁴.

Há que se lembrar, contudo, das exceções existentes no sistema processual, entre elas a condenação ao pagamento de juros legais, a inclusão na condenação das prestações periódicas vencidas após a propositura da demanda, a condenação em sucumbência e honorários de advogado e as matérias de ordem pública.

Ademais, parece que o legislador espera uma postura mais ativa do julgador quando, independentemente de pedido, põe ao seu dispor instrumentos para persuadir ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (arts. 461 e 461-A), a exemplo do que já existia no Código de Defesa do Consumidor (art. 84).

Neste último diploma citado encontramos outras hipóteses de quebra do princípio da adstrição, bem mais ousadas, em função do art. 1º, que enuncia ser

raciocínio: “o critério para essa distinção [apontar se a sentença por inteiro deve ser anulada] reside nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que é a própria razão de ser do veto às sentenças extrapolantes” (*Capítulos de sentença*, p. 87).

¹⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 556.

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 556.

aquele Código um conjunto de normas de ordem pública e interesse social¹⁵⁵. Na seara processual coletiva, como se analisará no tópico reservado às suas sentenças, a atuação Estatal é ainda menos inerte em face da indisponibilidade dos interesses discutidos.

Assim, podemos visualizar um crescente desprestígio do princípio dispositivo e a valorização de um magistrado atuante, atento aos deslizes das partes, sempre que a lei o permite agir em prol de um processo mais efetivo e justo.

2.1.1.4 *Princípio da inalterabilidade*

O art. 463, com a redação dada pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005, revela que “publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração”.

Trata-se do princípio da inalterabilidade (ou invariabilidade¹⁵⁶), segundo o qual os termos da sentença publicada (bem assim os do acórdão) devem possuir estabilidade, impedindo que o juiz (ou Tribunal) *rejulgue ou modifique* a decisão da causa.

Corretamente a alteração legislativa retirou o excerto que dizia que com a sentença “o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”, pois, mesmo antes da unificação dos procedimentos de cognição e execução das obrigações de pagar quantia, o magistrado não encerrava seu ofício jurisdicional ali. Cabia e continua cabendo a ele receber o recurso de apelação, proferir seu juízo de admissibilidade prévio, determinar medidas necessárias para o cumprimento de obrigações (ex., § 5º, art. 461), entre outras funções de sua competência. Assim sendo, publicada a sentença, o juiz prossegue praticando demais atos necessários ao cumprimento eficaz do decido, ficando-lhe vedado somente a alteração do julgado.

Nesta linha, é preciso distinguir publicação de intimação. Considera-se

¹⁵⁵ Conforme tratado no capítulo precedente. Frise-se que também são consideradas de interesse social as normas de proteção à criança e ao adolescente (ECA – Lei 8.069/90) e ao idoso (Lei 10.741/2003).

publicada a sentença a partir da sua leitura, se proferida em audiência¹⁵⁷, ou quando enviada pelo juiz ao cartório, competindo ao escrivão juntá-la aos autos, por termo, e proceder à intimação das partes. Esta, por sua vez, é “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa” (art. 234, CPC)¹⁵⁸.

Desta maneira, como ressalta Humberto Theodoro Júnior, a divulgação da sentença pela imprensa oficial presta-se a intimar as partes e “faz apenas iniciar a contagem do prazo para recurso, ou para aperfeiçoamento da coisa julgada, caso o vencido não maneje o recurso cabível em tempo hábil”. Neste momento a sentença já foi publicada e já era imodificável¹⁵⁹. Se não publicada, porém, sentença não o será, mas sim um ato inexistente, como se verá no tópico seguinte.

Retornando ao teor do art. 463, a respeito da primeira exceção, defende Scarpinella¹⁶⁰ que a correção da sentença por erro material é lícita quando deriva de ato involuntário ou inconsciente do julgador, existente na discrepância entre o que se pensou e o que se exteriorizou. Ao seu turno, erro de cálculo é o proveniente de mero erro aritmético, de conta, e não aquele sobre os critérios estabelecidos para sua apuração. Destaca, ainda, que tais imprecisões não transitam em julgado, podendo ser sanados a qualquer tempo¹⁶¹.

¹⁵⁶ Expressão empregada por Cássio Scarpinella Bueno (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, p. 27).

¹⁵⁷ Nesta situação o momento da publicação coincide com o da intimação (art. 242, § 1º, CPC). O STJ já decidiu que se os patronos das partes forem pessoalmente intimados na audiência de instrução e julgamento acerca da data em que a sentença será publicada em cartório, é desnecessária nova intimação, já que marcar data para publicação equivale à designação de audiência para leitura de sentença, ato este que resulta dispensável, em nome da economia e celeridade processuais. (STJ, RESP n. 200301454015, 4ª T., rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 7.11.2005, p. 00291).

¹⁵⁸ Para o demandado revel sem advogado, a distinção dos momentos da publicação e intimação da sentença também é válida porque os prazos fluem a partir da publicação da sentença em cartório, independentemente de intimação – inteligência do art. 322 do CPC, alterado pela Lei 11.280/06 para constar expressamente o que a doutrina e a jurisprudência já sustentavam sobre o assunto. Cf. Bedaque, no artigo Comentário ao art. 322. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.015.

¹⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 557.

¹⁶⁰ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Comentário ao art. 463. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p.1.475.

¹⁶¹ Confirmando esta tese, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Ação Rescisória n. 20030020034920, considerou litigantes de má-fé os autores que, diante da ocorrência de erro material, alegaram erro de fato objetivando a rescisão do julgado. No caso, a prova produzida demonstrava existência de digitação errônea do ano em que preenchido o termo de cessão de direitos hereditários e o termo de compromisso de inventariante (TJDFT, 1ª C.Cív, rel. Des. Jeronimo de Souza, DJU 17.12.2003, p. 31). Neste diapasão, andou bem o Tribunal ao não vislumbrar qualquer nulidade, mas tão-somente a ocorrência de erro material corrigível por simples requerimento e a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado. Através da motivação da decisão foi possível interpretar o dispositivo da sentença, e concluir pela existência do erro sanável.

Pertinente também a segunda ressalva (inciso II), dado que é o próprio juiz da causa o competente para analisar os embargos declaratórios. Assim, havendo contradição, omissão ou obscuridade na sentença (art. 535), o magistrado está autorizado a alterar e esclarecer seu pronunciamento¹⁶².

Frise-se que, muito embora seja comum e preferível a utilização dos embargos de declaração para a correção dos vícios do primeiro inciso mencionado, a retificação também pode se dar de ofício ou ser requerida por simples petição. Neste último caso, ao contrário do que ocorre quando opostos embargos, o requerimento não traz consigo o efeito de interromper ou suspender prazo para eventual recurso¹⁶³.

Além das exceções enunciadas pelo art. 463, há outras hipóteses *legais* em que se admite a modificação do julgado. É o que ocorre quando há prolação de “sentença liminar” (arts. 296 e 285-A, § 1º) e com as matérias de ordem pública. Apelando o autor, a lei faculta ao mesmo juiz prolator da sentença se retratar e rejulgar a causa, se o comando sentencial tiver versado sobre o indeferimento da petição inicial ou improcedência *in limine* de pedido cuja matéria unicamente de direito já houver sido decidida no mesmo sentido em outras causas idênticas.

As matérias de ordem pública também merecem ser corrigidas, quer por embargos declaratórios, quer por simples petição¹⁶⁴. Sabe-se que matéria de ordem pública é toda matéria de aplicação cogente, relacionada ao princípio inquisitivo, onde o julgador tem o dever de aplicá-la de ofício, por ser de observância obrigatória.

Por ter esta natureza, pode ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição¹⁶⁵. Mas, ao contrário do erro material¹⁶⁶, caso isto não ocorra, o

¹⁶² Extrapola o propósito do estudo a análise sobre o efeito modificativo ou infringente dos embargos. Para tanto, consulte-se sobre sua excepcionalidade Nery Jr. (*Teoria geral dos recursos*, p. 436-438) e sobre sua não-incidência: Patricia Pizzol e Gilson Miranda (*Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 108).

¹⁶³ NERY JR. e NERY, comentando o art. 463, destacam esta característica através do julgado do Superior Tribunal de Justiça (*Código de Processo Civil comentado*, p. 676).

¹⁶⁴ Conforme Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Wambier e José M. G. Medina, “os embargos de declaração são um recurso de fundamentação vinculada, o que significa que só pode a parte alegar, nos embargos de declaração, *omissão, obscuridade e contradição*. Excepcionalmente, os embargos de declaração podem ter a função de alertar o juízo acerca do vício relativo à matéria de ordem pública ou levá-lo a corrigir erros materiais” (*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 84).

¹⁶⁵ Patricia Pizzol e Gilson Miranda lembram da discussão sobre a aplicação de matéria de ordem pública, mesmo não havendo prequestionamento na instância extraordinária (*Recursos no processo*

processo estará acometido pelo vício da nulidade – como se verá adiante – razão pela qual, por economia processual, o equívoco deve, desde logo, ser corrigido.

2.1.1.5 Sentenças inexistentes, nulas e ineficazes

civil, p. 119-120). É corrente sustentar que tal matéria se não prequestionada, não pode ser conhecida pelos Tribunais Superiores.

O STJ, devida à indispensável exigência do prequestionamento ao conhecimento do recurso especial, não admite reconhecer sequer as nulidades absolutas *ex officio*. Somente se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, a matéria poderia ser apreciada. “Recurso especial. Admissibilidade. Provisão de ofício. A regra do art. 267, parágraf. 3º, do CPC, só pode ser aplicada na instância especial uma vez conhecido o recurso, quando, então, aplica-se o direito à espécie. Agravo regimental a que se negou provimento (AgRg no Ag n. 65827/RJ, DJ 13.5.1996)”. Mais recentemente, no mesmo teor, os REsp n. 698061-MG, DJ 27.6.05; Resp 706652/SP, 18.4.2005.

No entanto, quando o recurso para o STJ é o ordinário, o STJ admite contraditoriamente conhecer de ofício a matéria não prequestionada: “(...) 3. Em face do efeito translativo dos recursos ordinários e do princípio da economia processual, deve o órgão julgador, de ofício, extinguir o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte, por se tratar de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado. Precedentes. 4. O processo deve ser extinto sem resolução de mérito quando “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. A legitimidade figura na Teoria Geral do Processo como uma das condições da ação, sem o que o autor é carecedor do direito de ação, acarretando a extinção do processo. 5. À exceção do compromisso arbitral, “o juiz conhecerá de ofício” da carência de ação, consoante determina o art. 301, § 4º, do CPC. Não há dúvida, portanto, de que a legitimidade de parte é daquelas matérias que o juiz deve conhecer de ofício. 6. O STJ, ao examinar recurso em mandado de segurança, *atua como instância ordinária e realiza ampla cognição, cabendo-lhe rever fatos e provas e reexaminar questões de ordem pública relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais*. 7. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito. *Prejudicado o recurso ordinário*” (RMS 23.571/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 6.11.2007, DJ 21.11.2007, p. 321). Iguamente nos RMS n. 12.113/SC, DJ 29.10.2007; RMS n. 15.463/SC, DJ 19.11.2007). No STF a posição é ainda mais rígida. O ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE-ED 219703/SP (DJ 20-10-2006)m aduz, citando precedentes, ser o entendimento da Casa a *indispensabilidade do prequestionamento para julgar qualquer questão, ainda que seja de ordem pública*, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias. Ainda, no julgamento da AC 112-RN, de 1º/12/04, o Plenário do STF, conduzido pelo voto do Min. Cezar Peluso, entendeu, por unanimidade, que a correção da questão atinente à matéria de ordem pública somente pode ser realizada nos limites da parcela impugnada do conteúdo decisório da sentença. “A invocação *ex officio* de questão de ordem pública, qualquer que fosse ela, só quadraria à cognição do único capítulo decisório impugnado no recurso, jamais para modificar o teor de capítulo que não foi objeto deste (art. 515 do CPC)” (DJ 4.2.2005, p. 07, e informativo do STF nº 372).

A nosso ver, acerta Nelson Pinto, ao afirmar que os prequestionamentos dessas questões de ordem pública poderiam, por força de lei, ser considerados implícitos em qualquer decisão de mérito (*Recurso Especial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 139). Ora, parece mais correto, econômico e coerente com a busca pelo processo justo e efetivo, dispensar a formalidade recursal para conhecimento destas matérias; elas devem ser examinadas antes mesmo da admissibilidade do recurso, como faz o STJ nos recursos ordinários. Mesmo porque, com o advento do trânsito em julgado, o vício poderá ser corrigido por eventual ação rescisória impetrada.

¹⁶⁶ Dinamarco justifica o fato de a correção de erro material e de cálculo não se sujeitarem à preclusão pela simples razão de que estas correções – aplicadas da maneira restritiva que a lei ordena – não afetarem em substância o decisório. “Eventual coisa julgada que já se tenha abatido sobre esses efeitos não ficará prejudicada pela mera retificação formal”. (*Instituições de direito processual civil*, p. 687).

O tema deste estudo possui intensa relação com os vícios que acometem as sentenças, porquanto a ação rescisória pode ser utilizada como remédio para combater a nulidade da decisão que transitou em julgado.

Ademais, como se verá oportunamente, a aludida ação visa à desconstituição da coisa julgada que se formou de maneira irregular por existência de defeitos em outros atos do processo, reputados relevantes pela lei. Por essa razão, será feito um paralelo entre os vícios da sentença e do processo¹⁶⁷.

A despeito disso, o objetivo deste tópico não é detalhar, mas apenas sintetizar os aspectos básicos e imprescindíveis à futura conclusão sobre o cabimento da rescisória, mesmo porque a matéria mostra-se complexa e é estudada sem consenso pela doutrina.

Logo, importa inicialmente consignar a distinção entre os planos da existência jurídica, validade e eficácia – uma vez que as sentenças, bem como outros atos do processo, podem não apresentar perfeito encaixe nesses planos ocasionando conseqüências não desejadas à formação da coisa julgada e à solução justa do conflito posto em juízo.

Tomando-se o plano da existência pelo conjunto de atos que reúnem pressupostos suficientes e essenciais para sua formação ou constituição no mundo jurídico; o plano da validade pelo grupo de atos que preenchem os mínimos requisitos para o regular desenvolvimento do processo, incluindo a forma quando prescrita em lei¹⁶⁸; e, o da eficácia como o campo da potencialidade de gerar efeito, da exibição de resultados, extrai-se que os vícios dos atos processuais podem ser decretados em momentos diversos e por vias diversas.

Nessa perspectiva, o ato inexistente pode ser assim declarado a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, pois que não há formação da coisa julgada material no ponto inexistente; o ato inválido pode ser corrigido a qualquer tempo na fase cognitiva, se envolve matéria de aplicação cogente¹⁶⁹, ou no prazo

¹⁶⁷ Para este fim, como no CPC, o termo “ato processual” será empregado como gênero que reúne os atos do juiz, das partes e atos em geral.

¹⁶⁸ Dispõe o art. 154: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Diz-se nulidade, em seu sentido estrito, quando o ato não ultrapassa o plano da validade.

¹⁶⁹ Ao contrário do que demonstramos parecer correto no tópico anterior, Teresa Alvim entende que tais questões podem ser suscitadas pela primeira vez até o esgotamento da instância de apelação (A

determinado pela lei ou juiz, se o ato maculado não apresenta grandes problemas ao desenvolvimento do processo¹⁷⁰. Transitada em julgado a decisão, todos os atos nulos se estabilizarão, assumindo os efeitos da coisa julgada, de maneira que apenas quando passível de reparação por ação rescisória poderão ser desconstituídos¹⁷¹. Se o ato é puro e simplesmente ineficaz, admite-se a ratificação de atos pretéritos, de modo a torná-lo eficaz, a qualquer tempo¹⁷², caso não haja empecilho legal.

Quanto à forma de postulação em juízo, para apontar a inexistência de um ato o jurisdicionado pode valer-se de simples petição em qualquer fase processual ou questionar o vício no bojo de um recurso ou defesa (contestação, impugnação à execução¹⁷³ etc.). A ação declaratória (art. 4º do CPC) também é meio processual hábil a ser manejado, posterior ou concomitantemente ao processo onde há o vício. Ainda, deve ser por meio de nova ação a postulação de pedido que sobre ele não

possibilidade de saneamento do processo em segunda instância: notas introdutórias e suas implicações. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo A. (coord.). *Atualidades do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 447). Igualmente, Nelson e Rosa Nery: “Nos recursos excepcionais (RE e REsp), as matérias de ordem pública não podem ser alegadas pela primeira vez, pois a CF 102 III e 105 III exigem, para a admissibilidade dos RE e REsp, que a matéria tenha sido ‘decidida’ pelas instâncias ordinárias”. E completam: “As matérias de ordem pública que poderiam ser alegadas antes da sentença, mas não o foram, fixam (sic) superadas pela coisa julgada material de que se reveste a sentença exequenda” (NERY JR. Nelson; NERY, Rosa M. de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 738 – destaques originais).

¹⁷⁰ É o que se convencionou chamar de nulidade absoluta e relativa. Esta é marcada por vícios de menor gravidade e que se convalidam acaso não suscitado a tempo pela parte interessada e aquela, por serem compostas de matérias cogentes, podem ser levantadas pelas partes e/ou pelo juiz de ofício, não recaindo sobre ela a preclusão. Teresa Wambier salienta que as nulidades absolutas “são vícios insanáveis, pois maculam irremediavelmente o processo” (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 233), ou seja, devem ser suprimidas, sob pena de gerar prejuízo à justiça da decisão.

¹⁷¹ Nesta linha, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, as nulidades que por ventura tenham ocorrido no processo são sanadas pela superveniência do trânsito em julgado, exceto se ocorrer algumas das hipóteses de cabimento da ação rescisória. Em outras palavras, todos os vícios de nulidade do processo são consertáveis, sanáveis, mas operada a preclusão, eles se sanam com o advento da coisa julgada*. O autor exclui, com razão, os vícios de inexistência e ineficácia; este porque a coisa julgada não é capaz de transpor a barreira da eficácia em prejuízo à esfera jurídica de terceiros; aquele porque a sentença inexistente, mesmo que decorra muito tempo, não é hábil a produção de efeitos. Excetua, porém, a inexistência por falta da assinatura do juiz na sentença, já que neste caso a causa da inexistência desaparece (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 685-686).

*Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que findo o prazo para rescisória, não é que a decisão deixa de ser nula, mas sim deixa de ser vulnerável, pois que a parte não mais poderá desconstituí-la. (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 442).

¹⁷² Esse é o teor da lição de Eduardo Talamini. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 292-293.

¹⁷³ Dado que a impugnação à execução (art. 475-L) “se constitui como meio de defesa contra a eficácia executiva do título” ou de atos de execução (NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 738 (grifo nosso). Assim, nada obsta nela se sustente a ineficácia do título ou excesso de execução a fim de se obter a declaração de inexistência, por exemplo, do julgamento que se deu *extra* ou *ultra petita*.

exista sentença e, além disso, no plano fático, não se questiona resultados que dele se esperava. Explica-se: sem embargo inexistente, se o ato propala efeitos, a nova ação pura e simples pode não ser eficiente na inibição dos mesmos, salvo se vier cumulada com pedido declaratório de inexistência.

A desconstituição da validade de um ato praticado na fase de conhecimento requer-se igualmente por meio de qualquer petição¹⁷⁴, visando ao seu suprimento ou repetição. Contudo, depois do trânsito em julgado, a rescisória, preenchidas as exigências da lei, é a ação correta para questionar o vício¹⁷⁵.

Se o ato é somente ineficaz quando dele se esperava eficácia, o vício desaparecerá pela feitura do ato faltante ou pelo simples decurso do tempo¹⁷⁶, como no implemento de uma condição¹⁷⁷. Diferente será, caso se trate de ato indevidamente eficaz: se a eficácia é de um ato aparente (inexistente), estará suprida concomitantemente com a declaração da inexistência, já que, na verdade, os efeitos indesejados provêm de outros atos, praticados por quem acreditou na idoneidade do ato¹⁷⁸. Da mesma forma, em relação aos atos inválidos. Seus efeitos são vulneráveis. Assim, “a eficácia do ato nulo poderá vir a ser obstada e extinta, e os efeitos já produzidos, removidos – conforme entrem em ação os instrumentos de ataque à nulidade”¹⁷⁹.

Isto se explica por causa dos planos do mundo jurídico no direito processual serem distintos e praticamente desvinculados. A sentença ou outro ato processual pode ser eficaz ainda que inválido ou inexistente. No entanto, como o plano da existência antecede o da validade, este é condição suficiente daquele e, por

¹⁷⁴ No que adrede aos vícios da sentença Dinamarco esclarece que estes podem ser extrínsecos (nulidade decorrente, ou seja, aquela que decorre do defeito de algum ato processual anterior) ou intrínsecos (nulidade inerente ao próprio pronunciamento judicial). De maneira correta, a nosso ver, ensina que os vícios inerentes podem ser de ordem formal ou substancial e este, por sua vez, relaciona-se ao conteúdo da sentença, mais especificamente nas regras processuais, porquanto os erros de direito material (*errores in iudicando*) ensejam apenas a *reforma* do julgamento – através dos *recursos* – e não sua nulidade (*Instituições de direito processual civil*, p. 683-684).

¹⁷⁵ Nery & Nery, acertadamente, entendem que a impugnação não se presta para arguir nulidades do processo de conhecimento, à exceção da relativa à citação, que vem abrangida pelo art. 475-L, I. (NERY JR. Nelson. NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 740).

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. *Revista Forense* v. 386. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85.

¹⁷⁷ Alexandre F. Câmara realça que somente se pode admitir a submissão da eficácia de um ato processual a uma condição intraprocessual, como por exemplo, a posição do denunciado à lide ou da parte que impetra recurso adesivo. A eventos futuros e incertos externos ao processo o processo não se submete. (*Lições de direito processual civil*, v. I, p. 256-257).

¹⁷⁸ É como conclui Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 292).

consequente, existir é condição necessária para ser válido. Quer dizer que, se o ato não existe dele não se pode cogitar sua validade, mas sempre haverá possibilidade de atos inválidos e/ou inexistentes produzirem efeitos (eficácia).

É fato que os atos processuais viciados são capazes de produzir efeitos e, exatamente por este motivo, devem ser expelidos do mundo jurídico¹⁸⁰. No entanto, razões não haverá para se exigir do estado-juiz um pronunciamento neste sentido se o ato, ainda que nulo ou inexistente, atender aos princípios do direito e do processo, tais como o princípio da não nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), do alcance da finalidade, da economia processual, da conservação dos atos e da instrumentalidade. Este argumento mostra-se incontestável na doutrina¹⁸¹ e

¹⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 292.

¹⁸⁰ A lei processual se inclina pela conservação dos atos hígidos (art. 248, 249 e 250). A decisão judicial deve dizer respeito somente aos atos processuais imprestáveis e os subseqüentes que dele dependam. Os demais devem ser, sempre que possível, aproveitados, de maneira a não ensejar a inexistência ou nulidade do processo por inteiro (princípio da conservação dos atos).

¹⁸¹ A lição de Bedaque completa este raciocínio: “a aproximação dos dois pólos do binômio direito-processo possibilita a relativização das nulidades processuais, reduzindo sua importância em função do objetivo fundamental do processo, que é a tutela jurisdicional” (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 114). Nery & Nery igualmente opinam: “o juiz deve desapegar-se do *formalismo*, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo. Mas deve obedecer às *formalidades* do processo, garantia do estado de direito” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 491). Cândido R. Dinamarco defende, sobre os vícios das decisões, que o julgamento *extra* ou *ultra petita* deve ser declarado nulo (para nós, inexistente), aproveitando-se os demais capítulos da sentença: “seria arbitrário anular toda a sentença, inclusive na parte em que não causou prejuízo algum ao réu” (*Capítulos de sentença*, p. 88); no caso de sentença *infra petita*, também não se pode pretender anular a decisão, já que nova ação será possível obter o julgamento da pretensão não decidida (*Capítulos de sentença*, p. 84-91). Teresa Alvim recorda que as nulidades não se baseiam nos princípios de direito privado, informando-se o processo pelos princípios da instrumentalidade, da conservação dos atos processuais e de que não há nulidade sem prejuízo. No entanto, há casos em que a nulidade acaba sendo mais abrangente, como no cerceamento de defesa em que, além da sentença, a anulação atinge atos anteriores. (*A possibilidade de saneamento do processo em segunda instância*, p. 450 e 453).

jurisprudência¹⁸², além de ser a expressão dos arts. 244, 248, 249 e 250 do Código processual civil¹⁸³.

Cabe frisar ainda, que os atos inexistentes, inválidos e ineficazes podem ser declarados de ofício pelo juiz, à exceção daquelas nulidades ditas relativas, que estão no campo de disponibilidade das partes.

Diante do exposto, considera-se caso de inexistência a ausência de quaisquer dos pressupostos processuais de existência. Ora, não se pode falar em relação jurídica processual sem a demanda/petição inicial do autor, dirigida a um órgão estatal munido de jurisdição, em face do réu. Por meio da citação¹⁸⁴, se aperfeiçoará a relação perante o réu (triangularização).

É fato que a doutrina não está de acordo quanto a quais sejam os pressupostos de constituição do processo. Contudo, vale destacar a posição de Teresa A. A. Wambier e José Miguel G. Medina, já que para eles, a ausência de alguma das condições da ação (legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir) dá ensejo a uma sentença juridicamente inexistente, não possuindo, assim, aptidão para transitar em julgado¹⁸⁵. Nessa linha, resumem: “a sentença que, equivocadamente, julga o ‘mérito’ quando, a rigor, encontram-se

¹⁸²Os precedentes do TRF, 1ª Região, AMS n. 200038000436157 e AMS n. 200038000447117, DJU 6.6.2005 e 2.6.2005, ambos da 2ª Turma, apontam para a divisão da sentença em capítulos, de forma a conservar-se a parte hígida e anular somente o capítulo viciado, com arrimo no princípio da economia processual. O STJ no julgamento do REsp n. 200501005727, 3ª T., DJU 27.11.2006, por não vislumbrar prejuízo para a parte, não anulou o processo que havia deixado de ser suspenso quando faleceu uma das partes. Já no REsp n. 200501045395, da 1ª T., DJU 13.11.2006, a Corte considerou o atendimento da finalidade da norma e a ausência de prejuízo da recorrente para deixar de reconhecer a nulidade por falta de intimação pessoal, em atenção aos princípios da instrumentalidade e da economia processual. No mesmo sentido julgou a 7ª Turma do TRF, 2ª Região, o Proc. n. 98.02.29114-5, DJU 16.1.2007. Ainda, a 1ª Turma cível do TJDF afastou a nulidade da decisão de mérito porque a mesma era favorável à parte a quem aproveitaria a sua declaração, em conformidade com o CPC, § 2º, do art. 248 (APC n. 20010310021013, DJU 10.12.2003).

¹⁸³ A despeito do capítulo V do título referente aos atos processuais do Código Processual versar sobre “nulidades”, parece que ele deve ser entendido em sentido lato, de forma a abranger também o plano da existência e eficácia.

¹⁸⁴ Com propriedade, a doutrina comenta que a propositura da demanda deve indicar o réu, sob pena de inexistência. Entretanto, o processo existe mesmo antes de sua integração ao processo. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I, p. 231). Ainda, se não há citação, mas há o comparecimento espontâneo do réu ao processo, a inexistência desaparece. “Isso não significará propriamente o saneamento ou convalidação da anterior nulidade ou ausência de citação, mas a ocorrência de citação nesse segundo momento.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 338). Em sentido diverso, Barbosa Moreira afirma que a falta de citação causa a nulidade do processo, nada obstante defender que a alegação pelo réu pode ser a qualquer tempo, porque “o vício escapa à eficácia preclusiva da coisa julgada” (*O novo processo civil brasileiro*, p. 28).

¹⁸⁵ No mesmo sentido, ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*, p. 585.

ausentes as condições da ação, é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada”¹⁸⁶.

Discordamos, no entanto, da conclusão a que chegaram esses autores, pois a verificação das condições da ação localiza-se no plano posterior: o da validade. O processo se constitui configurada a relação triangular (autor-Estado-réu, ou, excepcionalmente, relação linear, se ainda nela não ingressou o réu¹⁸⁷). A análise dos demais pressupostos refere-se à admissibilidade do julgamento de mérito; preenchidos os requisitos mínimos, o ato será válido e capaz de alcançar uma decisão meritória.

Sobre a validade ainda, a lei traz requisitos formais que considera necessários para que a petição inicial seja apta (arts. 282, 283), a citação seja válida (arts. 221 e seg.) e que as partes estejam representadas (capacidade processual, arts. 7º a 13). Quanto ao juízo a quem se endereçou a demanda, exige que este seja competente e imparcial (art. 86 e 134)¹⁸⁸.

Também leva à nulidade do processo, ou parte dele, se o juiz deixar de intimar o Ministério Público¹⁸⁹ quando exigir a lei ou deixar de aplicar matérias de ordem pública, tais como reconhecimento de litispendência, de prescrição ou decadência etc.

Outro aspecto que confirma o dissenso na doutrina em relação aos pressupostos processuais refere-se à capacidade postulatória. Há quem diga ser caso de eficácia, de validade¹⁹⁰, ou ainda, de existência¹⁹¹.

¹⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 32.

¹⁸⁷ Sobre os sujeitos da relação jurídica processual tratam CINTRA ARAÚJO, Antonio Carlos de. GRINOVER, A. Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 304 e seg.

¹⁸⁸ Os requisitos lançados constituem pressupostos processuais positivos de validade. Cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 204, 205 e 737. Esses autores destacam interessante aspecto sobre citação: a sua falta acarreta a inexistência da relação relativamente ao réu, mas a sua nulidade enquadra-se no plano da validade (*Código de Processo Civil comentado*, p. 173).

¹⁸⁹ Não obstante a intervenção do Ministério Público ser matéria de ordem pública, a decretação da nulidade deve ocorrer somente quando “pela ausência do Ministério Público, algum bem jurídico indisponível tenha sido vulnerado”. (ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*, p. 451).

¹⁹⁰ Assim em Alexandre Câmara (*Lições de direito processual civil*, p. 235).

¹⁹¹ Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 50-51). Também em Nery & Nery se afirma que capacidade postulatória é pressuposto de inexistência – a não ratificação fará com que inexista a petição inicial, “não quanto ao réu porque, mesmo sem advogado, sujeita-se aos efeitos do processo” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 244).

O requisito parece integrar, a nosso ver, a existência processual sempre que haja conexão com o ingresso da parte na relação jurídica processual. Assim, se a petição inicial foi proposta por um falso procurador ou a citação for recebida indevidamente em nome do réu, não se poderá falar da existência processual, já que a relação jurídica não chegou a se constituir. Por isso, concordamos com Eduardo Talamini ao afirmar que “os pressupostos de existência em questão são a própria presença do autor e do réu, respectivamente – e não a presença do mandato¹⁹²”.

Agora, questão diversa será a falta de mandato em outros atos do processo. Conforme tratamento dado pelo Código Civil (art. 662), a procuração será uma condição de eficácia do ato a que se refere, justamente porque não podem surtir efeitos no processo atos praticados sem o instrumento de procuração, salvo nos casos em que a lei o dispensa (art. 9º da Lei 9.099/95, impetração de *habeas corpus*, art. 839 da CLT).

O art. 37 do CPC determina que se estipule prazo para que o mandato seja juntado, a fim de imprimir eficácia ao ato desacompanhado daquele documento¹⁹³. Ou seja, o ato é ineficaz até que se corrija o ato faltante¹⁹⁴. Chancelado o ato, ele terá efeitos retroativos¹⁹⁵. “E é essa possibilidade de ratificação que permite considerar, tanto no direito material quanto no processual, a falta de procuração como um problema de ineficácia.”¹⁹⁶

Na hipótese de não ratificação, o citado autor conclui pela incapacidade de vinculação ao suposto representado, pois os atos “ser-lhe-ão ineficazes e não

¹⁹² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 356.

¹⁹³ Neste sentido MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, p. 83, 2006.

¹⁹⁴ Vale destacar o verbete do STJ, nº 115, em sentido diverso: “Na instância especial é *inexistente* recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Sobre ele, Teresa Arruda Alvim Wambier entende que tal qual é a reiterada jurisprudência do STJ no sentido de se oportunizar a regularização de representação da parte por advogado, não há razão para a dita súmula que pretende tratar com mais formalismo o processo nos tribunais superiores. Assevera, com lucidez, que o princípio da instrumentalidade das formas deve se aplicar a todas as instâncias. (*Nulidades do processo e da sentença.*, p. 258-259). Em sentido contrário, o casal Nery parece entender que o art. 13 só se aplica ao processo em 1º grau de jurisdição, mas pondera a decisão do STF, em que se considerou possível sanar o vício em segundo grau (RTJ 90/559) (*Código de Processo Civil comentado*, p. 206).

¹⁹⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 354.

¹⁹⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 354.

existirão *como atos seus*¹⁹⁷. Assim, necessário reconhecer a ineficácia do ato principal, o qual pode ser desconsiderado ou mesmo desentranhado dos autos¹⁹⁸.

Tratando especificamente da sentença, entendemos que ela não preenche os requisitos de existência se não respeita seus limites objetivos (sentença *ultra* ou *citra petita*), se não publicada¹⁹⁹ ou não assinada, se emanada de sujeito não investido em jurisdição. Além disso, dentre os elementos essenciais, conforme já salientado, a sentença não existirá se lhe faltar o dispositivo²⁰⁰.

Há ainda quem defenda a inexistência da sentença que imponha obrigação juridicamente impossível²⁰¹. Sobre o assunto, retomaremos no tópico da relativização da coisa julgada.

Por sua vez, a validade da sentença estará comprometida se não se apresentar formalmente perfeita, segundo as exigências legais como, por exemplo, se lhe falta o relatório ou a fundamentação²⁰², se proferida por juiz incompetente ou imparcial.

Finalmente, todas as sentenças sujeitas a recurso são por ora ineficazes²⁰³ (salvo se através de tutela antecipada ou execução provisória conseguiu-se alcançar tal efeito ainda instável). Com o trânsito em julgado, as declaratórias e constitutivas ganham plena eficácia, enquanto as demais sentenças, para expelir seus efeitos, prosseguem na dependência do implemento de outro(s) ato(s), como o requerimento de execução, ordem para que se cumpra obrigação de fazer etc.²⁰⁴.

¹⁹⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 355.

¹⁹⁸ Com propriedade, Talamini alerta para o fato de que, por vezes, a discussão, se o ato é válido e ineficaz ou inexistente, acaba sendo precipuamente conceitual, porquanto se dê a eles as mesmas conseqüências jurídicas, tal qual a possibilidade de conhecimento de ofício, não sujeição à coisa julgada, e assim por diante (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 338).

¹⁹⁹ Cássio Scarpinella lembra que, antes de publicada, a sentença é inexistente. (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 1, p. 27).

²⁰⁰ Com lucidez, Barbosa Moreira completa afirmando que a falta de dispositivo não torna a sentença apenas inválida, mas inexistente. "Sentença sem dispositivo é uma 'não sentença', nunca poderá aspirar a transitar em julgado, até porque o juiz *não chegou a julgar*." (O que deve e o que não deve figurar na sentença, p. 118).

²⁰¹ (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 685 e 686) e Teresa Arruda Alvim Wambier.

²⁰² Com as ressalvas já feitas no tópico "elementos".

²⁰³ José Maria Tesheiner resume: "Pode haver ineficácia porque a sentença ainda não produz efeitos, porque que já não produz efeitos, ou porque não produz efeitos em relação a esta ou àquela pessoa" (Juizados especiais federais cíveis: procedimentos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* n. 17, p. 13, mai-jun. 2002). Este último aspecto ressaltado (eficácia subjetiva da sentença) será abordado oportunamente.

²⁰⁴ Liebman parece acertar ao não acreditar ao não acreditar em efeitos secundários da sentença (ex. direito de inscrever hipoteca judicial). Pensa serem simplesmente conseqüências dos verdadeiros efeitos da

2.1.2 Peculiaridades da sentença do processo coletivo

A sentença proferida no processo coletivo diferencia-se em alguns aspectos daquela emitida puramente segundo o sistema processual civil comum.

Uma vez que nas leis que cuidam dos direitos transindividuais poucas são as disposições sobre o comando sentencial, as regras de índole individual da codificação processual socorrem o direito coletivo naquilo que houver compatibilidade (art. 90 CDC). Na verdade trata-se de regras de adaptação ao microssistema repleto de princípios que requerem interpretação adequada das disposições do CPC.

As circunstâncias do interesse tutelado determinam as peculiaridades da sentença no processo coletivo. Deve-se se frisar que, se em discussão direitos essencialmente coletivos, o tratamento diferenciado é motivado pela essência de indisponibilidade dos mesmos; no caso dos direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, a relevância para o Direito de solucionar coletivamente os conflitos se identifica com diversos mandamentos descritos na lei principiológica do consumidor e demais leis coletivas, dentre os quais o amplo acesso à justiça e a necessidade de que o processo seja eficaz e justo.

Posto que a natureza coletiva dos direitos sempre demanda aplicação de normas cogentes, na sua grande maioria, as peculiaridades que serão apontadas são de mera adaptação à estrutura do microssistema da tutela coletiva.

Nesta linha, não há qualquer mudança em relação à conceituação dos pronunciamentos judiciais, à divisão em definitiva ou terminativa, segundo o conteúdo da sentença, ou no que se refere aos seus elementos.

Até mesmo por imposição constitucional (art. 93, IX), as decisões emanadas do Poder Judiciário deverão sempre ser motivadas, sob pena de nulidade. Desta forma, não seria diferente em relação aos processos coletivos. E, a fim de garantir a lisura do procedimento e proporcionar a ampla defesa, também aqui as sentenças devem conter relatório, contendo os nomes das partes, a suma do pedido e da

sentença (efeitos indiretos ou mediatos), isto devido à falta absoluta de autonomia deles, já que ocorrem automaticamente por força de lei. (LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 75).

resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo, e dispositivo, em que o juiz resolverá as questões a ele submetidas.

Poderia se pensar que a “exigência” de deixar consignado se o julgamento improcedente sobre direitos essencialmente coletivos se deu à suficiência ou não de provas interfere na verificação se a sentença é definitiva ou terminativa.

Como concluímos, a sentença definitiva é aquela que julga o mérito e traz como consequência ao seu trânsito em julgado, a imutabilidade do seu comando, visto que faz coisa julgada material e a terminativa, não decidindo o mérito, fica apenas sujeita à coisa julgada formal. As sentenças coletivas terminativas em nada diferem das emanadas em litígios individuais. No entanto, e adiantando sucintamente o que será abordado²⁰⁵, o resultado de mérito da demanda (procedência ou improcedência, esta com ou sem provas) pode interferir no alcance da coisa julgada coletiva, em razão da regra especial do art. 103 do CDC. Mesmo assim a classificação persiste, apesar de poder existir diferença quanto à qualidade de imutabilidade do comando.

No que concerne à natureza da sentença proferida em processo coletivo, o que se extrai da leitura do art. 83 do CDC é que, para a defesa dos direitos coletivos, quaisquer ações podem ser utilizadas. Por consequência, todos os tipos de sentença (declaratória, constitutiva ou condenatória, seja com eficácia mandamental ou executiva), poderão ser pronunciados para a solução de um conflito de ordem coletiva.

Vale destacar o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública²⁰⁶ que, nada obstante aparentar limitativo às hipóteses de condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não afasta a incidência de demais pedidos e, por consequência, tipos de sentença.

Sendo necessária, por exemplo, a declaração de nulidade de uma cláusula contratual que determinada empresa pretende estampar em seus contratos de adesão, nada obsta o pleito. No entanto, pela natureza dos interesses coletivos, e com o advento do art. 84 CDC, de conteúdo inédito à época de sua promulgação,

²⁰⁵ Tema objeto do tópico coisa julgada.

²⁰⁶ “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

são freqüentes sentenças que ostentam eficácia mandamental, por conter uma ordem para cumprimento imediato do preceito, ou executiva *lato sensu*, onde se evidenciam medidas capazes de compelir ao cumprimento da condenação, independentemente de execução. Mas, reafirmamos, não há impedimento na lei para formulação de pedidos de outra natureza, mostrando-se todos importantes para tal tutela dos interesses transindividuais. Aliás, nem poderia a lei trazer alguma limitação, sob pena de ferir o acesso à justiça. Ao contrário, a lei busca e deve buscar dar amplas garantias, não impedindo a tutela coletiva preventiva ou ostensiva.

2.1.2.1 O princípio da congruência e a sentença genérica

Dentre os aspectos da sentença do processo coletivo destacamos o item do princípio da congruência ou da adstrição em atenção à falta de consenso no que adrede à admissibilidade de julgamento *extra* ou *ultra petita* nos processos coletivos, e em especial, em sede de relação de consumo.

Como amiúde frisamos, o Código de Defesa do Consumidor é uma legislação de ordem pública e de interesse social, por isso traz normas protetivas. É “uma legislação concebida com finalidade específica: amparar, proteger e defender o indivíduo considerado como consumidor naquela relação jurídica”²⁰⁷. Neste sentido, o juiz tem total autonomia para agir de maneira a dar tudo aquilo que a coletividade faça jus, ainda que seu pedido não seja amplo para garantir tal direito.

O art. 128 que dispõe “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, não deve ser lido com o mesmo rigor que prevalece no processo civil comum. Não se almeja sejam as relações supra-subjetivas tratadas sob a mesma ótica que as individuais.

Deveras, o julgador tem o dever de penetrar no conflito para garantir sua adequada solução, em razão da indisponibilidade dos bens e em benefício de seus

²⁰⁷ DE PAULA. Adriano Perácio. Controvérsias do Processo Civil em matéria de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 54, p. 33, 2005. Vale lembrar que, ainda que não se trate

titulares que estão à mercê de seu representante. Por isso, tal postura ativa não irá colidir com o princípio da iniciativa da parte, ao contrário, estará a concretizar o princípio da igualdade, em busca da solução justa da lide coletiva.

Em convergência com o deduzido leciona Pedro Lenza, completando o raciocínio lançado:

O processo, quando tomado em sua perspectiva instrumental, deve adequar-se ao tipo de litígio que se objetiva tutelar, rompendo com as retrogradas perspectivas individualistas da *fase conceitual* (escopo estritamente jurídico), na busca da efetivação do direito substancial, analisado sob sua perspectiva externa, diante de seus valores sociais e políticos²⁰⁸.

Mister lembrar, ainda que brevemente, as diretrizes contidas no princípio dispositivo ou da demanda em contraposição com o princípio inquisitivo ou inquisitório.

Como prenuncia o professor Barbosa Moreira, não há processos com posturas puramente inquisitivas ou dispositivas²⁰⁹. Defende ele que o princípio dispositivo manifesta-se pelo papel principal das partes na condução do processo. É também conhecido como princípio da demanda, que estabelece a inércia da função jurisdicional.

Na Exposição de Motivos do nosso Código Processual, vê-se que era a intenção do legislador a aplicação deste princípio com maior freqüência na fase cognitiva, por haver igualdade entre as partes. Mas terá sido este também o anseio do legislador do Código do Consumidor?

O contraste à posição de inércia dá-se justamente com a aceitação do princípio inquisitivo, permitindo-se a atribuição de maior soma de poderes ao juiz, ou melhor, uma maior atuação, uma postura ativa, não em favor de uma das partes, frise-se, o que feriria sua imparcialidade, mas em favor do equilíbrio, da igualdade, da justiça.

Bedaque refere-se ao princípio dispositivo afirmando que este “deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do

de lide de consumo, em vista da aplicação das normas processuais do CDC a qualquer ação coletiva, tais características são reluzentes.

²⁰⁸ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 324.

²⁰⁹ MOREIRA, J. C. Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*, p. 7.

direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível”²¹⁰.

Atualmente conseguimos vislumbrar o desprestígio do princípio dispositivo e a valorização do inquisitivo até mesmo nas relações interpessoais, mormente depois da reforma processual de 2002, que trouxe alternativas para a oficialidade do juiz. Estamos falando do art. 461 do CPC, cuja redação é análoga à do art. 84 do CDC e art. 11 da LACP²¹¹.

Na verdade, as modificações trazidas após as reformas do Diploma Processual Civil atenuaram o princípio dispositivo citado, sem, contudo ferir, em sua concepção, a regra da congruência entre a sentença e o pedido²¹² no processo civil comum, pois o permissivo legal visa a trazer celeridade e efetividade aos provimentos judiciais. Nas lides coletivas, porém, como salientamos, a concepção deve ser mais abrangente.

Adiciona-se à constatação de diferenças, a visão da teoria da substanciação, que vai focar não mais o pedido, mas a causa de pedir trazida pelo litigante.

Mancuso, a propósito, argumenta que a teoria da substanciação é a genericamente adotada pelo Código de Processo Civil, na qual a causa de pedir e o pedido definem a própria lide e determinam os limites dentro do qual se opera a jurisdição. Entretanto, a teoria da individualização (ou individuação) “permite que a

²¹⁰ BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 93.

²¹¹ Dispõe o art. 84 do CDC: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287 do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao Juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O Juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o Juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

A norma trouxe meios para efetivação da tutela, concernetes em mecanismos para se obter eficazmente o provimento judicial. Através de meios coercitivos, objetiva-se a tutela específica, ou seja, entregar o bem tal qual foi pleiteado, afastando o antigo pensamento de apenas ser possível a conversão em perdas e danos. Desta forma, a idéia é propiciar ao demandante o mesmo resultado prático que receberia acaso não precisasse da atuação jurisdicional.

²¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*, p. 14-15.

petição inicial apenas indique um fundamento geral para a pretensão²¹³, de maneira que é somente necessário apontar a causa, deixando ao juiz, na decisão, a possibilidade de abranger todos os aspectos fáticos relevantes²¹⁴.

Nessa linha, admite-se que no caso da ação civil pública teria o legislador se aproximado mais à teoria da individualização, por demonstrar em diversos aspectos da lei o afastamento das regras previstas nos arts. 468 e 472 do CPC. Como exemplo, cita a possibilidade conferida pelo art. 3º da LACP de formulação de pedido condenatório-pecuniário, onde há pretensão alternativa²¹⁵.

Então, como regra geral os direitos coletivos compõem-se de direitos indisponíveis e tratam de matérias de ordem pública, insuscetíveis de preclusão, nos parece que a ampliação do objeto da lide pelo julgador não causará inexistência da sentença naquele ponto. O magistrado buscará oportunizar a entrega efetiva do bem ou direito coletivo, valendo-se dos recursos que a lei lhe fornece (efetiva utilização dos poderes instrutórios, saneamento de vícios, facilitação da defesa do consumidor etc.). Claro que deve ser concedido o contraditório e oportunizada a defesa do demandado, no ponto de ampliação do objeto pelo juiz.

Também não se pode negar que a causa de pedir, com a narração dos fatos e a descrição dos fundamentos jurídicos, continua sendo essencial à petição inicial, porém não com o rigor do processo civil tradicional, que implicaria, quase que de imediato, o indeferimento da peça de ingresso.

O que estamos defendendo é que o modelo social, não individualista, clama por uma atenção judicial maior. Basta lembrar que o magistrado não pode se esquivar de ordenar a emenda da inicial e, caso o legitimado assim não proceda, ele deve intimar o Ministério Público a fazê-lo, não sendo este o demandante. Deve ainda sanear os defeitos do processo, seguindo os já citados princípios da inexistência de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), do alcance da finalidade, da economia processual, da conservação dos atos e da instrumentalidade. Ou seja, há na lei um leque de possibilidades para que o juiz, diante de qualquer questão controvertida levada a seu conhecimento, caminhe na

²¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001, p. 85.

²¹⁴ Marcelo Abelha ensina que a teoria da individualização tem raízes no direito anglo-saxão e sintetiza seu conteúdo: “basta que se exponha apenas a causa de pedir próxima (a relação jurídica causal que dos fatos decorre) para que esteja hábil a elaboração do pedido” (*Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 222).

direção do encontro da melhor solução. Contudo, infelizmente, na prática forense muitas vezes nos deparamos com o anseio de finalizar a controvérsia, mesmo que à custa de um pedido sem resposta ou respondido de maneira insatisfatória, fato que não se pode tolerar numa lide coletiva.

É útil reproduzir as palavras de Adriano de Paula, também neste sentido:

Atestando o juiz que está na direção do processo civil, de que a demanda levada à sua apreciação envolve matéria de consumo, ele deve tratar de modo diferenciado as prerrogativas de poderes e obrigações decorrentes dos deveres que se lhe incumbem.

Aquilo que no processo civil comum ordinário, especial ou cautelar se apresenta como *facultas agendi*, ganha à luz de norma de ordem pública e também de interesse social, uma outra repercussão e aplicabilidade. Não se admite mais o princípio dispositivo aplicado de forma rígida, já que o juiz recebe encargos maiores quando os interesses em conflito são aqueles de consumo²¹⁶.

Não estamos com isso afirmando que estaria o magistrado autorizado a julgar descomedidamente fora dos limites da lide, sob o argumento de ser um direito básico dos consumidores ou da coletividade. O Direito pátrio ainda se pauta em linhas gerais na teoria da substanciação, segundo a qual, “além dos fundamentos jurídicos, é imprescindível a afirmação dos fatos que rendem ensejo ao pedido”²¹⁷. No entanto, entendemos ser perfeitamente possível e compatível atentar-se aos ditames mais flexíveis da teoria da individualização nas ações coletivas. O julgador deve adaptar o procedimento às necessidades da demanda²¹⁸, e isso inclui fornecer uma interpretação ampla e adequada à causa de pedir apresentada, malgrado esta se apresente genérica, o que, diga-se, não é desejável. Mas, a lide, ainda que imperfeita, deve ser resolvida satisfatoriamente, buscando o máximo proveito para os bens e direitos coletivos.

A regra geral do processo indica que o pedido deve ser certo e determinado, ou seja, capaz de especificar e individuar o objeto pretendido, inclusive em sua extensão.

²¹⁵ ABELHA, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*, p. 86.

²¹⁶ DE PAULA, Adriano Perácio. *Controvérsias do Processo Civil em matéria de consumo*, p. 34.

²¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 230.

²¹⁸ Pedro Lenza, refletindo sobre a utilidade das decisões, com enfoque na efetividade dos processos coletivos, assinala que “tendo em vista esta perspectiva teleológica do processo, em razão de sua ‘contaminação’ por valores sociais e políticos, percebem-se inegáveis reflexos sobre o escopo jurídico, sobressaindo-se, por consequência, o *princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa*, ou o chamado *princípio da elasticidade processual*, no sentido de se ter um adequado instrumento para a proteção dos direitos substanciais” (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 329 – grifos originais).

Excepcionalmente nas ações civis comuns permite-se a formulação de pedido genérico Segundo o art. 286, isto é possível nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; e quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Nestes casos, o objeto mediato é indeterminado, ou seja, a quantificação ou qualificação do bem da vida é ainda imprecisa.

Por sua vez, o pedido genérico, na lição de Scarpinella, é aquele que momentaneamente está incompleto, mas se aperfeiçoará com oportuna liquidação²¹⁹.

Assim sendo, uma postulação certa e determinada requer uma sentença líquida (art. 459, parágrafo único, CPC), mas se o pedido for genérico advirá uma sentença certa, porém genérica, ou seja, ilíquida, sendo necessárias providências posteriores para sua liquidação.

Nesse terreno, a contribuição de Ada Pellegrini Grinover é concludente:

O fato a de condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la. E essa certeza é respeitada, na medida em que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação de sentença. A sentença genérica do art. 95 é, portanto, certa e ilíquida²²⁰.

Vale lembrar que pedido genérico não se confunde com abstração, vaguidade, falta de clareza ou imprecisão. “É insuficiente que o autor peça para que o réu seja condenado ‘nas penas da lei’ ou em formulas semelhantes que nada acrescentam, de concreto, ao texto da lei ou à regra de direito abstrata e genérica”²²¹.

Como procurou se destacar, a sistemática coletiva é influenciada pela natureza dos direitos questionados. Justamente por isso, a regra quando se tutelam coletivamente direitos é oposta. Vejamos o art. 95 do CDC: “Em caso de

²¹⁹ SCARPINELLA BUENO, Cássio. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 926.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 904.

²²¹ Scarpinella, p. 925.

procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Por ter sido a tutela fornecida coletivamente, o provimento sentencial será dado de maneira global, não específica ao que realmente determinado sujeito sofreu.

Assim, quando falamos em interesses individuais homogêneos o pedido e a sentença deverão ser necessariamente genéricos²²²; no caso dos interesses essencialmente coletivos, em geral são específicos.

Imaginemos que seja formulado pedido indenizatório em face de uma empresa que, nos últimos cinco anos, vem praticando conduta vedada pelo CDC em todos os seus contratos. A sentença, diante do interesse individual homogêneo, além de ordenar a cessação da conduta, condenou dita empresa a reparar os danos sofridos por todos seus consumidores durante os cinco anos de sua prática ilegal. Trata-se de sentença genérica, pois que o provimento não considerou uma situação particular e sim, uma conduta que vinha sendo indistintamente praticada²²³. Assim, o sujeito que se julga detentor do direito à indenização deve provar que foi lesado (subsunção do fato à norma individual e concreta), e nova sentença irá estipular em que medida isto ocorreu. Isso porque, suponha que um consumidor esteve vinculado contratualmente à empresa condenada por dois anos dentre aquele período da condenação. Somente por neste interregno será ressarcido. É a personificação que se apurará na habilitação. Por esta razão que “o *an debeat*ur é fixado na sentença genérica proferida na ação coletiva, deixando o *quantum debeat*ur para ser fixado na liquidação e execução pelos interessados nelas habilitados”²²⁴.

A doutrina vem admitindo sentença genérica também para a hipótese de direitos essencialmente coletivos²²⁵, sem que tal fato gere vício por julgamento *extra* ou *ultra petita*²²⁶.

²²² PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 239.

²²³ “Antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico objeto de tutela ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência”. GRINOVER, Ada Pellegrini. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 903.

²²⁴ Neste sentido, comentando o art. 97 do CDC: NERY JR. Nelson. NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado: e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 984.

²²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, p. 174. Segundo Patricia Pizzol, “se, no entanto, a hipótese for de interesse coletivo ou difuso, a sentença que condenar ao pagamento de indenização poderá ser genérica ou não” (*Liquidação nas ações coletivas*, p. 239).

Pode ocorrer que o magistrado, por impossibilidade momentânea, devido à complexidade do objeto ou outro motivo, não fixe o valor, deixando-o para posterior liquidação. Ainda, nas ações de direitos difusos e coletivos, os §§ 3º e 4º do art. 103, como se verá, permitem que lesões individuais, seja decorrentes do dano coletivo assegurado na sentença, seja de sentença penal condenatória, venham a ser executadas pelos lesados. Em vista disso, ainda que a ação coletiva não tenha postulado, genericamente, fossem reparados os danos individuais, pode o juiz conceder tal pretensão, sem que isto macule o julgado²²⁷.

Ada Pellegrini Grinover acredita que a sentença penal como título para a reparação civil e a hipótese do art. 103, § 3º, CDC constituem uma “ampliação, *ex vi legis*, do objeto do processo: o juiz não se limita a aplicar a sanção penal, ou a condenar com base no dano indivisivelmente considerado, mas também condena, implicitamente, à reparação da vítima”²²⁸.

Por derradeiro, cabe frisar que a possibilidade de execução da sentença condenatória genérica não implica violação ao princípio do contraditório e à ampla defesa. Tais postulados são garantidos também nos processos coletivos, mesmo porque, a Constituição Federal traz a regra de maneira ampla, e nem poderia excepcioná-la porque em voga direitos coletivos. Nem por isso quando se admite ingresso ao processo sujeito que não participara anteriormente e que foi beneficiado por uma sentença condenatória genérica, há que se falar em violação de princípios. Isto porque, na nova relação o exeqüente deverá demonstrar o nexo de causalidade entre seu estado de fato e o consignado na sentença. Sem falar que o executado poderá defender-se na fase de liquidação, além de impugnar a execução, da mesma forma que ocorre no procedimento comum.

Diante de todo o exposto, extraímos que as sentenças derivadas do processo coletivo têm suas peculiaridades. Dado que este provimento expressa uma forte correlação com o interesse tutelado, e, como regra geral os direitos coletivos são indisponíveis e regidos por matérias de ordem pública e de interesse social, não há

²²⁶ Não se cogita a possibilidade de sentença *infra petita*, ou seja, aquela que julga menos que o pleiteado pelo demandante. Isto porque, desrespeitando neste aspecto o princípio da congruência, a interpretação da norma não estaria sendo favorável à tutela coletiva.

²²⁷ Contra, entendendo ser necessário pedido do autor coletivo e afirmando que as ações coletivas devem observar o princípio da congruência: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 128.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas relativas ao direito brasileiro vigente, p. 13.

que se interpretar o princípio da congruência, o princípio dispositivo e a teoria da substanciação, com o mesmo rigor habitual do processo civil regido tão-somente pelo CPC. Na verdade, tendo em vista os princípios que norteiam tais demandas, a postura esperada do magistrado é mais atuante, de forma que, exercendo seu mister condizente com o direito em destaque, não estará excedendo os limites da lei.

2.1.2.2 *Publicação da sentença coletiva (art. 96 do CDC)*

No direito norte-americano a comunicação da ação coletiva é inerente ao sistema. Mesmo porque a abrangência da autoridade da coisa julgada é bem diversa da verificada no nosso sistema, como ainda se abordará. Entre nós, não há uma exigência de prévia comunicação dos prováveis titulares do direito acerca da propositura da lide ou da publicação da sentença, fato que é lamentado pelos operadores e estudiosos do direito coletivo.

A Carta Constitucional garante a publicidade dos atos emanados do Poder Público, em seus arts. 5º, LX, e 94, IX, restringindo-a somente quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

O legislador do CDC, por sua vez, pretendeu ampliar tal garantia ao exigir que a publicidade nos processos coletivos seja feita através de edital em órgão oficial. E, por esta ser uma modalidade de conhecimento ficto do ato publicado, exigiu ainda a divulgação em meios de comunicação tais como o rádio e a televisão custeada pelo réu da ação ou pelos órgãos de defesa do consumidor²²⁹, já que, por se tratar de ação coletiva, abrangerá um número considerável e muitas vezes indeterminado de vítimas e interessados.

²²⁹ Patricia Pizzol entende que o mais adequado para que os consumidores tomem ciência efetiva da propositura da ação coletiva é a divulgação desta nos meios de comunicação social de massa (televisão, rádio), além da publicação de informe em jornais de ampla circulação; tudo às expensas do fornecedor, como meio de facilitação da defesa do consumidor em juízo, conforme art. 6º, VIII, do CDC, podendo, inclusive tais medidas ser impostas de ofício, com fundamento no art. 84, § 5º, do CDC e 461, § 5º, do CPC (*Coisa julgada nas ações coletivas*).

Ada Pellegrini Grinover ressalta que “a ampla divulgação prevista pelo art. 94 tem por finalidade a intervenção de interessados no processo, a título de litisconsortes do autor coletivo”²³⁰.

Ao que parece, não obstante o art. 94 prever a publicidade ficta, é razoável a solução encontrada pelo legislador de utilizar outros meios de comunicação que não edital em jornais de grande circulação, diante da dificuldade de se dar conhecimento de ação coletiva que interessa a um grupo ou coletividade.

Ainda com supedâneo nas lições de Grinover, temos que nos Estados Unidos a publicidade se dá através de intimação pessoal para todos aqueles que se pode identificar através de esforços razoáveis²³¹, todavia, além de parecer um sistema injusto porque só atinge a algumas vítimas, tal método seria custoso e de difícil implementação em nosso país.

Como se verá, em caso de ofensa a direito individual homogêneo, urge a presença do indivíduo lesado, ou seu sucessor, para liquidar e dar cumprimento à sentença (transporte *in utilibus* da coisa julgada), comprovando “o nexos de causalidade entre o ‘dano genérico’, a cuja reparação foi condenado o réu na ação condenatória e o prejuízo sofrido por ele individualmente²³²”. Portanto, torna-se imprescindível a publicação da sentença condenatória mesmo diante do veto do art. 96 do CDC.

Sobre o assunto, entende-se necessário que se faça uma interpretação sistemática do Código, com o fito de observar a essencialidade da ampla publicação da sentença condenatória. Mesmo porque, o art. 96 do CDC foi vetado em razão de erro na menção de outro artigo do Código, segundo informa Ada Pellegrini, e não em razão da desnecessidade da publicidade²³³.

²³⁰ GRINOVER, A. Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 902.

²³¹ GRINOVER, A. Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 901. A autora informa que assim dispõem as regras americanas: “the best notice practicable under the circumstances – individual notice to all members who can be identified through reasonable effort”. Tradução livre: “a melhor notificação praticável sob as circunstâncias – notificação individual a todos os membros que podem ser identificados por meio de esforço razoável”. (*Idem, ibidem*, p. 901).

²³² PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 194.

²³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 905.

A ampla divulgação da propositura de uma ação coletiva e de seu resultado favorável são providências essenciais, principalmente na hipótese de sentença condenatória²³⁴, devido à mencionada necessidade de habilitação dos interessados.

Ressalte-se, ainda, que esta publicidade é de grande importância, sob pena de o valor da condenação não se reverter ao seu titular, mas ao fundo para defesa dos interesses difusos, como forma de reparação fluída (art. 100 do CDC).

Isto porque, no trato de interesses individuais homogêneos, a liquidação do título e a execução cabem às vítimas e seus sucessores²³⁵ e a lei manda entregar apenas o resíduo ao fundo²³⁶. Ou seja, decorrido um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida, destinando o produto da indenização ao mencionado fundo²³⁷.

²³⁴ Como se sabe, no processo coletivo a regra é a obrigação seja cumprida de forma específica. Para tanto, são utilizados os mecanismos do art. 84 do CDC e 11 da LACP, que ofertam às partes, inclusive ao juiz de ofício, meios para efetivação da tutela, dentre eles, *astreintes* e medidas de apoio. Porém, há casos em que a obrigação é meramente indenizatória, seja por sua natureza, seja porque não restou outra opção senão a conversão em perdas e danos. Frise-se que, não obstante o § 1º do art. 84 do CDC afirmar que a conversão em perdas e danos é admissível se o autor assim o requer, há quem sustente, corretamente, que em se tratando de direitos transindividuais, o legitimado não teria tal opção. Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar do tema, especificamente em matéria ambiental, afirma que a opção pelas perdas e danos seria o mesmo que transação de bem indivisível, o que não seria admissível. E completa: “não há como o legitimado à ação coletiva deixar de preferir a forma de ressarcimento que seja capaz de recompor a lesão, pois assim estaria retirando de todos – inclusive das gerações futuras – o direito de usufruir o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado”. (*Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 463). Nos demais casos, não obstante o caminho ser sempre o da tutela específica, a lei garante à parte a escolha pelo equivalente monetário.

²³⁵ Há a possibilidade do Ministério Público liquidar e executar sentenças coletivas de interesses individuais homogêneos. Porém, extrai-se do microsistema que a preferência para os atos executivos nestes casos é realmente do indivíduo, ficando o Ministério Público com a função residual de executar os valores para o Fundo de Direitos Difusos e Coletivos (art. 100 CDC).

No caso dos sindicatos na defesa dos interesses individuais homogêneos, em razão do tratamento constitucional diferenciado, o entendimento pacificado na jurisprudência do STJ é no sentido de permitir desde o início as atividades executórias: “Processo civil. Administrativo. Servidor público federal. Ação coletiva sindicato. Legitimidade para executar a sentença. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de reconhecer a legitimidade do ente sindical para promover a liquidação e execução de sentença proferida em ação coletiva visando a defesa de interesses individuais homogêneos. 2. Recurso especial conhecido e provido” (Resp n. 605331/RS, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 3.10.2005, p. 314).

²³⁶ Em se tratando de interesse difuso ou coletivo em sentido estrito, a regra é que os valores obtidos no processo coletivo se destinem ao fundo de que trata o artigo 13 da LACP. A finalidade deste fundo, também chamado doutrinariamente, por influência estrangeira, de *fluid recovery* é reconstituir bens lesados. Ele foi regulado pelo decreto nº. 1.306/94, bem como pela Lei 9.008/95.

²³⁷ Não podemos olvidar da regra do art. 99 do CDC, que preceitua: “em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento”. Da leitura deste artigo podemos extrair-se que o legislador quis priorizar a reparação subjetiva à coletiva, sendo que tal preferência não apenas se dá caso as condenações advierem da mesma demanda, já que, existindo uma ou mais demandas individuais, ou mesmo a defesa coletiva destes

É fato que a publicidade da forma que hoje se apresenta em nosso sistema não vem sendo suficiente para que os potenciais titulares do direito tomem conhecimento da existência de uma sentença que lhes beneficiem. Em vista disso, a doutrina²³⁸ clama por uma criação de um banco de dados sobre as ações coletivas, a fim de facilitar o acesso do lesado à justiça. Esta também é uma das propostas do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos:

Art. 30. *Citação e notificações* – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a *publicação de edital*, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo.

§ 1º *Sem prejuízo da publicação do edital*, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código comunicados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado, a serem também comunicados ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º Concedida a *tutela antecipada* e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

§ 4º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

(...)

Art. 46. *Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos* – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

direitos individuais homogêneos, o cidadão terá preferência em relação à reparação da sociedade, pois que esta tem seu montante destinado ao “fundo de defesa dos direitos difusos”.

²³⁸ Patricia Pizzol destaca: “Entendemos ser necessária a criação, com urgência, de um banco de dados nacional que contenha informações sobre todas as ações coletivas ajuizadas, com notícia da concessão ou não de liminares, da prolação de sentença e demais elementos que sejam importantes para que os órgãos de defesa do consumidor, do meio ambiente e de outros direitos coletivos (como associações, Procons etc.) possam bem orientar os indivíduos lesados e para que eles mesmos possam fazer uma pesquisa antes de optar por propor uma ação individual ou por prosseguir com ação já ajuizada. Acreditamos que esse banco de dados será importante também para que os entes legitimados não promovam ações coletivas já propostas por outros legitimados, o que é bastante comum, especialmente na hipótese de dano de âmbito nacional ou regional, podendo causar decisões conflitantes a respeito da mesma matéria” (*Coisa julgada nas ações coletivas*).

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado²³⁹.

Destarte, entendemos que as propostas citadas contidas no anteprojeto são benéficas à defesa dos direitos metaindividuais, na medida em que se pretende positivar os reclames que os estudiosos do tema já vislumbram, principalmente no que no concerne à ampliação da divulgação dos processos coletivos em trâmite.

2.1.2.3 *Efeitos da sentença coletiva*

Já se aludiu que as sentenças sujeitas a recurso são, em regra, ineficazes, ou seja, incapazes de gerar efeitos imediatos, de exibir seus resultados.

Na seara transindividual, há pouca disciplina sobre o sistema recursal, veiculada pela Lei da ação civil pública, ao passo que o Código de defesa do consumidor é omissivo quanto ao assunto. No entanto, entendemos que não podemos interpretar a interação de diplomas para a formação de um microsistema coletivo restritivamente ao CDC e à LACP. Todas as regras das demais leis de proteção aos interesses metaindividuais, quando compatíveis, podem ser utilizadas em benefício da sociedade, antes mesmo de procurar o regimento no CPC, a fim de fazer valer o princípio da máxima efetividade e reparação íntegra e adequada dos danos causados aos direitos metaindividuais.

Desta forma, cabe destacar neste item a regra geral dos efeitos recursais do art. 14 da Lei da ação civil pública, o reexame necessário dos arts. 19 da Lei da ação popular e 4º, § 1º, da Lei 7.853/89, que tutelam o portador de deficiência, e a possibilidade de retratação do art. 198 do Estatuto da criança e do adolescente, que impede a sentença coletiva exiba de pronto sua eficácia.

²³⁹Versão de janeiro de 2007, com nossos destaques. Disponível em: <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897>. Acesso em: 02 dez. 2007.

A regra do art. 14 da LACP é relevante para o processo coletivo, já que dispõe que o efeito suspensivo na apelação é exceção²⁴⁰, cabendo ao juiz conceder tal efeito apenas em caso de dano irreparável à parte. Por conseguinte, extrai-se deste dispositivo a vontade do legislador em ver os direitos coletivos imediatamente executáveis, ainda que provisoriamente, imprimindo eficácia maior às decisões coletivas, na medida em que garante à coletividade, mais brevemente, a possibilidade de cumprimento da sentença.

O art. 19 da LAP possui o seguinte teor: “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita a duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (...)”²⁴¹. Assim, como adiantamos, qualquer sentença que apreciar interesses coletivos e concluir pela improcedência ou carência de ação, poderia ficar sujeita ao reexame necessário, nos moldes da sentença proferida na ação popular, por resguardar o interesse social e estar em consonância com a principiologia da jurisdição civil coletiva²⁴².

E, pelas mesmas razões antes expostas, o art. 198, inc. VII, do ECA, que estatui “antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias”, não merece aplicação restrita às ações coletivas daquele estatuto, mas sim, em benefício de toda a coletividade.

Vale transcrever a observação de Nery e Nery Jr. sobre o princípio do contraditório atrelado à retratação:

No regime recursal do ECA pode o juiz retratar-se em todos os tipos de recurso, constituindo-se em juízo *pleno* de retratação (ECA 198 VII). Como no sistema do ECA a retratação é *regra*, aliado ao fato de o recorrido já ter sido citado e, portanto, fazer parte da relação processual, antes de o juiz proferir o juízo de retratação deve dar oportunidade ao recorrida para responder, em atendimento ao princípio do contraditório. Mas no regime do CPC isso não é necessário²⁴³.

Por fim, quanto à retratação, aceitando-se tal interpretação extensiva a todas as lides coletivas, esta acaba sendo uma exceção à regra da inalterabilidade da sentença já analisada.

²⁴⁰ Em igual sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 485.

²⁴¹ O § 1º do art. 4º da Lei 7.853/89, que tutela o portador de deficiência, possui idêntico teor.

²⁴² Em sentido contrário: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 486.

²⁴³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 563. Comentário ao art. 296 do CPC, com destaques originais.

2.2 Coisa Julgada

2.2.1 Considerações gerais

A coisa julgada caracteriza-se pela imutabilidade do que restou decidido no provimento judicial não mais sujeito a recurso. Tamanha sua relevância, a garantia é estampada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, em seu núcleo fundamental. Assim, dentro do modelo constitucional de organização do estado, de organização do poder e de proteção aos direitos fundamentais, a coisa julgada está no núcleo intangível da Constituição, constituindo-se cláusula pétrea.

É certo que a Lei Maior, além de disciplinar regras quanto à forma de Estado, exercício do poder etc., também traz em seu bojo limites ao exercício desses poderes a fim de garantir direitos aos cidadãos. Neste contexto é que se insere a coisa julgada, como comando de estabilização das relações postas em juízo e responsável por resguardar o marco final do reclamo, garantindo a segurança jurídica e autoridade de suas decisões. Sem esta estabilização não haveria segurança para o gozo dos bens que a própria atuação estatal, através da aplicação da lei ao caso concreto, garantiu.

Chiovenda explica que sob o fundamento político, pode-se tomar a coisa julgada como uma “ficção de verdade”, ou seja, sentença conforme a verdade, mas juridicamente “a coisa julgada não tem em vista a afirmação da verdade dos *atos*, mas da existência de uma *vontade de lei* no caso concreto”²⁴⁴.

Na mesma linha, Liebman conclama que “mutável é o conhecimento e a formulação da verdade e da justiça, tanto que se considera a coisa julgada, pelo contrário, como um limite imposto por exigência da vida à indefinida procura da verdade e da justiça. Não mais concludente é, por fim, considerar a sentença como “palavra da lei”, porquanto pode ser precisamente a lei em todo o tempo ab-rogada por uma lei posterior”²⁴⁵.

²⁴⁴ *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 449 – grifos originais.

²⁴⁵ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.*, p. 39, nota rodapé n. 3.

Por fim, Ugo Rocco lembra que a autoridade da coisa julgada é essencial para que a atividade jurisdicional não seja meramente consultiva ou uma inútil declaração de direitos sem força obrigatória²⁴⁶.

Apesar de ser notória sua importância constitucional, a definição do regime da coisa julgada e suas amplitudes são tarefas da lei infraconstitucional. Por isso e devido ao confuso emprego terminológico na lei, o conceito científico do instituto não é unívoco na doutrina, especialmente no que adrede ao que se considera imutável: se a eficácia da sentença, se seus efeitos, se seu conteúdo ou a conjugação de mais de um desses aspectos.

Iniciamos pelas lições de Chiovenda, onde encontramos que “a coisa julgada é a *eficácia própria da sentença* que acolhe ou rejeita a demanda (...)”²⁴⁷.

De outro lado, Liebman, em clássica obra, define a autoridade da coisa julgada como a *qualidade de imutabilidade do comando* emergente de uma sentença. Imutabilidade “é uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”²⁴⁸.

Superando o que era corriqueiro na doutrina da época, o autor critica a assertiva de que a autoridade da coisa julgada seria um efeito ulterior e diverso da sentença, aduzindo ser, na verdade, uma qualidade dos seus efeitos – e a todos os seus efeitos referentes: o declaratório, o constitutivo e o condenatório. Isto porque a doutrina que o precedeu costumava enxergar somente a eficácia declaratória das sentenças, ignorando os outros possíveis efeitos^{249,250}.

²⁴⁶ No original se lê: “negarla significa alterar ela natura della funzione giurisdizionale, perchè questa, in tal caso, si ridurrebbe ad una attività puramente consultiva, mentre in realtà l'autorità giudiziaria non deve dare pareri, ma emettere decisioni obbligatorie ed esecutive. Inoltre sarebbe frustato lo scopo della stessa attività giurisdizionale, perchè in tal modo il procedimento di cognizione si ridurrebbe ad una pura, inutile e vana dichiarazione di diritti, giacchè la parte soccombente non resterebbe mai paga dell'accertamento avuto, ma ripeterebbe indefinitivamente la richiesta di un nuovo accertamento”. ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1966, v. II, p. 298.

²⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 442, com grifos nossos.

²⁴⁸ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença* e outros escritos sobre a coisa julgada, p. 51.

²⁴⁹ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença* e outros escritos sobre a coisa julgada, p. 38.

²⁵⁰ Desta maneira, pode-se dizer que Chiovenda contribuiu para depurar o conceito e o fenômeno da coisa julgada de conceitos afins, enquanto Liebman avançou rebatendo a tese de que a coisa julgada é um dos efeitos da sentença ou uma eficácia específica. (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 3). Conforme ele próprio afirma, Chiovenda contribuiu para rechaçar a tese que “relacionava a coisa julgada com toda a *questio*, com toda a *definitio*, de maneira que se

Na doutrina brasileira, várias manifestações doutrinárias podem ser colhidas. Barbosa Moreira acredita que a concepção de Liebman não se refere tão-somente à imutabilidade dos efeitos da sentença, pois em diversas passagens, como na que citamos acima, o italiano alude também ao seu conteúdo²⁵¹.

Mesmo assim, o processualista brasileiro, com propriedade, adere em parte ao pensamento de Liebman, visto que concebe a imutabilidade somente ao comando da sentença, excluindo seus efeitos²⁵².

No mesmo sentido, Patricia Pizzol depreende coisa julgada como a qualidade de imutabilidade da sentença²⁵³; Talamini, como qualidade da imutabilidade do conteúdo da sentença²⁵⁴; Teresa Wambier e Medina, como a imutabilidade do comando da sentença²⁵⁵; Lucon, como atributo da sentença que atinge seu conteúdo²⁵⁶; Marcelo Abelha segundo a “autoridade que imprime sobre a norma jurídica concreta”²⁵⁷; e, Nelson Nery conclui pela “qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária”²⁵⁸, complementando ser “um efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado”²⁵⁹.

De modo diverso, Mazzilli afirma que a coisa julgada “é apenas a imutabilidade dos efeitos da sentença, adquirida com o trânsito em julgado”²⁶⁰;

sustentava suscetível de lograr a autoridade da coisa julgada toda forma de raciocínio do juiz”. (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 31).

²⁵¹ Na literatura mais italiana mais recente se correlaciona a coisa julgada ao seu conteúdo, como em Ugo Rocco, que por autoridade da coisa julgada entende: “forza o l’efficacia obbligatoria inerente alla materia della decisione giudiziale contenuta nella sentenza”. (*Trattato di diritto processuale civile*, p. 297. Tradução livre: “força ou eficácia obrigatória inerente à matéria da decisão judicial contida na sentença”. Andrea Proto Pisani extrai do art. 2.909 do Código Civil italiano a essência da coisa julgada: “effetto dell’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato ex art. 324 c.p.c” (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 61. Tradução livre: “efeito da declaração contida na sentença passada em julgado segundo o art. 324 do CPC”).

²⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Temas de direito processual* Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 236.

²⁵³ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*.

²⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 30.

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. *O dogma da coisa julgada*, p. 20.

²⁵⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 25, n. 84, p. 148, dez. 2005.

²⁵⁷ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 253.

²⁵⁸ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 38.

²⁵⁹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 38-39.

²⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 525 – grifos originais.

Mancuso ressalta a natureza adjetiva do tema, já que se apresenta como uma qualidade da imutabilidade agregada aos efeitos do julgado²⁶¹, enquanto Bedaque inclina-se conceituar pela imutabilidade da sentença de mérito e de efeitos²⁶².

Ora, seguindo a linha analisada do plano da eficácia, justamente porque se pode verificar efeitos anteriores à coisa julgada, mesmo que ainda instáveis, não é própria a vinculação dos dois fenômenos.

No plano legal, coisa julgada material aparece como: “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (art. 467), ou de forma similar no art. 301, § 3º (...) “há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

Todavia, os dispositivos não podem significar coisa julgada material; o primeiro deles traduz melhor o advento do trânsito em julgado; sobre o segundo as observações de Ada Pellegrini são pertinentes:

A coisa julgada existe a partir do momento em que a sentença se torna imutável: quando se propõe a mesma ação, proíbe-se nova discussão, mas a coisa julgada forma-se anteriormente a este momento, que é meramente eventual²⁶³.

Na doutrina, freqüente é a distinção entre *coisa julgada formal*, isto é, aquela formada no interior do processo, e *coisa julgada material*, destinada a explicar a imutabilidade do comando sentencial exteriormente ao processo em que foi formada.

A noção de coisa julgada material é mais ampla que a formal, porque abrange além das questões endoprocessuais as pan-processuais, impedindo a rediscussão da mesma controvérsia ainda que em outro processo.

Não obstante as ressalvas feitas ao estudo de Liebman, de sua obra extraem-se as características mais importantes desta classificação de coisa julgada. O encerramento do processo por motivo de irregularidade ou invalidade tem relevância apenas endoprocessual (sentenças terminativas). Assim, a imutabilidade vai se referir somente à impossibilidade de novas decisões no processo findo, mas não vincula o juiz em outro processo. Acaso a irrecorribilidade alcance a questão de mérito, os “efeitos” da sentença já não são contestáveis, nem por outro juiz, em qualquer processo, verificando-se, por conseguinte, a coisa julgada material.

²⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, 201.

²⁶² BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 121.

À vista disso, é válido afirmar que a coisa julgada formal é qualidade de imutabilidade da decisão alcançada pela preclusão máxima dos meios impugnativos sendo verificada em qualquer processo passado em julgado, enquanto a coisa julgada material não protege qualquer julgamento, mas os de mérito, para além das fronteiras daquele processo em que foi julgado.

Salta aos olhos a mescla no emprego dos vocábulos preclusão, trânsito em julgado e coisa julgada. Sobre eles trataremos a seguir.

2.2.1.1 *Preclusão, trânsito em julgado e coisa julgada*

O CPC em diversas passagens trata da preclusão, do trânsito em julgado e da coisa julgada de maneira não estruturada. Por esta razão, é importante deixar claro o que se entende por cada um desses fenômenos e consignar em que momento cada um se verifica, pois que em torno desses temas gravitam outros essenciais ao estudo da ação rescisória.

Digno de destaque, primeiramente, é o dispositivo que afirma ser “defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão” (art. 473).

Na lição de Moacyr Amaral dos Santos define-se o instituto da seguinte forma: “preclusão consiste na perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido no tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto”²⁶⁴.

Fala-se em três espécies de preclusão: temporal (que se relaciona com o prazo indicado na lei para realizar o ato – passada a oportunidade não se permite mais sua prática), lógica (diz respeito à incompatibilidade da prática de um ato porquanto outro já se praticou) e consumativa (que impede praticar um ato porque outro já foi realizado).

²⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas relativas ao direito brasileiro vigente, p. 10, rodapé nº 5. Mesma orientação em ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 251.

²⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56. Teresa Wambier, porém, pondera não se tratar de uma faculdade, e sim de um ônus, pois, “se não exercida, gera ou pode gerar prejuízo àquele que se omitiu” (*Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 475).

É possível a preclusão dizer respeito às partes e também ao juiz. Nesta última hipótese, a preclusão denomina-se *pro judicato*²⁶⁵, que nada mais é que a preclusão consumativa ligada ao provimento judicial, porque impede, em certos casos²⁶⁶, o magistrado de julgar mais de uma vez a mesma controvérsia. No entanto, o juiz não se sujeita às demais espécies de preclusão.

Diante disso, comumente se questiona se poderia o juiz proferir uma decisão interlocutória e depois reexaminar a questão em sede de sentença ou em outra decisão interlocutória.

Assevera, com propriedade, Teresa Wambier que o juiz não pode pura e simplesmente modificar sua decisão a respeito de decisões liminares, pois, há sim preclusão *pro judicato*. Admite-se nova decisão judicial se houver *atos e/ou provas novas* ou interposto agravo, quando se permite o juízo de retratação²⁶⁷. Desta forma, também acreditamos. Afora os casos citados, pela segurança jurídica, a decisão deve permanecer intacta.

Igualmente Barbosa Moreira defende que há preclusão para o juiz quando este profere decisão de saneamento, que se opera desde o momento que esta se torna irrecorrível, de maneira que, decida a questão explicitamente, já não é mais possível reapreciá-la²⁶⁸.

É oportuno notar que, a partir do conceito adotado de sentença (provimento com conteúdo dos arts. 267 e 269 que convola na extinção completa do processo ou de uma de suas fases), havendo uma decisão interlocutória definitiva de mérito (ou a própria uma sentença), ela também estará sujeita à preclusão, ou seja, fica defeso ao juiz reexaminar a questão. Como já se aduziu, apenas se admite a modificação do julgado nas hipóteses do art. 463 e outras exceções – sempre legais, frise-se –, como se estiver em pauta matéria de ordem pública ou juízo de retratação.

²⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 478.

²⁶⁶ Para Nelson e Rosa Maria Nery as questões dispositivas não podem ser reapreciadas, não se podendo dizer o mesmo das de ordem pública (*Código de Processo Civil comentado*, comentário ao art. 471).

²⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 503-519. Flávio Yarshell, em linhas gerais, acredita na possibilidade de retrocesso do órgão judicial enquanto não esgotado o procedimento, especialmente para abranger matérias relativas a nulidades. Mas, a depender do seu conteúdo, não é dado ao juiz voltar atrás em sua decisão (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105-106).

²⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, p. 53.

Fala-se ainda da preclusão máxima e da eficácia preclusiva da coisa julgada. Segundo o art. 474, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Liebman explica o teor da norma:

La cosa giudicata sarebbe bem vulnerable, se fosse lecito rimetterla in discussione con argomenti od eccezioni prima non utilizzati. Naturalmente, ad ogni altro fini, diverso da quello di infirmare il *decisium*, le questioni stesse rimangono impregiudicate e potranno essere proposte in un altro processo e potranno essere decise liberamente²⁶⁹.

Há preclusão máxima quando a sentença passa em julgado, o que se infere no momento em que é verificada a impossibilidade de se impugnar o ato decisório, seja porque recurso não mais exista, ou simplesmente não se o utilizou. Mas, tratando-se de decisão sobre o mérito, o julgado fica imunizado contra argumentos e fundamentos que foram ou poderiam ter sido opostos até aquele estágio²⁷⁰.

Ainda sobre a correlação dos vocábulos, conclui Chiovenda:

Preclusas, portanto, todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.

(...)

A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir ao vencedor no gozo do resultado do processo²⁷¹.

Entretanto, não concordamos com a transcrição, visto que, como se expressou alhures, a coisa julgada formal é a qualidade de imutabilidade do conteúdo da sentença, vista sob o aspecto intraprocessual, porque se operou a preclusão máxima, o trânsito em julgado da decisão. Por outro lado, coisa julgada material é a qualidade de impedir a rediscussão da mesma controvérsia no próprio

²⁶⁹ Tradução livre: “A coisa julgada seria bem vulnerável se fosse lícito rediscuti-la com argumentos ou exceções antes não utilizados. Naturalmente, com um outro propósito, diverso daquele de impugnar o *decisium*, as mesmas questões não ficam prejudicadas e poderão ser propostas em um outro processo, podendo ser decididas livremente” (*Manuale di diritto processuale civile*, v. III, p. 169).

²⁷⁰ Os efeitos são projetados para fora da relação processual. Sobre as decisões não sujeitas à coisa julgada material, não há que se falar em eficácia preclusiva. Cf. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Coisa julgada: novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos*. São Paulo: Método, 2007, p. 17-18.

²⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 452.

ou em outro processo porque já se verificou a preclusão máxima, o trânsito em julgado, o que possibilitou a formação da coisa julgada formal.

Conforme já examinamos, no art. 467, onde se lê que coisa julgada material é “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, não estaria, na verdade, a lei se referindo ao trânsito em julgado ou, no máximo, à coisa julgada formal?

Para tentar responder à questão, interessante fazer uma análise conjunta com outros dispositivos que tratam do trânsito em julgado: consoante reza o art. 485 “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...)”; por sua vez, o art. 495 diz que o termo *a quo* para a propositura de ação rescisória dá-se “com o trânsito em julgado da decisão” proferida na causa.

Daremos atenção primeiramente ao conceito de trânsito em julgado.

Para Lucon “o trânsito em julgado nada mais é que um fato jurídico que gera a coisa julgada”²⁷². E, de maneira não menos clara, Eduardo Talamini distingue trânsito em julgado de coisa julgada: o primeiro “concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença” e o segundo “à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo”²⁷³.

Por esta razão é certa a conclusão de Barbosa Moreira ao acentuar que no art. 467 a preclusão dos meios impugnativos dá azo a ficar imunizada pela coisa julgada formal, não a material. E, afirmar que a sentença é insuscetível de impugnação significa dizer que ele passou formalmente em julgado²⁷⁴.

Sem embargo esta pertinente discussão terminológica, a polêmica de maior relevância prática, a julgar pelo teor dos artigos citados, está em identificar o momento exato em que ocorre o trânsito em julgado e, por conseguinte, o *dies a quo* para eventual ação rescisória.

Como já aludimos anteriormente, mesmo havendo múltiplos capítulos na decisão, não é possível o trânsito em julgado de cada um em momentos distintos porque há apenas uma sentença no processo. Há questões, porém, que atormentam

²⁷² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do art. 741, parágrafo único, p. 159.

²⁷³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 32.

²⁷⁴ La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 117, p. 43, set.-out. 2004.

tanto os adeptos à existência de várias sentenças na mesma lide quanto aqueles que apenas uma enxergam.

Sobre o momento em que ocorre o trânsito em julgado de sentença impugnada por recurso inadmissível pesam três posições.

Sustentam alguns que o juízo de admissibilidade recursal tem natureza declaratória; logo, se negativo, opera efeito *ex tunc* e o momento do trânsito em julgado retroage à decisão de que se pretendia recorrer²⁷⁵.

Barbosa Moreira e Nery Jr. afirmam que após o 16º dia da publicação do acórdão da apelação tem-se o trânsito em julgado, já que o recurso especial, na verdade, não existe. Reputa-se correto afirmar que a formação da coisa julgada é retardada pela decisão recorrida, desde que o recurso seja conhecido. Então, possível propor ação rescisória a partir do 16º dia, pois o efeito substitutivo do recurso só ocorre quando conhecido o recurso²⁷⁶.

Quando se considera a desistência do recurso, afirma Nery que o trânsito em julgado ocorre nesta ocasião, que “por ser ato unilateral, não necessita de manifestação do recorrido nem de homologação judicial para produzir efeitos”. E, quando o caso é falta ou irregularidade de preparo, acredita que o trânsito em julgado ocorre “quando da interposição do recurso, ainda que antes do término do prazo previsto pela lei para que seja interposto”²⁷⁷.

Todavia, não é porque o recurso interposto não é conhecido que se haveria falar em trânsito em julgado desde logo. Suponha-se que interposto recurso especial, este não tenha sido conhecido, mas entre a interposição e o acórdão que decidiu sobre o juízo de admissibilidade decorreram mais de dois anos. O recorrente querendo alegar um vício, ficaria de mãos atadas? E como explicar o cabimento de recurso dessa decisão sobre a admissibilidade?

De maneira sensata, a corrente que tem prevalecido é que a data do trânsito em julgado da-se com o esgotamento do prazo para recorribilidade da última decisão, ou seja, a ocasião em que se conheceu o resultado do recurso.

²⁷⁵ NERY JR.; Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 267; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade.*, p. 171.

²⁷⁶ NERY JR.; Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 268-269. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 240.

²⁷⁷ NERY JR.; Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 268. Igualmente apoiado por Alexandre Câmara (*Ação Rescisória*, p. 240).

Acertadamente vem decidindo o Superior Tribunal Justiça²⁷⁸, com apoio em não menos respeitada doutrina²⁷⁹, que, pendendo recurso, não haverá falar em trânsito em julgado, ainda quando sobrevenha decisão não o conhecendo; apenas sobrevirá no momento em que esta se tornar irrecorrível:

Prevalecendo o raciocínio constante nos julgados divergentes, tornar-se-ia necessária a propositura de ação rescisória antes da conclusão derradeira sobre o feito, mesmo que a matéria pendente se refira à discussão processual superveniente. Desconsiderar a interposição de recurso intempestivo para fins de contagem do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória seria descartar, por completo, a hipótese de reforma do julgado que declarou a intempestividade pelas instâncias superiores, negando-se a existência de dúvida com relação à admissibilidade do recurso²⁸⁰.

Há ainda uma terceira corrente que defende que se conta o trânsito em julgado da última decisão, mas que, em duas hipóteses, acolhe-se a retroativa, quais sejam, nos casos de intempestividade e de manifesto não cabimento.

Não parece ser impróprio afirmar, como faz o STJ, que “excepciona-se dessa regra, tão-somente, a hipótese em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou²⁸¹ que haja evidenciada má-fé da parte que recorre”²⁸². Esta posição também acabou sendo expressão de um dos incisos da Súmula 100 do TST²⁸³.

Outro aspecto sobre o momento do trânsito em julgado que merece atenção refere-se às sentenças em que há mais de um capítulo e a parte não recorre de todos eles. Neste caso, a parte não recorrida transita em julgado em data distinta da recorrida? O prazo para rescisória computa-se de cada capítulo ou do trânsito em julgado do processo por inteiro? A maioria da doutrina afirma que o prazo computa-

²⁷⁸ EREsp n. 441.252/CE, rel. Min. Gilson Dipp, Corte Especial, j. 29.6.2005, *DJ* 18.12.2006, p. 276; 4ª T., REsp n. 2447/RS, rel. Min. Athos Carneiro, j. 5.11.1991, *DJ* 9.12.1991, p. 18033.

²⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão*, p. 192; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 444.

²⁸⁰ Ementa do EREsp n. 441.252/CE, rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, j. 29.6.2005, *DJ* 18.12.2006, p. 276.

²⁸¹ Extraímos da leitura do inteiro teor do acórdão que se deve entender como “e” este “ou” consignado.

²⁸² Cf. Ementas relatadas pelo ministro José Delgado, como as dos Recursos Especiais n. 639.233/DF (*DJ* 14.9.2006, p. 258) e n. 611.506/SC (*DJ* 27.9.2004, p. 254). Nery critica a posição, afirmando não haver razão para a exclusão somente da intempestividade (*Teoria geral dos recursos*, p. 267).

²⁸³ “AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. (...) III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial”. Apesar de ser enunciado da Justiça do Trabalho, sua menção é pertinente por ser interpretação dos dispositivos do Código de Processo Civil, já que naquela especializada não há norma sobre o assunto.

se em momentos diversos²⁸⁴, na medida em que o trânsito em julgado vem ocorrendo. Entretanto, o STJ assim não entende em algumas de suas decisões²⁸⁵, de forma que se deve esperar o trânsito em julgado de todo o processo para que a ação rescisória seja proposta, para que não haja várias rescisórias num mesmo processo²⁸⁶.

Assim sendo, preferimos analisar que, se o recurso é parcial, o capítulo não abrangido pela irrisignação apenas fica precluso, ou seja, impedido de se questionar mediante recurso, mas não transita em julgado de imediato, devendo aguardar o deslinde de todo o conflito *sub judice*.

Malgrado o capítulo que resolveu questão de mérito não ter sido impugnado, a pendência de recurso sobre outro aspecto pode interferir naquele já precluso, razão pela qual a eventual execução que se inicie é por ora provisória²⁸⁷. É o que se pode extrair do art. 475-I, § 1º, ao preceituar “É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”.

A nosso ver, a execução é sempre provisória enquanto não haja transitado em julgado a sentença única, por completo. Exemplificando, suponha-se que três pedidos foram formulados e julgados procedentes. O réu conforma-se em relação a um deles e recorre dos demais. O Tribunal pode ser modificar o resultado daquele

²⁸⁴ Barbosa Moreira entende que “na ação há várias sentença e todas com aptidão para produzir coisa julgada” (Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade, p. 176); Pontes de Miranda aduz que as partes do julgado podem transitar em julgado separadamente e cada uma delas corresponderá a uma ação rescisória, cada qual com seu próprio prazo, e em seu juízo. (*Tratado da ação rescisória: das sentenças e outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 352-353); Yarshell defende que com a decomposição da sentença em capítulos, “é perfeitamente possível admitir a propositura de ação rescisória ainda na pendência da relação processual em que originalmente editada a decisão rescindenda”. (*Ação rescisória*, p. 132). Da mesma forma Gustavo Garcia: “sendo a decisão judicial composta de capítulos relativamente autônomos, como decorrência de cúmulo de pedidos, é possível o trânsito em julgado de cada um deles em tempos diversos” (*Coisa julgada*, p. 43).

²⁸⁵ Precedentes: EREsp n. 441.252/CE, DJ 18.12.2006; REsp n. 639.233/DF, DJ 14.9.2006; REsp. n. 611.506/SC, DJ 27.9.2004; REsp. n. 415.586/DF, DJ 9.12.2002; REsp. n. 245.175/RS, DJ 23.6.2003; REsp. n. 404.777/DF, DJ 9.6.2003; REsp. n. 441.252/CE, DJ 9.6.2003. Contra, porém: STJ, REsp 299.029/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 25.10.2004.

²⁸⁶ Neste aspecto o posicionamento da Súmula 100, II, do TST é contrário: “Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial”. Também o STF admite cisão dos momentos de trânsito em julgado informativo do STF nº 372 e AC 112-RN, DJ 4.2.2005, p. 07.

pedido não impugnado, reconhecendo que quanto a ele o réu não era parte legítima. Ou seja, quanto ao capítulo não impugnado não se pode dizer tenha havido coisa julgada material, mas tão somente, preclusão por não se ter dele recorrido²⁸⁸. O mesmo se diga em relação à sentença que julga ações cumuladas. A imunidade das matérias ordem pública à preclusão (art. 267, inc VI, § 3º, e art. 301, X, § 4º, ambos do CPC) impede que haja estabilidade da decisão não passada em julgado. Somente a coisa julgada é capaz de tornar imutável o *decisium*.²⁸⁹ Antes disso, o ordenamento jurídico apenas outorga eficácia provisória ao provimento sentencial.

Entender de maneira diversa é ir de encontro ao princípio da economia processual e do processo de resultados, pois como já defendemos, nem mesmo juízo de admissibilidade recursal positivo é necessário para conhecimento destas matérias, elas merecem ser examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive nos Tribunais Superiores. Mesmo porque, com o advento do trânsito em julgado, o vício poderá ser corrigido por eventual ação rescisória impetrada. Então, além de ser um contra-senso, é excessivo formalismo vislumbrar um vício e não saná-lo, aguardando que seja provocada novamente a máquina estatal para, por meio de nova ação, fazer o que desde antes poderia ter sido feito.

Como conclusão do tópico, temos que a distinção dos fenômenos da preclusão, trânsito em julgado e coisa julgada faz-se relevante para consignar o momento em que cada um deles ocorre no processo.

A coisa julgada formal é a qualidade de imutabilidade vista sob o aspecto intraprocessual, porque se operou a preclusão máxima, o trânsito em julgado da decisão; coisa julgada material é a qualidade que impede a rediscussão da mesma

²⁸⁷ Sabe-se que é maciço o entendimento contrário. Vede, por todos, ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, p. 139 e seg.

²⁸⁸ Nelson Nery, ao tratar do efeito translativo, afirma ser a hipótese perfeitamente possível, acrescentando não haver no caso a proibida *reformatio in peius* (também em Patricia e Gilson Miranda. In: *Recursos no processo civil*, p. 37), porque tal instituto “somente se coaduna com o princípio dispositivo, que não é o caso das questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso” (*Teoria geral dos recursos*, p. 484-485). Em apoio à parte do que ora se sustenta, acresce que no caso de apelação parcial a interposição do recurso adia o trânsito em julgado quanto às matérias de ordem pública, não obstante haja preclusão para aquele que não recorre de determinado ponto da decisão. Diverge, porém, do nosso entendimento quando sustenta que o efeito translativo não se opera nos recursos excepcionais, dada a necessidade de prequestionamento. (p. 485-487).

²⁸⁹ Diversamente, o STF acredita que tal prática ofende a coisa julgada material e vai de encontro à devolutividade recursal, já que os capítulos não impugnados transitam em julgado e mesmo uma matéria de ordem pública somente pode ser conhecida nos limites da parcela impugnada do conteúdo decisório da sentença. Cf. AC n. 112-RN, já referida.

controvérsia no próprio ou em outro processo porque já se verificou a preclusão máxima, o trânsito em julgado e a coisa julgada formal; e, o trânsito em julgado é a preclusão máxima, e se refere ao momento em que a impossibilidade de se impugnar o ato decisório é verificado (seja porque recurso não mais exista, ou simplesmente não se o utilizou).

Em sendo a sentença um pronunciamento judicial uno, não haverá cisão do momento de seu trânsito em julgado. Decisões que excepcionalmente antecipam o julgamento de questões de mérito são interlocutórias definitivas de mérito, e ficam sujeitas à autoridade da coisa julgada material. Apenas se pode falar em preclusão por capítulos, consistente na impossibilidade (seja por qual motivo for) de interpor recurso daquela parte. Todavia, o trânsito em julgado se constituirá quando a sentença (ato uno) vier a se tornar irrecorrível, ou seja, quando todos os pedidos ou lides cumuladas forem decididos, independentemente de ser o último recurso parcial ou ser impugnado por apenas uma das partes. Assim, o prazo da ação rescisória é único, assim como a sentença e seu trânsito em julgado o são.

2.2.1.2 *Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada*

Examinar os limites objetivos da coisa julgada é analisar o âmbito de incidência da imutabilidade da sentença passada em julgado.

Segundo o art. 469, não fazem coisa julgada: "(I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; (III) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo".

O comando invariável localiza-se no dispositivo da sentença (parte concludente sobre as questões de mérito) e não na atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão. Ou seja, "l'oggetto del giudicato è *la concreta decisione sulla domanda proposta in giudizio*"; a motivação permitirá entender o significado do dispositivo, o que não quer dizer que os motivos são cobertos pela

coisa julgada²⁹⁰. Conseqüentemente, a causa de pedir e as alegações de defesa, argumentos usualmente refletidos nos fundamentos da decisão, não são acobertadas pela *res judicata*²⁹¹.

Na importante obra *Eficácia e autoridade da sentença*, Liebman, em aditamento sobre direito brasileiro, observa que foi muito controvertida a questão dos limites objetivos, até concluir que somente a parte dispositiva faz coisa julgada. Não se pode estender a coisa julgada a todas as questões debatidas e decididas. Primeiro porque não se pode querer contestar a coisa julgada com uma questão que poderia e não foi utilizada no processo. Ela deve permanecer firme, embora o debate tenha sido incompleto. Depois, porque sobre as questões que não foram objeto do processo em sentido estrito, mas foram incidentalmente conhecidas, não são decididas, razão pela qual podem ser objeto de outro processo objetivando uma decisão. O critério mais seguro para se estabelecer o limite é a resposta do juiz aos pedidos das partes. Então, a coisa julgada abrange somente o dispositivo da sentença, excluindo os motivos, “mas, são eles mesmo um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo”²⁹².

Com maestria, Talamini correlaciona o objeto da coisa julgada material com aquilo que nossa legislação admite ser excepcionalmente passível de desconstituição: o mérito da sentença transitada em julgado (art. 485). E, para o autor, *mérito* diz respeito a um direito, relação ou situação processual²⁹³.

Nessa linha, aquilo que não for mérito não está dentro dos contornos da imutabilidade (entenda-se, rediscussão dentro e fora daquela relação processual).

Contudo, não se pode restringir, como fez Dinamarco na passagem: “a estabilidade dos efeitos da sentença mediante a *auctoritas rei judicatae* é característica *exclusiva do processo de conhecimento* e das sentenças e acórdãos de mérito que ali se pronunciam”²⁹⁴. Isto porque, como procuraremos demonstrar, não se deve limitar a existência de mérito processual à fase cognitiva.

²⁹⁰ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, v. III, p. 167. Tradução livre: “o objeto da coisa julgada é a concreta decisão sobre a lide levada a juízo” –destaques originais.

²⁹¹ Salvo se a parte o requerer a resolução da questão prejudicial por meio de Ação Declaratória Incidental (art. 470 CPC).

²⁹² LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença* e outros escritos sobre a coisa julgada, p. 51 a 54.

²⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 131.

²⁹⁴ *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 215.

Como bem observou Patricia Pizzol, a coisa julgada só pode incidir onde houver decisão sobre o pedido do autor, pois

previsão legal diferente implicaria violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do acesso à justiça. Ora, se não houve apreciação de mérito, não pode a parte ficar impedida de buscar o Judiciário para obter uma prestação jurisdicional que seja plena e que promova, efetivamente, a paz social²⁹⁵.

Então, não são atingidas pela coisa julgada material: (a) sentenças terminativas, já que nelas não há apreciação do mérito²⁹⁶; (b) decisões interlocutórias (sem conteúdo de mérito) e atos judiciais não decisórios²⁹⁷; (c) sentenças proferidas em processo de jurisdição voluntária²⁹⁸, pois não há declaração de existência ou inexistência de direito material ou direito subjetivo alegado em juízo²⁹⁹; (d) sentenças proferidas em procedimentos cautelares, pelas mesmas razões da jurisdição voluntária (exceto quando for acolhida prescrição ou decadência, oportunidade em que se alcançam os efeitos da coisa julgada material – art. 810)³⁰⁰; (e) sentença que extingue a execução, também pela inexistência de decisão sobre relação jurídica de direito material³⁰¹; (f) sentenças que homologam renúncia, transação, reconhecimento do pedido (inc. II, III e V, 269)³⁰².

²⁹⁵ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*.

²⁹⁶ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 31. De fato esta é a regra. Todavia, como já aludimos, há falsas sentenças terminativas e ainda aquelas em que o autor não concorda com o vício tido pelo juízo como suficiente para a extinção do processo (ex. condição da ação), não vislumbrando o que se sanar para alcançar o julgamento de mérito. Nestes casos, como observa Yarshell, “de duas uma: ou o sistema reputa admissível a repetição da *mesma* demanda (...) ou o sistema, ao reputar inadmissível a repetição da *mesma* demanda, deve abrir ao interessado o canal da desconstituição, via ação rescisória” (*Ação rescisória*, p. 161). Também, acrescenta o autor, nos casos de sentenças fundadas em perempção, litispendência e coisa julgada a repercussão do julgamento se projeta para fora do âmbito estritamente processual, sendo cabível uma interpretação sistemática que possibilite o cabimento de rescisória (*idem*, p. 164-165). No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5, p. 111.

²⁹⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 31; NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 677.

²⁹⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 110. Contrariando este entendimento, Yarshell vislumbra formação de coisa julgada material nesta jurisdição (*Ação rescisória*, p. 180).

²⁹⁹ Cf. Alexandre Câmara. *Ação rescisória*, p. 58.

³⁰⁰ Neste sentido: COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1987, p. 37. CÂMARA, Alexandre. *Ação rescisória*, p. 57; Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 112.

³⁰¹ Cf. CÂMARA, Alexandre. *Ação rescisória*, p. 57. Vale ressaltar que é pacífica a existência de mérito nos procedimentos de liquidação e na impugnação (Alexandre Câmara, *Ação rescisória* p. 59; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 31). Diversamente, Pontes de Miranda enumera mais casos em que julga possível caber ação rescisória, via de consequência, haver coisa julgada passível de desconstituição. São exemplos a arrematação e a adjudicação, a que julga a verificação de créditos, a que decide sobre o quadro de credores, a que julga extinta as obrigações, entre várias outras. Isto porque o autor, estudioso do sistema do CPC/39, acreditou que também no novo código era possível rescisão de sentença imunizada tão-só pela coisa julgada formal (*Tratado da ação*

Devemos pôr em destaque os casos das sentenças que julgam relações jurídicas continuativas em que há fato novo e das ações coletivas de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* julgados improcedentes por falta de provas, que, em seu âmago, se assemelham. No caso daquelas, as sentenças regulam situações de trato sucessivo e a lei autoriza nova discussão no caso de mudança de estado de fato e de direito ocorrida supervenientemente ao trânsito em julgado (art. 471³⁰³ do CPC). Já no caso das ações coletivas, como se verá mais detidamente, também é a lei que autoriza novo debate sobre o direito quando, ao tempo da sentença, não se colheu meios probatórios suficientes para assegurar o interesse da coletividade³⁰⁴.

Portanto, a imutabilidade gerada pela sentença tem caráter relativo, na medida em que a lei exclui hipóteses de não incidência.

A propósito das relações jurídicas continuativas, Liebman cita a lei italiana sobre decisão de alimentos, já que à nossa é similar: “a determinação de uma relação jurídica, feita pela sentença, pode ser modificada, mudando as circunstâncias. Afirma-se geralmente que isso pode acontecer porque nesses casos a sentença é dada com a cláusula *rebus sic stantibus* e os princípios da coisa julgada sofrem por isso uma atenuação”.

Como bem observou, nessas relações a possibilidade de mudança se dá em razão da natureza variável do objeto ou direito discutido:

a coisa julgada se forma como para todas as outras sentenças e vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinam a decisão.

rescisória, 1976, p. 355). Tanto para Pontes de Miranda, como para Barbosa Moreira a sentença que declara a insolvência do devedor, faz coisa julgada material. Este último autor citado ainda lembra que na execução é possível se reconhecer a prescrição, hipótese em que também assume os efeitos da coisa julgada (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 111).

³⁰² Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 31. Por outro lado, não apoiamos Alexandre Câmara ao defender existir coisa julgada material nas sentenças homologatórias (*Ação Rescisória*, p. 56), o que também se extrai da Súmula 100, V, do TST, que trata das rescisórias naquela jurisdição: “O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial”.

³⁰³ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.

³⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 110; CÂMARA, Alexandre. *Ação rescisória*, p. 58.

Assim, repudia a afirmação de que os princípios da coisa julgada sofrem, com isso, uma atenuação, pois as mudanças fáticas requerem uma adaptação da decisão precedente, “o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada”. Na verdade, conclui o Mestre, a coisa julgada exala sua força na medida em que impede apreciação diversa do caso *enquanto não se modifique a situação fática*³⁰⁵.

Já no que adrede aos limites subjetivos, o foco da intangibilidade do comando da sentença direciona-se às pessoas atingidas pela decisão.

Preceitua o art. 472:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros³⁰⁶.

Desse dispositivo resulta que, via de regra, a coisa julgada só atinge o demandante e o demandado (partes originárias e sucessoras, quando for o caso). Afinal, somente estes que tiveram a possibilidade de tomar parte do devido processo legal. É o que Nery e Nery denominam “coisa julgada *inter omnes*”³⁰⁷.

Se acaso um fornecedor comete ato ilícito e é condenado, a sentença condenatória não faz coisa julgada em face do outro fornecedor da cadeia que sofra ação regressiva. Este poderá se opor contra a sentença demonstrando não ser o responsável pelo dano.

Trata dos casos em que o vencido tem ação de regresso contra um terceiro. No Brasil deve-se chamar ao processo o fiador, a seguradora, casos de evicção etc. e no processo coletivo, em que não é permitido? Vale a sentença contra o terceiro? Ele pode impugná-la, rescindi-la?

Liebman, tratando do caso das obrigações solidárias em que nem todos participaram da lide, resume que “a conclusão mais justa será a de ampliar-se ao terceiro a eficácia da sentença, mas sem a autoridade da coisa julgada, deixando-lhe, pois, íntegra a faculdade de contestar a eficácia da sentença”.

³⁰⁵ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 25 a 27.

³⁰⁶ Cruz e Tucci entende que, na verdade, a eficácia da sentença nas ações de estado em nada se difere das demais, senão pelo objeto. , p. 295-296.

³⁰⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, p. 617.

É certo que a eficácia natural da sentença (propagação de efeitos derivada da imperatividade do comando judicial) atinge a todos: as partes e terceiros. Contudo, não se duvida da possibilidade de terceiros discutirem a questão em ação autônoma. Então será inoponível frente a certos terceiros, que terão as mesmas garantias constitucionais (contraditório, ampla defesa etc.) na nova ação.

Entretanto, há determinadas situações em que pessoas que não foram partes no processo acabam sendo atingidas pela autoridade da coisa julgada. É o que acontece com os litisconsortes unitários, necessários e assistentes litisconsorciais³⁰⁸, credores solidários³⁰⁹, os sucessores, o substituído que não foi parte no processo, o assistente simples³¹⁰, e os terceiros interessados³¹¹.

Portanto, “terceiros, estranhos ao processo, também podem ser afetados, de modo mais ou menos intenso, pela eficácia da sentença não mais sujeita a recurso”³¹².

Em vista disso, a regra geral indica que o âmbito de incidência da coisa julgada fica restrito às partes e, em alguns casos, a terceiros. Todavia, a própria natureza da lide pode requerer efeitos expansivos. No CPC, por exemplo, temos a previsão de efeitos *erga omnes* nas ações de estado (art. 472). Todavia, imperioso destacar o regramento especial para a extensão dos efeitos das sentenças nas ações que tutelam questões transindividuais, objeto do tópico seguinte.

³⁰⁸ A autoridade da sentença atinge aqueles litisconsortes necessários e/ou unitários ativos que não quiseram ingressar na lide, mas não atinge aquele do pólo passivo, pois deveria ter sido citado para a ação (inexistência de sentença em relação a eles). “É possível afirmar que o litisconsorte preterido não é atingido pela coisa julgada que lhe é desfavorável, mas nada impede que, sendo favorável o resultado do processo ao litisconsorte presente, possa, aquele que não participou, opor o julgado à parte que sucumbiu”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 241.

³⁰⁹ Apesar de ser atingido pela autoridade da coisa julgada não lhes é dada legitimidade para rescindir a sentença. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 169.

³¹⁰ Nelson e Rosa Maria Nery ressaltam que os efeitos atingem o substituído em razão de ser ele o titular do direito e, apesar de não ser parte, também atinge o assistente simples por disposição do art. 55 do CPC. (*Código de Processo Civil comentado*, comentário ao art. 472).

³¹¹ Terceiros interessados “são atingidos reflexamente pela coisa julgada material. É o caso, p. ex., daquele que adquire o direito ou objeto litigioso, pois mesmo que não ingresse no processo com sucessor do alienante, fica sujeito aos efeitos da coisa julgada” (NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil comentado*, p. 617).

³¹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 188.

2.2.2 Coisa julgada no processo coletivo

É fato que o Código de Processo Civil direciona-se à defesa de conflitos individuais e, como já anotamos, o regramento das relações jurídicas metaindividuais vem disciplinado pelo microssistema coletivo, formado devido à *perfeita interação* entre a LACP e o CDC, valendo-se apenas residualmente do CPC, caso as demais leis de proteção aos interesses coletivos também forem omissas.

A necessidade de uma melhor tutela jurídica dos interesses transindividuais gerou a percepção de que algumas regras deveriam ser adaptadas. Ora, não seria possível conceber uma tutela efetiva à coletividade sem reformulações das normas referentes à coisa julgada. Tanto que, já em 1965, a Lei de ação popular inovou ao estender os efeitos da coisa julgada para além das partes do processo³¹³. Seguiram-na diversas leis sobre direitos coletivos, dentre as quais, a Lei da ação civil pública e o Código do consumidor. Nesse contexto, o instituto da coisa julgada ganhou nova faceta ao tratar dos interesses coletivos *lato sensu*.

A disciplina legal da coisa julgada coletiva visa a proteger os titulares dos interesses coletivos e/ou o bem indisponível levado a juízo. Assim, a autoridade da coisa julgada não fica restrita àqueles que demandaram em juízo, ela vai além. Alcança toda a coletividade e todos os indivíduos com direito de origem comum (eficácia *erga omnes*) ou todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (eficácia *ultra partes*).

Além disso, diz-se que a coisa julgada nos direitos essencialmente coletivos se opera *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do processo, a sentença poderá sujeitar-se ou não à coisa julgada. Como detalharemos adiante, este resultado do processo diz respeito às provas. Ao julgar improcedente pedidos de titularidade coletiva ou difusa, o juiz deve consignar na sentença se sua convicção assim se deu devido à insuficiência de provas, caso em que a lei permite a repetição da ação coletiva quando algum legitimado reunir provas que atestem o direito pleiteado.

³¹³ Elton Venturi relata que a extensão *erga omnes* da eficácia dos provimentos liminares e finais na Lei da ação popular “teve como intuito viabilizar, concretamente, a fruição indivisível da tutela jurisdicional por todos os titulares das pretensões difusas deduzidas por intermédio do autor popular

Conforme já anotamos, o limite objetivo da coisa julgada está em seu dispositivo. E, ainda que se trate de tutela de direitos coletivos, não se pode falar em coisa julgada da fundamentação. Conquanto no processo coletivo o julgamento “com ou sem provas” seja o ponto chave para saber se incidirá ou não a autoridade da coisa julgada, se tal relato for equívoco ou omissivo, não impedirá nova ação com a nova prova. A parte tem interesse recursal em fazer constar “improcedência sem provas”, mas caso não obtenha êxito, sobrevindo prova que não tinha acesso ou mesmo prova nova, não ficará obstada a repropositura da demanda³¹⁴.

Outro aspecto discrepante da coisa julgada nas ações coletivas é a possibilidade do transporte *in utilibus* dos efeitos do julgado coletivo para os efetivos titulares dos direitos metaindividuais, que ocorre sempre *in bonam partem*³¹⁵. É o direito individual de não se submeter à fase de cognição, para dar apenas um exemplo, que decorre do sucesso obtido pela ação coletiva.

Por essas razões, ao contrário da regra geral do processo civil tradicional, os efeitos da sentença não se limitam aos partícipes da relação processual (e outros excepcionais terceiros, como vimos). Evidente que, excluídas as hipóteses de coisa julgada diferenciada segundo o resultado do conjunto de provas (*secundum eventum probationis*) e o transporte *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada, as sentenças que apreciam interesses coletivos são submetidas às regras da coisa julgada do CPC, já que compatíveis e omissas no microssistema coletivo de direitos.

2.2.2.1 Coisa julgada no direito difuso, coletivo e individual homogêneo

Como aludimos, no que se refere aos limites subjetivos, a coisa julgada nas demandas coletivas recebeu tratamento legal particular, segundo cada uma das espécies de interesses metaindividuais.

Diante da autoridade da coisa julgada nas ações de direitos difusos e coletivos, a sentença terá, respectivamente, eficácia *erga omnes* e *ultra partes*,

(qualquer cidadão), ainda que não tivessem comparecido pessoalmente ao procedimento judicial”. (*Processo civil coletivo*, p. 383).

³¹⁴ Cf. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 387-388.

³¹⁵ Neste sentido, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 384.

exceto no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, hipótese em que não há falar em coisa julgada e se viabiliza uma nova demanda coletiva.

Erga omnes quer significar oponível a todos, ou seja, como o direito difuso é de titularidade indeterminada, qualquer um pode ser lesado e, ainda que desconheça a ação que lhe garantiu o direito, os efeitos se exalam amplamente, estendendo-se a todos. *Ultra partes*, de outra feita, pode ser traduzido como “além das partes”, assumindo também um sentido amplo, para além dos participantes do processo³¹⁶. Contudo, o art. 103, II, do CDC restringiu a extensão da norma estatuidando “mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe”, de maneira compreensível, haja vista ser a titularidade do interesse coletivo *stricto sensu* circunscrita a certos sujeitos³¹⁷.

Se o pedido de natureza indivisível for julgado procedente ou improcedente à sociedade de provas, não se pode cogitar em repropor a demanda coletiva, nem mesmo por outro legitimado, frente à intangibilidade da coisa julgada material. O que sucederá, no primeiro caso, é a execução coletiva, a ser requerida por quaisquer dos legitimados concorrentes que a lei designou para a ação cognitiva, podendo, inclusive, abranger as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções (art. 98 do CDC). Havendo omissão dos demais legitimados, é dever do Ministério Público dar continuidade à ação para efetivação do bem ou direito coletivo (art. 15 da LACP³¹⁸).

Já adiantamos que não seria coerente com o sistema de defesa dos interesses coletivos o indivíduo sofrer as conseqüências pelo insucesso da demanda

³¹⁶ Mazzilli salienta que ambas as expressões latinas, no tocante ao alcance para além dos participantes da relação jurídico-processual, significam a mesma coisa. “A verdade é que o legislador tratou de forma diversa seus efeitos”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 531-532). Da mesma forma: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular. São Paulo: Saraiva, 1995, p.108.

³¹⁷ Elton Venturi, sobre a expressão *ultra partes*, opina, apropriadamente, que “os potenciais beneficiários da tutela jurisdicional seriam todos aqueles que, independentemente de estarem, ou não, ligados formalmente à entidade de classe representativa (sindicatos ou associações), pudessem ser considerados, por um critério substancial, integrantes do mesmo grupo, pela identidade do regime jurídico comungado por todos os seus componentes” (*Processo civil coletivo*, p. 390). Ainda, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, p. 215. Em sentido contrário, entendendo beneficiar somente os associados no momento da propositura da ação: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 531.

³¹⁸ Também na Lei da Ação Popular o *parquet* deve assumir a titularidade se observar a desídia do cidadão, assegurada ainda a continuidade por qualquer outro legitimado ativo (art. 16).

coletiva. Logo, se procedente a ação haverá o transporte *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada; e, a despeito da improcedência do pedido coletivo baseado em suficiência probatória, em regra, os direitos individuais não são prejudicados.

A coisa julgada nas ações de direitos individuais homogêneos terá eficácia *erga omnes* tão-somente se o pedido for julgado procedente, ou seja, somente o resultado útil aproveita a todos os interessados.

Nesta categoria, não há distinção quanto ao resultado de improcedência (com ou sem provas): ficará sempre vedada a repetição da ação coletiva, malgrado não restar prejudicada a ação por danos pessoalmente sofridos, salvo para aqueles que intervieram na ação coletiva (§ 2º, 103, do CDC). Então, para beneficiar-se da coisa julgada coletiva, o autor da ação individual deverá ter requerido oportunamente sua suspensão, conforme art. 104 do CDC.

Corretamente tem-se sustentado na doutrina que o tratamento equânime da improcedência nas ações que tutelam interesses individuais homogêneos mereceria ser repensado, a fim de se possibilitar abarcar as questões de menor valor econômico (*small claims*), de pouco interesse para um sujeito individualmente considerado, mas que muitas vezes gera grande proveito econômico para o infrator da norma³¹⁹. Além disso, não obstante nesta categoria a postulação não ficar adstrita aos legitimados coletivos, há o relevante motivo que é comum a todas as ações coletivas: o acesso à justiça³²⁰.

Conforme referimos, o regramento da coisa julgada coletiva está satisfatoriamente regulado no Código do Consumidor. Contudo, é importante observar que se o interesse coletivo tutelado possuir legislação específica, esta deve ser consultada antes do microssistema coletivo, que assume caráter de norma geral.

Para citar um exemplo, vejamos o Mandado de Segurança Coletivo. Apesar de existir disposição sobre a coisa julgada nos arts. 15 e 16 da Lei 1.533/51, tais

³¹⁹ Aderindo a esta posição, Patricia Pizzol lança mão do seguinte exemplo: “um pacote de biscoito Nestlé sofre diminuição de 25 gramas, sem a ostensiva informação ao consumidor; cada consumidor pode promover ação individual para ser ressarcido, tendo em vista o direito do consumidor à informação sobre a mudança da quantidade do produto; obviamente, pouquíssimos consumidores promoverão ações judiciais individuais com esse objetivo. Desse modo, inviabilizada a ação coletiva, pode-se concluir pela violação ao princípio do acesso à justiça” (*Coisa julgada nas ações coletivas*).

³²⁰ “(...) afastar a repropósito da mesma demanda pela via coletiva, acarreta, previsivelmente, o virtual aniquilamento das pretensões individuais de todos aqueles que não têm nem nunca terão incentivo ou condições materiais para o comparecimento pessoal a juízo” (VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 394 – grifos originais).

regras não são compatíveis com a tutela coletiva, sendo mais apropriadas as diretrizes das ações coletivas segundo o microsistema aludido. Essa é a posição de, entre outros na doutrina, Gidi e Zavascki, que sobre o mérito em mandado de segurança salientam que para ser denegado é necessária a confirmação de que o fato tenha existido, mas não tenha causado lesão ou ameaça a direito. A diferença é que a denegação por falta de provas se refere à dúvida quanto à existência do fato³²¹, ou seja, a prova pré-constituída refere-se à certeza e liquidez, requisitos de admissibilidade da ação constitucional³²², motivo pelo qual a coisa julgada material não se formará.

Nessa conjuntura, a autoridade da coisa julgada das demandas tradicionais não é idêntica àquela das de interesses coletivos, especialmente na questão dos limites subjetivos do julgado. Nos demais aspectos, clara está a necessidade de aplicação dos dispositivos do CPC, seja pela omissão no regramento coletivo, seja pela compatibilidade com as especificidades dos interesses. Entretanto, não se pode negar que a própria lei, como não poderia deixar de ser, trouxe regramento diferente para os contornos subjetivos da coisa julgada ao relevar o resultado do processo (*secundum eventum litis*) e o proveito ao particular (*in utilibus*). Mas, como se verá, tais fatos não querem significar propriamente uma “relativização” do instituto, senão um estabelecimento diverso do ordinário.

2.2.2.2 *Coisa julgada secundum eventum litis*

Historicamente, conforme se infere em Liebman³²³ a coisa julgada *secundum eventum litis* foi suscitada por Savigny para resolver a sujeição de terceiros prejudicados com a coisa julgada emanada de um processo civil individual. Propôs-se uma representação *in utilibus*, pela qual o terceiro poderia utilizar sentença de

³²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, p. 222. Não estamos de acordo, porém, com sua afirmação de que “a eficácia *erga omnes* beneficia a todos os *substituídos processuais*”. Ora, tomando o *writ* como ação coletiva, tal qual acertadamente concluiu o autor, não há como negar a extensão para todos os beneficiários do direito, independentemente do fato de serem membros do ente associado legitimado. Também pela restrição da eficácia da sentença de mandado de segurança aos membros do ente legitimado: ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2002, p. 88.

³²² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 81.

outrem, mas não ser por ela prejudicado. Mas a teoria foi amplamente rechaçada pela doutrina italiana, tendo Liebman afirmado que a coisa julgada no processo individual para terceiros vale *pro et contra* e não *secundum eventum litis*.

Todavia, a questão é diversa quando se apreciam interesses coletivos.

No direito pátrio, a norma procurou evitar fossem os direitos coletivos julgados em colusão entre as partes ou condução maliciosa do processo, de forma a tornar perpétua uma lesão a um bem ou interesse coletivo³²⁴. Então, acabou por assegurar que no caso de pedidos essencialmente coletivos, o julgamento improcedente advindo de deficiência ou insuficiência de provas não seria capaz de tornar-se totalmente imutável, na medida em que se admite nova ação baseada em provas novas capazes de alterar o resultado da demanda transitada em julgado. Por isso é denominada de coisa julgada segundo o evento ou resultado do processo ou, tomando a expressão latina, *secundum eventum litis vel probationis*.

Esta certa previsão é de grande relevância para a tutela coletiva. Tome-se como exemplo o direito ambiental. Marcelo Abelha acentua que é característico estar o bem ambiental em constante mutação. Pode ocorrer que até o momento do julgamento não se sabia que determinada atividade era poluente. Caso se descubra prova capaz de apontar solução diversa, para este autor, a “correta leitura da eficácia preclusiva da coisa julgada” permite mesma ação fundada em nova prova, ou seja, os argumentos não poderiam ter sido deduzidos ao tempo do processo e nem por isso ficam impedidos de oposição após o trânsito em julgado, devido à regra do deduzido e dedutível³²⁵.

Assim, não se pode admitir lesão aos bens da coletividade, especialmente por má-condução processual. Com esta regra especial, permite-se a qualquer dos legitimados ajuizar uma outra demanda coletiva, com idêntico fundamento e pedido, desde que munido de prova nova. Por isso dizer que a sentença tem eficácia *erga omnes* (direito difuso) ou *ultrapartes* (direito coletivo), ou seja, extrapola a esfera jurídica dos litigantes (mesmo porque não são eles os verdadeiros titulares do direito, mas somente legitimados), exceto no caso de improcedência do pedido com fundamento na deficiência probatória.

³²³ LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 81.

³²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, p. 214.

Partindo da premissa que a coisa julgada *secundum eventum probationis* permite repetição da ação com nova prova, resta-nos definir o que significa “nova prova”.

Lenza depreende que os autores coletivos não podem repropor a mesma ação “a não ser que consigam demonstrar, liminarmente, a existência de nova prova, *inexistente à época do processo (regra do deduzido e dedutível)*, a indicar a insuficiência probatória do julgamento anterior”³²⁶.

Também Venturi, a esse propósito, é pela possibilidade de nova ação com fundamento em provas *supervenientes* já que o intuito da norma coletiva é “a necessidade de não prejudicar, por insuficiência ou deficiência instrutória, as pretensões indivisíveis e transindividuais dos efetivos titulares dos direitos difusos e coletivos”³²⁷.

Uma abordagem mais elástica sobre o assunto pode ser encontrada no artigo “coisa julgada nas ações coletivas” de Patricia Pizzol:

Quanto à nova prova, é preciso que se trate de prova não submetida à apreciação do julgador no processo que resultou na sentença de improcedência, *seja porque o autor coletivo a desconhecia, seja porque, embora conhecida, o autor a ela não tinha acesso, seja por se tratar de prova técnica inexistente à época em que se desenvolveu o processo*³²⁸.

Não há direito adquirido a continuar prejudicando o meio ambiente, ainda que à época se havia considerado prova suficiente.

Desta feita, não há unanimidade na doutrina; defendem alguns a necessidade da prova ser superveniente ao julgado, e outros, que a prova fosse indisponível por seu desconhecimento ou acesso, e terceiros, com maior razão, entendem ser possível uma interpretação mais ampla do termo, capaz de abranger prova existente ou não à época da instrução, porquanto a razão de ser da norma (evitar colusão e perpetuação de lesões a bens ou direitos da coletividade) não estaria em conformidade com uma leitura restritiva à expressão “nova prova”.

Neste cenário, vale enfatizar que a normatização coletiva não requer seja desconstituída a coisa julgada, por meio de ação rescisória ou qualquer outro meio impugnativo. O legitimado³²⁹ ingressará com nova petição inicial, podendo repetir a

³²⁵ ABELHA, Marcelo. Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa, p. 91-92.

³²⁶ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 298 (grifos originais).

³²⁷ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 384 – rodapé.

³²⁸ PIZZOL, Patricia. , destaques nossos.

³²⁹ Entende a maioria da doutrina que pode ser qualquer legitimado, inclusive o mesmo que conduziu a ação primitiva.

causa de pedir e o pedido. A lei apenas exige haja nova prova, razão pela qual ela deve vir com a inicial, “sendo ela documento indispensável à propositura da ação. Caberá, assim, ao julgador que receber a petição inicial, verificar se realmente se trata de prova nova, sob pena de indeferimento de plano do processamento da causa”³³⁰.

As críticas a este sistema não se sustentam. Não se pode dizer que a coisa julgada *secundum eventum litis* como regra nas ações coletivas fere a igualdade por não se operar *pro et contra*.

2.2.2.3 Coisa julgada das ações coletivas e a ação individual

No modelo americano, as ações de classe prezam pela representação e comunicação adequadas. “Caso não requeiram suas exclusões, submetem-se à autoridade do julgador, independentemente da sorte de seu conteúdo, não podendo subseqüentemente, ainda que pela via individual, rediscuti-lo”³³¹. Desta maneira, diferentemente do nosso sistema, não há que se falar em extensão *in utilibus* dos efeitos, ela incide *pro et contra* o titular do direito.

Entre nós, é o Código do Consumidor que regula a possibilidade concomitância de ações individuais e coletivas, assim como, a possibilidade de se alcançar individualmente um direito que restou garantido por uma ação coletiva:

Art. 103 (...)

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, *os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes* poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99.

§ 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

³³⁰ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*.

³³¹ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 391.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Como se depreende da leitura dos artigos citados, a lei afasta a litispendência e a coisa julgada entre uma ação coletiva e uma individual. Tais pressupostos processuais realmente não poderiam se verificar *in casu* porque, como se extrai dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, seria necessária a identidade de partes, pedido e causa de pedir.

Apesar da causa de pedir normalmente coincidir (mesmo evento fático), o objeto postulado (pedido) é o ponto de distinção³³², já que num caso se pleiteia cesse a lesão ou ameaça de lesão pessoal e noutro de forma genérica, abrangente a toda coletividade, ou seja, “a demanda será outra e não haverá modificação daquilo que foi julgado anteriormente³³³”.

Quanto à parte, não se pode falar seja distinta pela simples postulação da mesma demanda por outro co-legitimado. Haverá tríplice identidade se um legitimado ingressar com ação com o mesmo pedido e causa de pedir que outro co-legitimado já o tenha feito. A demanda também não será outra porque um demandante é coletivo e o outro um cidadão, caso se trate, por exemplo, de uma ação popular assumida pelo Ministério Público depois do abandono por um cidadão e outro cidadão repita a causa. A equivalência dos legitimados coletivos faz com que, processualmente, sejam a mesma parte.

Então, a lide individual em relação a uma ação coletiva finda ou em curso não ofende a coisa julgada ou não causa litispendência, respectivamente, porque a lei permite sua concomitância (art. 104), e, ainda que não existisse tal norma, a amplitude do pedido afasta, por si, a verificação de tais fenômenos processuais.

Atribuindo diferente, porém importante enfoque, Elton Venturi constata que “não há óbice à dedução de ações individuais, ainda que repitam idêntico objeto, como decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça,

³³² Hugo Nigro Mazzilli ressalta a diferença do objeto da lide individual para a coletiva “no máximo, o que teríamos é uma ação coletiva conexa ou até continente em relação a uma ação individual”. Afirma que pode, porém, haver litispendência ou coisa julgada entre ação civil pública e ação popular. (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 532).

que traz consigo a garantia de ampla defesa e contraditório mediante oportunidade de pessoal comparecimento a juízo”³³⁴.

Portanto, pode existir ação individual e coletiva relacionadas ao mesmo evento fático. Contudo, é importante assinalar que o CDC distingue aqueles que já ingressaram em juízo daqueles inertes. No primeiro caso, se o demandante individual pretende aproveitar-se das benesses da decisão a ser proferida na demanda de direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, deve requerer a suspensão de sua lide individual em até 30 dias da ciência, em seus autos, da existência da ação coletiva sobre o tema. Só assim será beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva. Logo, caso o autor opte por prosseguir com sua demanda individual, não poderá se valer da decisão acobertada pela coisa julgada formada na lide coletiva, o que excepciona o comando generalizado da Lei 8.078/90 sobre a abrangência amplíssima da decisão exarada nas demandas essencialmente coletivas. Vale lembrar que, julgado improcedente o pedido coletivo, faculta-se ao autor retomar o curso de seu processo individual, podendo nela ainda lograr êxito, dado que, como se viu, o autor individual apenas aproveita o resultado favorável da lide difusa ou coletiva (art. 103, §1º).

Para a doutrina de Mazzilli, o autor individual apenas pode aproveitar a sentença favorável que julgou interesses difusos ou coletivos, caso o legitimado tenha postulado nestes termos³³⁵. No entanto, como defendemos no tópico relativo às sentenças coletivas, pensamos não ser a falta de pedido obstáculo intransponível para o sujeito lesado, uma vez que se trata de norma de ordem pública sobre a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva *in utilibus*.

Quanto às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, as quais são ressarcitórias dos danos pessoalmente sofridos, em confronto com as indenizatórias individuais, temos que o resultado desfavorável na lide coletiva prejudica os nela que intervieram (art. 103, § 2º) e somente beneficia o demandante particular acaso tenha requerido a suspensão de seu processo, nos mesmos termos

³³³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p. 269.

³³⁴ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 392. A seu turno, Mazzilli também ressalta a garantia do acesso à justiça (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 534).

³³⁵ Sustenta o autor: “não se trata de um mero transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o processo individual, mas sim do alcance normal da imutabilidade do *decisium* nas ações civis públicas ou coletivas. Assim, se o autor do processo coletivo quer que o dispositivo beneficie lesados

antes expostos (art. 104). Então, da mesma forma que ocorre nas demais categorias de direitos coletivos, caso o autor opte por prosseguir com sua demanda individual, não poderá se beneficiar do resultado positivo da lide coletiva.

2.2.2.4 Limitação territorial da coisa julgada

Dispõe o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

É certo que a discussão sobre a modificação que a Lei 9.494/97 imprimiu ao artigo citado tem perdido força a cada dia no âmbito doutrinário, que rechaça veementemente a interpretação literal desta norma³³⁶. Isto porque é corrente se afirmar que este dispositivo não tem o condão de limitar o alcance dos efeitos da coisa julgada “aos limites da competência territorial”.

Várias são as razões.

A primeira diz respeito à já mencionada interação desta lei com o Código do Consumidor, havendo entre eles mútua remissão e reciprocidade de aplicação. Então, não haveria como afastar a incidência do art. 103 do CDC que em relação ao limite subjetivo da coisa julgada não o restringe à jurisdição do juiz prolator da sentença ou acórdão, além de ser mais detalhado, porquanto esmiuça o regramento em cada categoria de direitos transindividuais.

A segunda razão pela qual se critica o enunciado legal relaciona-se com a própria natureza do direito levado à apreciação judicial e com os princípios a ele inerentes. Seria intolerável conceber garantia diversa a pessoas titulares de bens indivisíveis ou que se encontram unidas por vínculos indissociáveis. Sem falar no

individuais homogêneos, deverá fazer o correspondente pedido na inicial” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 533).

³³⁶ Neste sentido: ARRUDA ALVIM, *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2002, p. 63; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 177 e seg. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, p. 216. NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado: e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 986.

comprometimento do princípio da isonomia, do efetivo acesso à justiça e na possibilidade de desencadear numerosas ações com o mesmo propósito, um dos objetivos centrais objetivados pela resolução coletiva de conflitos³³⁷.

Ainda, acrescentam Nery e Nery Jr. que com o advento do CDC em 1990, regulando de forma mais completa e abrangente a coisa julgada do processo coletivo, revogou-se tacitamente o art. 16 da LACP, de forma que a Lei 9.494/97 não poderia alterar o que não existia. Para ter imprimido operatividade, deveria ter incluído um novo artigo, na medida em que não se admite repristinação de lei em nosso direito. “O único dispositivo legal que se encontra em vigor sobre o assunto é, hoje, o CDC 103.”³³⁸

Por fim, não se pode olvidar da censura à técnica legislativa na redação do artigo, que quer confundir questão de competência ou limite de jurisdição com âmbito de projeção dos efeitos da coisa julgada³³⁹.

Mancuso³⁴⁰ resume bem a questão, ao ressaltar que a projeção extra-autos da coisa julgada nunca poderia ser uma opção do legislador, pois que decorre da própria extensão do pedido levado a juízo, bem assim da sua natureza. Ora, o “efeito expansivo” do comando não pode se esbarrar em limites territoriais. Uma cláusula contratual usada por determinada empresa em todo território nacional não pode ser abusiva para os habitantes de um Município, sem que os demais lesados, quando a lei fala em efeitos transcendentais aos litigantes, não podem desta decisão se aproveitar.

Portanto, a extensão dos efeitos da sentença de conteúdo estável é decorrência do próprio objeto da lide que tem como titulares uma coletividade, indeterminada ou não, sendo que esta coletividade não pode ser limitada por região, segundo a competência do órgão prolator da decisão, sob pena de ferir o devido processo legal e a própria finalidade da ação coletiva. A decisão vai garantir o direito coletivo a seus titulares onde quer que eles se encontrem.

³³⁷ Neste sentido Vigliar. *Ação civil pública*, p. 184.

³³⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código civil comentado*, comentários ao art. 103 do CDC, p. 987.

³³⁹ Nelson e Rosa Maria Nery ensinam: “os efeitos subjetivos da sentença se produzirão onde quer que seus destinatários se encontrem (...) não se trata de jurisdição nem de competência, mas de limites subjetivos da coisa julgada” (*Código de Processo Civil comentado*, comentários ao art. 472 do CPC).

³⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, p. 215.

2.2.3 Relativização da coisa julgada

Como já se asseverou, a coisa julgada é uma garantia constitucional do cidadão frente ao Estado e aos demais particulares de que o pronunciamento emanado do Estado-juiz e por ela acobertado não será posto em discussão outra vez.

Preliminarmente, resta saber se quando o CDC e as outras leis do microsistema dispõem não fazer coisa julgada a sentença baseada em insuficiência de provas estariam eles admitindo uma relativização, desde que com novas provas.

Se tomarmos como base a lição de Barbosa Moreira³⁴¹, que nos recorda já ser relativa a regra constitucional da coisa julgada (a Constituição admite ação rescisória e revisão criminal nos termos da lei), podemos dizer que a sentença que julga improcedente direito coletivo fundada em escasso conjunto probatório, é uma das circunstâncias legalmente contempladas de relativização da coisa julgada³⁴². Quer dizer que, a norma excluiu a incidência da coisa julgada material, mesmo existindo ali mérito processual (art. 471) – assim como fez no caso de relações jurídicas continuadas perpetradas após a sentença e demais situações antes referidas como não sujeitas à autoridade da *res iudicata*³⁴³.

Dessa sorte, não é necessário utilizar o termo “relativizar”, no sentido de excetuar situações, porque a lei assim já o fez, já as considerou relativas.

E é normalmente assim que o vocábulo aparece na doutrina. Quando se fala em relativização, flexibilização ou mitigação, o que se quer é ampliar os limites de não-incidência da autoridade da coisa julgada³⁴⁴. Neste sentido, as reflexões sobre a flexibilização da coisa julgada cingem-se em quatro pilares principais: (i) como uma

³⁴¹ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 235.

³⁴² Neste sentido também: VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 451.

³⁴³ Marcelo Abelha levanta a situação da mutabilidade dos bens ambientais. Para ele, se determinada atividade não era impactante e depois passa a ser, resolve-se o problema com a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* da sentença, pois “não há que se falar em coisa julgada sobre a situação jurídica nova, resultante da instabilidade dos bens ambientais” (Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada – *in utilibus*, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada *rebus sic stantibus*. *De Jure*, Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 7, p. 91, jul.-dez. 2006). Concordamos com o raciocínio do autor, já que mudada a situação fática, ter-se-á mudança na causa de pedir, não havendo que se falar em repetição da ação e por consequência, coisa julgada.

³⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*, p. 235-236.

forma de buscar “acertar” decisões judiciais em que se cometeram injustiças; (ii) que se mostram incompatíveis com a própria finalidade do direito, principalmente por afronta à Constituição Federal; (iii) em razão do surgimento de nova prova técnica, indisponível ao tempo do processo; (iv) hipóteses que envolvem direitos da personalidade ou fundamentais da humanidade, em que cabível ação rescisória, mas o prazo já se exauriu.

No entanto, a análise que se dará, longe de ser exaustiva e contemplar toda a doutrina de renome que se debruçou sobre o tema, objetivará apenas melhor entender as questões que podem extrapolar ou adaptar a utilização da ação rescisória, especialmente nos processos coletivos.

Nos dois primeiros casos, cumpre investigar se é possível insurgir-se contra a justiça da decisão ou sua constitucionalidade ou se esta tese traz insegurança ao meio jurídico, na medida em que todos aqueles que se sentissem demasiadamente injustiçados almejavam rediscutir sua questão, causando descrença na autoridade das decisões judiciais.

José Augusto Delgado é um dos defensores da relativização da coisa julgada, seja por acreditar que esta não deve ser via para cometimento de injustiças, seja porque não a concebe se estiver em confronto com a Constituição. Após análise sobre o assunto, afirma o autor, resumidamente:

Inconcebível, em face dessas idéias hoje vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal. A missão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente deste, é fazer prevalecer a força da Constituição. Esta, sozinha, por si, nenhum efeito produz. A eficácia e efetividade dos seus postulados, dos seus princípios e das suas regras dependem da atuação de todos os Poderes, com destaque, do Poder Judiciário. Em assim sendo, não é concebível, sob o simples argumento da intangibilidade da coisa julgada, aceitar-se descumprimento da Constituição Federal³⁴⁵.

Nessa linha, em vias de conclusão, afirma que “nenhum órgão do Estado, situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo, está imune, sob qualquer pretexto, à força da Constituição”. Por esta razão, defende

³⁴⁵ DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal: manifestações doutrinárias. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

“desmistificar o que tradicionalmente foi considerado como sendo absoluto os efeitos da coisa julgada, por mais absurda que fosse a decisão nela contida”³⁴⁶.

Discordamos, porém da posição de que a coisa julgada deve perder seu valor absoluto. Em nosso sentir, é necessária a consideração dos valores que a Constituição atribuiu a cada um dos institutos envolvidos, “não porque a *res judicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (...) mas sim porque ela torna juridicamente *irrelevante* (...) a indagação sobre falso e verdadeiro (...)”³⁴⁷.

A lição de Patricia Pizzol é conclusiva sobre o tema:

Se o juiz errar na apreciação dos fatos ou na aplicação do direito ao caso concreto ou mesmo na aplicação das regras processuais, poderá a parte inconformada (além dos terceiros e do Ministério Público quando legitimados) utilizar o instrumento cabível para impugnar o pronunciamento judicial (recurso, ação rescisória, embargos do devedor, embargos de terceiro, ação declaratória etc.), observadas as formalidades legais. Não sendo possível a manipulação de tais instrumentos, terá a parte prejudicada pela sentença que se conformar e cumprir o decidido. Quando o sistema oferece às partes tais instrumentos, o faz tendo em vista a necessidade de sopesar os valores segurança jurídica e justiça, ou seja, decisões injustas devem ser passíveis de correção. Entretanto, não é razoável colocar em xeque a coerência e a estabilidade do sistema processual, colocar em risco a segurança porque em algumas situações específicas, decisões injustas permanecem no mundo jurídico.

Barbosa Moreira também é um dos que se mostra contrário à “relativização”. Para ele, a lei dá ampla oportunidade de prova, de revisão de decisões etc. “há, porém, um momento em que à preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize”³⁴⁸. Por isso entende que não se pode querer justificar a “relativização” com a mera invocação de eventual injustiça na sentença ou injustiça grave, flagrante etc. “A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata.”³⁴⁹

Os casos de eliminação da coisa julgada tida por inconstitucional em virtude de declaração em ação direta de inconstitucionalidade e de surgimento de nova

³⁴⁶ DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal.

³⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 242-243.

³⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 243.

³⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 253.

prova capaz de modificar o julgado sobre direitos fundamentais da pessoa serão destrinchados no próximo capítulo.

Cumpra agora apenas consignar, em linhas gerais, que a doutrina sobre a jurisdição coletiva não vislumbra necessidade de desconstituição da coisa julgada quando surge nova prova, que até então era indisponível. Como já se falou, não faz coisa julgada a sentença que julga improcedente direitos difusos ou coletivos por não haver suficiência de provas, de forma que fica admitida a repetição da ação, *desde que com nova prova*. Porém, nova prova, a rigor, seria aquela preexistente, tal qual o conceito de documento novo do art. 485, VII, ou seja, aquela que já existia ao tempo da ação, mas a parte não pôde fazer uso por desconhecê-lo ou por não possuí-lo?

Na concepção de Venturi³⁵⁰, na verdade, “somente em eventuais demandas posteriormente intentadas, com base em novas provas, seria lícito aferir, retrospectivamente, se o julgamento anterior fora, ou não, proferido mediante a referida suficiência instrutória”. Por isso conclui ser dispensável a ação rescisória no caso de surgimento de novas provas, ainda que não tenha constado expressamente da decisão que a improcedência se deu por insuficiência de provas.

Para Marcelo Abelha o termo “nova prova” quer significar aquela surgida após o trânsito em julgado do processo anterior, bem como aquelas já existentes, mas que não foram levadas aos autos³⁵¹.

As palavras de Patricia Pizzol salientam a correta interpretação que merecem os direitos coletivos:

Em se tratando, porém, de processo coletivo, entendemos que a regra especial a respeito da coisa julgada, contida no artigo 103 do CDC, pode ser interpretada de modo a restar justificada a propositura da ação coletiva. Isto é, podemos afirmar que o surgimento de nova prova técnica, indisponível por ocasião do processo coletivo que ensejou sentença de improcedência, leva à conclusão de que a sentença foi proferida em tal sentido exatamente em razão da insuficiência da prova. Ainda que o julgador tenha declarado na sentença a suficiência da prova, o surgimento da nova prova demonstra que, a rigor, na essência, ela foi dada sem provas suficientes. Trata-se de uma interpretação em prol da defesa dos direitos coletivos, que somente se sustenta, no nosso sentir, em razão das características especiais da coisa julgada coletiva, decorrentes da legislação infraconstitucional. Acrescente-se, contudo, que, de qualquer modo, para que não parem dúvidas a respeito da possibilidade da propositura de nova ação em tal hipótese, é ideal que a legislação respectiva seja alterada.

³⁵⁰ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 449.

³⁵¹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 234.

Refletindo sobre a última hipótese de relativização a que nos propusemos, vale retomar as lições de Hugo Nigro Mazzilli, para quem a coisa julgada não tem valor absoluto³⁵². Acredita o autor, entretanto, que além das exceções legais, há casos que envolvem direitos fundamentais da pessoa ou da humanidade que o valor da coisa julgada merece ser mitigado.

Antes disso, porém, trata o autor de coisas julgadas contraditórias, verificadas entre um processo coletivo e um individual³⁵³. Neste ponto, cremos que, não obstante ser indesejável, isto é possível de ocorrer (e muitas vezes ocorre), mas é o preço a se pagar para termos segurança jurídica e estabilidade das relações. Não há o que se relativizar neste aspecto.

Contudo, há outra situação com a qual concordamos ser merecedora de tratamento diferenciado, clamando pela ampliação do rol de circunstâncias que possam ser novamente discutidas em juízo. Vejamos o interessante questionamento levantado por Hugo Nigro Mazzilli:

Uma ação civil pode hoje resultar em improcedência, não por falta de provas, mas porque o juiz, desconsiderando a perícia, erroneamente entendeu que o resíduo emitido pela chaminé da fábrica do réu não é poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e vencida a oportunidade da rescisória, será que a humanidade ficará eternamente condenada a suportar aqueles resíduos altamente tóxicos e prejudiciais? Pode ainda ocorrer que a sentença tenha sido dada por corrupção do juiz, e, embora as provas da corrupção já fossem conhecidas, pode já ter decorrido o prazo decadencial de dois anos para propor a ação rescisória. O que fazer?³⁵⁴

Barbosa Moreira, mesmo sendo contrário à relativização, admite que há casos realmente dotados de características especiais. Em seu estudo, assinala ser “impossível ignorar a importância social e jurídica do problema, ou minimizar o aspecto relacionado com os direitos da personalidade, do investigante e do investigado”³⁵⁵.

Traçando um paralelo, entendemos que a defesa do direito *difuso* também é um caso especialíssimo e merece ser tratado como tal. O exemplo lançado pela doutrina de Mazzilli realmente não se resolve com a interpretação extensiva do que

³⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 542.

³⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 543.

³⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 544.

³⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, p. 255.

venha ser “nova prova”³⁵⁶. Ao que indica e como veremos no capítulo seguinte, seria hipótese de cabimento de ação rescisória, porém o prazo já se exauriu. Assim como ele, nos questionamos: “como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em detrimento até mesmo de gerações que ainda nem nasceram?!”. E chegamos à mesma conclusão: “não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade”. Realmente a violação do meio ambiente e de outros direitos difusos são casos especiais, por isso, “em atenção à particular gravidade do vício, seria razoável abrandar essa exigência, permitindo, a título excepcional, o ajuizamento da rescisória *a qualquer tempo*”³⁵⁷.

Das premissas aqui assentadas, conclui-se desfavoravelmente à tese da desconstituição da coisa julgada sempre que estamos diante de “decisões contrárias à justiça”. Ora, a coisa julgada é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à segurança das relações jurídicas. Não se pode suscitar em relativizar toda decisão que sabemos serem injustas (resolvidas de maneira equivocada pelo Judiciário), sob pena de os conflitos se eternizarem, devido à própria natureza humana de estarmos sempre insatisfeitos diante de situações desfavoráveis.

Entre os casos “realmente dotados de características especiais” (valem-nos da expressão de Barbosa Moreira) estão as decisões sobre *direitos difusos*. É que, diante de sua própria titularidade (é de todos, indistintamente) não podemos deixar que situações comprovadamente degradáveis permaneçam inatingíveis. Não é o sacrifício de um cidadão em face da segurança jurídica a que o Direito ordena que estará em xeque, e sim o direito de toda a coletividade. E isso é tão chocante, repugnante, intolerável, quanto admitir que um indivíduo não possa ter o nome de seu verdadeiro pai quando se soube depois que aquele que a justiça havia declarado, na verdade, não o era.

Não é possível deixar que se polua o ar que todos nós respiramos, porque ao tempo do trânsito em julgado da decisão, não obstante apuradíssimas perícias realizadas, o juiz cometeu erro ao julgar ou se verificou outro caso que seria passível

³⁵⁶ Pedro Lenza está de acordo com Mazzilli quanto ao fato de que a hipótese é de relativização. (*Teoria geral da ação civil pública*, p. 298).

³⁵⁷ Esta é a conclusão a que Barbosa Moreira chega para solucionar o caso da desconstituição da coisa julgada que se formou *depois* da declaração de inconstitucionalidade por julgamento em ação direta, tendo a sentença violado aquela disposição (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*, p. 265 – grifo original). Entendemos que idêntica observação, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso dos interesses difusos.

de correção por rescisória, mas o prazo decadencial já se transcorreu. Acreditamos, portanto, que somente possibilitando o ajuizamento da rescisória *a qualquer tempo* é que se estará garantindo direitos fundamentais aos cidadãos.

3

AÇÃO RESCISÓRIA

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

Ação rescisória é um meio de impugnação ao julgado civil que tem por objetivo a desconstituição de uma decisão judicial de natureza meritória, acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

Proteger a intangibilidade da coisa julgada é necessário, dado que resguarda a estabilidade das relações jurídicas, garantindo segurança jurídica e a autoridade das decisões oriundas do judiciário.

Entre o *justo absoluto*, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira³⁵⁸.

Neste cenário, a ação que, em tese, vai de encontro a essa proteção constitucional deve possuir caráter excepcionalíssimo. E assim o é. O *caput* do art. 485 do Código de Processo dispõe que “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando” e enumera em nove incisos as hipóteses de rescindibilidade.

Não se pode dizer que a rescisória retira a segurança jurídica dos jurisdicionados, já que as hipóteses de rescindibilidade formam um rol taxativo, na medida em que não há qualquer outra possibilidade senão aquelas mencionadas no art. 485 do CPC³⁵⁹. Assim, há segurança porque as partes estão cientes dos limites legais de rescindibilidade.

³⁵⁸ NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ed. São Paulo: RT, 2004, p. 39 (grifos originais).

³⁵⁹ Entendemos que o rol do art. 485 é taxativo, apesar de que, algumas vezes, suas hipóteses devem ser interpretadas de forma mais extensiva a fim de abarcar os casos que demandam soluções

Além do mais, como bem lembrado por Eduardo Talamini³⁶⁰, se por um lado a coisa julgada tem fundamento constitucional, a ação rescisória também o tem, pois a Lei Magna previu em seu bojo a competência dos Tribunais Superiores (art. 102, I, *j*, e 105, I, *e*) e dos Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, *b*) para rescindir seus julgados.

Por outro lado, a lei demonstra não ter perdido a prudência na permissibilidade desta ação. Tanto que o art. 491 do CPC exclui da remissão pela aplicabilidade do procedimento ordinário a incidência dos efeitos da revelia.

Com efeito, a revelia ocorre em razão da inércia do réu em apresentar em tempo hábil sua contestação. Segundo a regra do art. 319, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, ou seja, a abstenção traz como efeito a presunção ficta dos fatos e, por conseguinte, o julgamento antecipado da lide (art. 330, II). Todavia, há casos em que o efeito decorrente da revelia – presunção de veracidade – não se perpetua. O art. 320 aponta três casos: a) se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; b) se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; c) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Em se tratando de ação rescisória tal efeito também não se constata, já que não se pode admitir confissão ficta em desfavor do réu, porque, nesta via especial, ele é, juntamente com o Ministério Público, o maior defensor da coisa julgada. As lições de Didier Jr. e Cunha realçam este posicionamento, ao aduzir que “a autoridade da coisa julgada não pode ser desfeita com uma simples presunção que, aliás, é relativa”³⁶¹.

especiais, em razão do direito que tutelam, conforme sustentamos no tópico sobre a “relativização da coisa julgada”. Em sentido similar: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 371.

³⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. O emprego do mandado de segurança e do *habeas corpus* contra atos revestidos pela coisa julgada. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, v. 9, p. 160.

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3, p. 410. Em idêntica orientação está o teor da súmula do TST, nº 398: “Ação rescisória. Ausência de defesa. Inaplicáveis os efeitos da revelia. Na ação rescisória, o que se ataca na ação é a sentença, ato oficial do Estado, acobertado pelo manto da coisa julgada. Assim sendo, e considerando que a coisa julgada envolve questão de ordem pública, a revelia não produz confissão na ação rescisória”.

Desta maneira, a proteção à coisa julgada, sem embargo possibilitar a revelia do réu, impede haja presunção de veracidade dos fatos aduzidos pelo autor que objetiva desconstituir decisão soberana.

Outro aspecto importante a se destacar é a *natureza* deste instituto.

Trata-se de verdadeira *ação autônoma* e não de recurso³⁶². Isto porque a rescisória, ao contrário dos recursos, é meio de impugnação de decisão sobre a qual já se impera a autoridade da coisa julgada, não podendo ser interposta antes do trânsito em julgado do *decisium*. Além disso, novo processo é formado, dando ensejo a uma nova relação jurídica, por meio de citação, desencadeando procedimento previsto na lei. Mesmo porque, se recurso fosse, deveria assim estar previsto na lei, pois entre nós vige o princípio da taxatividade.

O pedido formulado, e conseqüentemente a ação, tem natureza jurídica constitutiva (negativa), uma vez que ao menos buscará o desfazimento da imutabilidade da decisão do processo anterior (juízo rescisório), podendo, em muitos casos³⁶³, também ser requerido novo julgamento (juízo rescindente).

É equívoco falar que a ação rescisória visa à *anulação* do julgado, visto que há hipótese de rescisão que não decorre de vício. Como veremos, o caso do inc. VII do art. 485 permite a desconstituição da decisão válida surgindo documento novo obtido posteriormente a ela. Assim, “nenhum efeito [de nulidade] ostentava ao tempo em que foi proferida, nem o vício foi consequencial”³⁶⁴, ou seja, decorrência da mácula conduta de uma das partes ou delas em conjunto, seja por ato voluntário ou não. São exemplos a colusão, dolo do vencedor (inc. III) e falsidade de prova (inc. VI)³⁶⁵.

³⁶² Existem em nosso sistema dois tipos de remédios hábeis ao ataque das sentenças: os recursos e as ações autônomas de impugnação. Não há debates doutrinários ou jurisprudenciais acerca da natureza da rescisória, tanto que Barbosa Moreira afirma que “seria hoje anacronismo injustificável prolongar a controvérsia, que em certa época lavrou na doutrina, sobre a assimilação da ação rescisória à figura do recurso” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 100).

³⁶³ “De fato, se a desconstituição da decisão rescindenda não leva à competência do tribunal para novo julgamento, mas, diversamente, se é caso de restabelecer o processo em primeiro grau ou perante órgão judicial diverso, então, de fato, ao tribunal que julga a ação rescisória nada será lícito dizer sobre o novo julgamento”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 368). “Em princípio, acolhida a coisa julgada, haverá apenas o juízo rescindente, não devendo o tribunal rejulgar a demanda, pois estaria também ofendendo, se assim o fizesse, a coisa julgada, desconsiderando seu efeito negativo” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 372).

³⁶⁴ COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1987, p. 38.

³⁶⁵ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 119-120.

Então, a ação rescisória visa a desconstituir a coisa julgada que se formou de maneira imprópria, seja porque a própria decisão que transitou em julgado é nula, seja porque houve nulidade absoluta no processo, ou mesmo porque a lei imputou a um fato superveniente – ou anteriormente desconhecido³⁶⁶ – relevância capaz de desfazer o estável.

Finalmente, cabe acentuar que, em relação à rescisória das decisões proferidas nas lides coletivas, o microsistema a elas aplicado não trouxe normas especiais para a desconstituição da coisa julgada, ficando estas, em princípio, submetidas à regra geral do Código de Processo Civil. Todavia, nosso objetivo é justamente identificar onde o cabimento segundo a “regra geral” é incompatível com os direitos metaindividuais, razão pela qual passaremos a analisar, de forma abrangente, os aspectos desta ação, sempre apontando as diferenças ou questionamentos que sobre essas possam surgir.

3.2 Objeto da Ação Rescisória

A ação rescisória é um exemplo de processo novo instaurado para impugnar decisão já passada em julgado, sendo o principal entre eles. Há, porém, decisões de mérito que dispensam a ação rescisória, seja porque sobre elas não há autoridade de coisa julgada material (ex. sentença inexistente), seja porque a lei excepcionalmente previu outra forma de rever o julgado (ex. os embargos na execução contra a Fazenda Pública por nulidade de citação). Ainda, há decisões que, mesmo julgando o mérito, não possuem natureza de sentença, mas de decisão interlocutória, e sobre elas paira o manto da *res judicata*.

Neste sentido, vê-se que a ação rescisória possui pressupostos distintos dos demais meios autônomos de impugnação, visto que visa desconstituir a autoridade da coisa julgada material da decisão.

³⁶⁶ A ressalva se refere aos casos em que consideremos possível interpretação flexibilizada para ajuizamento da rescisória após o prazo decadencial estipulado. Ver adiante, no item 3.3.

3.2.1 Pressupostos para o cabimento de ação rescisória

São pressupostos para o cabimento da rescisão (a) o trânsito em julgado incidente sobre (b) decisão que julgou o mérito da causa. Desta forma, para efeito de ação rescisória o conceito de trânsito em julgado deve ser atrelado ao de “decisão de mérito”³⁶⁷.

Das premissas assentadas no capítulo anterior, descendem duas observações sobre o trânsito em julgado: a de que este ocorre quando a sentença (ato uno) vier a se tornar irrecorrível³⁶⁸, seja porque recurso não mais exista, ou simplesmente não se o utilizou; e a de que, transitando em julgado, são impassíveis de constituir coisa julgada material: (a) sentenças terminativas; (b) decisões interlocutórias sem conteúdo de mérito e atos judiciais não decisórios; (c) sentenças proferidas em processo de jurisdição voluntária; (d) sentenças proferidas em procedimentos cautelares, exceto quando for acolhida prescrição ou decadência, oportunidade em que se alcançam os efeitos da coisa julgada material – art. 810; (e) sentença que extingue a execução³⁶⁹; (f) sentenças que homologam renúncia, transação, reconhecimento do pedido (inc. II, III e V, 269); (g) as decisões inexistentes; e (h) a modificação da situação fática nos julgados sobre relações jurídicas continuativas.

Tratando das decisões proferidas no processo coletivo, conforme já salientamos, não transitam em julgado as sentenças que julgam o mérito

³⁶⁷ Malgrado o *caput* do art. 485 do CPC consignar ser objeto da rescisória a *sentença* de mérito, utilizamos o vocábulo mais abrangente *decisão* em razão da conceituação de sentença que nos pareceu correta, no sentido de não entender existir mérito somente nas sentenças, mas também nas decisões interlocutórias.

³⁶⁸ Em sendo uma ação, a inicial da rescisória para ser existente e válida deve respeitar as condições da ação e os pressupostos processuais. Assim, o autor não tem interesse de agir ao ajuizar ação rescisória antes do trânsito em julgado de todos os capítulos da sentença. Apesar disso, concordamos com Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha quando ressalvam a possibilidade do preenchimento posterior desta condição da ação pela superveniência do trânsito em julgado (*Curso de direito processual civil*, p. 343).

³⁶⁹ Vale consignar não se tratar de qualquer sentença da fase executiva. Veja-se a seguinte ementa: Bem de família. Lei 8009/90. Ação rescisória. Erro de fato. Evidenciado o erro de fato no julgamento dos embargos do executado, cabível a rescisória para cancelar a penhora sobre o imóvel destinado à residência do executado e de sua família. Recurso conhecido e provido. (STJ, 4ª T., REsp 445.866/BA, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 10.2.2003, p. 222). Ainda, no âmbito trabalhista, há a Orientação Jurisprudencial nº 107 da SDI-II: “Ação Rescisória. Decisão Rescindenda de Mérito. Sentença Declaratória de Extinção de Execução. Satisfação da Obrigação. Embora não haja atividade cognitiva, a decisão que declara extinta a execução, nos termos do art. 794 c/c 795 do CPC, extingue a relação processual e a obrigacional, sendo passível de corte rescisório”.

improcedente baseado em “insuficiência de provas”. Também, igual conseqüência ocorre com aquelas decisões que, não obstante terem sido declaradas pura e simplesmente improcedentes, a situação, na verdade, demandava a consignação do resultado “sem provas”, seja porque impropriamente o juiz disse ser suficiente o conjunto probatório, seja porque àquele tempo não se podia saber da deficiência das provas utilizadas.

Assim, através da correta interpretação da sentença, conclui-se pela possibilidade de repetição da lide coletiva que foi ou deveria concluir pela improcedência “sem provas”.

Havendo novas provas – é assente na doutrina ser indispensável demonstrá-las junto à inicial³⁷⁰ – não é possível ao autor coletivo escolher entre propor nova ação de conhecimento ou ação rescisória, ainda que não tenha ultrapassado o prazo para o ajuizamento desta. Nos casos em que não há trânsito em julgado não há falar em rescisão. Barbosa Moreira ensina que, “inexistindo o óbice da *res judicata*, a lide pode voltar a ser livremente deduzida em juízo, de sorte que faltaria até interesse na propositura da rescisória”³⁷¹.

Acaso o resultado da demanda coletiva seja o de improcedência “com provas” ou de procedência, todavia, persiste o cabimento de ação rescisória nos processos coletivos sempre que houver encaixe nas hipóteses do art. 485 do CPC. Na seqüência, cabe consignar que, ao nosso entender, mérito decisório é o objeto do processo, a pretensão resistida levada ao crivo judicial.

Segundo Araken de Assis, a alegação da parte e a respectiva providência reclamada ao órgão judiciário formam o mérito do processo, ou o objeto litigioso³⁷². Também em Dinamarco se extrai que o caráter do pedido feito na petição inicial é *bifronte*: o demandante quer o bem, mas também a tutela do Estado. Na parte dispositiva o juiz responde ao pedido do autor, sendo seus fundamentos mero instrumento para o resultado. Assim, “o objeto do processo reside somente no

³⁷⁰ Cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 295; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 135-137; PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 15 ago. 2006.

³⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 111.

³⁷² ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

pedido, não incluindo a *causa pretendi*³⁷³. Didier Jr. e Cunha, por sua vez, entendem mérito como sinônimo de objeto litigioso, que englobam o pedido e a causa de pedir³⁷⁴.

Como já aludimos, há falsas sentenças terminativas³⁷⁵ e ainda aquelas em que o autor não concorda haja o vício tido pelo juízo como suficiente para a extinção do processo (ex. condição da ação), não vislumbrando o que se sanar para alcançar o julgamento de mérito. Nestes casos, como observa Yarshell, “de duas uma: ou o sistema reputa admissível a repetição da *mesma* demanda (...) ou o sistema, ao reputar inadmissível a repetição da *mesma* demanda, deve abrir ao interessado o canal da desconstituição, via ação rescisória³⁷⁶”. Também, acrescenta o autor, nos casos de sentenças fundadas em preempção, litispendência e coisa julgada, a repercussão do julgamento se projeta para fora do âmbito estritamente processual, sendo cabível uma interpretação sistemática que possibilite o cabimento de rescisória³⁷⁷.

Portanto, este será o objeto da rescisão: decisão de mérito transitada em julgado. Convém assinalar que é acertada a posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal na súmula 514, que diz: “admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”. Portanto, é irrelevante que o autor da rescisória não tenha levado a questão a julgamento até a última instância, mediante todos os recursos facultados pelo sistema, já que o esgotamento recursal não é pressuposto da rescisória, como se infere do acórdão abaixo reproduzido:

O requisito do prequestionamento não se aplica à ação rescisória, que não é recurso, mas ação contra a sentença transitada em julgado, atacável, ainda que a lei invocada não tenha sido examinada na decisão rescindenda (1ª T., RE-AgR-ED 444810/DF – rel., Min. Eros Grau, Publicação DJ 04-05-2007, p. 38).

³⁷³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

³⁷⁴ Parece ser um erro incluir a causa de pedir. Não obstante consignarem que “mérito, então, é sinônimo de objeto litigioso (composto pelo pedido e pela causa de pedir)” afirmam posteriormente que “quando o juiz examina o pedido, está a analisar o mérito” e “mérito é o pedido formulado na petição inicial da ação originária”, o que leva a crer consideram somente mérito somente o pedido (*Curso de direito processual civil*, p. 344-345).

³⁷⁵ No mesmo sentido, sobre o cabimento de rescisória para impugnar verdadeira decisão de mérito em que há erro de qualificação: Barbosa Moreira (Comentários, p. 109-110) e Nelson e Rosa Maria Nery (*Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 785).

³⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 161.

³⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 164-165.

Contudo, importante notar que, o Superior Tribunal de Justiça tem obstado ações rescisórias quando da questão não se recorreu, o que feriria a súmula antes citada, vejamos:

Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Ofensa a literal disposição de lei. Matéria não apreciada pela decisão rescindenda. Illegitimidade passiva ad causam. Artigo 485, V, do CPC. (...) - *Na hipótese em que a decisão rescindenda não emitiu qualquer pronunciamento exegético quanto a questão tida como violada, por falta de alegação oportuna em qualquer momento ou grau de jurisdição, não se pode falar em violação a texto legal, susceptível de cabimento da ação rescisória.* - Recurso especial não conhecido. (6ª T., REsp n. 209825/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ 12.6.2000, p. 143).

Processual civil ação rescisória. Art. 485, v, do código de processo civil. Ofensa a literal disposição de lei. Inocorrência. Art. 128 do Código de Processo Civil. Matéria não apreciada pela decisão rescindenda. Inadequação da ação rescisória como nova oportunidade recursal. Precedentes (...) Registre-se, ainda, que na oportunidade do julgamento do especial a União não se insurgiu contra a decisão ora atacada. Destarte, não pode pretender a autora, nesta sede, corrigir eventuais falhas constantes nas razões do recurso especial ou até mesmo na atuação naquela ação. III – *Ademais, a questão trazida à baila na rescisória não foi objeto de análise pela decisão rescindenda, não havendo qualquer pronunciamento acerca de possível julgamento citra petita. Assim, mostra-se inviável a presente ação com base em suposta violação a disposição de lei.* Precedente. IV – A ação rescisória não se confunde com recurso. Seus pressupostos estão inculpidos no art. 485 e incisos do Código de Processo Civil. Inadequada, pois, a propositura de ação como forma derradeira da via recursal. V – Ação rescisória improcedente. (AR .775/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, terceira seção, DJ 25.6.2007, p. 214)

Ação rescisória. 485, v, do CPC. Decisão ultra-petita. Questão não abordada. A questão pertinente ao julgamento ultra-petita não foi suscitada quando da interposição do recurso especial pela autora, então única recorrente, que se limitou a impugnar, com razões meritórias e não processuais, a concessão do reajuste. Percebe-se, assim, que se julgamento ultra-petita houve, tal aspecto não foi abordado quando da interposição do especial. Não poderia, pois, este Tribunal decidir acerca de matéria a ele não submetida. Ação rescisória improcedente (AR 970/RN, rel. Min. Felix Fischer, j. 25.9.2002, DJ 21.10.2002, p. 271).

Na hipótese do primeiro acórdão citado, a decisão só estaria correta caso o autor tivesse desrespeitando a competência, mas, na verdade, o que se verifica ali é a exigência do STJ pelo esgotamento de recursos. Em relação aos dois últimos acórdãos, como tratam de postulação para desconstituição de sentença que julgou *extra*, *ultra* ou *infra petita*, o que se poderia entender é que o Tribunal não conhece a ação porque há vício de existência e não de nulidade, como nos parece ser correto.

Mas não é este o caso³⁷⁸. O Tribunal está, de fato, exigindo que a questão tenha sido anteriormente objeto de impugnação, impedindo alegação de um vício somente na ação rescisória.

Visto isso, e, dado que o microsistema coletivo não aborda o tema da rescisão da coisa julgada, não há o que diferir no que concerne ao objeto da ação rescisória no processo coletivo, razão pela qual devemos nos pautar pelas regras do Código de Processo Civil, atentos apenas às especificidades da coisa julgada no processo coletivo.

3.2.2 Rescisão das decisões interlocutórias

A partir do conceito firmado sobre sentença, como decisão que contém conteúdo dos arts. 267 ou 269 e, concomitantemente, extingue o processo ou fase de conhecimento (critério misto do conteúdo e finalidade³⁷⁹), o pronunciamento que tem substância de sentença (decide o mérito), mas tendo sido prolatado incidentalmente no processo é *decisão interlocutória definitiva de mérito*.

Por isso que nos itens anteriores, ao contrário do que estatuí a lei, não dissemos ser objeto de ação rescisória somente a sentença que julga o mérito, mas qualquer decisão com este objeto.

É certa a lição de Didier Jr. e Cunha ao consignarem:

³⁷⁸ Nas ações rescisórias nº 906/PR (DJ 02.08.2004 p. 274) e 799/RS (DJ 19.06.2000 p. 103), para citar dois exemplos, o STJ demonstrou admitir rescisória quando suscitados tais vícios. Na Justiça do Trabalho há orientação jurisprudencial no mesmo sentido: OJ n. 41 SDI-II: "Ação Rescisória. Sentença *Citra Petita*. Cabimento. Revelando-se a sentença *citra petita*, o vício processual vulnera os arts. 128 e 460 do CPC, tornando-a passível de desconstituição, ainda que não opostos Embargos Declaratórios". Também na doutrina, Barbosa Moreira (Comentários, p. 118) e Nelson e Rosa Maria Nery entendem da mesma forma, apesar destes últimos autores referidos destacarem que, "a rigor, poder-se-ia falar que tal sentença não ficou acobertada pela coisa julgada material, prescindindo, mesmo, de ser rescindida", o que nos parece mais acertado (*Código de Processo Civil Comentado*, p. 783). Entretanto, entendemos que, como a sentença pode ser *citra petita* porque não examinou um pedido ou um fundamento, só se pode almejar a rescisão pela falta de fundamento, já que não havendo decisão do pedido, não há o que desconstituir.

³⁷⁹ Scarpinella também adverte que é uma questão de interpretação sistemática e devido às implicações no âmbito recursal, é equivocada a afirmação de que o conceito de sentença deva se dar exclusivamente com base no seu conteúdo. (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 22-23). No mesmo sentido em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 406-408.

É correto o entendimento de que o termo sentença está aí [no caput do art. 485] utilizado como decisão que trate do mérito, seja ela sentença, decisão interlocutória ou acórdão. (...) Significa, então, que a decisão que tratar do pedido, ou seja, a decisão de mérito fundada em cognição exauriente, é que pode ser alvo de uma ação rescisória³⁸⁰.

O STJ já se manifestou no sentido de possibilitar a rescindibilidade de decisões proferidas incidentalmente no processo, antes da sentença, vejamos:

Processo civil. Recurso especial. Acórdão proferido em agravo interno, interposto contra decisão unipessoal que havia indeferido a petição inicial de ação rescisória. Redação sucinta, com remissão integral às razões da decisão agravada. Possibilidade de interposição de recurso especial diretamente para a impugnação do mérito do julgado, sem necessidade de arguição de nulidade do *decisum*.

Ação rescisória. Propositura visando à impugnação de acórdão lavrado em sede de agravo de instrumento. Possibilidade, caso a decisão recorrida tenha decidido questão de mérito, com autoridade de coisa julgada.

- A 3ª e a 4ª Turma do STJ já firmaram seu entendimento, em diversos precedentes, no sentido de que é lícita a remissão, promovida pelo acórdão recorrido, aos fundamentos da decisão impugnada, sem necessidade de repeti-los.

- A ação rescisória pode ser utilizada para a impugnação de decisões com conteúdo de mérito e que tenham adquirido a autoridade da coisa julgada material. Em que pese incomum, é possível que tais decisões sejam proferidas incidentalmente no processo, antes da sentença.

Isso pode ocorrer em três hipóteses: (i) em diplomas anteriores ao CPC/73; (ii) nos processos regulados pelo CPC em que, por algum motivo, um dos capítulos da sentença a respeito do mérito é antecipadamente decidido, de maneira definitiva; e, finalmente (iii) sempre que surja uma pretensão e um direito independentes do direito em causa, para serem decididos no curso do processo. Exemplo desta última hipótese é a definição dos honorários dos peritos judiciais e do síndico na falência: o direito à remuneração desses profissionais nasce de forma autônoma no curso do feito, e no próprio processo é decidido, em caráter definitivo. Não há por que negar a via da ação rescisória para impugnar tal decisão.

Recurso especial conhecido e provido (3ª T., REsp 711.794/SP, relatora Min. Nancy Andrighi, j. 5.10.2006, DJ 23.10.2006, p. 305)³⁸¹.

Neste sentido, não se defende que seja objeto de rescisória qualquer decisão interlocutória, mas sim aquelas que possuam conteúdo de mérito em seu bojo.

Desta forma, não nos estenderemos por demais quanto aos provimentos passíveis de rescisão, tal como o fez Bernardo Pimentel Souza, quando examina o tema aqui enfrentado, nestes termos:

³⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 345.

³⁸¹ Manifestando também pela excepcionalidade de decisão de mérito em decisão interlocutória: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não só a sentença, é passível de impugnação por meio de ação rescisória. (...) A exata compreensão do texto codificado é obtida pela interpretação sistemática. No art. 495 (...) o vocábulo “*decisão*” revela que não só a “*sentença*” pode ser desconstituída. (...) O texto constitucional também revela [nos arts. 108, I, b e 105, I, e] – e à exaustão – que a ação rescisória pode ter em mora não apenas o pronunciamento do juiz de primeiro grau que extingue o processo (...). Tal conclusão é reforçada pelo artigo 259 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a ação rescisória também pode ter como alvo acórdão e decisão monocrática. A finalidade do instituto da ação rescisória é a eliminação do mundo jurídico de pronunciamento jurisdicional maculado por vício de extrema gravidade³⁸².

Ao nosso olhar, a ampliação da interpretação deve cingir-se aos pronunciamentos que tratam de matéria meritória, ficando excluídas as decisões interlocutórias de conteúdo diverso.

3.2.3 Outros meios de eliminação das decisões de mérito

Além dos recursos, que visam à impugnação das decisões sobre as quais não pesa a autoridade da coisa julgada, há em nosso ordenamento jurídico outros meios de eliminação das decisões de mérito, entre os quais, a ação declaratória, a ação anulatória, o mandado de segurança e, dependendo da natureza do título, os embargos à execução ou impugnação ao cumprimento da sentença.

No capítulo anterior defendemos que as decisões inexistentes, ao contrário das nulas, podem ser afastadas por qualquer juiz, a qualquer tempo, uma vez que não reúnem requisitos hábeis para transitar em julgado. Por esta razão, “não é preciso lançar mão da ação rescisória para ver desaparecer os efeitos que tais atos possam projetar sobre a vida das pessoas”³⁸³.

Dado que o ato judicial ou das partes não existe, basta que assim seja declarado, a fim de obstar a produção de efeitos que o ato simulacro vem expelindo. A hipótese se não foi solucionada nos próprios autos do processo principal requer a propositura de uma ação declaratória, com base no art. 4º do CPC, também conhecida como *querela* ou *actio nullitatis*.

Eduardo Talamini sustenta, porém, que há um concurso de instrumentos para a averiguação da inexistência da sentença. Segundo seu correto entendimento, a

³⁸² *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 479-480.

pretensão de declaração de inexistência também pode ser requerida por meio de impugnação, exceção de pré-executividade, mandado de segurança, desde que presentes demais pressupostos específicos, ou também por qualquer outro processo de conhecimento, inclusive a ação civil pública³⁸⁴. Ainda, apesar de não entender tratar-se da via correta, a jurisprudência tem aceitado ação rescisória quando o caso é típico de inexistência³⁸⁵.

Desta forma, havendo dissenso a respeito das decisões submetidas à *querela nullitatis*, nada mais certo que defender a aplicação do princípio da fungibilidade, a fim de se preservar a economia processual e a inafastabilidade da jurisdição. Em recente julgado assim pronunciou a 7ª Câmara de Direito Público do TJSP:

Ação rescisória. Ausência de citação. Admissibilidade. 1. Ausência de citação. 'Querela nulitatis'. Ação rescisória. Não se compadece com o princípio da instrumentalidade das formas e do exercício do direito constitucional de ação consagrar formalismos destituídos de razão, onde não se constata prejuízo real, factível para a parte adversa. Admite-se ação rescisória para o fim de postular a rescisão de decisão, sob fundamento de ausência de citação. (Processo 565.997-5/8-00, Relator: Nogueira Diefenthaler, Data do julgamento: 26/11/2007).

No nosso entender se a sentença for inexistente por falta de citação, o réu poderá argüir tal fato a qualquer tempo, não apenas na fase cognitiva. Se, porém, já transcorridos os prazos recursais ou das ações incidentais, deve-se alegar o vício através da *querela* ou *actio nullitatis*. A ação rescisória não é a via apropriada, de forma que tendo a parte escolhido tal via, urge ao magistrado recebê-la, pelo princípio da fungibilidade, como ação anulatória, a fim de prestar ao requerente a tutela efetiva e adequada.

³⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 243.

³⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 365 e seg. Também neste sentido: PROCESSO CIVIL – COISA JULGADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ADEQUABILIDADE – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Os defeitos processuais das decisões judiciais são corrigidos por via da ação rescisória, mas os defeitos da base fática que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente.

2. Se a sentença transitada em julgado, sofre ataque em sua base fática por parte do Estado, que se sente prejudicado com a coisa julgada, pode o Ministério Público, em favor do interesse público, buscar afastar os efeitos da coisa julgada.

3. O ataque à coisa julgada nula fez-se *incidenter tantum*, por via de execução ou por ação de nulidade. Mas só as partes no processo é que têm legitimidade para fazê-lo.

4. A ação civil pública, como ação política e instrumento maior da cidadania, substitui com vantagem a ação de nulidade, podendo ser intentada pelo Ministério Público.

5. Recurso Especial conhecido e provido (2ª T., REsp 445.664/AC, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, relatora p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, DJ 7.3.2005, p. 194).

O segundo meio de eliminação de decisões de mérito a que nos propusemos a refletir é aquele do art. 486 do Diploma Processual, que estabelece: “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Apesar de se apresentar na lei na seqüência do dispositivo sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória, em verdade ele consagra a *ação anulatória*, que, ao contrário da primeira, não objetiva a desconstituição de uma decisão, já que nesta via o defeito não está na sentença, mas sim em um ato em que ela se baseou.

A correta interpretação que deve ser extraída do art. 486 é que atos judiciais são quaisquer atos das partes e auxiliares da justiça³⁸⁶, dado que os atos do juiz são corrigidos por outros meios, como os recursos, a ação rescisória ou a *querela nullitatis*. Ainda, entende-se que tais atos não devem depender de sentença - como é o caso do ato de confissão da parte - ou a sentença deve ser meramente homologatória³⁸⁷ - como o pronunciamento judicial que aceita a arrematação, a adjudicação ou a sentença estrangeira, para poderem ser anulados tal qual um ato jurídico em geral.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, com acerto, lecionam que de sentença que homologa acordo cabe ação anulatória e não embargos, ou a atual impugnação, justamente porque o juiz limita-se “ao exame dos requisitos formais do pacto, sem análise de mérito da transação³⁸⁸”. Por isso dizer que esta ação é para anular atos das partes e não do juiz, uma vez que os atos do juiz que pronunciam sobre o mérito são desconstituídos com base no art. 485.

³⁸⁵ Para citar um exemplo, no âmbito do STJ os seguintes julgados admitiram rescisória por falta de citação: REsp nº 330.293/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 06/05/2002 e REsp nº 11.290/AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07/06/1993.

³⁸⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 158.

³⁸⁷ “As sentenças homologatórias a que se refere o art. 486 são, por exemplo, aquelas que homologam a arrematação e a adjudicação. São as decisões *meramente* homologatórias, e não aquelas encartáveis em qualquer dos incisos do art. 269, ainda que sejam homologatórias” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 441). Em outro sentido, Barbosa Moreira salienta não existir razão para a distinção entre sentença meramente homologatória e não meramente homologatória. “Para nós, a sentença é homologatória quando se limita a imprimir a ato não oriundo do órgão judicial força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 160).

³⁸⁸ NERY JR., Nelson. NERY, R. M. de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 744. No mesmo sentido STJ, 3ª T. 402291-PB, DJU 10.11.2003.

Para se diferenciar as ações em confronto importante averiguar se há ou não coisa julgada. Naquela hipótese, o caso será de ação rescisória, e neste, de anulatória do ato da parte. Além disso, outro dispositivo legal também é útil neste paralelo. Segundo dispõe o art. 352³⁸⁹, a confissão quando viciada pode ser anulada: “I – por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; II – por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento”.

Concordamos com Sergio Rizzi ao concluir que as ações rescisória e anulatória promovem, do ponto de vista prático, o mesmo resultado, apesar da diversidade de seus objetos. Para este autor a diferença reside no fato de que “a ação anulatória não objetiva anular a decisão de mérito, pois, tem em mira tão-somente o ato homologado. Considerando-se, porém, que o ato homologado é o próprio conteúdo da decisão, caindo, (sic) aquele esvazia-se esta”³⁹⁰.

A doutrina já chegou a sustentar³⁹¹ também a possibilidade de mandado de segurança obstar o prosseguimento da execução quando houvesse ofensa a direito líquido e certo. No entanto, o *writ* não poderia criar outras hipóteses de cabimento senão as expressas do art. 485 do CPC. É certo, porém, que hoje não há mais como defender seu cabimento, diante do que prevê o art. 489 do CPC recentemente alterado, que expressamente admite a concessão de tutela cautelar ou antecipada havendo os requisitos legais para tanto:

Em regra falta interesse processual para o emprego do mandado de segurança contra a sentença transitada em julgado: a ação rescisória oferece os meios instrutórios mais amplos ao interessado, submete-se a prazo decadencial significativamente maior e pode ter a utilidade de seu resultado final assegurada por medidas urgentes³⁹².

Assim, o mandado de segurança somente pode constituir um meio de impugnação de decisão de mérito quando utilizado para declarar a inexistência de uma sentença que impropriamente surte efeitos, desde que tendente a proteger direito líquido e certo violado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente no exercício de atribuição pública (art. 5º, LXIX, da CRFB).

³⁸⁹ O art. 352 do CPC estabelece que a confissão emanada de erro, dolo ou coação, poderia ser revogada. Contudo, este artigo foi revogado pelo art. 214 do CCB, que exclui dos vícios o dolo: “Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”.

³⁹⁰ RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, p. 4.

³⁹¹ Cf. informa Eduardo Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 519).

³⁹² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 519.

A análise das derradeiras vias propostas, quais sejam, a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução, levam à reflexão de outro caso muito específico da lei para se questionar a inexistência, mas desta vez do próprio título executivo: cuida-se dos arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, cujas redações semelhantes propõem:

Considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A norma pretende possibilitar a declaração de inexistência do título nas hipóteses ali consideradas, deixando de reconhecer o direito consagrado por ele. Todavia, esta disposição é de constitucionalidade questionada, corretamente, por parte da doutrina e jurisprudência³⁹³, por atentar contra a garantia constitucional da coisa julgada.

Para Scarpinella³⁹⁴, admitir o que quer o texto da lei é criar uma hipótese mais poderosa que qualquer rescisória, realçando que neste caso a insegurança é ainda maior porque não ficaria nem mesmo sujeita a prazo.

Já para Nelson e Rosa Maria Nery, com os quais também concordamos, admitir a retroação da decisão do STF a fim de declarar ineficaz o título emanado por sentença acobertada pela coisa julgada

caracteriza *ofensa direta* a dois dispositivos constitucionais: CF 1º *caput* (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). A norma, instituída pela Lei 11.232/05, é, portanto, *materialmente inconstitucional*.

Não seria materialmente inconstitucional a norma ora comentada quando aplicada apenas numa situação: somente a decisão *anterior* do STF, proclamando a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo em ADIn é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado *posteriormente* à decisão do STF³⁹⁵.

³⁹³ São espelhos do entendimento jurisprudencial pela inconstitucionalidade dos dispositivos os seguintes julgados: STJ, 1ª T., RESP 572646/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 3.2.2004, un., DJ de 21.6.2004; TRF, 7ª T., 2ª R., AC 2002.50.01.001340-8, rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, DJU 17.1.2007, p. 452.

Pela constitucionalidade da norma na doutrina: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do art. 741, parágrafo único*, p. 159 e seg.

³⁹⁴ *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. I, p. 134.

³⁹⁵ *Código de Processo Civil Comentado*, p. 742-743.

Teresa Arruda Alvim Wambier diz que há impossibilidade jurídica do pedido quando a decisão que atende pedido formulado com base em lei inconstitucional. Então, para ela, ausente esta condição da ação, a sentença é inexistente³⁹⁶.

Sobre o tema cabe ainda refletir se decorrido o prazo para a parte executada apresentar sua defesa com base naquelas normas haveria interesse de agir para a ação rescisória. Entendemos que os embargos ou impugnação constituem uma das vias possíveis para obtenção da inexigibilidade do título. Não se exclui a possibilidade de outras ações autônomas, tanto que se admite a exceção de pré-executividade, ação declaratória ou anulatória, conforme o caso. Igualmente, se existir subsunção a algumas das hipóteses do art. 485 do CPC, nada obsta a via rescisória. Contudo, realmente acreditamos não ser possível alegar violação à Constituição se o posicionamento do STF se deu posteriormente ao trânsito em julgado da decisão.

3.3 Prazo para Ajuizamento da Ação Rescisória

Consoante reza o art. 495 “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgamento da decisão”.

Visando à desconstituição da decisão possui o prazo natureza decadencial, portanto, não suscetível a suspensão ou interrupção³⁹⁷. A exceção se dá quando disser respeito a absolutamente incapaz, caso em que o prazo permanecerá

³⁹⁶ *Nulidades do processo e da sentença*, p 452.

³⁹⁷ AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL DE 02 (DOIS) ANOS. DIREITO MATERIAL. NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA QUE PRORROGA O TERMO FINAL DO PRAZO AO PRIMEIRO DIA ÚTIL POSTERIOR. 1. Por se tratar de decadência, o prazo de propositura da ação rescisória estabelecido no art. 495 do CPC não se suspende, não se interrompe, nem se dilata (RE 114.920, rel. Min. Carlos Madeira, DJ 02.09.1988), mesmo quando o termo final recaia em sábado ou domingo. 2. Prazo de direito material. Não incidência da norma que prorroga o termo final do prazo ao primeiro dia útil posterior, pois referente apenas a prazos de direito processual. 3. Na espécie, o trânsito em julgado do acórdão rescindendo ocorreu em 1º de dezembro de 1999 (dies a quo), tendo o prazo decadencial se esgotado em 1º.12.2001 (sábado), ante o disposto no art. 1º da Lei 810/49 - "Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte". Ação rescisória protocolada nesta Suprema Corte apenas em 03 de dezembro de 2001 (segunda-feira), portanto, extemporaneamente. 4. Decadência reconhecida. Processo extinto com base no art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil. (STF, Tribunal Pleno, ação rescisória 1681-CE, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15.12.2006).

suspensão. Exaurido o prazo para o exercício de tal faculdade, “não é a ação rescisória que se torna inadmissível: é o direito à rescisão da sentença, o direito que se deduziria em juízo, que cessa de existir”³⁹⁸, fato que confirma a natureza do prazo.

A contagem do prazo será iniciada sempre após o trânsito em julgado, de forma que é inadmissível rescisória antes deste momento. Muito se discute, porém, qual o momento deve ser considerado como trânsito em julgado.

Como tratamos antes, sobre a dúvida a respeito da contagem do prazo da rescisória, se da última decisão, quando esta for de não conhecimento de um recurso, ou se do trânsito em julgado desta decisão ou ainda da anterior, já que o último recurso é inexistente, pensamos que a data do trânsito em julgado fixa-se com a última decisão. Em duas hipóteses acolhe-se a decisão retroativa, quais sejam, nos casos de intempestividade e de manifesto cabimento.

Outra discussão sobre o prazo refere-se às sentenças em que há mais de um capítulo e a parte não recorre de todos eles. Neste caso, a parte não recorrida *não* transita em julgado em data distinta da recorrida, já que o prazo para rescisória não pode ser computado de cada capítulo, mas sim do trânsito em julgado do processo por inteiro³⁹⁹.

Na doutrina, sustenta-se que o prazo pode ter seu termo inicial a partir da ciência da lesão nos casos de ação fundada em elementos externos ao processo. Para Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁰⁰ em alguns casos o prazo não começaria a correr com o trânsito em julgado se não for juridicamente possível à parte tomar providência, se a parte não teve ciência da lesão ou se a lesão nem mesmo ocorreu. Não obstante Talamini e Barbosa Moreira afirmarem⁴⁰¹ que esta é uma interpretação incompatível com o teor do art. 495 do CPC, entendemos como a autora antes citada.

O termo *a quo* para o ajuizamento de uma ação rescisória deve se dar quando a hipótese de cabimento tiver condição de ser alegada. Não é razoável se

³⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 221.

³⁹⁹ Em sentido contrário: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 218. (V. no capítulo 2 o tópico 2.2.1.1 sobre o momento consignado para o trânsito em julgado).

⁴⁰⁰ *Nulidades do processo e da sentença*, p 442 e seg.

somente após decorridos os dois anos a sentença penal apontar a falsidade documental não restar à parte nenhuma forma de correção do vício. O exercício de sua faculdade deve iniciar quando o interessado tiver meios hábeis para propositura da demanda. São casos que a doutrina considera, acertadamente, casos especiais, o que atrai prazo diferenciado para propositura da rescisória⁴⁰².

O tema sobre os prazos é polêmico, tanto que no âmbito trabalhista editou-se a seguinte Súmula:

Súmula 100 do TST: AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA.

I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (ex-Súmula nº 100 – Res. 109/2001, DJ 18.04.2001).

II – Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial. (ex-Súmula nº 100 – Res. 109/2001, DJ 18.04.2001).

III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protrai o termo inicial do prazo decadencial. (ex-Súmula nº 100 – Res. 109/2001, DJ 18.04.2001).

IV – O juízo rescindente não está adstrito à certidão de trânsito em julgado juntada com a ação rescisória, podendo formar sua convicção através de outros elementos dos autos quanto à antecipação ou postergação do *dies a quo* do prazo decadencial (ex-OJ nº 102 – DJ 29.4.2003).

V – O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial (ex-OJ nº 104 – DJ 29.4.2003).

VI – Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude (ex-OJ nº 122 – DJ 11.8.2003).

VII – Não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição a decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (ex-OJ nº 79 – inserida em 13.3.2002).

VIII – A exceção de incompetência, ainda que oposta no prazo recursal, sem ter sido aviado o recurso próprio, não tem o condão de afastar a

⁴⁰¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 193; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 219.

⁴⁰² Eduardo Talamini é defensor de propostas, de lege ferenda, para mudanças de regras sobre o prazo da ação rescisória, sustentando que seria necessária uma alteração a respeito do prazo inicial, principalmente para não se aforarem coisas julgadas inconstitucionais (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 663 e seg.).

consumação da coisa julgada e, assim, postergar o termo inicial do prazo decadencial para a ação rescisória. (ex-OJ nº 16 – inserida em 20.9.2000).

IX – Prorroga-se até o primeiro dia útil*, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias forenses, feriados, finais de semana ou em dia em que não houver expediente forense. Aplicação do art. 775 da CLT. (ex-OJ nº 13 – inserida em 20.9.2000).

X – Conta-se o prazo decadencial da ação rescisória, após o decurso do prazo legal previsto para a interposição do recurso extraordinário, apenas quando esgotadas todas as vias recursais ordinárias. (ex-OJ nº 145 – DJ 10.11.04).

Cabe ainda anotar uma última questão. A redação originária da medida provisória nº 1.577, de 11/06/97, impunha diversas alterações ao Programa Nacional de Reforma Agrária. Neste contexto, acabou por estender o prazo para propositura da ação rescisória pelos entes políticos, além de criar mais uma hipótese de cabimento da referida ação: quando a indenização fixada em ação de desapropriação fosse flagrantemente superior ao preço de mercado do bem desapropriado⁴⁰³.

Por esse motivo, foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº 1753. O STF, em julgamento datado de 16/04/1998, suspendeu cautelarmente o artigo que tratava dos temas, já que desafiava a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizando privilégio inconstitucional, dado que o favorecimento unilateral da Fazenda se contrapunha ao perverso retardamento sem limites da satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

Ocorre que, não obstante inexistir julgamento meritório até agosto de 2007, com as sucessivas reedições da referida MP, que é anterior à EC 32/01, extirpou-se do texto atual a almejada alteração legal.

Todavia, sobreveio outra medida provisória, de número 1.798, com propostas de alterações nas atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, entre

⁴⁰³ MP 1.577, Art. 4º O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em quatro anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Parágrafo único. Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixada em ação de desapropriação for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem desapropriado.

outras providências, mas que já na primeira reedição pretendeu acrescentar as mesmas alterações, desta vez por meio de alteração do Código Processual Civil⁴⁰⁴.

Nova ADI foi proposta (nº 1.910), tendo o Supremo Tribunal em 22/04/2004, por unanimidade, deferido a medida cautelar, para suspender, até a decisão final, a eficácia dos arts. 188 e 485, X, do CPC. Esta ação igualmente aguarda julgamento de mérito⁴⁰⁵. Portanto, atualmente o art. 485 segue possuindo apenas nove incisos.

3.4 Legitimidade

3.4.1 Legitimidade no processo coletivo

A legitimidade coletiva é um dos traços característicos que auxiliam a identificação dos direitos coletivos e tornam sua tutela diferenciada. As leis que regulam direitos metaindividuais levaram em conta a finalidade do órgão, o histórico de defesa do interesse social, entre outros aspectos, para atribuir legitimidade a entes para agirem em nome da coletividade, acreditando serem eles capazes de postular em favor de relevantes bens jurídicos ou direitos do grupo ou sociedade⁴⁰⁶.

A legitimidade é qualidade da parte que integra o pólo ativo e passivo da relação jurídica processual. No âmbito do direito processual civil, pode ser ela uma condição da ação (legitimidade *ad causam*) ou um pressuposto processual de validade (legitimidade *ad processum*)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ MP 1.798-1, de 11/02/99: Art. 1º Os arts. 188 e 485 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passam a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 188. O Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, gozarão do prazo: I – em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória; e II – em quádruplo para contestar." (NR) "Art. 485. X – a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for manifestamente superior ou inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial." (NR)

⁴⁰⁵ O STF aplicou multa por ação rescisória ajuizada em prazo com base nesta medida revogada (AR-AgR 1575/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 20.4.2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

⁴⁰⁶ Por isso pode-se dizer que a legitimidade adequada, ao contrário da regra em alguns outros sistemas alienígena que mencionaremos, é inferida *ope legis*, ou seja, a própria lei disse que a representação tem correspondência ou conformidade necessária para defender determinados interesses.

⁴⁰⁷ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p.112.

Nas ações coletivas de maneira geral, são legitimados processuais ativos *ad causam*, aqueles listados no art. 82 do CDC e 5º da Lei 7.347/85, conforme nova redação dada pela Lei 11.448, de 15.01.2007:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Entendemos que a lei conferiu legitimidade independentemente do tipo de ação coletiva que se vai utilizar, por referir-se à ação coletiva *lato sensu*. Apenas não seguirá as regras do microssistema quanto à legitimidade as ações que são reguladas por lei especial que trate do assunto, como é o caso, por exemplo, da ação popular. Ainda, Hugo N. Mazzilli⁴⁰⁸ ressalta que as hipóteses antes citadas não formam um elenco taxativo, uma vez que há disposição legal em outras normas constitucionais e infraconstitucionais⁴⁰⁹.

Às considerações tecidas no tópico referente aos princípios merecem ser acrescidas os aspectos referentes à natureza da legitimidade.

Segundo a doutrina de Mazzilli, a legitimidade prevista nos arts. 82 do CDC e 5º da LACP tem natureza extraordinária, uma vez que os legitimados estão em juízo para defender direitos não-próprios⁴¹⁰, em contraposição com a legitimidade ordinária que se dá quando um sujeito pleiteia em juízo direito de sua titularidade.

Todavia, para Celso Fiorillo, a natureza da legitimidade prevista nos artigos referidos é a denominada *legitimação autônoma para a condução do processo*. Explicando que,

em se tratando de conflitos coletivos *lato sensu*, é correto que os entes legitimados para a propositura da ação civil pública são *responsáveis pela condução do processo* e não desempenham a figura que muitos chamam

⁴⁰⁸ A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 257 e seg.

⁴⁰⁹ É o caso da legitimidade conferida à OAB pela Lei 8.906/94 (EAOAB) para representação da classe dos advogados e pelo Estatuto do Idoso para a defesa dos interesses daquelas a que a lei se dirige.

⁴¹⁰ MAZZILLI, Hugo N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 60 e seg.

de substituto processual. Com isso, observamos uma superação da dicotomia legitimação ordinária/extraordinária (...) ⁴¹¹.

Todavia, admite este mesmo professor que a natureza da legitimidade no caso de defesa de direitos individuais e homogêneos é extraordinária ^{412,413}.

Para Nelson Nery Jr., esta legitimidade não é extraordinária ou identificável com o fenômeno da substituição processual. É inadequado vincular a noção de legitimidade ordinária para a causa com a titularidade do direito material.

Os casos de substituição processual determinados pela lei se distinguem dos de legitimação para as ações coletivas, pois naqueles o substituto busca defender direito alheio de titular determinado, enquanto nestas o objetivo dessa legitimação é outro, razão por que essas ações têm de ter estrutura diversa do regime da substituição processual ⁴¹⁴.

No que concerne à polêmica em torno do Ministério Público agindo como autor nas lides sobre interesses individuais homogêneos, devemos observar que sua legitimidade se extrai da própria Constituição Federal, na medida do exercício das funções do art. 129. Além disso, é a lei o meio hábil a conferir legitimidade, desde que compatível com o ordenamento constitucional, e assim o fez.

Atuando os legitimados do art. 82 nas atividades executórias, agirão em representação, uma vez que não mais atuam em nome próprio, dada a individualização do direito. Por esta razão se afasta a possibilidade de atuação do órgão ministerial ⁴¹⁵. No entanto, pode se falar em legitimação ordinária do Ministério Público e demais legitimados quando a destinação dos valores é o fundo, já que é atividade compatível com seus próprios fins institucionais.

A Lei de ação civil pública exige, com acerto, haja correlação entre o bem pleiteado em juízo e a finalidade institucional da associação. Da mesma forma, estabelece que esta esteja constituída há pelo menos um ano (art. 5º, V, *a e b*).

Pode-se entender serem tais requisitos exclusivos das associações, especialmente após a nova redação do artigo. Contudo, interpretando-se sistematicamente a lei, vislumbramos que a necessidade de correlação entre o pedido e a finalidade do órgão deve ser estendida a todos os legitimados, inclusive aos órgãos públicos. Mesmo porque a entrega da tutela adequada depende também da eficiente postulação em juízo, fato que a lei somente presumiu àqueles que

⁴¹¹ FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito ambiental brasileiro*, p. 325.

⁴¹² FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito ambiental brasileiro*, p. 326.

⁴¹³ No mesmo sentido, ver NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado*, p. 154.

⁴¹⁴ NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 156.

possuem uma estreita relação com o bem a ser defendido, ou ao menos empenhados neste fim.

Devemos pensar, ainda, quais são os limites da atuação do legitimado no processo coletivo e se ele pode desistir da ação, renunciar, dar quitação etc., bem como se podem os legitimados promover qualquer ação coletiva, como, por exemplo, ação rescisória, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção. Uma vez que o art. 82 do CDC, fazendo remissão ao artigo anterior, enumera os legitimados para a propositura de ação para defesa de direitos dos consumidores e vítimas, entendemos que a lei conferiu legitimidade independentemente do tipo de ação coletiva que se vai utilizar, por referir-se à ação coletiva *lato sensu*.

Desta maneira, os legitimados coletivos podem ajuizar ação rescisória com o objetivo de desconstituir decisão desfavorável aos interesses da coletividade. E, ainda que tenha sido um outro autor o condutor da demanda principal, nada obsta o manejo desta ação por um co-legitimado. A respeito da legitimidade do ente coletivo ser demandado em ação rescisória trataremos adiante.

3.4.2 Legitimidade para a ação rescisória

O tema não era objeto de tratamento pelo Código processual anterior⁴¹⁶. Hoje está regulado no art. 487 do CPC, que dispõe possuir legitimidade para a ação rescisória (i) quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; (ii) o terceiro juridicamente interessado; e (iii) o Ministério Público, se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção ou quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

As partes processuais serão apenas aqueles que têm relação com o excerto da decisão da qual se requer a desconstituição. Assim, se ação rescisória for parcial, ou seja, se a pretensão não for de se rescindir toda a sentença e sim apenas um ou alguns capítulo(s) dela, não será necessária a presença de todos aqueles que participaram do processo principal. É o que ocorrerá, por exemplo, caso o vencido

⁴¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 887.

buscar quebrar a autoridade da coisa julgada da parte da decisão que julgou honorários advocatícios, hipótese que atrairá somente a necessidade do advogado figurar como legitimado passivo.

A lei corretamente confere legitimidade aos sucessores que podem ser, por exemplo, os herdeiros, o espólio da parte ou mesmo a pessoa jurídica que incorporou a pessoa jurídica que sofre a autoridade da coisa julgada.

Vale assinalar que se a rescisória for fundamentada em confissão viciada, a legitimação é apenas do próprio confitente, e só se transfere para os herdeiros se o falecimento ocorrer após a propositura da ação.

Podem propor ação rescisória, ainda, o terceiro juridicamente prejudicado, que são aqueles que poderiam ter intervindo no processo, mas não intervieram, pois, se tivessem intervindo seriam parte⁴¹⁷. Para Cruz e Tucci, o terceiro que foi atingido pelos efeitos da coisa julgada pode ajuizar ação rescisória “dada a incompatibilidade entre o objeto do provimento e o direito de que é ele titular”⁴¹⁸.

O terceiro poderá obter exclusivamente a rescisão do provimento, não podendo, contudo, obter nada além disso, como exemplo, condenação em perdas e danos, devendo se socorrer às ações autônomas, já que este não é o objeto da ação rescisória, ainda que por esta via a regra permita o rejuízo da lide.

Para Luis Eulálio Vidigal⁴¹⁹, nenhum terceiro não interessado pode propor ação rescisória, nem mesmo aqueles titulares de relações dependentes da relação jurídica apreciada pelo julgado.

A função do Ministério Público nesta ação, como veremos, é de guardião da coisa julgada. Segundo o art. 487, haverá legitimidade do ente quando este deveria

⁴¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 168.

⁴¹⁷ Processo civil. Ação rescisória de acórdão que decidiu ação revocatória. Propositura pelos sócios da falida. Legitimidade. - A ação rescisória, conforme art. 487 do CPC, pode ser proposta, não apenas por quem foi parte no processo originário, mas também pelo Ministério Público ou pelo terceiro juridicamente interessado. - Tendo em vista que o art. 37 da Lei de Falências de 1945 (DL. 7.661/45) estende aos administradores, diretores, gerentes ou liquidantes da sociedade falida as mesmas obrigações desta, os sócios gerentes têm interesse jurídico para propor ação rescisória do acórdão que decidiu a ação revocatória. Isso porque viabilizar a arrecadação do maior número de bens possível pela sociedade falida, com o conseqüente aumento da probabilidade de pagamento de seus débitos, liberaria os sócios de diversas obrigações que lhes são impostas, como as relacionadas no art. 34 e 138 da Lei de Falências de 1945. Recurso especial não conhecido (3ª T., REsp 308.891/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2005, DJ 1.2.2006, p. 524)

⁴¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 189.

⁴¹⁹ Ação rescisória dos julgados. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 53-54.

intervir obrigatoriamente, mas não foi ouvido, e quando houver colusão entre as partes, assim como quando este atuar como parte em uma ação. No entanto, sua atuação não pode cingir-se a estes casos. O STJ assim tem se manifestado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. 1. legitimidade ativa do Ministério Público. As hipóteses do art. 487, III, do CPC não são exaustivas; o Ministério Público também está legitimado a pedir a rescisão de sentença em que ha comprometimento de interesses públicos indisponíveis. 2. Prescrição. A citação interrompe a prescrição, dela não se podendo cogitar enquanto a ação pende de julgamento; Esse efeito, todavia, só se produz em relação ao que foi objeto do pedido. Ação rescisória procedente, em parte (AR 384/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, j. 14.05.1997, DJ 01.9.1997, p. 40715)⁴²⁰

No caso específico de colusão, vale lembrar que a orientação é que o prazo para o MP propor ação rescisória inicia-se a partir do momento em que tem ciência da fraude, sendo esta a correta interpretação expressada na Súmula 100, VI, do TST. Mas, não só a este órgão deve-se entender existir legitimidade:

Além do Ministério Público, também tem legitimidade para ajuizar ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei o terceiro juridicamente interessado. Realmente, vindo o terceiro a ser atingido com a fraude decorrente do conluio entre as partes, poderá, indiscutivelmente, ajuizar a rescisória⁴²¹.

Destarte, ainda que o Ministério Público não ingresse com a ação rescisória, não fica excluída sua possibilidade recursal⁴²², já que o papel desta instituição é de

⁴²⁰ No mesmo sentido: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. OBJETO RESTRITO ÀS QUESTÕES CONTIDAS NO VOTO DA MINORIA. ART. 530, DO CPC. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. CUSTOS LEGIS. INTERESSE PÚBLICO, ART. 82, III, DO CPC. 1. Os embargos infringentes estão restritos à matéria objeto da divergência. Art. 530, caput, parte final, do CPC. 2. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação rescisória nos feitos em que atuou como custos legis, especialmente quando o interesse público é evidente. As hipóteses previstas no art. 487, inciso III, do CPC, são meramente exemplificativas. 3. "As razões dos embargos não são suficientes a modificar a decisão posta no julgamento, porquanto os argumentos que sustentam tal decisão não sofreram abalos de parte dos infringentes" (EAR n. 121/SP, Ministro Pedro Aciole). 4. Embargos infringentes não-acolhidos (EAR 384/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, j. 8.2.2006, DJ 6.3.2006 p. 133). Também entende não se tratar de rol exaustivo o TST, por meio da Súmula 407: "AÇÃO RESCISÓRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM PREVISTA NO ART. 487, III, "A" E "B", DO CPC. AS HIPÓTESES SÃO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI-II). A legitimidade *ad causam* do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas a e b do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas".

⁴²¹ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 350.

⁴²² Este o teor do julgado do STJ: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. CUSTOS LEGIS. LEGITIMIDADE. ART. 499 CPC. O Ministério Público está devidamente legitimado para recorrer no processo em que tenha atuado como custos *legis*, considerando-se, principalmente, cuidar-se de ação rescisória, na qual o interesse público é evidente, pois discute-se validade de decisão judicial transitada em julgado. Precedentes. Recurso provido com o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para o julgamento do mérito

grande relevância nesta via, razão pela qual merece tratamento em tópico específico.

3.4.3 Intervenção do Ministério Público

O Ministério Público deverá obrigatoriamente intervir em rescisórias em razão do interesse público da lide. O interesse é presumido por proteção à coisa julgada.

Este órgão inicialmente surgiu para defender os interesses do Estado, mas há muito atua representando e defendendo os valores da sociedade. Com o advento da Lei Constitucional de 1988, a instituição ganhou maior destaque e importância na defesa dos direitos sociais e da ordem jurídica como um todo. Pode-se afirmar que hoje o ente é um grande defensor do interesse social, sendo o mais atuante legitimado ativo para o exercício das ações coletivas em nosso país.

Sabemos que para fazer valer o que determina a Constituição, a instituição tem o poder-dever de intervir no processo seja como fiscal da lei ou como autor.

No primeiro caso, o art. 82 do CPC exige a intervenção do Ministério Público, *sob pena de nulidade do processo*, nas causas em que há interesse de incapazes, naquelas onde se discute o estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade, e nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural, bem como *nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte*.

Em se tratando de processos coletivos, a própria natureza do direito defendido já faz presumir o interesse social do direito sob seu resguardo, tanto que o microsistema coletivos confere legitimidade para este ente, que, se não exercida, atrai a intervenção obrigatória do órgão, sob pena de nulidade processual (art. 5º, § 1º da LACP c/c art. 84 do CPC).

do recurso interposto pelo MP. (REsp 244.375/PB, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 04.06.2002, DJ 01.07.2002 p. 370).

Vale apontar o entendimento da jurisprudência no sentido de que a intervenção tardia do Ministério Público no processo não causará nulidade acaso isto não implique em prejuízo ao interesse público: “a repetição, esta sim, poderia ser prejudicial ao interesse especialmente protegido⁴²³”. Isto porque, como exposto, a decretação da nulidade, ainda que absoluta, está relacionada a certos princípios, dentre eles o do prejuízo⁴²⁴. Assim, não havendo dano ao bem tutelado, não há razão para a repetência do ato.

No que concerne ao Ministério Público agindo como autor de ações coletivas, sua legitimidade se extrai da própria Constituição Federal, na medida em que exerce as funções do art. 129. Além disso, é a lei o meio hábil a conferir legitimidade, desde que compatível com o ordenamento constitucional.

Neste sentido, tendo a lei exigido a participação do MP, seja como fiscal ou como parte (§ 1º do art. 5º da Lei 7.347) em todas as ações civis públicas⁴²⁵, parece que, mesmo sendo intimado para intervir como fiscal da lei, uma vez que o ente também poderia ter demandado na qualidade de autor, pode o MP atuar com amplitude de ações de conduta, na qualidade de assistente litisconsorcial da parte.

Significa que cabe ao MP agir utilizando todas as possibilidades/“poderes” que a lei confere, não se limitando ao papel de fiscal da lei. Tendo verificado que o objeto da lide translada o interesse particular, é pertinente que o órgão atue como autor, inclusive emendando a inicial, requisitando produção de provas, etc., a fim de torná-la uma ação coletiva mais efetiva e capaz a correta entrega do bem lesado a seus titulares.

Vale anotar a valorosa crítica, com a qual concordamos, que Greco Filho tece a respeito da separação das funções do Ministério Público no processo:

Todo aquele que está presente no contraditório perante o juiz é parte. Portanto, dizer que o Ministério Público ora é parte ora é fiscal da lei não define uma verdadeira distinção de atividades, porque seja como autor ou como réu, seja como interveniente equidistante a autor e réu, o Ministério Público, desde que participante do contraditório, também é parte^{426,427}.

⁴²³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 46.

⁴²⁴ No mesmo sentido, NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado*, 8. ed, p. 1.428.

⁴²⁵ Preceito que pode ser aplicado a todas as ações coletivas. O Código de Defesa do Consumidor interage com a LACP, formando o que a doutrina chama de *microssistema*, visto que a parte processual, é aplicada na defesa em juízo de quaisquer direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

⁴²⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 155 e seg.

⁴²⁷ No mesmo sentido, Hugo N. Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 312. Esta também já foi a orientação da jurisprudência em outros casos: AÇÃO POPULAR – Exceção de

Mas afinal, o que é interesse público? Não é questão pacífica a definição de interesse público. Etendemos estar superada a dicotomia público-privado, já que na atual sociedade tornou-se difícil distinguir o que é exatamente uma relação pública e privada⁴²⁸. Vicente Greco Filho lembra que esta expressão já quis significar interesse das pessoas jurídicas de direito público, mas esta interpretação já está superada, somente se verificando a presença de membro do MP quando “estivesse em jogo um algum bem social indisponível transcendente, isto é, acima dos interesses individualizados das partes⁴²⁹”.

Mas, estamos certos que muitas vezes o interesse do Estado pode se contrapor com os anseios da sociedade. Neste sentido, como salienta Patricia Miranda Pizzol⁴³⁰, o processo civil tradicional não atende mais aos anseios de uma proteção coletiva, que determinadas situações demandam, quando ultrapassado o direito singularmente visto.

Desta maneira, detectado interesse coletivo na resolução de conflitos que envolvam lides de consumo, ambientais, de proteção ao deficiente, ao idoso, etc., as regras processuais aplicadas devem ser diferenciadas, para assegurar a efetividade do direito defendido.

Neste particular, parece útil comentar, brevemente, a distinção que por vezes se faz entre interesse público primário e secundário. Para o professor Mazzilli, o primário diz respeito ao bem geral, enquanto o secundário, ao modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público. No entanto, afirma que já se acredita no esvaziamento do conceito de interesse público primário, dada a

impedimento – Arguição em face do representante do Ministério Público, porque este ATUA como representante do Ministério Público, autor de ação civil pública de igual objeto da ação popular – Arguição improcedente – O exercício da representação ministerial, em ambas ações, é ditado por interesses convergentes que, na ação popular ultrapassa a simples função de fiscal da lei, chegando à assistência ao autor popular e à substituição processual, sempre voltada para a realização do interesse público – Lei n. 4.717/65 – Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 49.390-5 – Jundiaí – 8ª Câmara de "Julho/97" de Direito Público – Relator: José Santana – 5.11.97 – v.u.)

⁴²⁸ Hodiernamente, não se consegue mais destacar atividades essencialmente privadas ou públicas, visto que a inter-relação de ambas é uma constante. Na concepção de Pietro Perlingieri (*Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002), a questão da proximidade atual do público ao privado, acaba por influenciar os interesses coletivos: “As dificuldades de se traçar linhas de fronteira entre o direito público e privado, aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária (tome-se, como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades)”.

⁴²⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro* v. 2, p. 158.

⁴³⁰ A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: *Processo e Constituição*. FUX, L.; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). São Paulo: RT, 2006.

conflituosidade muitas vezes presentes nas questões que envolvem o direito coletivo.⁴³¹

No que concerne à possibilidade de atuação do MP Estadual na Justiça Federal e vice-versa, a atribuição do Ministério Público nem sempre coincide com a distribuição da competência no âmbito jurisdicional, e assinala: não há qualquer vedação constitucional ou legal a que o Ministério Público estadual possa atuar na Justiça Federal, desde que comprove a legitimidade processual, vale dizer, a pertinência do pedido com o seu âmbito de atuação institucional.

Destarte, o interesse público e social está associado aos interesses básicos e fundamentais da sociedade⁴³², a tudo aquilo que o legislador pretende proteger objetivando o bem estar da coletividade em geral. Também, “tem-se interpretado a existência do interesse social quando o interesse individual homogêneo refere-se diretamente aos direitos sociais espelhados no art. 6º da CFRB/88”⁴³³.

3.4.4 Legitimidade coletiva passiva

A legitimidade passiva para as ações coletivas, em linhas gerais, equipara-se aos legitimados passivos nas ações individuais, que, por sua vez, observa a regra geral de processo civil, pois não há qualquer distinção no microsistema coletivo⁴³⁴. Assim, tem legitimidade passiva “aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo”⁴³⁵.

Neste sentido Hugo Mazzilli, se manifesta:

Nas ações civis públicas ou coletivas, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode, em tese, ser parte passiva. Há, porém, uma limitação: os legitimados ativos, em regra, não podem representar *passivamente* a categoria, classe ou grupo de lesados⁴³⁶.

⁴³¹ MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses*, p. 47 e seg.

⁴³² GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, p. 158.

⁴³³ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 73.

⁴³⁴ A lei vigente não autoriza seja a coletividade representada no pólo passivo. O que temos é apenas o anteprojeto de Código de Processo Coletivo que propõe a inserção desta autorização.

⁴³⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa M. de Andrade. *Código Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 6. ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 256.

⁴³⁶ MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 309.

A questão sobre a legitimidade passiva coletiva na ação rescisória ganha maior campo, já que figurarão no pólo passivo aqueles que serão prejudicados com a desconstituição da decisão, independentemente de quem tenha sido o grande “vencedor” da demanda.

Na Justiça Laboral, ao contrário da cível, a questão é abertamente debatida, e não se tem encontrado óbice para o grupo ou coletividade ser demanda passivamente. Vejamos:

Súmula 406 TST: AÇÃO RESCISÓRIA. LITISCONSÓRCIO. NECESSÁRIO NO PÓLO PASSIVO E FACULTATIVO NO ATIVO. INEXISTENTE QUANTO AOS SUBSTITUÍDOS PELO SINDICATO.

I – O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao pólo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao pólo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não, pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide. (ex-OJ nº 82 – inserida em 13.3.2002)

II – O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, *possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória*, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário⁴³⁷.

A questão é bastante tormentosa. Por um lado não se pode querer impedir sujeito demandado por ação coletiva fique de mãos atadas diante de uma hipótese de rescindibilidade somente porque se alega não ter a lei conferido legitimidade coletiva passiva; mas, por outro lado, a legislação indica que a legitimidade conferida pela lei aos entes a que se refere é tão-somente a ativa.

O art. 81 do CDC ao relatar que “a defesa dos interesses...” poderia indicar que a legitimidade seria passiva. Mas, atentando-nos aos artigos seguintes, veremos a total inclinação para a legitimidade somente ativa, *verbis*:

Art. 83. *Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*

Art. 91. *Os legitimados de que trata o artigo 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.*

⁴³⁷ Os precedentes confirmam que é neste sentido que tem andado a jurisprudência trabalhista: TST, ROAR 712030/00 – Min. Ives Gandra, DJ 15.03.2002 – v.u.; TST, AR 695806/00 – Min. Ives Gandra, DJ 30.8.2002 – v.u.; TST, ROAR 689248/00 – Min. José Simpliciano – DJ 18.10.2002 – v.u.

É fato que nossa lei não conferiu expressamente legitimidade aos entes coletivos para representarem o grupo passivamente, tal qual fez a legislações alienígenas. Ademais, realmente, não pensamos que nossos legitimados em geral estão preparados para serem demandados e transportarem o ônus da derrota a toda a coletividade ou grupo de indivíduos.

Contudo, devemos enfrentar a realidade. Se na prática judiciária não se tem admitido ações cognitivas demandando em face de legitimados coletivos, não se pode dizer o mesmo da ação rescisória.

De qualquer sorte, é necessário que na condução de uma eventual ação rescisória os ditames da condução diferenciada do processo pelo juiz e pelo Ministério Público sejam estritamente observadas. Assim, admitindo-a, é necessário observar também as regras de conduta destas ações, como se fosse uma “verificação de representação adequada”, ainda que sem termos tal previsão legal. A permissão, na verdade, é pela obrigatoriedade de condução do juiz mais aproximada das partes, velando pelos princípios da tutela coletiva e resguardo dos bens e direitos coletivos.

3.5 Competência

A ação rescisória deve ser proposta no tribunal prolator da decisão que se pretende desconstituir, sendo que, se o trânsito em julgado deu-se em primeira instância, a competência será daquele a quem cabe rever suas decisões.

Desta forma, a competência para processamento e julgamento da rescisória sempre é originária do tribunal. Se contra sentença, o tribunal competente será aquele a quem caberia o julgamento de eventual apelação; se contra acórdão (ou decisão monocrática de tribunal), a competência será daquele que prolatou o acórdão. Sobre o tema há três enunciados do STF, *verbis*:

Súmula 252 do STF: na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo.

Súmula 515 do STF: a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.

Súmula 249 do STF: é competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Sobre a Súmula 249 Dinamarco argumenta com propriedade:

A Súmula 249 não trata, porém, de uma autêntica questão de competência. Estamos diante de uma situação em que, acima da incompetência, deve ser reconhecida a carência de ação rescisória. A consequência é que, como venho dizendo, o processo dessa ação rescisória deve ser extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, como manda o art. 267, inc. VI e § 3º do Código de Processo Civil. Assim é também o alvitre de Barbosa Moreira, o qual refere e louva um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que está dito: "se a ação rescisória intenta a rescisão de acórdão de tribunal local, tendo sido entretanto examinada pelo Supremo Tribunal Federal a questão controvertida no julgamento rescindendo, a hipótese é de extinção do processo. Não se justifica a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da rescisória não é o seu acórdão"⁴³⁸.

Discuti-se se a súmula aborda questão de competência ou de condição da ação. Para Barbosa Moreira, se STJ é absolutamente incompetente não há cogitar em prorrogação. Também se o tribunal não apreciou o mérito, a rescisória deverá tomar por base a sentença ou acórdão que realmente acolheu ou rejeitou o mérito da ação.⁴³⁹

⁴³⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Ação rescisória, incompetência e carência de ação*.

⁴³⁹ PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – ART. 485, V E IX, DO CPC – COMPETÊNCIA – CONSTITUCIONAL – REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – ATUALIZAÇÃO – ART. 201, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO – CRITÉRIO DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL – INTEGRAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL – ART. 58 DO ADCT – LIMITES – LEIS 8.212/91 E 8.213/91 – PRECEDENTES – AÇÃO RESCISÓRIA CONHECIDA E PROVIDA – 1. A competência do STF para conhecimento e julgamento da ação rescisória fica firmada desde que o Tribunal tenha enfrentado uma das questões de mérito – ainda que para não conhecer do recurso (Súmula STF nº 249). 2. Reajuste dos benefícios de prestação continuada mantidos pela Previdência Social na data da Constituição de 1988 de acordo com o salário mínimo. Aplicação do art. 58 do ADCT. Limitação da norma constitucional transitória à edição das Leis 8.212/91 e 8.213/91, que regulamentaram, na forma do art. 201, § 2º, da Constituição Federal, os critérios de revisão dos benefícios previdenciários. 3. Reajuste dos benefícios iniciados no período compreendido entre a promulgação da Constituição e o início da vigência das Leis de custeio e benefício, matéria disciplinada no art. 15 da Lei 7.787/89. 4. Ação rescisória conhecida e provida (STF, AR 1613/RJ, TP, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 24.11.2006, p. 61). AÇÃO RESCISÓRIA – SERVIDOR PÚBLICO – REAJUSTE DE 28,86% – COMPENSAÇÃO – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – COMPETÊNCIA DO STJ – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. – Se, no exame da admissibilidade do Recurso Especial interposto, o Superior Tribunal de Justiça, inobstante não conhecer do recurso, enfrentou o mérito da decisão rescindenda, aplicável a Súmula nº 249 do STF. Não se cuida de situação em que se possa declinar da competência. Primeiro porque a ação foi proposta com o objetivo de rescindir a última decisão que transitou em julgado, que é do STJ e não deste regional; segundo, porque não foi postulada a rescisão do pronunciamento da corte superior para que se pudesse declinar da competência.. Precedentes do STJ e do STF que confirmam o entendimento de que a rescisória ajuizada equivocadamente deve ser extinta, sem julgamento de mérito.. Constatada impropriedade técnica insuperável, não há como ser remetida a ação ao STJ, pois em momento algum foi postulada

Importa refletir, por derradeiro, se no âmbito dos processos coletivos, em vista das regras específicas de competência que procuram resguardar mais amplamente o acesso à justiça, se seria possível admitir a possibilidade de a ação rescisória ser proposta em outro tribunal estatal ou regional.

Como já aludimos, a competência para as ações coletivas é territorial funcional, logo, absoluta e improrrogável, e perquirindo a facilitação do acesso à justiça a lei trouxe regras benéficas para a execução da sentença: a competência é concorrente, e à escolha do credor será fixada no mesmo juízo que proferiu a sentença condenatória, o domicílio do autor ou no local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação.

Desta maneira, tratando-se o caso de dano de abrangência nacional poderia o legitimado coletivo ou mesmo o próprio titular do direito ajuizar a ação rescisória em tribunal diverso daquele que proferiu a decisão trânsito em julgado? Não vislumbramos razão para o impedimento. Se o juízo liquidante e executório podem se dar em outra jurisdição, não há porque aqui se fazer distinção. Claro que permanece resguardada a competência dos Tribunais Superiores, mesmo porque prevista na própria Constituição. Todavia, e visando facilitar ao titular ou representante do direito coletivo o acesso à justiça, podem eles eleger o foro mais célere ou mais acessível.

3.6 Considerações Gerais

A rescisória é uma ação típica, isto é, as causas de pedir possíveis são somente aquelas previstas pelo legislador no art. 485 do CPC⁴⁴⁰. Em vista disso, há quem sustente a possibilidade de adequação dos incisos do art. 485 a uma

a rescisão de sua decisão de mérito.. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Ação rescisória extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC (TRF, 4ª R., AR 2003.04.01.021456-3, 2ª S., rel. Juiz Fed. Fernando Quadros da Silva, *DJU* 22.11.2006, p. 317).

⁴⁴⁰ A lei pode estabelecer outros casos de cabimento de ação rescisória, tal como o fez no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965, art. 22, I, j) e ao tratar da partilha no art. 1.030 do CPC. Mas, como estas hipóteses não se relacionam os direitos metaindividuais, não serão objeto de análise neste estudo.

abrangência mais significativa⁴⁴¹, enquanto outros a necessidade de interpretação restritiva⁴⁴² diante de um rol taxativo.

As hipóteses de rescindibilidade não se referem somente à invalidade da decisão, podem também ter outros fundamentos. Sobre este tema é interessante a classificação proposta por Rizzi⁴⁴³, que distribuiu os fundamentos da rescisória segundo quatro pilares: o juiz, as partes, as provas e a sentença.

O procedimento da ação rescisória está previsto nos arts. 488 a 495 do CPC, porém, tendo em vista o objetivo do presente estudo, não iremos analisar cada caso pontualmente, mas apenas consignar algumas situações.

Primeiramente, cabe salientar que o autor da ação poderá formular pedido de rescisão, requerendo o desfazimento do julgamento (juízo rescindente) e, ainda, se couber, cumular pedido de novo julgamento (juízo rescisório)⁴⁴⁴. Caso for formulado pedido de rescisão cumulado com novo julgamento, este só será apreciado se aquele for acolhido:

Os permissivos de rescindibilidade são autônomos entre si, sendo suficiente a procedência de apenas um deles para a desconstituição do julgado, há que é possível suscitar mais de um. Sem dúvida, o autor pode formular os pedidos rescindendo e rescisório com esteio em mais de uma causa de pedir, acarretando verdadeira cumulação de ações rescisórias⁴⁴⁵.

Junto à inicial, o autor da rescisória deverá depositar 5% do valor da causa a título de multa, a ser revertido em favor do réu caso a ação, por unanimidade de votos, seja declarada inadmissível ou improcedente. Esta regra não obstante ser questionada por ir de encontro à garantia do acesso à justiça⁴⁴⁶, visa a evitar rescisórias por mero capricho, infundadas, resguardando, assim, a intangibilidade da autoridade da coisa julgada. Portanto, não efetuado o referido depósito prévio, a

⁴⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 371.

⁴⁴² DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. V. 3, p. 342; NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 778

⁴⁴³ RIZZI, Luiz Sergio de Souza. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, p. 44 e seg.

⁴⁴⁴ “Como a rescisória visa sempre desconstituir a sentença eivada de um dos vícios mencionados no CPC 485, o juízo rescindendo está presente em todas elas. O juízo rescisório deve ser deduzido na maioria das ações rescisórias, sendo que, por exceção, pode não ser necessário, como, por exemplo, no caso do CPC 485 IV: anulada a sentença que ofendera coisa julgada, não há necessidade de julgar-se novamente a lide, porque já se encontrava definitivamente julgada quando sobreveio a sentença rescindenda” (NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de A. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 777-778).

⁴⁴⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 487.

⁴⁴⁶ Neste sentido Sergio Gilberto Porto in FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords) *Processo e Constituição*, p. 180.

rescisória será indeferida liminarmente. Contudo, estão dispensados da multa a União, os Estados, os Municípios, o Ministério Público (art. 488, parágrafo único), o INSS (Súmula nº 175 do STJ), os beneficiários de justiça gratuita (art. 3º da Lei 1.060/50), assim como os legitimados coletivos (art. 18 da LACP).

Ainda, a Lei 11.280/2006 deu nova redação ao art. 489 do CPC, estipulando que a propositura de ação rescisória não suspende a execução da decisão rescindenda, exceto em casos imprescindíveis, para evitar dano irreparável ou de incerta reparação, podendo ser concedida medida cautelar ou antecipatória de tutela, com o fito de obter a referida suspensão.

Cabe ressaltar, também, que é possível que a ação rescisória seja apenas parcial, não se pretendendo rescindir toda a sentença, e sim, somente um capítulo independente dela. É o caso de postulação de desconstituição da decisão sobre apenas um pedido dentre os vários existentes na mesma demanda cumulada.

Devemos alertar que há proibição expressa de ação rescisória no âmbito dos juizados especiais (art. 59 da Lei 9.099/95). Também não é cabível de decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade (art. 26 da Lei 9.868/99) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei 9.882/99).

De maneira geral, temos que nos demais aspectos procedimentais, ao processo coletivo será aplicável toda a principiologia e normas especiais existentes no microssistema coletivo, tal qual se procede em relação a qualquer outra demanda comum ordinária, valendo apenas reafirmar que aqui o juiz deverá usar de todos os meios para solucionar eficazmente o litígio, protegendo não apenas a coletividade, mas também a coisa julgada.

Portanto, o que se pretende examinar nos itens abaixo são as hipóteses de cabimento da ação rescisória no processo coletivo, fazendo para tanto, um comparativo com o Código de Processo Civil, devido à ausência de dispositivo regulador em lei específica.

3.7 Hipóteses de rescindibilidade

3.7.1 Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

O primeiro fundamento da ação rescisória estabelecido pela lei possibilitando a desconstituição da decisão está vinculado à pessoa do juiz. Segundo o art. 485, I, do CPC “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.

Como bem salienta Sergio Rizzi o preceito resguarda a quebra de imparcialidade e diz respeito, exclusivamente, ao juiz “nada tendo, pois, em comum com os fundamentos que se referem às partes, à sentença e aos meios de prova”⁴⁴⁷.

Para que a ação rescisória fundada no inciso I do art. 485 do CPC seja bem sucedida deve a parte autora comprovar a tipificação, no caso concreto, de um ou mais dos crimes de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, cujas definições estão previstas respectivamente nos arts. 319, 316 e 317 do Código Penal⁴⁴⁸.

A prova da conduta criminosa do magistrado pode ser feita na própria ação rescisória, de forma que não é necessária existência prévia de condenação no âmbito criminal⁴⁴⁹.

Seguindo a dicção do Código Penal, a prevaricação ocorrerá quando o juiz “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (art. 319). A concussão caracteriza-se por “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” (art. 316). Por fim, a corrupção pode ser constatada pela prática de conduta típica não só do *caput* mas também dos parágrafos do art. 317 que dispõem:

Corrupção passiva

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em

⁴⁴⁷ *Ação rescisória*, p. 49.

⁴⁴⁸ De acordo, na doutrina: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 487; RIZZI, Luiz Sergio de Souza. *Ação rescisória*, p. 50; DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 364. Em sentido contrário, entendendo que a hipótese não se restringe aos conceitos de direito penal: PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*, p. 232 e seg.

⁴⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 366; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*, p. 62-63.

razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º. Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pontes de Miranda entende que, nos juízos colegiados, é necessário que o voto do magistrado que praticou a conduta ilegal, seja decisivo no resultado julgamento⁴⁵⁰. Não é qualquer sentença do juiz corrupto que poderá ser rescindida, mas tão somente aquela em que se pretende a desconstituição, justificando o autor que tal ato ilícito deve ter influenciado no resultado da lide. Porém, como adverte Flávio Yarshell⁴⁵¹, nada impede que no novo julgamento o Tribunal decida de maneira igual àquela que decidira o juiz da decisão cassada, já que persiste a independência e o livre convencimento motivado do julgador.

A hipótese no processo coletivo em nada se distancia do processo civil comum, ou seja, a prevaricação, a corrupção e a concussão devem ser igualmente combatidas, já que é a confiabilidade no julgamento emanado de um membro do Judiciário que é questionada e deve sê-lo em qualquer processo, cabendo ao órgão competente corrigir o ato por esta via, resgatando a credibilidade e integridade do Poder Judiciário.

3.7.2 Juiz impedido ou absolutamente incompetente

Outro fundamento para o pleito de rescisão do julgado é o impedimento do juiz. A extração do conceito de impedimento é feita do art. 134 e 136 do CPC, onde se inferem situações objetivas, já que se referem à validade do processo. Não tendo a suspeição o mesmo pressuposto, dado ser pautada em situações subjetivas, baseada em suposições que carecem de demonstração, os casos do art. 135 do

⁴⁵⁰ *Tratado da ação rescisória*, p. 234. No mesmo sentido CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*, p. 62.

⁴⁵¹ Corretamente o autor salienta que “o reconhecimento da ilicitude de que trata o inciso I do art. 485 do CPC não assegura ao autor da ação rescisória resultado favorável quanto ao novo julgamento” (YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 402).

CPC não encerram nulidade processual, nem, por conseguinte, ensejam a propositura de rescisória.

Portanto, tratando-se de suspeição, esta deverá ser argüida no prazo de resposta, sob pena de preclusão, não servindo de fundamento para ação rescisória. Atrai a mesma conseqüência a incompetência relativa.

Por outro lado, o juízo absolutamente incompetente fica sujeito à correção pela via da ação rescisória, uma vez que referida incompetência poderia ter sido argüida a qualquer tempo ou grau de jurisdição e, mesmo com o advento da coisa julgada, oportuniza-se dois anos para que o vício seja sanado.

É importante observar que, em regra, não cabe pedido de rejuízo em rescisória que tem por fundamento incompetência absoluta, visto que o reconhecimento do vício ensejará a remessa ao órgão competente. Assim, não há interesse de agir no pedido de rejuízo, pois seria afirmar novamente a incompetência que se pretende afastar. Há que se ressaltar um caso: quando a incompetência que se alega é em relação a varas que se submetem ao mesmo tribunal, hipótese possível quando se pleiteia a rescisão de decisão de primeira instância. Acreditamos que neste caso, estando a causa madura para julgamento não há razão para se negar o juízo rescindente, possibilitando ao Tribunal, desde logo, o julgamento da lide⁴⁵².

A hipótese deve ser aplicada sem qualquer ressalva ao processo coletivo, uma vez que tais vícios devem ser sanados com o mesmo rigor do processo civil tradicional.

3.7.3 Resultar de dolo da parte vencedora e colusão entre as partes

Se a decisão resultar de dolo da parte vencedora ou, ainda, de colusão das partes a fim de fraudar a lei é cabível a ação com fundamento no inciso III do art. 485 do CPC.

⁴⁵² Nesta linha entendem DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 370. Em sentido contrário, porém, escreveu-se que “a procedência do pedido importará a remessa dos autos ao órgão inferior competente, para prolação de nova decisão, não podendo o tribunal prosseguir no novo julgamento, nem mesmo a pretexto de ser competente em razão da matéria e pela aplicação analógica do disposto no art. 515, § 3º, do CPC” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 404).

O dolo a que a lei se refere é processual, ou seja, litigância de má-fé. Pontes de Miranda explica que o dolo capaz de possibilitar a desconstituição do julgado é aquele em que “a parte vencedora infringiu, com a prática ou com a falta do ato, o seu dever de lealdade e de boa-fé e, além disso, teve fito prejudicar a parte vencida⁴⁵³”. Assim, caso uma das partes induza a outra a reconhecer o pedido, por exemplo, e, havendo nexos causal entre o dolo e o resultado da sentença, é cabível a ação para a hipótese.

A noção de dolo traz ínsita, ainda, a idéia de que a parte sucumbente sofreu impedimento ou gravame em sua atuação processual para que reste delimitada a causa de rescindibilidade⁴⁵⁴.

Acertada é a observação de Alexandre Câmara ao afirmar que “o dolo capaz de tornar rescindível o provimento judicial precisa ter sido dotado de influência decisiva, ainda que não exclusiva, sobre o convencimento do juiz⁴⁵⁵”.

Sobre este defeito do ato da parte, cabe por fim anotar a interpretação que o TST, de maneira adequada, vem dando ao tema:

Súmula nº 403 do TST: Ação rescisória. Dolo da parte vencedora em detrimento da vencida. Art. 485, III, do CPC.

I - Não caracteriza dolo processual, previsto no art. 485, III, do CPC, o simples fato de a parte vencedora haver silenciado a respeito de fatos contrários a ela, porque o procedimento, por si só, não constitui ardil do qual resulte cerceamento de defesa e, em conseqüência, desvie o juiz de uma sentença não-condizente com a verdade.

II - Se a decisão rescindenda é *homologatória de acordo*, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual *não é possível a sua desconstituição* calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide.

No que concerne à colusão, tem-se que será fundamento hábil à rescisória quando verificada uma articulação entre as partes para obter um fim ilícito seja em detrimento a terceiros, seja em seus benefícios próprios. Em outras palavras, se as partes se utilizam do processo para obter vantagem fraudulenta ou contrária à ordem jurídica, a decisão transitada em julgado merece ser cassada através da rescisória. Esta definição também pode ser emprestada do artigo 129 do CPC, que ordena

⁴⁵³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*, p. 246. Alexandre Câmara igualmente ressalta os deveres de lealdade e boa-fé (*Ação rescisória*, p. 68).

⁴⁵⁴ Assim se pronunciou a quarta turma do STJ no julgamento do REsp 656.103/DF (Rel. Ministro Jorge Scartezini, DJ 26.02.2007 p. 595).

providências do juiz diante da colusão: “convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

Segundo a lição de Câmara⁴⁵⁶, antes do trânsito em julgado, percebendo o juiz o coluio entre os litigantes, deve ele julgar extinto o processo sem análise do mérito. Com maior propriedade, porém, alerta Yarshell⁴⁵⁷ que no juízo rescisório o processo simulado não necessariamente deve ser extinto, pois a depender da situação, se o resultado de improcedência do pedido for hábil a obstar os objetivos das partes, este deve ser admitido.

Deve-se ainda reiterar que, para o caso de colusão, a lei confere legitimidade ativa também ao Ministério Público, pois é possível que uma das partes, arrependida, volte a juízo confessando o coluio.

Não se pode admitir também no processo coletivo haja dolo da parte vencedora em detrimento da vencida ou mesmo colusão entre elas. Nesta seara pode-se dizer que o vício, seja uni ou bilateral, é ainda mais grave quando o lesionado, em última instância é um bem difuso. Cabe, reiteramo-nos, não somente ao Ministério Público mas também ao Judiciário, atuar com afinco para proteção de bens e direitos da coletividade.

3.7.4 Ofensa à coisa julgada

O fundamento do inciso IV permite requerer a desconstituição de decisão caso haja ofensa à coisa julgada. Desta forma, pode-se pretender o afastamento de uma decisão seja porque já se decidiu com autoridade de coisa julgada sobre determinada questão antes principal e agora subordinada, seja porque sobrevieram duas coisas julgadas sobre o mesmo ponto controvertido.

Tratando do primeiro aspecto, Barbosa Moreira exemplifica que se em um processo se decidiu sobre a filiação (questão principal) não há como noutro em que

⁴⁵⁵ *Ação rescisória*, p. 69.

⁴⁵⁶ *Ação rescisória*, p. 71.

⁴⁵⁷ *Ação rescisória*, p. 406-407.

se discuta a obrigação sobre alimentos negar a posição tomada na primeira lide⁴⁵⁸. Complementam o raciocínio Didier e Cunha fundamentando que este fato ocorre sempre que disser respeito ao efeito positivo da coisa julgada, como se verifica na decisão sobre a liquidação de sentença que extrapole o fixado na correspondente sentença de mérito⁴⁵⁹. Nestes casos, não fica repelida a possibilidade de o juiz proferir nova decisão, já que, desrespeitando a segunda decisão a autoridade da primeira, caberá ao Tribunal competente proferir novo pronunciamento, desta vez de acordo com o decidido na primitiva lide passada em julgado.

Por esta razão, não há que se dizer que o conteúdo do inciso IV, do art. 485 ficaria esvaziado acaso se entenda pela prevalência da primeira decisão no outro caso narrado de confronto entre coisas julgadas⁴⁶⁰. Isto porque há dissenso na doutrina a respeito de como se deve proceder quando há uma decisão sob o manto da coisa julgada e sobrevém outra com as mesmas partes, pedido e causa de pedir que também transita em julgado.

Embasam a corrente de que a segunda coisa julgada deve prevalecer autores como Pontes de Miranda, Barbosa Moreira, Yarshell, Dinamarco e Didier e Cunha⁴⁶¹. Argumenta-se que não havendo mais prazo para rescindir a segunda coisa julgada, esta deve prevalecer (“lei posterior revoga anterior”⁴⁶²). Entende-se também não ser possível sustentar a primeira decisão, já que o inciso, ao estabelecer prazo para esta rescisão, quer que, como consequência, esgotado o prazo, a sobreposição da segunda coisa julgada. Na lição de Dinamarco⁴⁶³, enquanto a sentença não for rescindida, vale a segunda decisão, ainda que em conflito com a primeira, pois, uma vez que existe o instituto da rescisória, não se pode presumir a sua rescisão antes da ação judicial para tanto.

Não estamos de acordo com aqueles argumentos, entretanto. Assim como Scarpinella, Nery Jr. e Nery, Rizzi, Wambier⁴⁶⁴, somos adeptos à prevalência da

⁴⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 129.

⁴⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 373.

⁴⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 318.

⁴⁶¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*, p. 257; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 225 e seg.; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 317 e seg; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, p. 326-327; DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 373.

⁴⁶² DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, p. 373.

⁴⁶³ *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, p. 326-327.

⁴⁶⁴ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Comentário ao art. 485. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1527; NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 779;

primeira coisa julgada formada. Não acreditamos, porém, que a justificativa seja a inexistência da segunda coisa julgada, por este pressuposto negativo compor os requisitos de existência do processo⁴⁶⁵. Aceitar este fato faz dispensar, conseqüentemente, a própria propositura da ação rescisória. A nosso ver, este pressuposto se insere no plano da validade, e os argumentos constitucionais (direito adquirido e a própria coisa julgada), são suficientes para vislumbramos que a segunda demanda já nasceu viciada e que, para respeitar a segurança jurídica das relações levadas a juízo, necessária é a manutenção da autoridade da primeira coisa julgada.

Quando se trata de lide coletiva, vale recordar que não é possível a invocação na seara do dissídio individual da exceção de coisa julgada formada em processo coletivo, uma vez que nas demandas supra-individuais a cristalização da coisa julgada não é capaz de atingir o direito subjetivo de ação do indivíduo que faz opção por sua demanda singular (princípio da inafastabilidade).

Ademais, a lide individual em relação a uma ação coletiva finda não ofende a coisa julgada porque a lei permite sua concomitância (art. 104 do CDC), e, ainda que não existisse tal norma, a amplitude do pedido, que no caso individual se pleiteia cesse a lesão ou ameaça de lesão pessoal e no coletivo de forma genérica, afasta, por si, a verificação de tais fenômenos processuais.

3.7.5 Violação a literal disposição de lei

Quando se trata da revisão da coisa julgada por meio de ação rescisória por violação a literal disposição de lei não é possível se esquivar da discussão em torno do conceito de “lei” e “literal”, assim como aquelas que envolvem a Súmula 343 da Corte Suprema, especialmente em razão da controvertida posição dos tribunais que não vem sendo avalizada pela doutrina⁴⁶⁶.

RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*, p. 133 e seg; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 377 e seg.

⁴⁶⁵ Neste sentido: NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 779; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 377 e seg.

⁴⁶⁶ As reflexões que seguem já foram por nós referidas no artigo “*Ação rescisória por violação a literal disposição de lei: a visão jurisprudencial e doutrinária da Súmula 343 do STF*” (*Revista de Processo*, p. 233-243).

Sobre a possibilidade de se argüir por este meio de impugnação, matéria que à época era controvertida na jurisprudência e posteriormente restou pacificada de forma diversa daquela que transitou em julgado, o Supremo Tribunal Federal fez editar, em 1963, uma súmula que até os dias atuais é bastante criticada e discutida na doutrina, Súm. 343, que preceitua: “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”.

No entanto, questiona-se como se obter segurança jurídica quando a aplicação de determinada norma se mostrava divergente à época da sentença/acórdão e, posteriormente, ainda no interregno de dois anos do trânsito em julgado, esta vem a se tornar pacífica, porém justamente em sentido oposto ao que pretendia o demandante. Por isso a lei assegurar a ação rescisória nestes casos.

Sabemos que o papel do STF no sistema brasileiro, como resume José Afonso da Silva, é ser “o intérprete maior da Constituição, (...) suas decisões valem como entendimento último do texto constitucional; em segundo lugar significa que ele constitui o centro da jurisdição constitucional, mormente como Tribunal do controle constitucional concentrado⁴⁶⁷”. Da mesma forma, o STJ deve dar homogeneidade aos pronunciamentos a respeito dos dispositivos de lei federal. Nesta esteira, a sempre relevante lição dos Profs. Nery Jr. e Rosa Nery ensina:

A lei federal deve ter somente um único entendimento em todo país (...) Por isso é cabível Ação rescisória por violação a literal disposição de lei, independentemente da existência ou não de interpretação controvertida nos tribunais a respeito do texto legal questionado, em que se baseou a decisão rescindenda⁴⁶⁸.

A base legal para se rescindir uma sentença que ofende a lei é, em princípio, a mesma que aquela que ofende a Constituição Federal⁴⁶⁹, ou seja, a ação rescisória com base no inciso V do art. 485 do CPC.

Importa saber qual o sentido do termo “literal” contido no citado inciso. Será que devemos vê-lo como na França pós-monárquica onde o juiz era “*la bouche de la loi*”, devendo, portanto, decidir declarando a literalidade da lei, ou poderíamos aceitar uma interpretação extensiva do termo, trazendo, através do método lógico-dedutivo, a hipótese nela implícita?

⁴⁶⁷ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, 2006, p. 536.

⁴⁶⁸ NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 787.

⁴⁶⁹ WAMBIER, T. A. A. MEDINA, J. M. *O dogma da coisa julgada*, p. 39.

Sérgio Rizzi nos dá conhecimento que no Código Processual de 1939 a doutrina interpretava dispositivo semelhante no sentido de que somente violação a norma de direito material dava ensejo à ação estudada⁴⁷⁰.

Teresa Arruda Alvim Wambier, por sua vez, afirma que o sentido da expressão “literal” no inciso V do 485 do CPC não pode se limitar à de ausência de controvérsia nos tribunais acerca do sentido da lei, ou mesmo a que se deve dar interpretação apenas literal do texto da lei. Ainda, e ao contrário do que pensa Sérgio Rizzi⁴⁷¹, não se pode admitir apenas ofensa à lei escrita, mas também aos princípios do direito. Justifica esta posição assegurando ser uma ofensa a princípio muito mais grave que à letra da lei.

Da mesma forma, ensina Eduardo Talamini, “a doutrina não mais discorda da afirmação de que princípios são normas jurídicas. Ainda quando implícitos, são obrigatórios, vinculam, impõem deveres - tanto quanto qualquer regra jurídica⁴⁷²”. Advoga a idéia de que, para a proteção de seu direito, a parte não precisa apontar ofensa ao teor literal, mas apenas “veicular orientação incompatível com a interpretação correta da norma⁴⁷³”.

No entanto, mesmo acreditando também na interpretação extensiva do dispositivo, compreende o termo “literal” como desnecessidade de produção de provas, ou seja, precisa ser contestável pelo mero exame das questões jurídicas.

O Professor Flávio Luiz Yarshell, sobre o mesmo inciso V, procedendo à diferenciação entre *error in iudicando* (errada declaração da lei) e *error in procedendo* (desobediência à lei), admite a rescisão em quaisquer dos casos. No primeiro caso, haverá novo julgamento, e no segundo, o vício pode estar na própria sentença ou anteriormente a ela. No que se refere à abrangência do termo “literal”, não crê ser indevido o alargamento do texto do art. 485, V do CPC: “ se o sistema aceita que a lei não é a fonte exclusiva do direito, então, não há sentido em restringir a previsão legal (...)”⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*, p. 101.

⁴⁷¹ “A norma do art. 485, V, do Código, sujeita-se, na sua inteligência, aos postulados de segurança e certeza que informam a coisa julgada. A interpretação deve ser, portanto, consentânea com tais postulados, de modo tal que, onde se lê ‘literal’, deve-se inferir a existência material da lei. Só é grave o erro da sentença, para fins do art. 485, V, do Código, quando afronte norma que conste literalmente dos textos normativos”. Ob. cit. p. 105.

⁴⁷² *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT. 2005, p. 563

⁴⁷³ Ob. cit. p. 160.

⁴⁷⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*, p. 324.

Ensina Pontes de Miranda em seu *Tratado*, em resumo, que disposição literal de lei significa direito revelado, sendo mais amplo que *contra ius expressum*. Para ele, violação a princípio é violação ao art. 4º da LICC, já que há na LICC permissão para aplicação na hipótese de omissão da lei “sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito (“literal”), ou contra algum princípio geral do direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis⁴⁷⁵”. Desta maneira, conclui a respeitada doutrina citada que “pode haver a ação rescisória ainda quando a infração do direito concernente àquelas regras jurídicas sujeitas à interpretação (...)”⁴⁷⁶.

Isto pode ocorrer principalmente nos casos em que a lei traz conceito indeterminado que deverá ser preenchido no caso concreto. Assim como ensina Robert Alexy⁴⁷⁷, através de ponderações no caso concreto, o juiz deve encontrar a resposta mais acertada à questão. Se assim não proceder e aplicar um conceito mais fraco à solução, transitada em julgado a decisão, o meio adequado para correção é a propositura da ação rescisória⁴⁷⁸.

Claro que na hipótese de o juiz e o tribunal local não tiverem dado a melhor interpretação à lei, cabe à parte, com esteio na Constituição Federal, seja por violação à lei ou interpretação divergente que tenha dado outro Tribunal, impugnar a decisão pelos recursos excepcionais. Por outro lado, como se sabe, não é necessário o esgotamento das vias recursais para propositura da ação rescisória, e também, pode ser que ocorra posteriormente uniformização de jurisprudência em sentido contrário ao que o tribunal havia decidido.

Por estas e outras razões, Teresa Wambier sustenta a inconstitucionalidade da súmula 343 por ferir os princípios da legalidade e isonomia: “admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário é prestigiar o ‘acaso’ ”⁴⁷⁹. Explica que a decisão favorecerá

⁴⁷⁵ Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões. Campinas: Bookseller, 1998, p. 267.

⁴⁷⁶ Ob. cit., p. 269.

⁴⁷⁷ Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

⁴⁷⁸ O STJ deu provimento à ação rescisória (REsp 500.452/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 03.11.2003 p. 258) mesmo diante da arguição de violação a lei envolver conceitos abertos e indeterminados, a fim de resguardar a saúde pública e a segurança dos consumidores, conspirando em prol do interesse público.

⁴⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 414.

aqueles que tiveram a ‘sorte’ de propor ação num momento de conflito que foi solucionado de maneira contrária ao que depois se consolidou. A violação à legalidade, neste sentido, é vista como afronta ao sistema jurídico.

Ainda, a jurisprudência faz distinção na aplicação da Súmula estudada, se a matéria apontada é constitucional ou não⁴⁸⁰. Esta dessemelhança nem chega a ser muito tratada pela doutrina, mesmo porque não se apóia em nenhum argumento jurídico plausível, já que a violação à ordem jurídica deve ser rechaçada, seja em que plano for⁴⁸¹.

Desta forma, equivocada está o antigo entendimento sumulado, que não condiz com os valores da ordem jurídica atual, dado que a interpretação errônea do sistema, que não se restringe à literalidade da lei, deve ser combatida mediante o remédio legal excepcional dado aos jurisdicionados para desconstituir a coisa julgada.

Nada obstante a maciça jurisprudência que defende a tese da Súmula 343, há escassos julgados nos diversos tribunais que deixaram de aplicar o verbete não vinculante. Em sua maioria, os julgadores destacam detalhes que tornam a questão peculiar e até mesmo injusta, caso não fosse acolhida a Ação Rescisória.

O Colendo STJ já utilizou como escusa para afastar a aplicação da Súmula 343 o argumento de que a tese contrária e transitada em julgado tinha sido aplicada em poucos julgamentos: “Não obstante tenha esta Corte Superior, em alguns poucos julgados, decidido que os débitos relativos a benefícios previdenciários, vencidos e cobrados na vigência da Lei nº 6.899/81, seriam corrigidos monetariamente a partir

⁴⁸⁰ É pacífico o entendimento pelo cabimento da rescisória se a matéria é *constitucional*: “afasta-se a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal apenas quando a Suprema Corte vier a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicado pelo acórdão rescindendo em sede de controle concentrado, ou, ainda, quando a lei declarada inconstitucional no controle difuso tiver sua eficácia suspensa pelo Senado Federal, quando passa a produzir eficácia *erga omnes*”. (Cf. STJ, Órgão Julgador: 1ª S, 2ª T. Precedentes: 1ª S - EDcl no AgRg nos Elnf na AR 2937 PR decisão: 25/05/2005 DJ:01/07/2005 (unânime) - Min. Castro Meira; 1ª S - AgRg na AR 3116 SC decisão: 14/02/2005 DJ:18/04/2005 (unânime) - Min. Castro Meira). Também, entende-se que “não se aplica a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal quando a ação rescisória versar sobre matéria constitucional”. Neste sentido estão os precedentes da Corte Especial do STJ: EREsp 155654 RS decisão:16/06/1999 DJ:23/08/1999 (v.u.) Min. José Arnaldo da Fonseca e 1ª S - EREsp 391594 DF decisão:13/04/2005 DJ:30/05/2005 (v.u.) Min. José Delgado. Na Corte Suprema, reitera-se que “a Súmula n. 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional”. Tomamos como exemplo os acórdãos dos Recursos Extraordinários n. 105205, 103880, 101114, 89108.

⁴⁸¹ Neste sentido também afirma Teresa Arruda Alvim Wambier que a violação a lei constitucional não tem maior importância que a violação a matéria infraconstitucional. (*Nulidades do processo e da sentença*, p. 423-424).

da propositura da ação, o equivocado posicionamento não muito prosperou neste Tribunal (...) ⁴⁸². Também já se manifestou aquela Corte no sentido de manter a coisa julgada antagônica à devida interpretação legal por ser medida contrária ao próprio direito e aos princípios que o regem ⁴⁸³.

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que se a controvérsia se faz no mesmo Tribunal, não há que se falar na aplicação da súmula 343 do STF ⁴⁸⁴.

Ainda, na jurisdição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, podemos averiguar que o afastamento da súmula 343 foi baseada em outras ressalvas, a exemplo da AR 482, de relatoria do Desembargador Federal Paulo Barata, da 1.ª Seção, publicada no DJ 09/11/2000, para quem a inaplicabilidade da súmula se deve ao fato de que à época em que prolatado o acórdão não havia mais que se falar em interpretação controvertida nos tribunais ⁴⁸⁵. Ou mesmo no acórdão da AR n. 520, em que se discutia o reajuste de vencimento dos servidores públicos com base no IPC de março/90, decidiu-se pela inaplicabilidade da súmula 343/STF, “eis que, quando foi proferida a decisão rescindenda, a controvérsia restringia-se a juízos de 1.º grau e tribunais superiores, já havendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado categoricamente em sentido contrário à decisão” ⁴⁸⁶.

Portanto, o sentido de lei do inciso V tem que ser amplo, e deve alcançar qualquer norma jurídica geral e abstrata violada, inclusive as medidas provisórias, a Constituição Federal, os princípios jurídicos, etc. Por “literal” deve-se entender aquela violação clara e manifesta. Mas se a dúvida for a respeito da interpretação controvertida nos tribunais, a ação rescisória deve ser aceita, já que esta é questão de interpretação da norma e integra a atividade judicante.

No que concerne ao fundamento de violação da lei no processo coletivo, Patricia Pizzol levanta interessante questão a respeito da possibilidade de o

⁴⁸² Excerto do voto do Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa na AR 676/PR, Terceira Seção, DJ 28.11.2005, p. 180.

⁴⁸³ AR 631/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 15/05/2000.

⁴⁸⁴ Ação Rescisória n. 181.638-5 - São Paulo - 4º Grupo de Câmaras de Direito Público - Relator: Paulo Travain - 21.01.01 - V.U. e, no mesmo sentido, Ação Rescisória n. 137.165-5 - São Paulo - 4º Grupo de Câmaras de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 01.03.00 - V.U.; Ação Rescisória 139.019-2, Relator: Franciulli Netto, São Paulo - 23.10.90.

⁴⁸⁵ Igualmente é o julgamento da AR 494 do mesmo Tribunal, 3ª Seção ESP, DJU:01/09/2005, de relatoria da magistrada Vera Lúcia Lima.

⁴⁸⁶ Rel. Desembargador Federal Valmir Peçanha, 2.ª Seção, DJ 18/11/1999

indivíduo que, em seu processo individual, não foi notificado da propositura de ação coletiva, tal qual impõe a lei (art. 94 do CDC), para que proceda à escolha entre a suspensão ou prosseguimento de seu processo (art. 104 do CDC). “Poderá ele, obtendo sentença de improcedência, pleitear a rescisão desta, a fim de que possa se valer da sentença de procedência proferida no processo coletivo?”. A autora sugere dois caminhos:

É possível pensar em duas conclusões: ação rescisória por violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC e arts. 94, 103, §2º e 104 do CDC); ou a propositura pura e simples de liquidação/execução, independentemente de ação rescisória, por apresentar a sentença do processo individual, em razão da inobservância das regras do CDC mencionadas, o vício de inexistência. Ficamos com a segunda opção. Entendemos que a sentença de improcedência proferida no processo individual não pode produzir efeitos em relação ao indivíduo que não teve a ciência da existência do processo coletivo⁴⁸⁷.

Estamos de acordo com o argumento citado. A falta de notificação impede que o indivíduo se valha da opção que a lei lhe confere justamente por pressupor a maior eficiência da condução do processo pelo legitimado coletivo. Equivale-se à inexistência por citação, e, desta forma, prescinde de ação rescisória para a declaração da inexistência jurídica. No bojo da execução ou liquidação do processo coletivo lhe será lícito levantar tal questão a fim de que não seja argüida a litispendência ou coisa julgada.

Devemos mencionar, por fim, que o autor deve invocar o dispositivo violado, por constituir a causa de pedir da ação rescisória, sob pena de inépcia da inicial. Todavia, se assim procede de maneira equivocada, indicando outro artigo ao invés daquele que realmente restou violado, não se deve considerar este um julgamento *extra petita*, principalmente em se tratando de processo coletivo.

Conforme já salientamos, como regra geral os direitos coletivos compõem-se de direitos indisponíveis e tratam de matérias de ordem pública, fato que repele seja a ampliação do objeto da lide pelo julgador uma causa inexistência da sentença naquele ponto. O magistrado buscará oportunizar a entrega efetiva do bem ou direito coletivo, valendo-se dos recursos que a lei lhe fornece para o encontro da melhor solução para a lide.

⁴⁸⁷ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*.

3.7.6 Prova falsa

O sexto fundamento que enseja ação rescisória ocorre quando a decisão for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou que venha a ser provada na própria ação rescisória.

A alegação de falsidade pode recair em qualquer espécie de prova⁴⁸⁸ (testemunhal, documental, pericial, etc.), contanto que tenha sido decisiva para a decisão proferida. Significa que não será cabível ação rescisória se, abstraindo-se a prova apontada como falsa, o resultado da lide permaneça o mesmo, pois se há outras provas que sustentam a decisão rescindenda elas garantirão resultado idêntico ao que já se obteve⁴⁸⁹. Na mesma linha, caso a prova falsa seja fundamento para apenas um dos pedidos, a rescisão há que ser parcial, uma vez que os capítulos da sentença devem ser tratados independentemente.

A prova documental pode conter uma falsidade material ou ideológica. No primeiro caso o erro está no próprio objeto, no papel, que pode ter sido alterado ou deturpado, como ocorre na modificação de uma data nele constante. No segundo caso é sua afirmação, seu conteúdo que aponta uma mentira ou modificação da realidade fática. No que concerne às demais provas, apenas há que se falar em falsidade ideológica. Ambas as hipóteses de falso podem ser argüidas por este meio de impugnação.

Não há o que diferir sobre o comentado quando a hipótese se verificar no processo coletivo. Na falta de regra específica no microsistema próprio, a regra é aplicada na íntegra.

3.7.7 Documento novo

Se depois da sentença o autor obtiver documento novo cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz por si só de lhe assegurar pronunciamento favorável.

⁴⁸⁸ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 173; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 498.

⁴⁸⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*, p. 326; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 498.

Não obstante o adjetivo *novo* sugerir que o documento tenha acabado de vir a lume, na verdade o correto sentido deve ser aquele “que é visto pela primeira vez”⁴⁹⁰. Isto porque necessário que o documento já exista ao tempo da ação, mas de que a parte não pôde fazer uso por desconhecê-lo ou por não possuí-lo. Portanto se a não apresentação se deu por negligência das partes ou de seu advogado, por exemplo, a rescisória não será acolhida.

Sempre vale recordar que se o documento novo for irrelevante ao resultado do julgamento, não é cabível a hipótese, pela ausência de interesse de agir. O documento por si só está apto a reverter a decisão.

Discute-se a possibilidade de se aceitar o documento produzido após a decisão como hábil a ensejar a rescisória. A doutrina invoca o debate sobre o conceito de documento novo principalmente com a finalidade de admitir o exame de DNA feito posteriormente ao trânsito em julgado, pois, rigorosamente, não seria um documento novo. Contudo, a relevância não cinge a tal hipótese, já que no âmbito das lides essencialmente coletivas o tema importa para a admissão, não de rescisória, mas de uma nova ação coletiva.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento flexibilizado quando em voga caso concernente à necessidade de tutela diferenciada a uma das partes processuais:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. DOCUMENTO NOVO. SOLUÇÃO PRO MISERO. PEDIDO PROCEDENTE.

1. A certidão de casamento, onde consta a profissão de lavrador do marido da segurada, constitui-se em início razoável de prova documental, que a ela deve ser estendida. Precedentes.

2. Embora preexistente à época do ajuizamento da ação, a jurisprudência da 3ª Seção deste Tribunal fixou-se no sentido de que tal documento autoriza a rescisão do julgado com base no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, dadas as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural e adotando-se a solução pro misero.

3. Pedido procedente. (AR 789/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 3ª Seção, DJ 01.07.2004 p. 168)

Na linha do julgado transcrito, pensamos que semelhante raciocínio deve se aplicar ao direito coletivo.

É certo, porém, que a doutrina especializada garante interpretação mais extensiva ao termo “prova nova” previsto na Lei da ação civil pública e Código do

⁴⁹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 1414.

Consumidor que ao de “documento novo” do artigo, ora sob comento. Marcelo Abelha advoga: “a palavra *nova* foi usada no sentido de que seja prova diversa das anteriormente produzidas idônea para proporcionar uma melhor sorte à demanda essencialmente coletiva que teria sido repetida”⁴⁹¹.

Desta forma, não importa que a referida prova seja pré-existente ou não ao trânsito em julgado do processo anterior. Mesmo porque, como já sustentamos, o próprio surgimento de nova prova técnica, antes indisponível, conduz à conclusão de que a sentença, ainda que assim não afirme, foi proferida com base na insuficiência probatória. Esta é uma interpretação compatível com a natureza e necessária tutela efetiva que deve ser perseguida na defesa dos direitos da coletividade.

Deve-se ter em mente, ainda, que nos direitos individuais homogêneos não há distinção quanto ao resultado de improcedência (com ou sem provas), ficando sempre vedada a repetição da ação coletiva, malgrado não restar prejudicada a ação por danos pessoalmente sofridos, salvo para aqueles que intervieram na ação coletiva (§ 2º, 103, do CDC). Destarte, sustenta Venturi:

Neste caso, efetivamente, a única possibilidade de eventual rejuízo da ação coletiva, motivada pelo surgimento de *provas novas*, seria a obtenção de prévia desconstituição da coisa julgada, através de competente ação rescisória, movida, então, com base no art. 485, VII, do CPC⁴⁹².

Ademais, não se exclui a necessidade de desconstituição de coisa julgada a respeito de demanda coletiva de qualquer natureza nos casos em que o julgamento de improcedência se der por outro motivo que não o de deficiência do conjunto probatório. Ora, caso o juiz incida em erro de julgamento, não obstante a suficiência de provas existentes nos autos para garantir um outro resultado processual, outro caminho não haverá senão o ajuizamento de ação rescisória⁴⁹³.

Diante do exposto, pode-se concluir que no processo civil tradicional o documento hábil a ensejar a rescisória deve preexistir ao julgamento transitado em julgado. Entretanto, há casos especiais que merecem um entendimento flexibilizado neste aspecto, tal como tem se posicionado a doutrina e jurisprudência. Isto porque não se pode dar tratamento uniforme aos direitos fundamentais individuais e, principalmente, coletivos.

⁴⁹¹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 232.

⁴⁹² VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, p. 393 – grifo original.

3.7.8 Fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação

O inciso VIII do art. 485 autoriza postulação de desconstituição do julgado se houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença. Aqui o defeito não é da sentença, mas sim em um ato da parte em que ela se baseou.

Na verdade, tem-se entendido, com acerto, que a pretensão de se invalidar a desistência da ação não poderá ser objeto de rescisória, uma vez que a hipótese, à luz do art. 267, VIII, enseja sentença terminativa, e, portanto, incapaz de se submeter à autoridade da coisa julgada material. O CPC apenas pode ter pretendido se referir aos atos que atraem a autoridade da coisa julgada material, caso contrário haveria incompatibilidade com o próprio *caput* do artigo 485. Por isso, há quem sustente⁴⁹⁴ que o reconhecimento do pedido nada mais é senão uma confissão em sentido amplo e que a lei, ao consignar “desistência” quis dizer *renúncia*. Uma outra vertente sustenta que o termo desistência deve ser entendido como capaz de abranger o reconhecimento do pedido e a renúncia ao direito em que se funda a ação⁴⁹⁵.

De qualquer sorte, é pacífica a orientação segundo a qual a correta interpretação⁴⁹⁶ do inciso é pela possibilidade de impugnação por rescisória de sentença fundada em atos de disposição do direito material, quais sejam, a *confissão, o reconhecimento do pedido, a renúncia e a transação*.

Vale inferir que, conforme já se aduziu, enquanto não transitar em julgado a sentença que se baseia em manifestação de vontade de uma ou ambas as partes, poderão ser alvo de ação anulatória ou de mero recurso e, passando em julgado, não mais será cabível sua anulação, mas sua desconstituição por meio da ação rescisória.

⁴⁹³ Importante anotar que sustentamos no capítulo anterior que se o caso disser respeito a direitos difusos, deve-se admitir a flexibilização do prazo para a propositura da ação rescisória (Ver item 2.2.3)..

⁴⁹⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 500-501.

⁴⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 182.

⁴⁹⁶ Barbosa Moreira, sobre este inciso, corretamente afirma que é “lícita, porém, a interpretação extensiva, que se limita a revelar o verdadeiro alcance da norma” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 155).

Dado que tais sentenças são homologatórias, a diferença é que pela via da ação do art. 486 pretende-se anular a manifestação de vontade da parte sobre a qual não houve decisão. Aqui se pretende cassar o ato decisório em que o julgador se valeu de uma manifestação de vontade viciada para formar seu convencimento.

Há mais. Depois do trânsito em julgado a parte só teria interesse de agir no pedido pretendente a retirar do mundo jurídico o ato viciado caso ele lhe trouxesse um prejuízo, ou seja, um resultado desfavorável no processo. Então, como a lei não prevê dois remédios para a mesma doença, temos que a correta interpretação é que enquanto não transita em julgado postula-se por anulatória, pois o resultado da anulação ainda pode ser útil à reversão do pronunciamento meritório de decisão do processo e, se este momento já transcorreu, apenas no interregno de dois anos⁴⁹⁷ da ação rescisória é que a parte pode se beneficiar de resultado diferente, devendo esta via utilizar.

No tocante ao conteúdo do inciso VIII no processo coletivo, importante lembrar que não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351 do CPC) – e o mesmo se diga em relação à renúncia e ao reconhecimento do pedido. Ainda, recorde-se que não tem eficácia a confissão se esta provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados (art. 213 do CCB).

Desta forma, como o autor coletivo defende direitos que não são de sua titularidade, fica vedada sua disponibilidade, já que “a legitimação é concedida apenas para promoção da demanda em juízo, não para responder a demandas, tampouco para a prática de atos de disposição material⁴⁹⁸”.

Sobre a transação, Mazzilli salienta que a jurisprudência tem se mostrado restritiva em relação às propostas tendentes a renunciar ou extinguir obrigações⁴⁹⁹. Com maior razão a restrição deve ser empregada nas lides coletivas, onde apenas

⁴⁹⁷ Concordamos com Barbosa Moreira ao observar que em sendo diversos os prazos das ações rescisória e anulatória, mesmo já transcorrido o prazo para o exercício da rescisória, teria o interessado a possibilidade de provocar pela outra via. “Mas isso não se harmonizaria com a sistemática do ordenamento, preocupado em assegurar de maneira definitiva, após o biênio do art. 495, a estabilidade da *res iudicata*”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 161).

⁴⁹⁸ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 348.

⁴⁹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 377.

se admite transação concernente às regras processuais do litígio, ou seja, maleabilidade quanto à forma, prazo ou modo de cumprimento da obrigação⁵⁰⁰.

Logo, se no processo civil tradicional necessário se faz que haja prova do defeito ou vício de consentimento a ensejar a rescisão, a fim de se verificar não se tratar de mero arrependimento quanto às vantagens obtidas, nas lides coletivas, com efeito, o simples fato de o legitimado coletivo confessar, renunciar, reconhecer a procedência do pedido ou transacionar fora dos limites permitidos, já constitui fundamento suficiente para atrair o cabimento da ação, por vício no ato de disposição.

3.7.9 Erro de fato

O último fundamento estabelecido pelo art. 485 para a desconstituição de decisões acobertadas pela coisa julgada refere-se ao erro no julgamento da questão, quando, não obstante a prova dos autos, o magistrado a ignora e considera inexistente um fato que existiu, ou vice-versa, e este era suficiente para alteração do resultado da lide.

A lei dita que a decisão “fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa” pode ser objeto de ação rescisória (inciso IX). Segundo autorizada doutrina, este preceito foi importado do direito italiano, porém servindo-se de equivocada tradução⁵⁰¹, razão pela qual a norma mostra-se de difícil interpretação se não nos socorrermos ao modelo inspirador.

Barbosa Moreira ensina que, na verdade, a *mens legis* indica que o erro de fato é aquele “susceptível de ser verificado à vista dos autos do processo e dos documentos deles constantes”⁵⁰². Desta maneira, não se pode pretender desconstituir a sentença se o julgador a proferiu injustamente ou mediante errônea

⁵⁰⁰ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 349.

⁵⁰¹ As lições doutrinárias apontam que o trecho “resultante de atos” foi mal traduzido, pois na lei italiana está “risultante dagli atti”, que em melhor vernáculo quer dizer “que se evidencia dos autos”. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 188; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 147; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*, p. 113.

⁵⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 148.

interpretação ou apreciação da prova. Para este autor são necessários quatro pressupostos:

- a) que a sentença nele [erro de fato] seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;
- b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não exista o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente⁵⁰³;
- c) que “não tenha havido controvérsia” sobre o fato (§2º);
- d) que sobre ele tampouco tenha havido “pronunciamento judicial” (§2º)⁵⁰⁴.

Assim, os certos pressupostos indicados apontam que é essencial que o erro de fato tenha influenciado no resultado do julgamento, sob pena de faltar interesse para a ação rescisória, pois o juízo rescindente deve proporcionar a inversão ou ao menos uma melhoria na solução da lide. Além disso, este erro deve ser demonstrado de plano, isto é, independentemente de complementação da instrução probatória.

Ademais, o erro na valoração da prova somente pode ser aquele consistente na desconsideração da prova constante nos autos⁵⁰⁵, não permitindo nova avaliação de prova já analisada, ou seja, daquela que foi objeto de debate pelas partes ou de pronunciamento judicial. Mesmo porque, se existiu controvérsia entre os litigantes instalada sobre dado fato, “isso já não permite dizer que o juiz incidiu em mero erro de fato ao considerá-lo existente ou inexistente. Não se tratou de algo manifesto, evidente, cristalino – tanto que ensejou disputas⁵⁰⁶”. Esta é a razão da regra impeditiva do §2º do art. 485 do Código de Processo Civil.

Por estes motivos não parece adequada a orientação jurisprudencial nº 103 da SDI-II do TST sobre este dispositivo, ao aceitar a rescisória para corrigir contradição entre a parte dispositiva do acórdão rescindendo e a sua

⁵⁰³ O STJ, em recente julgado, decidiu acompanhando este pensamento doutrinário na AR 2.810/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 12.12.2007, DJ 01.02.2008 p. 1.

⁵⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 149-150.

⁵⁰⁵ Neste sentido também está consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Cf. AR 1.335/CE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 3ª seção, DJ 26.02.2007 p. 541; AR 700/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 16/2/2004; AR 2.162/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 1º/7/2004.

⁵⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 189.

fundamentação, visto que a hipótese não trata de erro da análise de um fato provado, mas sim de contradição e violação à lei.

Quando o fundamento sob exame é levantado em ação rescisória para desconstituição de decisão proferida em processo coletivo, não há qualquer razão para se afastar as regras antes expostas, já que a única possibilidade de reanálise de conjunto probatório se dá quando a sentença julga improcedente o pedido difuso ou coletivo com base na insuficiência de provas. Mas, neste caso a nova discussão não pode se instaurar em ação rescisória, diante da ausência de um de seus pressupostos: a existência de coisa julgada material.

Sendo assim, nos demais casos, mesmo diante do interesse público na máxima efetividade na solução das lides coletivas, a interpretação do inciso IX deve seguir os parâmetros relatados, impedindo o reexame do conjunto de provas sob os quais já houve, ainda que equivocado, o pronunciamento judicial a seu respeito, devendo prevalecer a autoridade e intangibilidade da coisa julgada.

CONCLUSÃO

Com o estudo da ação rescisória no âmbito da jurisdição civil coletiva nos propusemos ao exame da compatibilidade das regras de direito processual tratantes desta ação com o microsistema coletivo.

A primeira parte do trabalho procurou mostrar que o acesso à justiça comporta inúmeras vertentes dentro do ordenamento jurídico, sendo certo que sua melhor preponderância ocorre em relação à aproximação do jurisdicionado ao Judiciário, fornecendo mecanismos facilitadores àquele, a fim de propiciar efetividade às decisões judiciais e resguardo dos bens e direitos coletivos.

Assim, foi analisado o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva sob suas diversas facetas, notadamente no que tange às atividades do juiz e do Ministério Público, esta sempre na perseguição da proteção dos interesses sociais, e aquela mais acentuada, aproximada ao princípio do inquisitivo. Concluímos que é difícil a tarefa de propiciar a tutela efetiva garantida na Lei Maior se nos basearmos pela lei retrógrada e concebida em outro momento histórico para resguardo de direitos meramente subjetivos: o Código de Processo Civil.

O direito coletivo deve ser estudado de maneira global, vislumbrando sempre um sistema, de forma a envolver todas as suas interdependências, pois cada uma das leis sobre o tema devem ser reunidas para constituir uma unidade maior, já que cada qual demonstra aspectos e qualidades que não se encontram em seus componentes isolados. Esta é a verdadeira integração que deve orientar a jurisdição civil coletiva.

Na medida em que todas essas leis têm em comum a tutela coletiva, basta que saibamos extrair delas as características gerais, as quais podem ser empregadas em qualquer ação coletiva. Assim, advirão princípios unificadores que atravessam verticalmente os universos particulares das diversas leis envolvidas, sendo capazes de proporcionar uma igualdade de tratamento às lesões ou ameaças a lesões coletivas.

Na segunda parte do estudo foram analisadas a sentença e a coisa julgada no âmbito individual e coletivo, buscando apontar as diferenças imperiosas no trato de cada matéria. Procurou-se colocar à mostra as relativas incongruências que existem ao tentar-se aplicar a legislação processual tradicional, especialmente aos limites subjetivos da coisa julgada coletiva.

Extraímos que as sentenças derivadas do processo coletivo têm suas peculiaridades. Dado que este provimento expressa uma forte correlação com o interesse tutelado, e, como regra geral os direitos coletivos são indisponíveis e regidos por matérias de ordem pública e de interesse social, não há que se interpretar o princípio da congruência, o princípio dispositivo e a teoria da substanciação, com o mesmo rigor habitual do processo civil regido tão-somente pelo CPC. Na verdade, tendo em vista os princípios que norteiam tais demandas, a postura esperada do magistrado é mais atuante, de forma que, exercendo seu mister condizente com o direito em destaque, não estará excedendo os limites da lei.

Neste contexto, também se analisou em que medida poderia ser cogitada a relativização da coisa julgada, confrontando tal possibilidade com os valores perseguidos pelo sistema ao conferir autoridade de coisa julgada às suas decisões judiciais, tendo se concluído que valores fundamentais devem ser resguardados, de forma que o trânsito em julgado de uma decisão sobre direitos metaindividuais não pode se restringir ao prazo decadencial do código para ser questionada por ação rescisória. Outro caminho apontado foi aceitar a relativização quando o direito em questão for difuso, postura adotada em razão da escolha pela valorização da coletividade indeterminada em detrimento da segurança jurídica pura e simples, porém somente neste caso.

Na seqüência, tratamos das hipóteses em que é cabível a ação rescisória, seus pressupostos, bem assim quando é possível a utilização de outros mecanismos que visam à eliminação de decisões de mérito excludente ou concorrentemente à ação rescisória, entre outros aspectos relevantes. Abordamos, por fim a grande discussão quanto ao marco inicial do prazo para ajuizamento da ação desconstitutiva referida, apontando as divergências práticas e doutrinárias sobre seu momento apropriado especialmente quando em foco direitos de interesse social que são todas as categorias de direitos metaindividuais.

O termo *a quo* para o ajuizamento de uma ação rescisória não deve ficar sempre adstrito ao trânsito em julgado da norma, como estabelece a lei. O marco inicial deve ser outro e se dar quando a hipótese de cabimento tiver condição de ser alegada em situações especiais. Não é razoável se somente após decorridos dois anos a sentença penal apontar a falsidade documental não restar à parte nenhuma forma de correção do vício. O exercício de sua faculdade deve iniciar quando o interessado tiver os meios hábeis para propositura da demanda.

Sobre a legitimidade, nossa lei não a conferiu expressamente aos entes coletivos para representarem o grupo passivamente, tal qual fez legislações alienígenas. Ademais, realmente, não pensamos que nossos legitimados em geral estão preparados para serem demandados e transportarem o ônus da derrota a toda a coletividade ou grupo de indivíduos. Contudo, devemos enfrentar a realidade. Se na prática judiciária se admitir ação rescisória onde o demandado é o ente que postulou direitos alheios, é ao menos necessário que durante o procedimento o processo seja conduzido de forma diferenciada pelo juiz e pelo Ministério Público, observando tais entes, os mecanismos legais existentes, especialmente no que diz respeito aos princípios da tutela coletiva, para o resguardo dos bens e direitos coletivos.

Diante de todo o exposto conclui-se pela aplicação da legislação específica do microssistema coletivo, em detrimento da lei geral. Apenas na ausência de norma especial, ainda que somente interpretativa, iremos nos socorrer da lei geral que trata sobre a ação rescisória.

REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada – *in utilibus*, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada *rebus sic stantibus*. *De Jure*, Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais n. 7, jul.-dez. 2006.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

_____. A possibilidade de saneamento do processo em segunda instância: notas introdutórias e suas implicações. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo A. (coord.). *Atualidades do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

AMERICANO, Jorge. *Da ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1936.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV, arts. 332 a 475.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

_____. *Ação rescisória repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2.

_____. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2002.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Ed. Nota Dez, n. 306, p. 7-18, abr. 2003.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do Processo Civil. In: *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 28, p. 5, mar.-abr. 2004.

_____. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 23, p. 118, maio-jun. 2003,.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Temas de direito processual*: Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, v. 117, set.-out. 2004.

_____. A nova definição de sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 136, p. 273 e seg. jun. 2006.

_____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, São Paulo: RT, 2007, v. 11.

_____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de Direito Processual*, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BEDAQUE, J. Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Comentário ao Art. 322. In: MARCATO, A. Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Nulidades processuais e apelação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo A. (coord.). *Atualidades do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. I, II e III.

_____. Relativização da coisa julgada material. *Genesis Revista de Direito do Trabalho*, v. 23, n. 133, p. 7-25, jan. 2004.

_____. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Procesuale*, 30, 1975.

_____. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARREIRA ALVIM, J.; CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. *Cumprimento de Sentença*. Curitiba: Juruá, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, v. I, II e III.

_____. *Princippi di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA ARAÚJO, Antonio Carlos de. GRINOVER, A. Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1987.

CRESTI, Marco. *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. A causa *petendi* na ação rescisória. *Revista Forense Rio de Janeiro*, v. 93, n. 339, p. 109-112, jul.-set. 1997.

_____. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 89, p. 67-84, dez. 2006.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Sobre o conceito de sentença no Código de Processo Civil de 1973. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

DAL PIAZ, Livia Cipriano. Ação rescisória por violação a literal disposição de lei: a visão jurisprudencial e doutrinária da Súmula 343 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 147, p. 233-243, 2005.

_____. Os limites do juiz na aplicação das *astreintes*". *Revista Jurídica*, São Paulo, Notadez, n. 328, p. 63-82, fev. 2005.

DE PAULA, Adriano Perácio. Controvérsias do Processo Civil em matéria de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 54, p. 33-34, 2005.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Juris Síntese*, n. 33, jan.-fev. 2002.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Ação rescisória, incompetência e carência de ação. *Juris Sintese*, n. 33, jan.-fev. 2002. CD-ROM.

_____. Ação demarcatória, coisa julgada e ação rescisória. *Juris Sintese*, n. 219, p. 24, jan. 1996.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança: individual e coletivo – aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____; WAMBIER, Teresa A. A.; MEDINA, José Miguel Garcia (coord.). *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Coisa julgada: novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos*. São Paulo: Método, 2007.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública, ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos y individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2004.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual e a eficácia subjetiva da coisa julgada. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 7, jul.-dez. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. Saraiva, 2006, v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 4. n. 14 -15, p. 26, abr.-set. 1979.

_____. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Jornal Síntese*, n. 60, p. 3, fev. 2002.

_____. Notas relativas ao direito brasileiro vigente. In: LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Invalidez dos atos processuais. *Juris Sintese*, n. 63, jan.-fev. 2007. CD-ROM.

_____. Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 8, p. 9-20, maio 1996.

_____. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, abr.-jun. 1996.

LACERDA, Galeno. Ação Rescisória e homologação de transação. *Ajuris*, n.14, 1978.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007.

LEXIQUE des termes juridique. 14. ed. Paris: Dalloz, 2003. 619p.

LIEBMAN, Eurico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. (Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I e II.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1974, v. II.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1976, v. III.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 35, p. 24-67, abr.-jun. 1984.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 25, n. 84, p. 145-167, dez. 2005.

_____. Sentença e liquidação no CPC (Lei 11.232/2005). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Recurso de agravo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007.

_____; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. IV.

MARTINS, Francisco Peçanha. Ação rescisória e coisa julgada: prazo para a propositura da ação. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro et al. (coord.). *Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tutela Coletiva em Portugal: uma breve resenha. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 7, jul.-dez. 2006.

_____. Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, n. 3, p. 37, 2006.

_____; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

_____. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral – princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. A sentença declaratória como título executivo: considerações sobre o art. 475-N, I, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 136, p. 76, jun, 2006.

MESQUITA, J. I. Botelho de. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*. Tese (Livre-docência) – Universidade de São Paulo.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da ação rescisória. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 27, p. 48-55, fev. 1989.

_____. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*.

Jurisdição e competência – Sentença e coisa julgada – Recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: RT, 2005, v. 2.

MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública: após 20 anos – efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

MINISTÉRIO Público do Estado de Minas Gerais. Análise crítica de anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ano 1, n. 3, p. 9 e seg., 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 386, p. 83, 2006.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo: RT, 2006.

_____. Codificação ou não do Processo Coletivo? *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 7, jul.-dez. 2006.

_____. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado: e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. _____. *Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NICOLA, Zingarelli. *Vocabolario della lingua italiana*. Bologna: Zanichelli, 2004. 1 CD-ROM.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PARDOLESI, Roberto. Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 29, 1975.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Nelson. *Recurso Especial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PORTO, Sergio Gilberto. A crise da eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

_____. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2006.

_____. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

_____; MIRANDA, Gilson Delgado. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e outras decisões*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado da ação rescisória: das sentenças e outras decisões*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino: UTET, 1966, v. II.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Sentença parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 151, p. 179, set. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças parciais? Considerações a partir da reforma do art. 162, § 2º, do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 148, jun. 2007.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1 e 2.

_____. Comentário ao art. 459 a 495. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Ação Popular Constitucional: doutrina e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *Curso de processo civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2005, v. I.

_____. *Da sentença liminar a nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. "Questão de fato" em Recurso Extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. “Sentença que reconhece obrigação” como título executivo (CPC, art. 475-N, I-Acréscido pela Lei n.º 11.232/2005). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 344, jun. 2006.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. O emprego do mandado de segurança e do *habeas corpus* contra atos revestidos pela coisa julgada. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins* v.9. São Paulo: RT, 2006

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. 2. ed. Milano: A Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 1996.

TESHEINER, José Maria. Juizados especiais federais cíveis: procedimentos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 17, p. 13, maio-jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Ação rescisória - violação a literal disposição de lei. *Juris Sintese*, n. 36, jul.-ago. 2002.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do et al (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

WAGNER JR., Luiz Guilherme da C. O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais: aplicação do princípio da fungibilidade. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v.11.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: RT, 2006.

_____. WAMBIER, Teresa A. A.; MEDINA, José M. G. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Ação rescisória e decisões proferidas no processo de execução: novas reflexões à luz das disposições da Lei n. 11.232/05. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 109, jan.-mar. 2003.

_____. Ação rescisória em matéria constitucional. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (coord.). São Paulo: RT, 2001, v. 4.