

JOÃO PAULO DE SOUZA

***A RESCISÃO DOS JULGADOS
NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS***

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina - UFSC como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Eduardo de Mello e Souza

Florianópolis (SC), Julho de 1997

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

A RESCISÃO DOS JULGADOS
NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

JOÃO PAULO DE SOUZA

Monografia apresentada como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Professor
Eduardo de Mello e Souza

Florianópolis, Julho de 1997

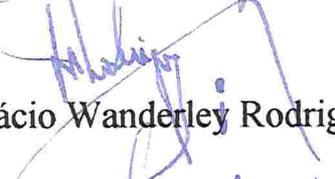
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

A presente monografia final, intitulada **A RESCISÃO DOS JULGADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**, elaborada pelo acadêmico João Paulo de Souza, e aprovada pela banca examinadora composta pelos Professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

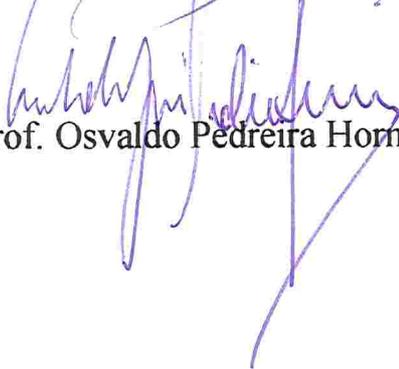
Florianópolis (SC), 10 de dezembro de 1997.



Prof. Eduardo de Mello e Souza



Prof. Horácio Wanderley Rodrigues



Prof. Osvaldo Pedreira Horn

Para minha mulher
Ivan Aparecida

e aos meus filhos
Flávia Melissa
Leonardo Rafael,
Valéria Taís

vítimas do meu alheamento

VERDADE

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil da meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebertaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso,
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade
(Corpo, 1986)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
-------------------------	----------

CAPÍTULO I ATOS E DECISÕES JUDICIAIS

1. Atos e Fatos Jurídicos Processuais.....	14
1.1 Definição e Classificação Doutrinária	15
1.2 Pressupostos de Validade dos Atos Jurídicos	16
1.3 Inexistência, Validade e Eficácia	17
1.4 Nulidade e Anulabilidade	19
2. Sentenças, Decisões Interlocutórias, Despachos	21
2.1 Efeitos Principais da Sentença de Mérito	24
2.2 Sentenças Inexistente, Nula e Rescindível	26
3. Coisa Julgada	30
3.1 Preclusão e Coisa Julgada Formal	32
3.2 Sentença de Mérito e Coisa Julgada Material	33

CAPÍTULO II

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

1. O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição	44
2. O Princípio do Devido Processo Legal	46
2.1 O Devido Processo Legal Substantivo e Processual	48
3. Princípios Derivados do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e do Devido Processo Legal	51
3.1 Princípio do Juiz Natural	52
3.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	54
3.3 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	57
3.4 Princípio da Publicidade e Motivação das Decisões Judiciais	59
3.5 Princípio da Imparcialidade	61

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

1. Conciliação e Transação	66
2. Duplo Grau de Jurisdição	69
3. Princípios Processuais dos Juizados Especiais Cíveis	70
3.1 Oralidade, Informalidade e Simplicidade	70
3.2 Celeridade e Economia Processual	72

CAPÍTULO IV

IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

1. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação	75
2. Ação Rescisória	78
2.1 Conceito e Natureza Jurídica da Ação Rescisória	79
2.2 Fundamentos Políticos da Ação Rescisória	83
2.3 Pressupostos Genéricos da Ação Rescisória	87
2.4 Pressupostos Específicos da Rescisão	88
3. Ocorribilidade dos Pressupostos da Ação Rescisória nos Juizados Especiais Cíveis ..	101
3.1 Opção do Autor pelo Rito	101
3.2 Dispensabilidade do Advogado	104
3.3 Causas de Rescindibilidade	105

CAPÍTULO V

A VEDAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA

NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

1. Alternativas para a Rescisão dos Julgados nos Juizados Especiais Cíveis	109
1.1 As Ações de Invalidez de Atos ou Negócios Jurídicos	110
1.2 Ação de Nulidade	111
1.3 Ação Anulatória	114
2. Rescisão de Atos Judiciais	118
2.1 Sentença Homologatória da Transação	120

3. Alternativas Doutrinárias para Rescisão dos Julgados nos Juizados Especiais Cíveis ..	122
4. Implicações Jurídico-Políticas da Vedação Legal	130
5. Análise da Constitucionalidade do Artigo 59 da Lei nº 9.099/95	139
À GUIA DE CONCLUSÃO	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163

INTRODUÇÃO

Em 07 de novembro de 1984, a Lei nº 7.244 deu à luz uma forma especializada de jurisdição -- o Juizado Especial de Pequenas Causas --, competente para o processo e julgamento das causas de reduzido valor econômico. Esse passo, deu-o o legislador movido pelo sucesso da experiência iniciada no Rio Grande do Sul, através da criação dos conselhos de conciliação e arbitramento, no que foi seguido por São Paulo, com a implantação dos juizados informais de conciliação. Ambas as experiências objetivaram não só proporcionar maior acesso à justiça, mediante a criação de novas formas de composição dos conflitos de interesses, com maior celeridade e menor custo para os jurisdicionados, mas também amainar a crise de legitimidade do Judiciário perante grande estrato da população, insatisfeita com a demora, com o custo e com as fórmulas e ritos que fazem do processo um fim em si mesmo e não instrumento a serviço da justiça e do direito material das partes desavindas.

Nada obstante o sucesso daquela Lei e a preocupação de juristas estrangeiros e nacionais com o tema do *acesso a justiça*, continuou grande o desinteresse da doutrina com o fenômeno da *litigiosidade contida*, gerado pela descrença no Judiciário, pelo custo e pela demora do processo, bem como pela ausência de instrumentos capazes de dar efetividade ao processo como método heterônimo de solução de conflitos. Enormes também foram a resistência de advogados e as restrições que lhe faziam alguns juízes que, apegados às fórmulas e aos ritos, descolados da realidade e dos problemas que afetam as sociedades de massa, não viam nem ouviam o clamor dos excluídos pugnando por justiça e pela efetividade dos direitos sempre anunciados nas leis, e nunca cumpridos na prática social, política e jurídica. Foi o grito das ruas, que despertou a consciência jurídico-política do legislador constituinte e o levou a reservar prestígio às *pequenas causas*, estatuinto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a obrigatoriedade da criação dos “*juizados especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau*”.

Obediente a este comando constitucional, o legislador ordinário trouxe ao mundo jurídico a Lei nº 9.099, em 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Embora na esfera cível, a experiência dos Juizados Especiais de Pequenas Causas datasse de mais de 10 anos, com sucesso em pelo menos três Estados da Federação, este novo diploma legal é tido por vários doutrinadores como *revolucionário*, quer na esfera cível, quer na criminal, de vez que permite não só um maior acesso à justiça, como também a celeridade, a presteza e a dinamização da prestação jurisdicional, através da aplicação do princípio da oralidade, em grau máximo, e de maior abertura a autocomposição, pela via da conciliação, da transação e da arbitragem.

Malgrado reconhecerem o avanço legislativo, várias foram as críticas patrocinadas pela doutrina e pelos operadores jurídicos, nomeadamente quanto à amplitude de causas sujeitas ao novo microsistema processual, de vez que se instituiu competência ao Juizado Especial Cível para o processo e julgamento de causas cíveis de valor não excedente a quarenta vezes o salário mínimo, bem como das ações arroladas no inciso II, do art. 275 do CPC, das ações de despejo para uso próprio e das possessórias sobre imóveis de valor não excedente ao da sua alçada -- não se referiu a lei às possessórias sobre bens móveis.

Entretanto, as críticas fazem pouco mais do que repetir a velha cantilena: em razão das deficiências da máquina judiciária e com o elevado número de demandas que terão de julgar, os Juizados Especiais Cíveis, só por isso, já correm o risco de ficarem emperrados, com trabalho acumulado, de modo que os objetivos que determinaram a sua criação podem ser facilmente desvirtuados, frustrando as expectativas dos jurisdicionados e dos operadores jurídicos, escaldados com o insucesso do antigo procedimento sumaríssimo do Código de Processo Civil. Todavia, esses críticos se esquecem de que as deficiências da máquina judiciária não decorrem apenas da falta de recursos humanos e materiais, mas também é fruto de uma mentalidade dogmática formalista, de magistrados e operadores jurídicos inscientes da crise de legitimidade da Justiça, de juízes e advogados infensos a novos métodos de pensamento e a novas alternativas de solução dos conflitos jurídico-sociológicos que permeiam a sociedade de massas. A tudo isso ainda se soma um ensino jurídico apegado às concepções positivistas, cegas à emergência de novos direitos e de novos conflitos sociais, que tornam imprestáveis as soluções propugnadas pelo individualismo impregnado nos conceitos de jurisdição, de processo e de procedimento formulados pela ciência jurídica do século XIX, fundada na filosofia liberal-iluminista clássica.

Também o entusiasmo irrefletido é tão irritado quanto a crítica vã: se esta é social e juridicamente cega, aquele é politicamente míope, pois acaba deixando de lado as deficiências do próprio texto legal, em especial de certos dispositivos que atentam contra princípios fundamentais do ordenamento jurídico, estatuídos pela Constituição Federal. Deste modo, com a Lei nº 9.099/95, dá-se algo aos cidadãos com a mão esquerda e se lhes tira com a mão direita. Mesmo reconhecendo o caráter inovador, revolucionário e promissor do microssistema dos Juizados Especiais, não se pode deixar sem críticas as lacunas da lei, os erros de técnica legislativa, as omissões, as faltas (in)conscientes, as opções políticas e até mesmo a pressa do legislador em editar um diploma legal com defeitos técnico-jurídicos, que trazem aos operadores do direito dificuldades à correta interpretação e aplicação da lei na prática forense cotidiana.

Mas não nos propomos a tal empreitada: primeiro seria temerário, dado que somos faltos em ciência jurídica para dar tamanho salto; segundo, porque desbordaria os limites de uma monografia. Por isso, deixando de lado as surradas críticas às deficiências da máquina judiciária e outros problemas presentes na Lei nº 9.099/95, nosso objetivo é focalizar e afrontar tão somente o teor artigo 59, que veda a ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, nomeadamente em face dos princípios do processo civil insitos na Constituição Federal, de vez que estes constituem garantias fundamentais da cidadania, as quais não podem ser subtraídas pela lei, em nome da celeridade processual, da imunização das decisões judiciais ou em razão da menor complexidade das causas que devem julgar os Juizados Especiais Cíveis.

Portanto, é sobre a vedação da admissibilidade da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis que se demarcará o tema da pesquisa, pois, temos por certo que se retira do sucumbente o único remédio jurídico processual apropriado para desconstituir sentenças de mérito transitadas em julgado, proferidas com os vícios de ilegalidade previstos no art. 485 do Código de Processo Civil. Daí porque este estudo também fará análise da constitucionalidade do dito art. 59, com o fim de determinar se tal vedação constitui apenas uma limitação ao exercício do direito de impugnação das decisões judiciais ou se nele radicam ofensas às garantias constitucionais do processo civil, expressas, sobretudo, pelos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do devido processo legal, nas suas vertentes substancial e instrumental.

Ademais, afigura-se-nos que a vedação da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis constitui-se uma restrição ao exercício da pretensão à tutela jurisdicional devida pelo Estado ou uma incisão no poder processual de acesso à justiça, contraditoriamente, enfim, com o escopo

sociais e políticos da tutela constitucional do processo e com os valores ético-políticos que informaram a edição da Lei 9.099/95, de vez que o Judiciário estará de portas cerradas para banir do mundo jurídico julgados eivados de vícios que impingem lesão a direitos de quem postula a prestação jurisdicional. A oralidade obtida a partir de uma maior concentração dos atos processuais e da sumarização da cognição judicial; o grande número de causas a serem julgadas e a presença de juízes leigos e conciliadores sujeitos aos mesmos impedimentos que se aplicam ao juiz togado na função judicante são fatos que permitem antever uma maior ocorrência das causas de rescindibilidade previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.

Destarte, é injustificável que, dado o pequeno valor econômico das demandas ou a necessidade de rapidez no deslinde das causas, seja vedada a possibilidade de desconstituição de sentenças eivadas de ilegalidade. Mesmo porque o valor monetário não é uma medida apropriada da complexidade e da relevância de uma causa, e a celeridade não pode sacrificar direitos individuais ou afastar do julgamento dos Tribunais uma decisão prenhe de vícios intoleráveis, fazendo com que a coisa julgada, em vez de propiciar segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, seja fonte de frustração e convalidação de injustiça e de lesão a direitos dos jurisdicionados.

No primeiro capítulo, a pesquisa focalizará os *Atos e Decisões Judiciais*, partindo da análise dos pressupostos de validade que fundamentam as nulidades e anulabilidades dos atos jurídicos, a classificação das sentenças e a determinação dos efeitos formais e materiais delas decorrentes, culminando com o estudo da coisa julgada, como força e autoridade, como qualidade que torna imutável e indiscutível a sentença de mérito dentro do mesmo processo em que foi proferida, sem o que não se poderá exercer a pretensão rescisória, visando à desconstituição da sentença que padece vícios decorrentes de erros de juízo ou de erros de atividade do órgão jurisdicional.

O segundo capítulo será centrado na descrição das *Garantias Constitucionais do Processo Civil* instituídas pela Carta Federal de 1988, que são, em rigor, os princípios fundamentais que estruturam o ordenamento jurídico processual, aos quais se subordinam as normas reguladoras do processo e do procedimento como instrumentos da jurisdição, ou melhor, como método e formas legais pelas quais o Estado cumpre a função de dizer o direito a quem exerce a pretensão à tutela jurisdicional, visando à solução de conflitos intersubjetivos de interesses. São os princípios constitucionais do processo garantias indeclináveis da cidadania, a

possibilidade real de que os conflitos de interesses que conformam a lide sejam julgados por um juiz preconstituído, competente e imparcial, seguindo o processo e o procedimento legalmente instituídos para a solução heterônoma da *res in iudicium deducta*. Da colação do teor do art. 59 da Lei nº 9.099/95 com as garantias constitucionais assinaladas é que se determinará se a inadmissibilidade da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis resiste ou não à normatividade inerente aos princípios constitucionais que fincam os fundamentos sobre os quais o processo civil assume a feição de instrumento de realização do direito material e de acesso do cidadão à ordem jurídica justa. Portanto, nesse ponto, o objetivo é estudar o conteúdo e o alcance dos princípios constitucionais do processo civil, de modo a determinar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 59 da Lei nº 9.099/95, que veda a admissibilidade da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis.

Segue o trabalho, no capítulo III, com a análise dos *Princípios Informativos dos Juizados Especiais Cíveis*, a fim de perceber a estrutura jurídico-positiva do microsistema processual desenhada pelo constituinte e pelo legislador ordinário, na Constituição Federal e na Lei nº 9.099/95, respectivamente. Pelo estudo dos princípios que estruturam o novel microsistema processual poder-se-ão, também, vislumbrar os valores e as opções políticas do legislador ao instituir os Juizados Especiais como órgãos da Jurisdição, bem como detectar as razões que o levaram a excluir o remédio heróico da rescisória nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/95.

Partindo da distinção entre recursos e ações autônomas de impugnação, da demonstração da natureza jurídica e dos fundamentos político-jurídicos da existência da ação rescisória no sistema processual brasileiro, o capítulo IV centra-se no estudo da ação rescisória à luz da dogmática jurídica dos dispositivos do art. 485 do Código de Processo Civil, que ensejam a rescindibilidade dos julgados no Juízo Cível comum. Com este aparato teórico-conceitual, torna-se possível prescrutar sobre a ocorribilidade dos pressupostos específicos da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, não obstante a vedação legal.

Ao tratar especificamente do conteúdo do art. 59 da Lei nº 9.099/95, o capítulo V objetiva responder três questões: as implicações jurídico-políticas da vedação legal da ação rescisória, as alternativas existentes no sistema processual brasileiro, ou seja, os remédios jurídico-processuais reservados para a desconstituição das decisões nos Juizados Especiais Cíveis e a constitucionalidade da norma do artigo 59, que fecha os Tribunais a quem sofrer

lesão com sentenças não apeláveis, embora eivadas de ilegalidade, porque presentes as hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil.

A realização deste trabalho foi permeada de extensas dificuldades. A primeira, advém de que os comentadores da Lei nº 9.099/95 -- já foi assim em relação à Lei nº 7.244/84 -- em nenhum momento analisam as situações jurídicas derivadas da vedação legal da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis. Seus comentários ou são lacônicos ou contornam o problema ou se resignam com beata genuflexão diante da lei, de modo que pouca luz se busca na doutrina. A segunda, é que a jurisprudência também pouco, ou nada, construiu sobre a questão, mesmo considerando o período de existência dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. Assim, foi com as luzes da teoria geral do processo, da doutrina do direito constitucional e da dogmática processual que buscamos os elementos para análise do tema proposto, bem como para encontrar remédios jurídico-processuais, dentro do próprio sistema processual, capazes de solucionar as situações jurídicas criadas pelas sentenças inquinadas de vícios, que não só reforçam a descrença na Justiça, mas, sobretudo, denotam a incapacidade do Estado de pacificar com justiça os conflitos jurídico-sociológicos, abrindo ainda mais as condições de possibilidade para a criação de uma *justiça paraestatal* atentatória das conquistas da civilização.

Resta dizer, por fim, que sempre tivemos consciência de que um trabalho de tal natureza mais descreve do que analisa, mais indaga do que responde. E mais: a nosso ver, este estudo não vale pelo que disse, mas vale pelo que deixou em aberto para que se diga, por quem se dispuser, pela *praxis* -- prática e reflexão transformadoras -- a superar os erros e as faltas de quem tentou dizer, e pouco disse, a respeito do objeto de estudo a que se propôs.

CAPÍTULO I

ATOS E DECISÕES JUDICIAIS

1. ATOS E FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Os fatos e atos jurídicos *lato sensu* ou são de direito material ou de direito processual. Em sentido restrito, são *fatos jurídicos* (materiais ou processuais) os acontecimentos naturais, causais, independentes da vontade humana; são *atos jurídicos* (materiais ou processuais), o acontecimento voluntário, fruto da inteligência e da vontade, querido e desejado pelo agente. O *negócio jurídico* constitui modalidade específica de ato jurídico, seja de natureza material ou processual. Por seu turno, as ações humanas contrárias à lei são *atos ilícitos*, os quais podem se dar, também, no campo do direito material ou processual. Como atos jurídicos de direito material podem-se nomear: a transação, a novação, o pagamento de dívida, a oferta de recompensa, o aviso ao locatário da venda do bem locado, a comunicação do achado de coisa perdida etc. São exemplos de atos jurídicos processuais a petição, a contestação, a inquirição de testemunhas, a citação do réu, a intimação das partes, dentre outros.

O Código de Processo Civil também faz implícita distinção entre fatos e atos processuais, como por exemplo, a dicotomia expressa no art. 88, III -- fato ocorrido ou ato praticado -- e no art. 100, V -- lugar do ato ou do fato. Como no direito material, os *atos processuais* têm a marca da voluntariedade, porque jungidos à vontade, ao querer do agente, como por exemplo, a petição inicial, a citação, a contestação, a oitiva de testemunhas, o deferimento de perícia; os *fatos processuais* são fenômenos involuntários, acontecimentos naturais em que ressalta o caráter da causalidade, v.g. a morte do advogado da parte, a suspensão do expediente forense, o desaparecimento dos autos do cartório. Portanto, todos os acontecimentos que repercutem no processo, capazes de constituir, resguardar, modificar ou extinguir direitos ou situações jurídicas processuais, ocorram de modo involuntário ou em razão da prática voluntária de atos (omissivos ou comissivos) dos sujeitos processuais, respectivamente, são fatos ou atos processuais.

Vale lembrar, entretanto, que os atos jurídicos de direito material poderão constituir-se

em atos processuais se forem processualizados, ou seja, se forem trazidos pelas partes ao processo, pois, como ensina Pontes de Miranda (1996:05), “os atos jurídicos de direito material são *admissíveis* em juízo, isto é, no processo, segundo a lei processual que lhes determina *efeitos processuais e conseqüências processuais*” (grifos do autor).

Os atos processuais são regulados pelo Título V do Código de Processo Civil, dentre os quais destacam-se, para efeitos do nosso estudo, os atos do juiz (Capítulo I, Seção III, arts. 162 a 165) e a matéria pertinente às nulidades (Capítulo IV, Seções III, arts. 213 a 233 e Seção IV, arts. 234 a 242). Dos atos das partes, interessa-nos os atos jurídicos de direito material que, processualizados, repercutem no processo, e ensejam a rescisão de que trata o art. 486 do Código de Processo Civil, matéria que será tratada no capítulo IV deste trabalho.

1.1. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O Código de Processo Civil não define o ato processual. Define-o a doutrina, porém, com base nos efeitos que os atos das partes produzem no processo. Em perspectiva de maior alcance, Pontes de Miranda (1996:17) agrupa na categoria dos atos processuais “todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definição do processo, de desenvolvimento e terminação da relação jurídica processual e de terminação do processo (nem sempre contemporâneas)”. Para Moacir Amaral Santos (1994:275), “são atos processuais os atos que têm importância jurídica para a relação processual, isto é, *aqueles atos que têm por efeito a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a cessação da relação processual*”. Sucinta e clara, porém, é a definição dada por Humberto Theodoro Jr. (1994:214), extraída dos ensinamentos de Couture, que diz ser ato processual “o ato jurídico emanado das *partes*, dos *agentes da jurisdição*, ou mesmo de *terceiros* ligados ao processo, suscetível de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais”. (grifos dos autores).

O Código de Processo Civil classifica os atos processuais pelos critérios subjetivo e objetivo: no primeiro, agrupa os atos processuais segundo a origem, tomando em conta as pessoas que os praticam no processo, ou seja, como ato das partes ou de terceiros, ou dos agentes da jurisdição; no segundo, considera os atos segundo sua natureza e sua finalidade, isto é,

considerados objetivamente, os atos processuais podem se constituir em atos de postulação, atos de prova, atos de jurisdição, aos quais Sérgio Bermudes (1995:114) nos dá as seguintes definições, a que seguimos nossos exemplos: “*Atos de postulação* são os atos que, de qualquer modo, reclamam a jurisdição: da demanda, que efetiva o direito de ação, à resposta, que realiza o direito de exceção, aos múltiplos requerimentos e promoções, que se acumulam no processo”. São exemplos: a petição inicial, a contestação, o requerimento de citação do réu, a promoção do Ministério Público, a intervenção de terceiros, o requerimento de juntada de documentos ou a manifestação sobre eles, etc. “*Atos de prova* são os atos tendentes a convencer da certeza do que no processo se alega”. Chamados também de atos instrutórios, porque se dirigem à descoberta da verdade e à formação do convencimento do juiz, tais atos podem ser praticados pelos órgãos e auxiliares judiciários, pelas partes ou por terceiros, v. g. a inspeção judicial, o laudo pericial, documentos escritos ou produzidos oralmente em audiência, como os termos de depoimentos das partes e das testemunhas, etc. “*Atos de jurisdição* são os atos que exprimem a vontade estatal na condução do processo, desde a sua formação até a sua extinção”, dos quais fazem parte os atos do juiz ou dos agentes judiciários, permanentes ou temporários (escrivão, oficial de justiça, contador, perito, intérprete, avaliador, depositário, dentre outros).

1.2. PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS

Qualquer evento material ou conduta humana pode qualificar-se como *fato jurídico*, desde que o Direito lhe atribua conseqüências jurídicas, enquanto que se qualifica como *ato jurídico* qualquer acontecimento voluntário, preordenado a interferir na esfera jurídica dos indivíduos, pois contém uma declaração que produz conseqüências jurídicas ou efeitos de direito.

Antes, porém de tratar dos elementos constitutivos (pressupostos essenciais) do ato jurídico, como a capacidade do sujeito, objeto lícito e possível e forma exigida ou não defesa em lei, é preciso distinguir-se os três planos em que se divide o mundo jurídico (o da existência, da validade ou da eficácia) sob pena de haver confusões entre invalidade (nulidade ou anulabilidade), ineficácia e inexistência. Isto porque, para que seja apto a permanecer e atuar no mundo jurídico o fato jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* tem primeiro de adentrar no mundo

jurídico, o que ocorre por incidência de uma norma jurídica. E, para que um ato jurídico possa valer, é preciso que exista, mesmo com suporte fático deficiente.

1.3. INEXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Segundo Pontes de Miranda (1973:04),

no mundo jurídico, há três planos diferentes: o *plano da existência*, em que há fatos jurídicos, e não mais suportes fáticos; o *plano da validade*, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não válido (nulo ou anulável); o *plano da eficácia*, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição de réu); exceções (grifos do autor).

Do fato jurídico ou dos atos ilícitos (atos-fatos)¹ tem-se de falar de existência e de eficácia (efeitos que lhe imputa o sistema normativo) e não de validade ou invalidade, porque a seu respeito não cabe discutir se vale ou não vale. Sirva de exemplo o nascimento, a morte natural ou o assassinato, o furto, o pagamento do título de crédito. Já do ato jurídico, há de se ressaltar a existência, antes de discutir a validade e a eficácia, porque, antes de valer ou ser eficaz o ato jurídico tem de existir, posto que a existência do ato jurídico é questão prévia à verificação dos requisitos de validade. Se não há ato jurídico nada há que possa ser válido ou inválido. Sirva de exemplo a sentença não assinada pelo juiz ou a sentença não publicada: sentença não há e, portanto, as partes não podem invocar a nulidade ou a anulabilidade, ou o juiz decretar-lhe, porque, por inexistir, nem chegou a entrar no mundo jurídico. Por isso, a feliz síntese de Pontes de Miranda (1973:34): “Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico, e se tornaram, assim, atos jurídicos”.

Distintos também são os planos da validade e da eficácia. Eficácia quer dizer efeitos

¹ Cabe aqui a advertência de Pontes de Miranda (1973:30) de que deve-se ter “sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*. O pagamento, por exemplo, pode ser ineficaz; não, inválido”.

típicos, próprios, produzidos pelos fatos jurídicos ou pelos atos jurídicos *stricto sensu*. Entretanto, há atos jurídicos que, embora existentes, não são eficazes. Exemplo apropriado ao caso é a sentença pendente de recurso: antes de trãnsita em julgado nenhuma eficácia tem; embora perfeita como ato do juiz, aguarda o momento próprio da eficácia.

Já se disse que há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir a validade ou invalidade, como é o caso do nascimento, da loucura, da inundação. Regra geral, os atos jurídicos nulos são ineficazes, a menos que a lei atribua efeitos ao nulo, como ocorre, por exemplo, no casamento putativo (Código Civil, art. 221).

O ato jurídico (ou o negócio jurídico) *stricto sensu* nulo é de suporte fático deficiente. Por isso, regra geral, é ineficaz, ou seja, é ato não apto à irradiação de efeitos jurídicos. Entretanto, o ato jurídico *stricto sensu* (ou negócio jurídico) anulável é eficaz, enquanto não se admite, em sentença, que não tenha eficácia. Por isso, segundo Pontes de Miranda (1973:30), “não se pode ligar o conceito de invalidade (nulidade, anulabilidade) ao de eficácia”, porque, embora deficiente o suporte fático, pode ser suficiente para gerar os efeitos queridos pelos sujeitos ou aqueles preordenados pelo sistema normativo. Portanto, válidos são os atos jurídicos *stricto sensu* (ou negócios jurídicos) que apresentam todos os pressupostos de validade (agente capaz, objeto lícito e possível e forma prescrita ou não proibida em lei). Em outras palavras, a validade tem a ver com a não-ocorrência de causas de nulidade ou de anulabilidade.

Portanto, sendo a eficácia a irradiação de efeitos típicos, próprios, do ato jurídico e a validade a situação de possibilidade de permanecer e atuar no mundo jurídico, conclui-se que a eficácia ou ineficácia é questão estranha à nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, de vez que, os pressupostos de validade referem-se ou ao sujeito, ao objeto ou à forma. Por isso, como bem ensina Pontes de Miranda (1973:31), “se a falta de satisfação do pressuposto acarreta deficiência que se faz sentir, no mundo jurídico, *desde a entrada e para sempre*, do suporte fático (nulidade), ou *desde a entrada dele mas por algum tempo* (anulabilidade), é questão de técnica legislativa que o sistema jurídico resolve, conforme os seus intuitos de política jurídica” (grifos do autor).

1.4. NULIDADE E ANULABILIDADE

Distintos também são os conceitos de nulidade e de anulabilidade, embora ambas sejam deficiências do suporte fático, espécies de invalidade. Por isso, não se pode falar de nulidades ou anulabilidades supervenientes, pois, apenas, o que pode sobrevir é a ineficácia, que é falta de efeito típico, próprio, do ato jurídico. Inconfundível também são os conceitos de nulidade e inexistência, pois nulo não quer dizer *não-ser*, mas significa *não-valer*.

O nulo existe e, por isso, são nulos os atos jurídicos (ou os negócios jurídicos) que foram criados com vício grave, isto é, sem a satisfação dos pressupostos de validade já referidos, ou com a infração das leis reguladoras do ato jurídico, como por exemplo o testamento feito por pessoa absolutamente incapaz, a compra e venda de objeto ilícito, ou a transcrição da transmissão da propriedade por instrumento particular. Assim, com tal defeituosidade, com tão grave “défice no suporte fático”, tais atos são, segundo Pontes de Miranda (1973:51) nulos, porque:

a) são insanáveis as suas invalidade e irratificáveis, tanto que confirmação deles, a rigor, não há, há firmação nova, *ex nunc*, e de modo nenhum confirmação; b) qualquer interessado, e não só o figurante, pode alegar e fazer ser pronunciada a nulidade, dita, então, deficiência absoluta; c) o juiz, encontrando-as, ainda se não arguídas, pode decretá-las; d) para suscitar o pronunciamento judicial sobre elas não precisa o interessado de propor demanda (ação ordinária, ou não), e até *incidenter* é suscitável; e) não corre a prescrição da pretensão à decretação da nulidade; f) é sem efeito.² (grifos do autor)

Enquanto a distinção entre o inexistente e o nulo ocorre no plano da existência (= entrada no mundo jurídico), a distinção entre nulidade e anulabilidade é interna ao plano de validade do ato jurídico, não só porque o nulo e o anulável existem, embora, como já se disse, com suporte fático deficiente, mas porque a diferença entre o nulo e o anulável é baseada em maior ou menor gravidade do défice fático. O ato jurídico é nulo ou anulável porque não houve subsunção ao modelo legal, isto é, porque alguma regra jurídica sobre nulidade ou anulabilidade o atinge quando da sua formação ou da sua entrada no mundo jurídico.

² Contudo, lembra Pontes de Miranda (1973:52) que: “São raros, porém o direito positivo conhece: negócios jurídicos nulos sanáveis ou ratificáveis; negócios jurídicos nulos de alegação relativa, e não pelo simples interessado; negócios jurídicos nulos para cuja decretação de nulidade se precisa de “ação” e, por vezes, de “ação ordinária”; negócios jurídicos nulos a que se fixou prazo preclusivo, ou de prescrição, para ser pedida a decretação da nulidade; negócios jurídicos nulos, mas eficazes no todo ou em parte dos efeitos. Dá-se o mesmo, embora mais raramente, com atos jurídicos *stricto sensu* nulos”.

Por tudo isso, não se pode confundir nulidade (muito menos ainda anulabilidade) com ineficácia, porque esta não resulta daquela e a nulidade pode produzir ou não produzir ineficácia. Atos jurídicos anuláveis ou nulos podem ser eficazes, porque a ineficácia não é, de modo nenhum, sinal de que o ato jurídico seja nulo. Isso quer dizer que a nulidade não basta, em todos os casos, para se afirmar a ineficácia. A deficiência do suporte fático, a defeituosidade, indica tratar-se de nulidade ou anulabilidade, não de ineficácia, porque há negócios jurídicos ineficazes não-nulos, como no exemplo de Pontes de Miranda (1973:59), de palmar clareza para entendimento do assunto: “A falta de poderes não determina nulidade, nem inexistência (...). O ato jurídico do gestor de negócios ou do procurador sem poderes suficientes existe e vale -- não tem eficácia quanto ao *dominus negotii*, o que é outra coisa. A ratificação dá-lhes esta eficácia”.

A anulabilidade depende de decretação para desconstituir o ato jurídico existente e seus efeitos (eficácia), enquanto não prescrita a ação ou não for sanado o defeito. A nulidade depende de decretação apenas para desconstituir o ato jurídico, porque, como já se disse, de ordinário, o nulo não produz efeitos. Por isso, segundo ensina Pontes de Miranda (1973:67):

Não se precisa pedir a declaração de ineficácia do nulo; pede-se a desconstituição do existente nulo: a declaração de ineficácia seria sem outro alcance que elucidativo. Não assim quanto à decretação da anulação: então, não bastaria pedir-se declaração de ineficácia e, pedida, seria prematura, porque ainda não se decretara a anulação e poderia ser desfavorável a decisão: ter-se-ia de pedir, antes, e obter-se, a decretação da anulação, sem a qual a eficácia não seria atingida. A extinção *ex tunc* é efeito da decisão: eficácia da sentença contra eficácia do anulável. É isso o que diz essa regra jurídica que estabelece que as anulabilidades não tem efeitos antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício.

Embora inválido, o anulável produz efeitos, tem eficácia. Só o deixa de produzir quando transita em julgado a sentença constitutiva negativa, como por exemplo a ação rescisória que viola literal disposição de lei, ou a ação anulatória de transação, por vício de vontade, que desconstitui o ato jurídicos apaga, *ex tunc*, os efeitos anteriores à sentença. Isso quer dizer que as anulabilidades dependem, sempre, da propositura de ação, em processo próprio, porque enquanto não for decretada a anulação o ato jurídico (ou o negócio jurídico) existe, produz efeitos, e toda conduta contrária a ele é antijurídica.

No direito brasileiro, as causas de nulidade ou de anulabilidade decorrem de defeitos, de desfalque no suporte fático dos atos jurídicos *stricto sensu* ou negócios jurídicos que deram entrada no mundo jurídico. Os vícios de maior gravidade levam à nulidade, como o ato jurídico

praticado por pessoa absolutamente incapaz, ou quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto, ou quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, ou quando a lei explicitamente o declarar nulo ou lhe negar efeitos. Os defeitos menos graves fundam as anulabilidades, como a incapacidade relativa do agente ou os vícios de vontade (erro, dolo, coação, simulação, ou fraude contra credores).

A nulidade, porém, é inconvalidável: não sobrevem, jamais, validação, a menos que lei nova, apesar dos defeitos, integre o ato no mundo jurídico, com efeito *ex tunc*. Entretanto, as anulabilidades convalescem pela sanção do defeito, que pode ocorrer ou pela ação do tempo, ou pelo suprimento da vontade, mediante confirmação ou ratificação do ato praticado.

2. SENTENÇAS, DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS, DESPACHOS

Não obstante o juiz exerça no processo atividades de ordem material, dos atos de jurisdição merecem destaque os atos do juiz, consistentes em decisões, pronunciamentos ou provisões, as quais o Código de Processo Civil, no artigo 162, *caput*, denomina *sentença, decisão interlocutória e despacho*, realizados todos com o fito de impulsionar o processo para o seu fim, a sentença, julgando-lhe ou não o mérito da causa.

Julgando a questão de fundo, publicando a sentença de mérito, o juiz encerra o seu ofício, só podendo alterá-la para corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo, ou, ainda, por meio de embargos de declaração (CPC, art. 463, I e II). Só extingue o processo sem julgamento do mérito se lhe faltar os pressupostos de formação e desenvolvimento válido do processo, isto é, por ser impossível ao juiz fazer a entrega da prestação jurisdicional, por falta de atendimento das condições da ação ou dos pressupostos processuais. Portanto, dentre as atividades do juiz, os atos de maior relevo são os atos decisórios, porque, segundo Pontes de Miranda (1996:17) “contêm entrega de prestação jurisdicional, por mínima que seja”.

O legislador processual definiu também, nos parágrafos do art. 162, os atos judiciais. No § 1º, diz que “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito

da causa”.³ Assim, *sentença* designa a decisão ou a solução dada pela autoridade judicial a toda e qualquer questão submetida à sua jurisdição. Em senso largo, o termo é compreensivo dos pronunciamentos finais dos juízos singulares, no primeiro grau de jurisdição, ou coletivos, nos tribunais.⁴ No § 2º, o digesto processual brasileiro define *decisão interlocutória* como “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. No § 3º, o Código diz que “são *despachos* todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”.

Por seu turno, a doutrina classifica as sentenças judiciais em definitivas e terminativas.⁵ As *sentenças definitivas* são as que decidem o mérito da ação, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, no todo ou em parte. Em outras palavras, cumprem a prestação jurisdicional devida pelo Estado e postulada pelo autor. Segundo Humberto Theodoro Jr. (1994:449), a sentença definitiva “extingue o direito de ação”. Sem razão, porque o Estado não deve ao jurisdicionado qualquer prestação jurisdicional, mas sim uma *sentença justa*, condizente não só com o direito material mas, também, consentânea com a realidade social. A uma sentença iníqua, ainda que trãnsita em julgado, reserva-lhe o ordenamento jurídico remédios jurídicos processuais, os quais só podem ser utilizados se permanecer intacto o direito de ação, ou seja, se garantida a inafastabilidade da jurisdição estampada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

³ Embora a doutrina critique o legislador quando este usa da lei para definir os institutos jurídicos, Pontes de Miranda (1996:78) considera “louvável a definição de sentença no art. 162, § 1º, preliminarmente, porque todas as hipóteses são de extinção do processo, e quando o juiz profere sentença sem decidir o mérito e se extingue o processo, ou não deixou que se prosseguisse, por algo existir ou ter surgido contra o exercício da pretensão à tutela jurídica (art. 267, I - VI e X), ou terem os atos das partes ou do autor levado à própria extinção do processo (art. 267, VII e VIII). Atos das partes ou do autor podem conduzir a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, II, III e V). A sentença na ação incidental extingue o processo, no tocante a ela, e não no processo da ação principal”.

⁴ Segundo Pontes de Miranda (1996:84): “A sentença põe fim no processo, com ou sem julgamento do mérito. O acórdão pode ser julgado de competência originária do corpo coletivo, o que, no tempo, equivale a sentença; ou de competência recursal, que tanto pode ser em recurso de apelação, caso em que o acórdão corresponde à sentença, ou em agravo de instrumento, ou noutro recurso. Por onde se vê que o recurso pode ser de decisão interlocutória, ou de despacho, e não só de sentença”.

⁵ Pontes de Miranda (1972:167) classifica as sentenças definitivas e sentenças terminativas, respectivamente, como sentenças sobre o mérito e sentenças sobre o processo. Escreve o insigne jurista: “As sentenças podem ser, quanto ao alcance, a) sentenças sobre o mérito, ou de mérito, ou sentenças sobre o fundo, e b) sentenças sobre processualidade (= sentenças que não julgam o mérito). Há sentença sobre o mérito quando se decide sobre a *res deducta*, sobre a relação jurídica que se controverte, sobre o objeto do pedido (*Sachurteil*), porque toda sentença sobre pedido tem objeto. Há sentença sobre o processual (*Prozessurteil*) quando só se decide quanto a algum ato jurídico processual, ou pontos de direito processual, ou sobre a própria relação jurídica processual, sem se atingir a relação jurídica controvertida. Se se disse que o credor não tem direito, pretensão, ou ação, ou que procede a exceção de prescrição, ou outra que encobre a pretensão ou a ação de direito material, decidiu-se quanto ao mérito. Se se disse que foi inepta a petição, ou que faltou a legitimidade *ad processum*, ou que a citação faltou, ou foi nula, ou ineficaz, decide-se quanto ao processo”.

As *sentenças terminativas* são as que extinguem o processo, sem julgamento do mérito. Nelas se decide questão controvertida, de natureza processual. Segundo Sérgio Bermudes (1995:112), a sentença terminativa é

um modo anômalo de extinção do processo, pois ela frustra o objeto da jurisdição, que é prevenir ou solucionar a lide, ou administrar o interesse social relevante, mantendo a estabilidade do grupo social. (...) A extinção do processo sem julgamento do mérito é fenômeno intraprocessual, de eficácia limitada ao processo onde ocorre, não impedindo que o autor torne a propor a ação, salvo se o processo foi extinto pela declaração de perempção, litispendência ou coisa julgada.

São, portanto, sentenças terminativas as que, por exemplo, faltar ao autor legitimidade para agir ou qualquer outra condição da ação (CPC, art. 267, VI) ou a ausência dos pressupostos processuais de formação e desenvolvimento válido do processo (art. 267, IV), ou qualquer outro fato jurídico constante dos demais incisos do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Decisão interlocutória, segundo a definição do art. 162, § 2º, do CPC, “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.⁶ É, portanto, decisão interlocutória toda e qualquer resolução judicial proferida no curso do processo, incidente ou não sobre o mérito da causa, sem, entretanto, extinguir o processo, como sói acontecer quando o juiz indefere requerimento para produção de prova, por exemplo, bem assim quando rejeita a preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pelo réu. Na lição de Nelson Nery Júnior (1996:591),

para classificar o pronunciamento judicial o CPC não levou em conta o seu conteúdo, mas sim sua finalidade; se o ato não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença mas sim decisão interlocutória. Pode haver, por exemplo, decisão interlocutória *de mérito*, se o juiz indefere parcialmente a inicial pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados e determina a citação quanto ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua quanto ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão *de mérito* quando se reconheceu a decadência (CPC 269, IV).”

Os *despachos*, segundo a definição legal do art. 162, §3º, do CPC, “são todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”. Os despachos destinam-se a impulsionar o andamento processo, imprimindo-lhes uma seqüência. Porque têm caráter ordinatório, os despachos nada decidem e,

⁶ Vale lembrar, aqui, a advertência de Sérgio Bermudes (1995:120): “Cumprir não confundir questões e ações incidentais. Estas últimas são ações que se ajuizam ao longo de um processo, dentro dos respectivos autos, ou em autos apartados, relativamente a matéria nele versada, ou antes da formação dele, mas nas quais se formula pedido autônomo de prestação jurisdicional, como na reconvenção, na ação declaratória incidental.”

portanto, não são recorríveis, como acontece, por exemplo, quando o juiz manda citar o réu, intima as testemunhas, defere a produção da prova requerida, ou quando se atende a comandos como: digam as partes, manifeste-se o réu sobre o pedido de desistência da ação, dentre outros.⁷

Pontes de Miranda (1996:81) distingue os despachos de expediente e despachos de mero expediente, diante do que frisa o art. 504 do CPC. Por sua solar clareza, vale transcrever os ensinamentos do emérito jurista:

expediente é tudo que vai ao juiz para resolver: a mais simples juntada é resolução; a mais grave sentença é expediente. A interlocução opõe-se à definitividade, e não a expediente. O que o legislador queria dizer era: (a) que muitos despachos do juiz ou são de simples formação ou de propulsão do processo; (2) que alguns despachos suscitam resolução de questões incidentes, que vão semeando, durante o processo, resposta a problemas jurídicos, sem importarem na entrega da prestação jurisdicional final. Diante do art. 504, não se pode deixar de distinguir despachos e despachos de mero expediente. Para esses não existe recurso (...) Os despachos que não são de mero expediente (= só de expediente) não resolvem, ao passo que os outros resolvem. O que importa é sabermos como hão de ser bem interpretados os arts. 162, como o § 3º, 189 e 504. Se nada se disse no despacho, favorável ou desfavorável, algo que é contrário ao interesse jurídico de algum dos figurantes da relação jurídica processual, tal despacho não foi apenas de expediente (= de mero expediente), razão para, agravando como agravou alguém, dê ensejo a interpor-se agravo de instrumento. Houve algo que não é propriamente 'decisão interlocutória', mas o Código, a propósito do recurso, deu-lhe igual tratamento.

2.1. EFEITOS PRINCIPAIS DA SENTENÇA DE MÉRITO

Não se fará aqui análise dos efeitos das sentenças terminativas, porquanto, tendo como principal efeito a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, *caput* e incisos I a XI), não só deixam incólume a relação substancial controvertida, como não se cobrem com o manto da coisa julgada material e, destarte, não ensejam a rescisão, senão por via do recurso de apelação. Impende, isso sim, identificar os efeitos da sentença de mérito, de vez que nestas pode o julgador incorrer numa ou mais causas de rescindibilidade apontadas no art. 485 do Código de Processo Civil, ensejando o ajuizamento da ação rescisória

⁷ Por não ser aqui a sede apropriada para análise do tema, vale lembrar os ensinamentos de Pontes de Miranda (1996:78): "Há atos do juiz que escapam aos mencionados no art. 162, isto é, não são sentenças, nem decisões interlocutórias, nem despachos. Pense-se na inquirição das partes (art. 344) e na inquirição de testemunhas (art. 413), no exame e no interrogatório do interditando (art. 1.181)."

Segundo a doutrina, a sentença definitiva tem vários efeitos: principais e secundários; formais e materiais.⁸ O primeiro efeito (formal), da sentença é o de por fim ao ofício jurisdicional do juiz, pois que a sua publicação representa a entrega da prestação jurisdicional. Acabando o seu ofício, o magistrado só poderá alterá-la ou para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; ou ainda, por meio de embargos declaratórios, a teor do que prescreve o artigo 463, incisos I e II, do CPC.

Sob o ponto de vista da eficácia, ou seja da “propriedade de ter força ou efeitos”, na expressão de Pontes de Miranda, os efeitos materiais da sentença de mérito se classificam pela preponderância do elemento declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo. Por isso, ensina o eminente jurista que a sentença se classifica conforme o efeito e a força que o autor espera, se a ação for julgada procedente, ou seja, a força eficaz será declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. Em síntese: nenhuma sentença que se conheça é sempre pura, ou seja, capaz de irradiar apenas um efeito, pois, da lavra de Pontes de Miranda (1973:127-8) tem-se que:

não há qualquer sentença em que não haja elemento declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo: toda sentença favorável declara, pelo menos, que podia ser exercida a pretensão à tutela jurídica, ou o interesse do autor; toda sentença favorável constitui, pelo menos, a si mesma, isto é, não havia, antes, sentença, e passa a haver; toda sentença favorável condena o réu, pelo menos, a sofrer a força e a eficácia da sentença e as conseqüências processuais; todas as sentenças têm elemento mandamental, que se exprime na observância de registro, certidões e outros atos; toda sentença favorável, ainda se não retira bem da vida de um para outro patrimônio, põe na esfera jurídica do autor o julgado, que é *plus* em relação à situação da esfera jurídica do réu, em que esse se pôs em atitude, que justificou o *minus* expresso na decisão.

Importa-nos sobretudo identificar os efeitos da sentença para podermos, desde já, perquirir a força eficaz da sentença proferida na ação rescisória, ou seja, sobre a sentença de mérito transitada em julgado, que o rescisor pretende rescindir. Em outras palavras, quais são os efeitos (ou a força) da tutela jurisdicional concedida à parte na ação rescisória, já que este remédio jurídico-processual comporta dois juízos distintos: o juízo rescisório o juízo rescindente?

A tal pergunta, respondemos com o magistério de Pontes de Miranda (1976:137):

⁸ Cf. Humberto Theodoro Júnior (1994:516) que assim classifica os efeitos da sentença de mérito.

A ação rescisória é *constitutiva negativa*, como a ação de revisão criminal: tende à eliminação da sentença que passou em julgado; é ação para destruir, cindindo a coisa julgada formal das sentenças proferidas. Não se fala de destruição da coisa julgada material; porque há rescisão de sentenças que não têm força, nem efeito, de coisa julgada material. Por outro lado, a eficácia da nova sentença ou (1) é negativa, total ou parcial, da eficácia da antiga sentença que acolheu o pedido, ou apenas repele o pedido de rescisão; ou (2) é negativa, total ou parcial, da eficácia da antiga sentença que não acolheu o pedido, e pode ter eficácia a mais do que a força constitutiva, ou apenas repelir o pedido de rescisão.

Daí se conclui que, se procedente a ação rescisória, a sentença que lhe corresponde será constitutiva, e só produz efeitos *ex nunc*, porque a sentença rescindenda deixa de existir como prestação jurisdicional perfeita e acabada e se abre oportunidade de julgamento da *res deducta*; por outro lado, se improcedente, é sentença declarativa negativa, pois que se nega a existência da ação e se afirma a improcedência, gerando efeitos *ex tunc*, típicos das ações declaratórias e condenatórias. Destarte, como a ação rescisória visa a desconstituir a sentença transitada em julgado e, portanto, obter uma sentença constitutiva negativa, a desfavorabilidade da nova decisão proferida no juízo rescisório fá-la declarativa negativa.

2.2. SENTENÇAS INEXISTENTE, NULA E RESCINDÍVEL

A sentença é o provimento judicial, o ato do magistrado, objeto da relação jurídica processual, que, normalmente, põe fim ao processo, extinguindo a relação, pela entrega da prestação jurisdicional devida pelo Estado aos que invocam a sua jurisdição sobre um conflito de interesses.

Destacamos anteriormente, entretanto, que a sentença, como ato jurídico, pode estar dentro ou fora do mundo jurídico (*plano da existência*). Embora o Código de Processo Civil, somente em raríssimas vezes⁹, faça menção à classe dos atos inexistentes, a doutrina admite haver casos em que a sentença é tida por *inexistente*¹⁰, ou seja, é um não-ato ou um não-ser,

⁹ O parágrafo único, do art. 37 do CPC, referindo-se aos atos praticados por advogado desprovido de mandato, diz que se "não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por perdas e danos". (grifamos)

¹⁰ Pontes de Miranda (1972:157) diz que são *inexistentes*: a) "a sentença proveniente de autoridade pública não judiciária civil; b) a sentença que não foi publicada, nem consta do jornal oficial, ou do jornal em que se costuma publicar o expediente do foro, ter sido publicada, nem foi proferida em audiência; c) a sentença publicada sem ser

como assim o são as sentenças pronunciadas contra pessoa inexistente, proferidas por quem não é juiz, ou, mesmo que o seja, estiver aposentado ou afastado da função judicante, proferidas oralmente ou não assinada pelo juiz, se esta falta não foi suprida¹¹. Com efeito, juridicamente, a sentença só começa a existir, só é um *ser jurídico*, no momento em que é publicada, isto é, quando é dada a conhecimento público, como exige o princípio da publicidade consagrado no art. 5º, LX e art. 93, IX, da Constituição Federal, também albergado no *caput* do art. 155, do Código de Processo Civil brasileiro.

A distinção entre sentença nula e sentença inexistente tem elevado interesse prático para o objeto do nosso estudo, seja o ato sentencial proferido pelo juízo comum, nas justiças especializadas ou nos Juizados Especiais Cíveis. Isto porque, se, de um lado, as sentenças nulas transitam em julgado e, depois disso, só podem ser desconstituídas pela ação rescisória ou em querela de nulidade (CPC, art. 741, I), de outro, as sentenças inexistentes, como um não-ser ou um nada jurídico, não ingressam no mundo jurídico e, portanto, jamais passam em julgado, então, podendo serem atacadas, pela ação declaratória de inexistência de relação jurídica, com supedâneo no que dispõe o art. 4º, inciso I, do CPC, a qualquer tempo, porque, como veículo de pretensão à certeza jurídica, a ação declaratória não prescreve. O mesmo não ocorre com a ação rescisória que tem de ser ajuizada no biênio após o trânsito em julgado, pena de decadência do direito.

Quanto aos atos jurídicos *stricto sensu*, já fizemos referência que é no plano da existência que se separa o nulo do inexistente (= entrada no mundo jurídico); a distinção entre nulidade e anulabilidade é interna ao plano de validade do ato jurídico, não só porque o nulo e o anulável existem, mas porque a diferença entre o nulo e o anulável são graus de gravidade do vício que atinge o ato jurídico quando da sua formação ou da sua entrada no mundo jurídico. Portanto, mister se faz lembrar que, como ato jurídico processual, a invalidade da sentença também pode variar de grau, conforme a gravidade do vício que a atinge (nulidade ou anulabilidade): daí, no

proferida em demanda civil a cuja instrução e debate imediatamente se ligue (e. g. proferida ao mesmo tempo que pronúncia penal, ou a que se ditou em processo diferente daquele a que se destinavam as notas; é *ineficaz* no caso de impossibilidade física, lógica, jurídica e moral, no conteúdo da sentença, como a que manda cortar a terra pelo meio, ou atribuir domínio a um cavalo, ou decreta a escravidão, ou permite o incesto ou o castigo a fogo, ou a venda de documento secretos do Estado a país estrangeiro; d) a sentença contra pessoa que goze de extraterritorialidade, etc". (grifo do original).

¹¹ Nelson Nery Jr. & Rosa Maria Andrade Nery (1996:823), tratando da casuística do art. 458 do CPC assim escreve: "*Assinatura do juiz*. A sentença deve ser assinada pelo juiz. A falta de assinatura não nulifica a sentença, quando sua existência e autenticidade podem ser comprovadas por intermédio do termo de audiência, de sua leitura, de sua publicação, da assinatura das partes, MP, advogados e funcionários que participaram do ato (RT 577/185)".

plano da validade, pode-se falar de sentenças nulas, anuláveis e rescindíveis.

Em síntese: uma vez existente a sentença, ela é ou *justa* ou *injusta*, *válida* ou *nula*. Segundo as palavras de Pontes de Miranda (1973:157) tem-se que:

É *injusta* a sentença: a) quando aplica ao caso concreto lei que não incidiu ou deixa de aplicar a que incidiu; ou b) quando viu no caso concreto o que ele não é e aplica a lei que incidiria sobre o caso que ela viu, e não a que incidiria sobre o caso concreto, ou c) é superlativamente injusta, aplicando lei que não incidiria sobre o caso que ela viu, nem sobre o caso concreto, ou d) aplica ao que ‘viu’ o que não incidiria sobre ela. É nula a sentença: se falta algum requisito de validade (não ‘havendo’ relação jurídica processual não ‘há’ sentença); se ocorreu, no curso do processo, alguma nulidade que se não sanou (quebrada a cadeia dos atos processuais, são nulos os *atos dependentes*; e a sentença é um deles), em si mesma. A nulidade da sentença trântita em julgado pode apurar-se em querela de nulidade. Tal o sistema do direito processual brasileiro.

Das *sentenças injustas* cabe impugnação por meio do recurso de apelação, tão somente, quando recorríveis¹², no prazo assinalado em lei (CPC, art. 513), decidindo ou não o mérito da causa; das *sentenças inválidas*, que apreciam o mérito da causa, uma vez transitada em julgado, podem ser rescindíveis, dependendo do vício que esteja a infectá-la, mediante ação autônoma de impugnação, como por exemplo, a ação rescisória. Portanto, em linha de princípio, *sentença rescindível* é aquela que contém uma nulidade que esteja a contaminá-la, ou seja, um vício que pode-se ocorrer na própria sentença, ou fora dela, isto é, aquela que contém uma nulidade intrínseca ou extrínseca.¹³ Entretanto, como alerta Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:173), não obstante a rescindibilidade da sentença estar jungida a uma causa nulificante, há casos excepcionais em que a sentença de mérito é passível de rescisão sem que possua algum vício endógeno ou exógeno (v.g. inciso VII do art. 485): “A rescindibilidade, aqui, deriva, simplesmente, de uma vontade da lei, sem que entrem em conta fatores ligados a falhas processuais ou a defeitos de sentença”.

¹² Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:19) lembra que: “Deve ser destacada, entretanto, uma classe de provimentos da jurisdição que se caracteriza pela *irrecorribilidade ontológica*, ou seja, por trazer em si a nota singular da não submissão às vias recursais, e que foi instituída pelo art. 2º, § 4º, da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1979. Tais sentenças, em rigor, não passam em julgado, porquanto, já no nascedouro, são *irrecorríveis* -- o que é coisa diversa. Como as demais, porém, são rescindíveis, desde que hajam ingressado na investigação do mérito da causa”(grifos do autor). A referida Lei dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, sendo, portanto, lei especial, de aplicabilidade restrita àquela justiça especializada.

¹³ Manoel Antônio Teixeira Filho (1996:352) classifica os vícios que acarretam a invalidade da sentença como endógeno (quando inobservados as exigências dos artigos 458 e 460 do CPC) ou exógeno, como “os que nascem fora da sentença e, contaminando o processo, atingem-na plenamente,” como, por exemplo, os pressupostos de validade do processo (art. 301, incisos I a XI, do CPC).

Interessa para o estudo da rescisão dos julgados nos Juizados Especiais Cíveis os vícios da sentença capazes de gerar a sua rescindibilidade, ocorram eles fora do processo (*vícios extrínsecos*) ou dentro dele (*vícios intrínsecos*). Entretanto, por ora, basta observar que a sentença de mérito, como prestação jurisdicional que compõe conflito de interesses, deve conter os requisitos formais do artigo 458 do CPC, que são: a) o relatório; b) a fundamentação ou motivação; c) o dispositivo (*decisum*). Sendo essenciais ao ato jurisdicional, a falta de qualquer dessas partes implicará a nulidade da sentença, ou até mesmo a sua inexistência. Do mesmo quilate são os vícios de julgamento *citra, ultra ou extra petita*, porque na sentença, em decorrência da advertência dos artigos 128 e 460 do CPC¹⁴, o juiz deve se manifestar sobre a *res in iudicium deducta*, adstrito, porém, ao que foi postulado pelas partes.¹⁵ Do mesmo modo, interessa averiguar o vício exógeno que está a comprometer a validade da sentença, como o que emana de processo nulo, por não atender os pressupostos processuais de existência e desenvolvimento válido e regular do processo, v.g., o respeitante à incompetência absoluta do juízo, que também enseja a rescisão do julgado.

Por fim, para compreensão do conceito de rescindibilidade, impende enfatizar que no sistema processual brasileiro, a sentença nula passa em julgado, desde que tenha apreciado o mérito, isto é, a lide posta em juízo, só pode ser desconstituída por ação rescisória, pois somente este remédio jurídico processual é apto a reabrir a relação jurídico-processual conclusa com a entrega da prestação jurisdicional. Daí se conclui que somente a sentença de mérito é rescindível. Se a sentença extintuir o processo sem julgamento do mérito, por qualquer das hipóteses estampadas no art. 267 do CPC, ela não será atacável pela via da ação rescisória, de vez que prestação jurisdicional não houve, porque não se enfrentou a matéria de fundo, não se apreciou o *meritum causae*. Outrossim, passada em julgado, a sentença que apreciou a questão de fundo, objeto da lide posta em juízo, ainda que nula pela ausência dos pressupostos de

¹⁴ As proibições legais dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil decorrem do *princípio da demanda*, segundo o qual cabe ao cidadão movimentar ou não o Poder Judiciário para resolver os conflitos intersubjetivos de interesses de que faz parte. Ademais, o art. 2º do CPC diz que “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Portanto, afóra as exceções alinhadas no dígito processual (art. 13, art. 113, art. 219, § 1º, além das hipóteses previstas nos arts. 267 e 301, dentre outras), *não há processo sem demanda*.

¹⁵ Humberto Theodoro Júnior (1995:189), colaciona a seguinte jurisprudência do STF, a respeito do art. 460 do CPC: “Ocorre frontal infração ao art. 460 do CPC se a sentença proferida é de natureza diversa da pedida pelo autor e lhe concede objeto estranho ao pleiteado. O julgado não pode tomar como fundamento fato constitutivo diverso daquele sobre o qual o autor fundou a demanda. O conflito de interesses deve ser resolvido nos limites em que as partes o levaram ao processo: *sententia debet esse conformis libello*. Ac. unân. da 1ª T. do STF, de 16.12.75, no RE nº 80.674-BA, Rel. Min. Cunha Peixoto; RTJ 77/551”

validade do processo, cabível é a rescisão por meio do remédio heróico da ação rescisória. Ademais, o *caput* do art. 485 do CPC não enseja dúvidas quanto aos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória: *sentença de mérito e trânsito em julgado*. Sem estes, nem se adentra na análise das causas de rescindibilidade insertas nos incisos I a IX do citado artigo do digesto processual brasileiro.

3. COISA JULGADA

A simples prolação e publicação dos provimentos judiciais (sentenças e acórdãos) não assegura eficácia imediata e definitiva da decisão neles contida: esse efeito só se configura com o trânsito em julgado, isto é, pela preclusão dos prazos para interposição dos recursos. Com o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) nasce a *res judicata*, ou coisa julgada material, cuja definição se expressa nas seguintes palavras do art. 467 do CPC, *verbis*: “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”¹⁶ Assim, os atributos de imutabilidade e indiscutibilidade da sentença apenas surgem com a constituição da coisa julgada, de tal sorte que, por não caber ou por não mais ser cabível qualquer recurso, o provimento jurisdicional não só faz lei entre as partes como obriga os litigantes ao que nele ficou estabelecido.

O respeito à coisa julgada, além de norma de sobredireito (art. 6º, §3º da Lei de Introdução ao Código Civil), é um princípio jurídico-positivo (princípio da segurança jurídica), uma garantia com assento constitucional no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe, *verbis*: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Entretanto, essa garantia jurídico-positiva da coisa julgada não tem o mesmo alcance e a mesma solidez das outras duas figuras do dispositivo em epígrafe -- o *direito adquirido* e o *ato jurídico perfeito*. É uma garantia relativa, pois que a coisa julgada pode ser atacada, desconstituída, pela via da ação rescisória. Assim, a ordem dos institutos inscritos no inciso XXXVI, do art. 5º, estão em consonância com o remédio jurídico processual (ação rescisória) previsto no art. 102, inciso I, alínea *j*, da Carta Magna brasileira. Percebe-se, desta

¹⁶ O artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) -- Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42 --, diz que: “*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba mais recurso*”.

forma, que a autoridade e a intangibilidade da coisa julgada não constituem valores absolutos, uma vez que a própria Constituição Federal, que ordena o respeito às sentenças transitadas em julgado (art. 5º, XXXVI), institui como antítese a ação rescisória (art. 102, I, *j*), que, repetimos, é o remédio jurídico-processual destinado a eliminar, a cindir, a destruir a sentença ou acórdão em relação ao qual já se esgotaram as vias recursais, estando, portanto, coberta pela *auctoritas rei judicatae*.

A doutrina é unânime em afirmar que o fundamento político da coisa julgada se estriba na preocupação do legislador de evitar que as decisões judiciais sejam objeto de sucessivos reexames, decorrentes da incontida insatisfação, do sentimento de injustiça ou de meros caprichos dos vencidos nas demandas judiciais. Ademais, permitindo-se sucessivos reexames, jamais se *imunizariam*¹⁷ as decisões judiciais. Não podendo o juiz terminar o seu ofício jurisdicional, estariam abertas ensanchas para graves perturbações na ordem jurídico-social. Sem o veto da coisa julgada, também, o processo deixaria de ser método estatal de pacificação de conflitos e se tornaria palco de disputas infundáveis, impedindo o Estado de cumprir, com economia e celeridade, a prestação jurisdicional devida aos seus comitentes.

Segundo Liebman (1984:06), “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias de sentenças”. Portanto, a *auctoritas rei judicatae* é uma qualidade especial do julgado (sentença ou acórdão), que reforça os efeitos que lhes são próprios, seja fora do processo, “para impedir que a lei a prejudique, ou que o juiz volte a julgar o que foi decidido (coisa julgada material)”; ou dentro processo, em razão de uma preclusão máxima, de uma decisão colocada ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos (coisa julgada formal)”¹⁸.

Muito embora o Código de Processo Civil tenha definido a coisa julgada material (CPC, art. 467), em doutrina, costuma-se dissociar esta da coisa julgada formal, acentuando-se que a diferença entre ambas é apenas de grau, pois que decorrem do mesmo fenômeno, ou seja, da

¹⁷ A expressão é de Cândido Rangel Dinamarco (1993:167), que assim se expressa: “Também a autoridade da coisa julgada guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a *imunização* das decisões judiciais. Sabe-se até que a litispendência é extremamente aflitiva e sucede que as pessoas se tomam de inusitada e obsessiva angústia pela espera do resultado final do processo, após instaurado. O advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado anti-social de insatisfação”.

¹⁸ Maria Helena Diniz, in: Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, pág. 190.

preclusão dos recursos interponíveis contra a sentença, o que confere a imutabilidade ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material). Chama-se atenção, porém, que *preclusão* e *coisa julgada formal* não se confundem, do mesmo modo como os efeitos da sentença de mérito não se identificam com a coisa julgada material, que é uma qualidade dela. São, portanto, fenômenos dissociados, que operam em momentos processuais distintos. Daí a importância de estudarmos as relações entre esses institutos.

3.1. PRECLUSÃO E COISA JULGADA FORMAL

A teor do que prescreve o art. 473 do Código do Processo Civil, define-se *preclusão* como a perda, a extinção ou consumação de uma faculdade processual que a lei determina limites para o seu exercício, no curso do processo, de modo a impedir às partes a discussão de questões já decididas.

A doutrina justifica a preclusão não só pela aspiração de *certeza e segurança*, mas pela necessidade de conferir ao processo uma marcha célere, ordenada temporal e logicamente, visando a seu fim específico, que é a sentença, com a qual o Estado entrega a prestação jurisdicional requerida. Disto decorre que a preclusão pode ocorrer de três modos, a saber: preclusão temporal, lógica e consumativa, cujos efeitos podem ser impeditivos ou extintivos.¹⁹

Segundo Humberto Theodoro Jr (1994:521) “A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo”. Em síntese: a *coisa julgada formal* é o fenômeno processual que

¹⁹ *Preclusão temporal* é a perda da faculdade ou direito processual de praticar o ato processual não exercido dentro do prazo ou momento próprio. Na regra do art. 183 do CPC, decorrendo *in albis* o prazo, a inércia da parte extingue o direito de praticar o ato, independentemente de declaração judicial. Serve de exemplo o direito de oferecer contestação: decorrido o prazo fixado no art. 297 do CPC, extingue-se o direito de praticar o ato, salvo se houver justa causa, na acepção que lhe dá o § 1º do art. 183, do código de ritos. *Preclusão lógica* é a que impede a prática de um ato incompatível com outro já realizado e consumado. Serve de exemplo a hipótese aventada no art. 503 do CPC: quem aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, perde o direito de recorrer, porque há incompatibilidade entre o ato praticado e outro que se queria praticar também. *Preclusão consumativa* é a que impede a prática de um ato processual consumado ou de um direito processual já exercitado. Tome-se como exemplo a contestação: depois de oferecida, ainda que no prazo legal, não pode o réu apresentar nova peça de defesa, uma vez que quem realizou o ato a que tinha direito, não importa se com bom ou mau êxito, não mais poderá realizá-lo.

decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, seja porque a lei não mais os admite, seja porque o vencido deixou transcorreu *in albis* lapso o temporal estipulado pela lei para a prática do ato, ou porque o sucumbente desistiu do recurso interposto ou renunciou à interposição do recurso que a lei lhe dava direito.

Com efeito, ao operar sobre os prazos que a lei define para a prática dos atos processuais, que são contínuos e peremptórios, a preclusão difere da coisa julgada formal ou material, pois, enquanto a preclusão se refere a perda de um direito ou faculdade processual, aquelas se referem às decisões que extinguem o processo, com ou sem julgamento do mérito. Deste modo, como afirma Humberto Theodoro Júnior (1994:526), “a preclusão é, pois, fenômeno que se relaciona apenas com as decisões interlocutórias e às faculdades conferidas às partes com prazo certo de exercício”. A preclusão liga-se ao direito processual das partes, sem qualquer ligação, portanto, com a relação jurídico-processual que vincula os sujeitos processuais, ou direito material controvertido no processo.

3.2. SENTENÇA DE MÉRITO E COISA JULGADA MATERIAL

Vimos que no sistema processual brasileiro, o principal efeito (formal) da sentença de mérito é o cumprimento e a finalização do ofício do órgão judiciário (CPC, art. 463), ou seja, com a sentença o Estado faz a entrega da prestação jurisdicional a que estava obrigado. Deste modo, com a publicação, a sentença torna-se imutável, dentro do processo, impedindo o juiz de proferir novo julgamento, como também impede as partes de renovar a discussão da lide em outro processo²⁰, de vez que examinou o mérito da causa. Resta ao vencido impugná-la através da interposição do recurso adequado, dirigido ao órgão superior do Judiciário, para que reexamine o julgado e profira uma decisão substitutiva, confirmando ou reformando o *decisum*

²⁰ Tratando da relação entre coisa julgada formal e coisa julgada material ensina Humberto Theodoro Júnior (1994:521, que: “Para os litigantes sujeitos à *res judicata*, o comando emergente da sentença se reflete, também, fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos. Enquanto que a coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo, a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.”

do juiz de primeiro grau. Trata-se do direito ao duplo grau de jurisdição, consagrado também como princípio constitucional implícito derivado tanto do modo de estruturação do Poder Judiciário como da ampla defesa e do devido processo legal, conforme veremos adiante, no capítulo II deste trabalho.

Com efeito, não é demais repetir: qualquer que seja o recurso interponível contra as decisões judiciais, a lei fixa prazos contínuos e peremptórios, com efeito preclusivo. Como ensina Humberto Theodoro Júnior (1994:520), “enquanto pende o prazo de recurso, ou enquanto o recurso pende de julgamento, a sentença apresenta-se apenas como um ato judicial, ato do magistrado tendente a traduzir a vontade da lei diante do caso concreto”. Mas, vencido o termo legal para a prática do ato recursal ou, decididos todos os recursos interpostos, o provimento jurisdicional (sentença ou acórdão) torna-se definitivo e imutável. Portanto, esgotado os prazos de recursos²¹, a sentença de mérito, de simples ato do magistrado, que compôs a *res in iudicium deducta*, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como emanção da vontade da lei. Acobertada, agora, pela *auctoritas rei judicatae*, só resta a via da ação rescisória, que como veremos não é recurso, mas ação autônoma de impugnação.

O Código de Processo Civil dá-nos definição legal de coisa julgada material, no art. 467, que diz: “denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, enquanto que a definição legal de sentença de mérito pode ser extraída dos termos do art. 468 do CPC, *verbis*: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” Interpretando-se os dois dispositivos, tem-se que a coisa julgada material só ocorre quando a sentença fere a matéria de fundo, o que não ocorre com a sentença terminativa que, por não cogitar da procedência ou improcedência da ação e por não dar solução à relação de direito material controvertida, apenas extingue o processo sem julgar o mérito da causa. Destarte, a sentença terminativa não transita materialmente em julgado e, portanto, gera efeitos apenas nos limites do processo, motivo por que as partes podem reapresentar, mediante nova relação processual, o pedido de tutela jurisdicional para o direito material objeto da lide²² que

²¹ Como veremos mais adiante, um dos pressupostos da ação rescisória é o trânsito em julgado da sentença rescindenda, pelo esgotamento dos prazos dos recursos contra ela cabíveis. Não quer dizer, entretanto, que o autor tenha de esgotar os recursos, pois bem clara é a Súmula 514 do STF, que dispõe: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”.

²² Segundo Humberto Theodoro Júnior (1994:521), “para o Código, lide é sempre o mérito da causa. (...) A lide, portanto, é o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

não foi solucionada pela sentença que decretou a extinção do processo.

Deve-se observar que a sentença de mérito transita em julgado, formal e materialmente: primeiro, dentro do processo, pela imutabilidade do seu conteúdo e pelo transcorrer em branco dos prazos dos recursos interponíveis contra o decisum; segundo, fora do processo, pela indiscutibilidade das questões veiculadas na lide, adquirindo força de lei entre as partes, vinculando-as, não lesando nem alcançando terceiros.²³ Portanto, toda sentença que transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado, formalmente; conseqüentemente, protegida estará tanto a coisa julgada formal, que obsta qualquer discussão no processo sobre o que ficou decidido, como a coisa julgada material, que impede a discussão em outro processo do que já se decidiu, nos limites da relação jurídica material litigiosa (lide) e das questões invocadas na petição inicial.

Por ser uma garantia jurídico-positiva de imunização das decisões judiciais (princípio da segurança jurídica), criada no interesse da estabilidade da ordem social e da segurança das relações jurídicas, a coisa julgada é tida como expressão da verdade, como bem revela o brocardo *res judicata pro veritate habetur*. Entretanto, a garantia de imutabilidade e de indiscutibilidade da sentença, e dos seus efeitos, tem caráter relativo, pois que pode ser atacada pela ação rescisória. Daí a doutrina nomear dois graus de coisa julgada, que, segundo Humberto Theodoro Júnior (1994:520), com espeque na lição de Frederico Marques, se divide em

coisa julgada e coisa soberanamente julgada, ocorrendo esta última quando se escoe o prazo decadencial da propositura da rescisória²⁴ (CPC, art. 495), ou quando seja ela julgada improcedente. Sendo, outrossim, rescindível e não nula a nova sentença que infringiu a coisa julgada, e como não podem coexistir duas coisas julgadas, a respeito da mesma lide, força é concluir que, enquanto não rescindida, deverá prevalecer a eficácia do segundo julgamento.

Finalmente, há que se perguntar sobre o momento de arguição da coisa julgada e a quem

²³ Trata-se do que a doutrina chama de limites subjetivos da coisa julgada, a par dos limites objetivos. Como ensina Maria Helena Diniz (op. cit. pág. 190), o limite subjetivo da coisa julgada “alcança apenas as partes, não podendo beneficiar nem prejudicar terceiros (CPC, art. 472), salvo nos casos previstos da Lei da Ação Popular, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (art. 103, incisos I a III), em que se admite a coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis*; o limite objetivo (CPC, art. 469), pois o que faz coisa julgada é apenas o dispositivo da sentença, a decisão propriamente dita, não fazendo coisa julgada o motivo e as questões prejudiciais, salvo se forem objeto de um outro pedido, mediante reconvenção ou uma ação declaratória incidental, em que há uma cumulação de pedidos”.

²⁴ De observar-se, então, que a coisa julgada também possui um limite temporal, fixado por lei ou pela improcedência da ação que visa a desconstituí-la. Em ambos os casos trata-se de direito material, embora colocado em normas de processo, como é o caso do prazo decadencial estampado no art. 495 do CPC.

cabe fazê-la. A questão suscitada é de interesse prático relevante, de vez que a ofensa à coisa julgada constitui causa de rescindibilidade da sentença, conforme regra prevista no art. 485, inciso IV, do CPC, além de ser instituto processual de ordem pública e, portanto, direito indisponível das partes. Manda o art. 301, inciso VI, do CPC, que compete ao réu, antes de discutir o mérito, alegar a coisa julgada, arguição que pode ser feita a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição; por sua omissão, entretanto, responde o réu pelas custas do retardamento. Na presença da coisa julgada, tem o juiz o *dever-poder* de decretá-la de ofício, a fim de que se resguarde a segurança nas relações jurídicas e se impeça a lesão de direitos e o descrédito da justiça.

CAPÍTULO II

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal é a fonte de onde promanam os princípios jurídicos sobre os quais repousa o ordenamento jurídico positivo de um país e, particularmente, os princípios processuais do processo civil, penal e administrativo, que constituem garantias de acesso do cidadão à justiça e à ordem jurídica justa. Por isso, o ordenamento jurídico constitucional elevou as liberdades públicas à categoria de direitos fundamentais do cidadão, consolidando-as como conquistas históricas indeclináveis, e erigiu os princípios processuais como garantia de sua realização no plano concreto. Assim, os *princípios da inafastabilidade da jurisdição* e do *devido processo legal*, da *ampla defesa* e do *contraditório*, ao lado de tantos outros que deles derivam, não podem ser elididos, quer por obra do legislador infraconstitucional ou dos órgãos jurisdicionais, sob pena de criar rachaduras no sistema jurídico que comprometam a sua coerência interna e impeçam ou obstaculizem o acesso do cidadão à ordem jurídica justa, devida pelo Estado a seus comitentes, que lhe confiaram o monopólio da jurisdição.

Vários doutrinadores classificam e hierarquizam os princípios processuais. Nelson Nery Júnior (1996:25-6), apoiando-se na doutrina de Mancini, Pisanelli e Scialoja, diz que os princípios do Direito Processual Civil se dividem em *princípios informativos* e em *princípios fundamentais*.

Os *informativos* são considerados como axiomas, pois prescindem de demonstração. Não se baseiam em outros critérios que não os estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico²⁵. São os princípios: a) *lógico*; b) *jurídico*; c) *político* e d) *econômico*. São princípios universais e praticamente incontrovertidos. (...) Diferentemente deles, os *fundamentais* ou *gerais*, são aqueles sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham a outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando.

²⁵ *Data venia*, discordamos do emérito jurista por entendermos que os princípios processuais se definem a partir das opções políticas do constituinte e do legislador infraconstitucional. A nosso ver, a consciência jurídica é tributária da ideologia política e das forças sociais que conformam o espírito da Nação, tanto no momento da opção legislativa quanto no decorrer do processo histórico-evolutivo a que está submetida a sociedade humana.

Portanto, os princípios informativos são preceitos ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelho processual. Dotados de forte conteúdo ético, tais princípios fazem parte do arcabouço jusfilosófico do direito, perpassam toda a dogmática jurídica, conformam o direito positivo e apresentam-se aos operadores do direito como critérios de interpretação do conteúdo e de valoração das normas jurídicas²⁶. Com efeito, os princípios informativos fazem com que todo o ordenamento processual seja visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos a que se destinam o processo e a jurisdição. Já os *princípios gerais* do processo, diz Joel Dias Figueira Júnior (1995:45-6), “são aqueles previstos de maneira explícita ou implícita na Constituição ou na legislação infraconstitucional, como fontes norteadoras da atividade das partes, do Juiz, do Ministério Público, dos auxiliares da Justiça, da ação, do processo e do procedimento”, também definidos pelo legislador mediante critérios político-ideológicos.

Mais analítico Rui Portanova (1995:14), classifica os princípios em graus (1º, 2º e 3º), segundo a sua localização na teoria geral do direito processual. Em primeiro lugar aparecem os tradicionais princípios formativos *lógico, econômico, político e jurídico*, aos quais acresce os *princípios da instrumentalidade e da efetividade*, que atualizam o processo como instrumento de pacificação social e de acesso à ordem jurídica justa. Esses princípios, por sua vez, informam os princípios de segundo grau, quais sejam: “o *princípio do juiz natural*, que informa todos os demais princípios ligados com a jurisdição e à pessoa do juiz; o *princípio do acesso à justiça*, que informa todos os demais princípios ligados à ação e à defesa; o *princípio do devido processo legal*, que informa todos os demais princípios de primeiro grau, ligados ao processo e ao procedimento, isto é, aos atos processuais, às nulidades, às provas, à sentença e aos recursos”.

Seguindo as ondas renovatórias, que realçam a face publicística do processo civil contemporâneo, Portanova (1995:20) eleva a *instrumentalidade* e a *efetividade* à categoria de *princípios informativos*, pois, como diz ele, “informam e influem em todos os outros princípios que regem o processo civil”, bem como “atendem à necessidade de consagrar a mudança na mentalidade do processualista. Hoje, indubitavelmente, o processo está menos preocupado com a forma e mais voltado para resultados substanciais. O momento atual de quem trabalha com o

²⁶ Cintra, Grinover e Dinamarco (1992:49) chamam a atenção para o fato de que “Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas –, trazendo em si seriíssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador”.

direito judiciário é o propósito de transformar o processo em instrumento ético e político de atuação da justiça e da garantia de liberdade e de plena e total aderência do processo à realidade sociojurídica a que se destina”. Portanto, como instrumento de pacificação social, o processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo não apenas o pleno acesso ao Poder Judiciário, como reza o Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas, principalmente, a utilidade dos procedimentos e a efetiva busca da justiça no caso concreto, ou o acesso à ordem jurídica justa.

Noutra passagem, Portanova (1995:49) escreve que:

Não há dispositivo legal afirmando taxativamente o princípio da instrumentalidade do processo. Contudo, o ordenamento jurídico está repleto de normas que, aqui e ali, deixam à mostra o conteúdo do princípio. São normas claramente processuais, que, por um lado abrem as portas do Judiciário para proteger o cidadão (contra atos das autoridades e grupos poderosos), os consumidores e até o meio ambiente. Por outro lado, dentro do procedimento, são normas que visam a desformalizar os atos processuais e aproveitá-los tanto quanto possível.

Tem-se nessa perspectiva o *instrumentalismo substancial*, a transcendência do escopo jurídico, que culmina na busca dos fins sociais e políticos do processo. Nas palavras do emérito jurista (1995:49): “O instrumentalismo não é mais tão nominal e formal, é instrumentalismo a serviço do material e do substancial. (...) O princípio da instrumentalidade mantém o processo preocupado com a lógica do procedimento e sua celeridade, mas também busca ser mais acessível, mais público e mais justo.”

No que pertine à efetividade, a nova mentalidade de abertura do acesso à justiça destaca a mudança do plano individual para o supra-individual, tudo com a preocupação de tornar possível a *efetividade social* do processo (escopo sócio-político). Vale dizer, o processo passa também a ser instrumento de defesa dos interesses sociais, em face das demandas coletivas características das sociedades de massas. Os litígios pelos bens da vida cada vez mais ocorrem entre sujeitos coletivos, personalizados ou não, ora em face do próprio Estado, ora em face de corporações empresariais, e que um processo individualista não consegue pacificar com justiça social. Desta maneira, como escreve Portanova (1995:55):

Pelo princípio da efetividade social, o processo abre amplo espaço para a crítica e para a prática contra um sistema que dá relevância ao individualismo, contra um Estado que não cumpre sua tarefa de gerente da redistribuição de riquezas e contra uma parte que põe sua razão em direitos afrontosos ao interesse social. Ademais, o processo se torna capaz de, no caso concreto, pôr em questão o jogo do mercado, o favorecimento e privilégios a

minorias, o exercício de direitos baseados em ilegítimas acumulações de riquezas e o lucro abusivo.

Não obstante as diferenças na classificação doutrinária, constata-se unanimidade dos processualistas na definição do enunciado e do conteúdo dos ditos princípios informativos do processo, tal como primeiramente concebidos por Mancini, Pisanelli e Scialoja. O *princípio lógico* consiste na seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro. Assim, os atos e as formas processuais devem ser todas voltadas para o objetivo primordial de buscar a verdade e evitar o erro, de modo a proporcionar celeridade e segurança na prestação jurisdicional. Quer dizer, o princípio encerra uma preocupação metodológica de estruturação cronológica dos atos que interessam à forma de dirigir a investigação da verdade, bem como os elementos que proporcionam ao juiz a prolação de uma sentença que não apenas ponha fim ao seu ofício jurisdicional mas seja veículo de pacificação social e atuação do direito material disputado no processo.

O *princípio jurídico* consiste em proporcionar aos litigantes igualdade no processo e justiça na decisão. Em outras palavras, os jurisdicionados são sujeitos de direitos e deveres, e a todos o Estado deve proporcionar *paridade de armas* no deslinde dos conflitos intersubjetivos de interesses, através do processo, que é o método estatal de composição de lides. Tendo em vista a instrumentalidade e a efetividade social do processo, o que se tem de garantir é a real igualdade das partes, em face das desigualdades que permeiam nos planos sócio-econômico, político e jurídico em que se movimentam os indivíduos e as organizações sociais. Desprezar as reais diferenças dos *meios e recursos* com que combatem os litigantes (individual ou coletivamente) pelos bens da vida é fazer do processo instrumento de opressão, é colocá-lo a serviço do poder estatal ou privado, em detrimento da pacificação e da justiça. Portanto, tem-se que promover substancialmente a igualdade, ou melhor, a igualização, a qual deve dar-se não só perante a lei, mas com a lei, no que incide as dimensões valorativas do direito não só no nível jurídico mas também nos níveis sociológico e político (escopos sociais e políticos do processo).

Essa igualdade jurídica a que têm direito os sujeitos parciais do processo pode ser concebida sob dois prismas: o *formal* e o *material*. Ambos são dimensões do princípio igualizador, de natureza mais ética do que propriamente jurídica, por ser ponte entre o direito e a realidade social que lhe é subjacente. Segundo Portanova (1995:38): “Quem acolhe a igualdade formal dá-se por satisfeito com a pura identidade de direitos e deveres outorgados pelos textos

legais aos membros da comunidade. Já quem considera a igualdade do ponto de vista material, tem em conta as condições concretas debaixo das quais, *hic et nunc*, se exercem os direitos e se cumprem os deveres”. Em outra passagem da sua obra (1995:47), acrescenta o citado autor que:

Entende-se, assim, por igualdade material a equiparação de todos os seres humanos no que diz respeito ao gozo e fruição dos direitos, assim como à sujeição a deveres. Definitivamente, o princípio da igualdade é dinâmico no sentido de promover a igualização das condições entre as partes. Com o princípio igualizador, evita-se dentro do processo o excesso e o abuso de poder econômico sobre cidadãos, principalmente sobre os menos favorecidos na relação jurídica material ou processual. Ou seja, é um passo para a busca da instrumentalidade do processo.

O *princípio político* consiste em dar ao processo o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual das liberdades individuais ou coletivas. É acertado dizer, como enuncia Portanova (1995:31): “O princípio político aguça o caráter instrumental do direito processual e coloca-o como elo de ligação entre a população e a satisfação de seus direitos”. A propósito, é preciso não esquecer que, como método estatal de composição de conflitos, o processo revela a sua ligação com a jurisdição, que é a manifestação do poder estatal. Tal poder é essencialmente político; portanto deriva de uma relação do indivíduo com o Estado, relação que só subsiste se fundada na legitimidade, quer dizer a meio caminho da equação força-consentimento. Isto quer dizer que o processo tem relações profundas com o regime político, com o exercício do poder político legítimo, que é substrato da democracia participativa.

Com efeito, o processo é relevante instrumento de participação política, na medida em que garante o exercício das liberdades públicas e impõe limites à ação dos agentes estatais, onde, de todos, se sobressai o juiz. Como órgão da jurisdição, detém o juiz poder político e, por isso, as suas decisões no processo têm forte conteúdo ético e político, estejam em discussão direitos individuais, coletivos ou difusos, quer em face de sujeitos individuais ou coletivos, quer em face do Estado. Portanto, no conceito de direito há não só o jurídico, mas também a dimensão sociológica (o fato social), que reafirma a sua dimensão política. Esta se expressa no poder que o cidadão tem de participar, através do processo, na realização material do direito individual, coletivo ou transindividual, ou seja, de atuar no centro das decisões do Estado, em especial do Poder Judiciário a quem cabe a função estatal da jurisdição, essencial desde quando o Estado proibiu a autotutela e tomou a si o monopólio de dizer o direito, de pacificar os conflitos sociais, simples ou complexos, ocorrentes na vida civil.

O *princípio econômico*, também conhecido como princípio da economia processual, significa que o processo deve obter o máximo de resultado com o mínimo de esforço e despesas. Em outras palavras, o processo não deve ser oneroso para as partes, nem pela duração nem pelos custos que os litigantes têm de arcar para receber a prestação jurisdicional. Em caso contrário, o acesso à jurisdição tornar-se-á fonte de privilégio para os cidadãos afortunados e uma barreira intransponível para os menos favorecidos.

Em nome da economia processual não se pode esquecer, porém, as garantias das partes. A economia de custo e tempo na realização dos atos processuais guarda relação com a instrumentalidade e a efetividade do processo e não apenas com a celeridade na solução do litígio, embora se reconheça o apelo social contra as delongas do processo e do procedimento a que as partes são submetidas quando buscam a prestação jurisdicional para a solução dos seus conflitos. Como será melhor explorado adiante, aqui se chocam os valores *rapidez x segurança*, que obrigam o legislador a optar por um procedimento consentâneo com os bens da vida e valores sociais que o ordenamento jurídico deve preservar. Em outras palavras, processo e procedimento, salvaguardando as garantias constitucionais da cidadania, têm de assegurar o direito à tutela jurídica, ao provimento jurisdicional adequado direito material e à realidade social que lhe dá o suporte fático.

Quanto à hierarquização dos princípios gerais ou fundamentais do processo civil, a doutrina espelha divergências marcantes. Há quem defenda a prevalência do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, que é sinônimo de *acesso à justiça*, sendo os demais princípios dele derivados. Outros colocam no ápice da pirâmide o *princípio do devido processo legal*, do qual os demais princípios também são simples derivações. Marcando sua posição a respeito da prevalência dos princípios constitucionais do processo, Nelson Nery Júnior (1996:29) escreve que, “o princípio fundamental do processo civil que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*”. E acrescenta que, em face do que dispõe o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.” (ibidem)

Por sua vez, dentre os princípios clássicos albergados pela teoria geral do processo, Rui

Portanova (1995:16) destaca três como princípios fundamentais do processo civil, quais sejam: o *princípio do juiz natural*, que informa todos os demais princípios ligados com a jurisdição e a pessoa do juiz; o *princípio do acesso à justiça*, que informa o rol dos princípios que se ligam à ação e à defesa e o *princípio do devido processo legal*, que informa os princípios ligados ao processo e ao procedimento, os quais comportam subdivisões para contemplar princípios ligados aos atos processuais, às provas, às nulidades, à sentença e aos recursos.

Não obstante a prevalência histórica do *due process of law*, que dá força à tese esposada por Nelson Nery Júnior, a razão está com Rui Portanova, que alça à categoria de princípios fundantes do processo e do procedimento os princípios do *juiz natural*, do *acesso à justiça*, e do *devido processo legal*. Pelo forte conteúdo ético, político e ideológico que lhe são imanentes, tanto o princípio do acesso à justiça como o princípio do devido processo legal são arquétipos, *princípios-fontes* dos quais dimanam outros princípios que formam o arcabouço do sistema jurídico processual em nível constitucional e infraconstitucional (v.g. o Código de Processo Civil e a legislação processual extravagante, como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, Lei da Ação Civil Pública, Lei do Mandado de Segurança). Sem esses princípios fundamentais não haveria garantia da jurisdição, a função jurisdicional seria impossível, assim como o processo e o procedimento não seriam fatores legitimantes do exercício da jurisdição nem instrumentos de pacificação social com justiça, mas tão somente meros instrumentos técnicos a serviço dos aparelhos judiciários estatais.

Sistematicamente interpretadas as normas da jurisdição constitucional do processo (Direito Processual Constitucional) insertas na Magna Carta de 1988, constata-se que no princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do *acesso à justiça* (CF, art. 5º, XXXIV e XXXV) subsumem-se vários dispositivos nela inscritos, que se configuram como princípios peculiares ao processo como instrumento da jurisdição, tais como: princípio da igualdade ou da isonomia (art. 5º, caput e inciso I); princípio da gratuidade judiciária (art. 5º, incisos LXXIV e LXXVII); princípio da imparcialidade do juiz (art. 95, parágrafo único, incisos I, II e III). Do mesmo modo, vários dispositivos estampados na Carta Magna realçam o *princípio do devido processo legal* insculpido no inciso LIV do artigo 5º, quais sejam: o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); o princípio da legalidade (art. 5º, incisos II e XXXIX); o princípio do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV); o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX); o princípio da licitude da prova (art. 5º, XII e LVI); o

princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, X).

São desses princípios arquétipos que a legislação processual infraconstitucional (CPC, CPP e leis especiais) haure outros princípios como garantias da ação e da defesa, do processo e do procedimento, tais como os princípios da demanda, da eventualidade (preclusão), das provas, das nulidades e dos recursos, dentre outros. Não se abre aqui espaço para a enunciação do conteúdo desses princípios, em especial os concernentes à oralidade, simplicidade, celeridade e economia processual que informam os Juizados Especiais Cíveis, porque serão tratados com pormenores no capítulo III deste estudo. Antes, o que se tem em mira é a compreensão e o alcance do conteúdo dos princípios do *juiz natural*, do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, bem como dos que lhe são derivados, de vez que são a expressão de um princípio ético e, portanto, metajurídico ou pré-processual, que é o *acesso à ordem jurídica justa*.

1. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O direito à ação e à defesa -- a par das garantias do devido processo legal e do juiz natural --, constitui uma das principais garantias dos direitos subjetivos do cidadão, conforme interpretação da norma estatuída no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que diz: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Como leciona Rui Portanova (1995:82), “a inafastabilidade da jurisdição é a inviabilidade de criar-se obstáculos ao cidadão de buscar seu direito no Judiciário”.

Não significa, como pode resultar de uma leitura apressada do dispositivo legal, apenas a garantia de apreciação dos conflitos intersubjetivos (lides) ocorrentes no cotidiano dos indivíduos ou das pessoas jurídicas privadas ou estatais, mas também garantia de um método (o processo) preordenado legalmente pelo Estado, sob a direção de um órgão preexistente, competente e imparcial (o juiz)²⁷. Como ensina José Afonso da Silva (1994:376), nessa norma “se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz

²⁷ A permissão do juízo arbitral, agora regulado pela Lei nº 9.307/96, não constitui exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. É, isto sim, mais um instrumento a serviço da autocomposição dos conflitos, em face das peculiaridades da relação de direito material controvertida, a qual exige conhecimentos técnicos que, quase sempre, os juízes togados não os têm, para decidir a questão na conformidade das expectativas dos litigantes.

natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo insito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV”. Marinoni (1993:126)) vai mais longe, ao afirmar que “hoje, no entanto, sua extensão é ainda mais ampla e busca garantir a tutela adequada ao plano do direito material”. Quer dizer, “o princípio da inafastabilidade garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades de direito substancial”.

O fundamento do princípio da inafastabilidade da jurisdição reside na vedação da autodefesa e na autotutela pelos indivíduos e no compromisso histórico do Estado de prestar a tutela jurisdicional sempre que regularmente invocada, ou até mesmo de ofício, em situações excepcionais autorizadas por lei. Esse dever estatal não se limita à simples realização prática de distribuição de justiça: é indispensável para o seu pleno cumprimento que a justiça seja ministrada observando-se os ideais de rapidez, segurança e justiça, com o máximo de garantia às partes que esgrimem seus conflitos de interesses no processo.

Como garantia da solução imparcial e heterônoma dos conflitos intersubjetivos de interesses, que o Estado deve a seus jurisdicionados, criaram-se os institutos processuais da jurisdição, da ação e do processo. A *jurisdição* é o *dever-poder*,²⁸ indeclinável e irrecusável de dizer, de declarar a quem cabe o direito em disputa. A *ação* é o poder processual de exercer o direito de acesso à justiça, o direito que têm os indivíduos, as pessoas morais e as coletividades de invocar, até mesmo contra o Estado, a prestação da tutela jurisdicional (nos casos e forma previstos em lei) quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito. O *processo* é o método ou técnica de que se vale o Estado para compor as lides, e que se materializa pelo procedimento, que é um conjunto de atos seqüenciais e preordenados, em regra preclusivos, que se encaminham para o seu fim precípua, a sentença de mérito, com a qual o Estado-juiz entrega a prestação jurisdicional que devia aos litigantes.

Comentando sobre o inciso XXXV, do art. 5º da Carta Política brasileira, Nelson Nery Jr. (1996:93) leciona que: “Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e

²⁸ A jurisdição é função estatal, expressão da soberania, que é una e indivisível. Assim, quem exerce função está investido de poder, vinculado este, porém, à satisfação de certas finalidades instituídas pela lei, no interesse social. Assim, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1996:29), tais “poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no *interesse alheio*” (grifos do autor).

ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”. Em outras palavras, todos os jurisdicionados têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. No entanto, mesmo não podendo o Estado recusar-se a prestar a tutela jurisdicional, não está obrigado a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. E acrescenta o citado autor (1996:95): “O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial”.

Mesmo sendo um direito cívico e abstrato, a doutrina pondera que o particular tem em face do Estado, o direito de ação é condicionado à satisfação dos pressupostos processuais e à observância das condições da ação, dos prazos e forma dos atos processuais, sem os quais não se chega à sentença de mérito. Embora a lei imponha essas exigências ao exercício do direito de ação, as quais podem configurar, em certa medida, impedimentos para o acesso à justiça, segundo Nelson Nery Jr. (1996:100) “essas barreiras, entretanto, não se afiguram impeditivas da aplicação do princípio constitucional do direito de ação, pois configuram limitações naturais ao exercício do direito de ação”. Mas, no mesmo texto, adverte o renomado jurista: “todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado”. Adiante, veremos se a vedação das ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis configura ou não óbice ao exercício do direito à ação e à defesa, uma violação à garantia da inafastabilidade da jurisdição. Se positiva a resposta, tem-se por caracterizada no art. 59 da Lei nº 9.099/95 uma inconstitucionalidade material.

2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia do *devido processo legal* está prevista no art. 5º, Inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, que assim reza: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”. Segundo Nelson Nery Jr. (1993:28): “Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio *vida-liberdade-propriedade*, vale dizer, tem-se o direito de tutela daqueles bens da vida em sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser

respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*” (grifos do original).

O princípio do *due process of law* tem sua gênese na Carta Magna Inglesa, ditada pelos barões feudais anglo-saxônicos ao Rei João Sem Terra, em 1215, que continha a locução *law of land*, sob cuja cláusula deveriam ser realizados os julgamentos pela Coroa, assegurando, portanto, a inviolabilidade de direitos relativos à vida e à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra” (*per legem terrae* ou *law of land*). Explicando o significado da expressão, Siqueira Castro (1989:10) escreve que “esses direitos naturais assim elencados só poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *common law*”.

Somente em 1354, já no reinado de Eduardo III, o Parlamento inglês editou o famoso *statute of Westminster of th Liberties of London*, no qual aparece literalmente a expressão *due process of law*. Devido a sua relevância político-constitucional, a cláusula passou a integrar as famosas Declarações de Direitos, editadas inicialmente pelos Estados da Virgínia e Mariland, em 1776; Vermont, em 1777, Massachusetts, em 1780, New Hampshire, em 1784, antigas colônias inglesas da América do Norte, incorporando-se, finalmente, na Constituição dos Estados Unidos, em 1787 (Constituição de Filadélfia).

Originalmente, a cláusula *law of land*, imposta contra a opressão da Coroa, foi concebida como simples limitação do poder real, porém, inteiramente voltada ao processo penal. Por ela, a Coroa conferia aos súditos a garantia do *habeas corpus*, do julgamento por júri e do direito de propriedade, afora as relativas à ordem tributária, razão principal da revolta dos barões feudais contra a Coroa inglesa. É, pois, sob a expressão *due process of law* que, ainda hoje, radica a moderna concepção de legalidade.

Desde a edição da *Magna Charta Libertatum* o significado histórico da *due process clause* vem sofrendo contínua evolução, à base de uma admirável construção jurisprudencial e de um apurado senso ético-político, sempre, porém, associada a um corajoso princípio de resistência da cidadania contra o arbítrio dos governantes, transformando-se em garantia suprema das liberdades fundamentais dos indivíduos e da coletividade em face do Poder Público, expressa em vários documentos políticos, além das Constituições: nas Declarações de

Direito, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa e, mais recentemente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU, 1948). Ou, como escreve Siqueira Castro (1989:32):

A bem dizer, ao lado da 'igualdade perante a lei' (*equal protection of the law*), a cláusula *due process of law* erigiu-se no postulado maior da organização social e política dos povos cultos na era moderna. (...) Por sua galharda resistência à tormentosa evolução do Estado moderno (...), a garantia do devido processo legal acabou por transformar-se em axioma permanente da comunidade política, investindo-se no papel de verdadeiro termômetro da validade dos atos estatais nas nervosas relações entre 'Estado-indivíduo' e 'Estado-sociedade'.

Em outras palavras, no seu percurso histórico o instituto do devido processo legal, de simples regras processuais que era, elevou-se à categoria de princípio político-jurídico, incorporando-se às Cartas Políticas dos Estados contemporâneos como princípio processual e substantivo, limitador não só da ação mas do próprio mérito das decisões estatais, em face dos indivíduos e da coletividade. Afinal, pela síntese histórica de meridiana clareza, convém, transcrever o texto de Siqueira Castro (1989:32) sobre a evolução do instituto:

Uma vez incorporada formalmente ao direito constitucional norte-americano, através da 5ª e da 14ª. Emendas, a cláusula *due process of law* cumpriu um longo itinerário exegetic. Em razão de seu enunciado elástico e amoldável às exigências cambiantes daquela sociedade vocacionada ao progresso e à evolução dos costumes, a garantia do *devido processo legal* experimentou profundas variações no tratamento jurisprudencial. Tornou-se, ao lado do princípio da isonomia (*equal protection of the law*), o principal instrumento de argumentação de que lançou mão a doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América. Sua evolução perpassa o próprio sentido de que a Constituição americana passou a assumir sob o influxo da metamorfose do Estado liberal em Estado Social, culminando, já hoje, em significar novas condições de relacionamento do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil, condições essas que refletem a visão do homem e do mundo acerca da liberdade e da solidariedade social nesse ocaso do século XX.

2.1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E PROCESSUAL

Por longo tempo, vigorou o princípio do devido processo legal apenas como garantia processual penal, estendendo-se depois a todo o direito processual, como princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado pelos órgãos da jurisdição. Como ensina Siqueira

de início, como requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos instaurados no âmbito da Administração Pública. Como princípio condicionante do processo criminal, a cláusula *due process of law* enfeixava garantias ‘explícitas’ e ‘implícitas’ no sistema de liberdades protegido pela Constituição. Dentre as garantias adotadas expressamente no estatuto constitucional norte-americano, mencione-se o *bill of attainder* e as leis retroativas (*ex post facto law*), ambas tratadas no art. 1º, Seção 9, item 3, bem como as disposições contidas na 5ª Emenda, como sejam, o direito a julgamento por júri (*jury trial*), a proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*). Ajunte-se, ainda, as garantias ditas pela 6ª Emenda, a saber, o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), por júri imparcial e com competência territorial predeterminada, bem como o direito de ser informado acerca da natureza da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório, consistente na possibilidade de confrontar as testemunhas de acusação, de produzir prova, inclusive, de obter compulsoriamente o depoimento de testemunhas de defesa, como de resto o direito à assistência de advogado”.

Com efeito, exsurge destes ensinamentos que o princípio do devido processo legal não enfeixa apenas a garantia da tutela processual em sentido genérico, como sói acontecer ao intérprete menos avisado, mas caracteriza-se de forma bipartida, ou seja, no *substantive due process*²⁹ e no *procedural due process*. Esses os dois sentidos, processual e substantivo, do devido processo legal: este, indica a incidência do princípio no que respeita ao direito material; aquele, a tutela dos direitos subjetivos por meio do processo judicial ou administrativo.

Portanto, no curso da sua evolução histórica, o princípio do devido processo legal não só evoluiu como garantia processual (*procedural due process*), inscrita na Magna Carta, nos famosos *Bill of Rights*, nas Declarações de Direito das Revoluções e nas Constituições modernas, mas também como garantia do direito material dos jurisdicionados (*substantive due process*)

²⁹ Foi por construção jurisprudencial que, mediante interpretação construtiva da Suprema Corte americana, a concepção processualista originária do princípio do devido processo legal passou ao questionamento da substância, do mérito dos atos do Poder Público, quer legislativos, quer administrativos. Lembra-nos Siqueira Castro (1989:50) que a teoria do *substantive due process* nasceu da interpretação adotada no julgamento dos casos *Murray v. Hoboken Land and Improvement Co.*, 18 How. Us. 272 (1855), e *Hepburn v. Griswold*, 8 Wall 603 (1869), quando a Suprema Corte estadunidense admitiu que a cláusula *due process of law* constante da 5ª Emenda restringia o poder legiferante do Congresso Nacional não apenas no tocante às garantias processuais reconhecidas pelo *common law*, mas também com relação a “direitos substantivos do indivíduo.” Nelson Nery Jr (1996:37) afirma que “a origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do séc. XVIII.” E, em nota ao pé da página, esclarece que, “já em 1798, no caso *Calder v. Bull*, antes portanto do famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), que marcou o início da doutrina do *judicial review*, a Suprema Corte americana, pelo voto de Chase, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo Poder Judiciário”.

atingido pelo poder legiferante do Estado ou do poder de polícia, afeto à função da Administração, através, principalmente do *judicial review*. Com diz Siqueira Castro (1989:58), o *substantive due process* “retrata a entrada em cena do Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu poder de protagonista e igualmente 'substantivo' no seio das instituições governativas”³⁰.

Com efeito, o *substantive due process*, pela via da jurisprudência construtiva, tornou-se instrumento não só de proteção das liberdades públicas, ou um novo padrão de mensuração da legalidade dos atos normativos do Poder Público ou da razoabilidade das leis, diante do poder legiferante do Estado, mas uma via de acesso à ordem jurídica justa, tal como foi expresso no voto do Juiz Felix Frankfurter da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Anti-Facist Committee v. Mcgrath*, 341 U.S. 123 (1951), assim traduzido por Siqueira Castro (1989:56):

Due process não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula... ‘due process’ é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força democrática que professamos. ‘Due process’ não é instrumento mecânico, não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.

Em suma, extrai-se do comentário do ilustre Juiz norte-americano que o devido processo legal é, antes de tudo, um princípio ético-político-jurídico, que o intérprete dispõe para fazer atuar a jurisdição e, sobretudo, proporcionar o acesso à ordem jurídica justa, devida pelo Estado aos seus comitentes. Já na sua vertente processual, o princípio do devido processo legal alcança um significado mais restrito, ou seja, a cláusula é vista como o direito de agir em juízo, deduzindo pretensão (direito à ação), e de defender-se do modo mais amplo e efetivo possível (direito à defesa), através do processo. Portanto, em linguagem processual, o *due process of law* representa o direito não só a um procedimento regular, legalmente pré-instituído, mas a um autêntico processo, cercado das garantias do contraditório e da ampla defesa como expressão da “paridade de armas” que o Estado-juiz deve proporcionar aos litigantes no deslinde das questões

³⁰ Luís Roberto Barroso (1996:201), ao tratar da evolução histórica da *due process clause* nos Estados Unidos, lembra que aquela garantia “passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem a) a sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* -- isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas --, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo”.

trazidas à sua cognição. Ou, na expressão da Suprema Corte norte-americana: a possibilidade efetiva que o jurisdicionado tem ao *his day in Court*.

É nesse sentido processual, como princípios derivados do *due process of law*, que passaremos a tratar das exigências do juiz natural, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, os quais interessam mais de perto aos objetivos do presente estudo, por serem os supedâneos das análises que empreenderemos no capítulo concernente à rescisão dos julgados nos Juizados Especiais Cíveis.

3. PRINCÍPIOS DERIVADOS DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Vimos que os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal são princípios arquetípos, por si sós suficientes para prover a sociedade e os indivíduos de garantias formais e materiais contra as ações dos órgãos estatais, tanto de ordem legislativa como administrativa ou judiciária. Entretanto, preferiu o legislador constituinte brasileiro, mesmo desprezando a síntese e, por vezes, a boa técnica legislativa, ser mais analítico na fixação das garantias constitucionais insertas em diversos artigos da nossa Carta Magna, em especial nos diversos incisos e nos parágrafos do art. 5º. Assim, elevou à categoria de princípios constitucionais vários princípios processuais aplicáveis ao processo civil, penal ou administrativo, alguns dos quais já assegurados pelas leis ordinárias.

A seguir, passaremos a descrever o enunciado e o conteúdo daqueles princípios que julgamos essenciais à adequada tutela jurisdicional não só em razão da sua relevância político-jurídica, mas, em particular, pela importância para os propósitos desse trabalho, quais sejam: os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição; imparcialidade do juiz, publicidade e motivação das decisões judiciais.

3.1. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Converge a doutrina a respeito da idéia de que o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, o acesso à ordem jurídica justa. Quer dizer, tem o cidadão seu direito à jurisdição, isto é, não somente à regularidade do processo mas a um provimento jurisdicional consoante com o direito material que esgrime contra seu contendor no exercício do seu constitucional direito de ação.

Nessa perspectiva, o primeiro instrumento de uma ordem jurídica justa é a garantia do juiz natural que, segundo Grinover, “mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível”.

O princípio do juiz natural está enunciado em dois incisos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, a saber: no inciso nº XXXVII -- “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”³¹ -- e no inciso nº LIII -- “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. Assim, no princípio do juiz natural, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (1992:51) está assente “a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

O conteúdo do princípio do juiz natural apresenta dois significados: primeiro, veda ao legislador infraconstitucional a criação de tribunais de exceção, ou seja, de órgãos judiciários instituídos ou designados para julgamento *ex post facto* de causas penais ou cíveis. Nesse sentido, afirma Nelson Nery Jr. (1996:69) que:

Costuma-se salientar que o princípio do juiz natural se traduz no seguinte conteúdo: a) exigência de *determinabilidade*, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, a *preconstituição* do direito italiano (art. 25, CF italiana); b) a garantia de *justiça material* (independência e imparcialidade dos juízes); c) *fixação da competência*, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à

³¹ Nelson Nery Jr. (1996:64) define Tribunal de exceção como aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal”.

divisão funcional interna, tal como ocorre com o *Geschäftsverteilungsplan* do direito alemão (grifos do original).

Portanto, dois elementos essenciais integram a garantia do juiz natural: a preconstituição, ou seja, a instituição de juízos e tribunais por lei, antes da ocorrência dos fatos que irão a processo e julgamento; a competência funcional, hierárquica e material dos órgãos judiciários, como preceitos de ordem pública, inderrogável pelas partes, para cuja violação existem as sanções de nulidade. Em outra perspectiva, na lavra de Nelson Nery Jr (1996:70), tem-se que:

Antes de ser afirmada e confirmada a competência e a imparcialidade do juiz para julgar determinada causa, não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena de violar-se a garantia constitucional do juiz natural. A garantia implica o direito dos litigantes em ver o objeto do processo, ou seja, o conjunto das questões que devem ser julgadas pelo juiz (*thema decidendum*), ser decidido pelo juiz natural.

Como já afirmado anteriormente, o princípio do juiz natural garante a segurança jurídica aos jurisdicionados: nenhum juiz ou tribunal será criado para o processo e julgamento de ilícito já praticado e, por maior que sejam suas repercussões sociais ou políticas, nenhum foro excepcional, nenhum rito ou procedimento especial será instituído por decisão dos órgãos estatais para condenação ou absolvição do seu autor. Por isso, é inadmissível o julgamento *ad personam*, exceto nos casos previstos na própria Constituição, que admite foro privilegiado a determinadas pessoas. Assim, as garantias da pré-constituição e da ordem taxativa de competência, que afasta qualquer margem de discricionariedade dos órgãos estatais, têm em vista assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o mais amplo direito de defesa. Como ensina Silveira Bueno (1994:34):

A pré-constituição, como é óbvio, milita em favor da imparcialidade do juiz. Deveras, a escolha de um determinado juiz para processar um determinado acusado pode gerar a impressão de que ele foi escolhido a dedo para o fim de condenar ou absolver, enquanto que o fato de o juiz ou tribunal estar constituído antes da prática do delito nada tem de casuístico e gera a presunção de imparcialidade, atributo necessário da jurisdição. (...) Portanto, o princípio do juiz natural garante que ninguém poderá vir a ser perseguido ou protegido pela designação de um juiz ou tribunal, especialmente para julgar determinado acusado. É, portanto, uma garantia do cidadão individualmente considerado de que não será perseguido, e da sociedade, que não assistirá à designação de uma autoridade ou órgão judiciário com a finalidade de proteger ou encobrir um delinquente.

Os ensinamentos extraídos da doutrina exposta servem ainda para lembrar que não se deve confundir juízo de exceção -- órgãos criados para contingências particulares --, com justiça

especializada --, instituída para a divisão da atividade jurisdicional do Estado entre os vários órgãos do Poder Judiciário -- ou com prerrogativa de foro, prevista na Constituição ou nas leis ordinárias, em razão do interesse público, como é o caso dos julgamentos a cargo do Senado Federal, para os crimes de responsabilidade (CF/88, art. 52, inciso I).

Em conclusão, juízo natural é aquele preconstituído pela Constituição, previsto de modo abstrato e geral, com competência específica para processo e julgamento das matérias previstas em lei. Assim, por exemplo, é a própria Constituição Federal (art. 98, caput e inciso I) que autoriza a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais instituídos pela Lei nº 9.099/95 (preconstituição), competentes para a conciliação, julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (competência dos Juizados Especiais). Portanto, nesta como em outras previsões constitucionais que fixam prerrogativas de foro não há violação ao princípio do juiz natural, porque se tratam de hipóteses excepcionadas pela própria Constituição Federal, previstas anteriormente, de forma abstrata, e não *ex post facto*, ou por meio do *bill of attainder*.³²

3.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Embora a cláusula do devido processo legal fosse suficiente como garantia à regularidade do processo em todas as suas dimensões, o constituinte inseriu na Magna Carta brasileira, no art. 5º, o inciso LV, que assegura aos litigantes e aos acusados em geral, em processo judicial ou administrativo, o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Portanto, o princípio do contraditório transcende o plano processual para constituir-se como garantia política dos jurisdicionados, como princípio basilar do estado de direito, do direito de ação e de defesa, da instrumentalidade e efetividade do processo, sem os quais se fecham os caminhos de acesso à justiça às pessoas e à coletividade.

Conceitualmente, o contraditório pode ser definido como o poder que tem o autor de deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito, assim como o poder que

³² Ensina Siqueira Castro (1989:35), em nota de rodapé, que “entende-se por *bill of attainder* no Direito anglo-americano o ato legislativo que importa em considerar alguém culpado sem a precedência de um processo e julgamento regular em que seja assegurada ampla defesa”.

tem o réu de ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e fazer-se ouvir. Dito de outro modo, significa que ambas as partes têm direito de ação e defesa no processo em que deduzem suas pretensões e resistências. No mesmo diapasão é o magistério de Néelson Nery Jr. (1996:163), que leciona:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

Em síntese, vale dizer: dois elementos constituem o contraditório -- a informação e a reação, o qual exige a bilateralidade da audiência, a participação intensa das partes na produção probatória e na formação do convencimento do juiz.

Além da sua dimensão jurídica, o princípio do contraditório se arrima em fundamentos lógico e político. O *fundamento lógico* é a bilateralidade da ação, que gera a bilateralidade do processo, ou seja, à pretensão do autor tem-se a contradição do réu; o *fundamento político* é o de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido, sem que lhe tenha sido dada oportunidade de defesa. É sustentado sobre esses dois fundamentos, conforme o escólio de Portanova (1995:161), que o princípio do contraditório “dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz”. Assim, com a petição inicial o autor instaura a relação processual e só a partir do chamamento do réu a juízo, através da citação (ou notificação) é que se completa a relação jurídico-processual e se desenvolvem os atos processuais, como antecedentes da tutela jurisdicional pretendida, que será expressa no provimento final do juiz. Contraditório é, em suma, audiência bilateral e participação: por esses meios cada litigante tem ciência dos atos do juiz e do adversário; é, pois, com informação e reação que o princípio se efetiva e prepara o processo para seu fim natural: a sentença de mérito.

O contraditório não é, entretanto, apenas uma garantia formal. Projeta-se no plano substancial, muito embora alcance diferente incidência no processo penal ou civil, conforme lição de Nelson Nery Jr. (1996:134), que transcrevemos:

O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (CPP, art. 261), para que se tenha por obedecido o mandamento constitucional. (...) Assim, se houver defesa

desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório, conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela constituição. No processo civil o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Tratando-se de direitos disponíveis, o réu, por exemplo, pode deixar de apresentar contestação -- revelia -- sem que isto configure ofensa ao princípio do contraditório. Deve-se, isso sim, dar-se a ele a oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade deve ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal.³³

O princípio do contraditório não admite exceções, quer em relação às partes que litigam no processo, quer em relação ao procedimento adotado (jurisdição contenciosa ou voluntária). Por isso, quem for parte³⁴ no processo como autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente ou litisconsorte tem a garantia de ser informado e de reagir, com paridade de armas, porque, como já se disse, informação e reação são inerentes ao princípio, são a sua essência. Portanto, seja como parte ou como terceiro que intervenha no processo, pessoa natural ou jurídica -- até mesmo as pessoas formais³⁵ --, se tiver qualquer pretensão a deduzir no processo, tem à sua mercê a garantia do contraditório.

É, portanto, imanente ao princípio do contraditório a paridade de armas, a igualdade substancial, porque a igualdade formal não basta. Para que o processo possa ser efetivo e alcançar seus escopos jurídico, sociais e políticos, e para que possam fazer valer seus direitos e pretensões, devem as partes ter iguais oportunidades, isto é, que sejam colocadas diante da mesma realidade, em igualdade de situações processuais. Da atividade processual das partes ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões, quer dizer, agindo dialeticamente, é que o juiz pode formar o seu convencimento e finalizar seu ofício com a certeza de ter atingido o escopo social da jurisdição: pacificar com justiça.

³³ Cintra, Grinover e Dinamarco (1992:53) são enfáticos ao dizer que: “No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios”. Em outra passagem (1992:54): “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.

³⁴ De observar-se que o Ministério Público atua no processo, ora como parte propriamente dita ou como substituto processual, ora como fiscal da lei. Em ambas as situações é-lhe devido o contraditório, pois que sempre lhe assiste o direito de ser ouvido em todos os atos do processo.

³⁵ Nelson Nery Jr. (1996:132), em nota de rodapé, ao tratar do contraditório como garantia dos litigantes, assim escreve: “Mesmo as entidades despersonalizadas (espólio, massa falida, condomínio de apartamentos, entidade governamental destinada à proteção do consumidor - PROCON), desde que sejam parte no processo, podem valer-se da garantia do contraditório”.

3.3. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

No sistema processual brasileiro, podem as decisões judiciais ser impugnadas de dois modos: a) pelos recursos; b) pelas ações autônomas de impugnação, de que são exemplos marcantes a ação rescisória, o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, no processo civil, são os recursos que concretizam o princípio do duplo grau de jurisdição, de vez que asseguram ao litigante vencido (total ou parcialmente) o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, previstos em lei.

O princípio do duplo grau de jurisdição se fundamenta sobre dois pilares: o *lógico* e o *político*: no primeiro, porque existe a possibilidade de haver erro ou injustiça na decisão judicial, o que justifica a necessidade de sua reforma em grau de recurso; no segundo, porque, como manifestação do *substantive due process of law*, nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles, em especial o controle interno sobre a legalidade das decisões judiciais. Por isso, não obstante exacerbadas críticas por parte da doutrina, os defensores do duplo grau de jurisdição se arrimam nos argumentos que Manoel Antônio Teixeira Filho (1996:103) resume nos seguintes:

a) a garantia dos recursos está subordinada a uma necessidade humana, pois ninguém se conforma com julgamento único e desfavorável; b) o recurso atua como meio de purificação da sentença, escoimando-a de falhas; c) os recursos são apreciados por órgãos colegiados, integrados por juízes mais experientes no ofício de julgar, o que significa uma garantia de justiça; d) a possibilidade de a sentença ser objeto de impugnação faz com que o juiz seja mais cuidadoso no momento de proferi-la.

O principal ataque dirigido ao princípio do duplo grau de jurisdição é o de que os recursos retardam a formação da coisa julgada material, provocando um prolongamento da duração do conflito em que as partes estão enredadas. Em nome da falibilidade humana e da segurança jurídica, o processo torna-se moroso, perde sua efetividade como método de composição de litígios.

Não obstante a robustez do argumento, principalmente em face da realidade com que se defronta atualmente a justiça, não se pode desprezar a idéia de que o duplo grau de jurisdição representa um instrumento a serviço do aprimoramento das decisões judiciais e de efetiva realização da justiça, pois muito pior do que o retardamento provocado pelos recursos na

formação da coisa julgada material é, sem dúvida, permitir a prevalência, o império das decisões imperfeitas, isto é, a interferência estatal errada ou injusta nas relações intersubjetivas e esfera dos interesses dos jurisdicionados. Daí as sábias palavras de Calmon de Passos (apud Laspro, 1995:96), quando afirma que, “em face da grave crise que atinge o Judiciário, há a tendência de exigir restrição à admissibilidade de recursos, de modo assistemático e simplório, em detrimento da garantia do devido processo legal, incluída entre as que são asseguradas pela nossa Constituição”.

O princípio do duplo grau de jurisdição tem ou não assento constitucional? A doutrina se divide ao interpretar o teor do inciso LV, do artigo 5º, da nossa Carta Magna. Há doutrinadores que afirmam como evidente que o constituinte não utilizou o vocábulo recursos no sentido técnico, ou seja, como formas de impugnação das decisões judiciais. No inciso LV, *recurso* representa o conjunto de medidas conducentes à efetivação da garantia da ampla defesa, da qual o contraditório constitui espécie. Antes, a expressão *meios e recursos* faz alusão aos atos e às fórmulas processuais necessárias para assegurar a ampla defesa aos que litigam no processo civil ou aos acusados em matéria penal. Assim se deduz dessa interpretação que o duplo grau de jurisdição não tem assento constitucional e, portanto, não é uma garantia explícita, como o é o direito de ação estampado no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A nosso ver, embora não incluída como garantia explícita no elenco dos direitos e garantias fundamentais, o duplo grau de jurisdição encontra-se implícito nos princípios insertos no texto da Carta Política vigente, aos quais o legislador infraconstitucional tem de obedecer, por força da norma que assevera que “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (CF/88, art. 5º, § 2º). Aliás, hoje, como escreve Oreste Nestor de Souza Laspro (1995:94):

o direito de ação não comporta mais o acanhado modelo abstrato de direito de petição e deve ser analisado sob a ótica da tutela jurisdicional, enquanto meio de satisfazer pretensões, que rechaça todo e qualquer impedimento ao exercício dos direitos fundamentais. Mais do que direito à proteção judiciária, a tutela jurisdicional compreende a completa e adequada proteção judiciária que o Estado pode oferecer a seus jurisdicionados.

Daí porque, uma interpretação sistemática e construtiva dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 -- do art. 92, que dispõe sobre a estrutura do Poder Judiciário; do art. 98, I, que

prevê o julgamento dos recursos nos Juizados Especiais, por turmas de juízes de primeiro grau; da norma do inciso LV, art. 5º-- revela que houve por parte do legislador constituinte a opção legislativa implícita de consagrar o princípio do duplo grau de jurisdição, acolhido desde a Constituição Imperial de 1824, o que constitui tradição no sistema processual brasileiro.

Entretanto, mesmo dentre as tendências doutrinárias que dilargam o direito à impugnação das sentenças existe unanimidade de que o princípio do duplo grau de jurisdição não tem relação de dependência ou de continência com o devido processo legal, de modo que a obediência à *due process clause* não exige, necessariamente, previsão do duplo grau de jurisdição. O princípio tem, isso sim, íntima correlação com a celeridade processual e a certeza e segurança jurídica desejadas pelo legislador. Embora não se permita a supressão do duplo grau de jurisdição, em face do arranjo das normas jurídicas construído na Carta Magna brasileira, a imposição de limites ao reexame das decisões judiciais não constitui ofensa às garantias constitucionais processuais, de modo que, segundo escólio de Oreste Nestor de Souza Laspro (1995:96):

é possível, pois, que se conclua ser melhor restringir os meios recursais e atingir, em um menor espaço de tempo, a certeza jurídica e a efetividade do processo que proporcionar inúmeras etapas de impugnação, com o objetivo de alcançar, em tese, a verdade sobre os fatos, ainda que se congestionem as vias de acesso aos tribunais com um volume gigantesco de demandas. Tanto isto é certo que, entre os elementos essenciais ao devido processo legal, não se pode incluir o duplo grau de jurisdição, que é mero elemento acidental.

3.4. PRINCIPIO DA PUBLICIDADE E MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais estão na Constituição Federal de 1988, estampados, respectivamente, em dois dispositivos: no artigo 5º, inciso LX -- *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem* --; e no artigo 93, inciso IX, que reza que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*".

Tanto a publicidade como a motivação das decisões judiciais são atributos do estado

democrático de direito, de vez que tais princípios garantem não só a transparência do processo mas a participação popular no controle da atividade judicante dos órgãos judiciários. É, por isso, uma garantia das partes e dos cidadãos, destinada a inibir qualquer expressão ilegítima de força e a elidir o arbítrio ou o autoritarismo das relações de poder. É da essência da democracia a participação e o controle popular sobre quem exerce o poder político, do qual a atividade jurisdicional é manifestação inequívoca.

A publicidade do processo nasceu da reação aos julgamentos secretos em voga antes da Revolução Francesa e se estabeleceu como garantia de independência, da imparcialidade e da autoridade do juiz, necessária não só para assegurar a regularidade do processo mas, também, para permitir a fiscalização da função judicante a cargo dos magistrados. Em síntese, como diz Portanova (1995:168), “à vista dos amplos poderes que detém o juiz, a publicidade é uma contrapartida, que dá segurança e garantia contra a falibilidade humana e a arbitrariedades dos julgadores”.

Entretanto, apesar de viabilizar a fiscalização dos atos judiciais, tanto pelos próprios litigantes como pelos órgãos encarregados do controle interno dos órgãos estatais, a publicidade não é garantia absoluta, mas limitada ao interesse público e à preservação da intimidade das pessoas, inscritos na norma constitucional acima transcrita. Ademais, a própria Constituição (art. 5º, inciso X) considera invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. É com fulcro nesses limites que em certos casos a lei institui o *segredo de justiça*, mormente nos casos de defesa da família ou da moral e dos bons costumes, de modo que os fatos que ensejaram a relação jurídica processual estejam a salvo da curiosidade alheia ou de tumultos processuais, que podem causar prejuízos aos figurantes do processo.

O sistema jurídico brasileiro proíbe o *non liquet*, devendo o juiz sentenciar mesmo havendo obscuridade ou lacuna na lei,³⁶ porque as leis (CPC, LICC) garantem ao magistrado não só a liberdade e a independência para formar o seu convencimento -- nos limites da *res in*

³⁶ O art. 126 do Código de Processo Civil prescreve que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei”. No julgamento da lite caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” No mesmo sentido é a norma do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Tais dispositivos estão em consonância com o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, que torna indeclinável a função jurisdicional, proibindo o juiz de pronunciar o *non liquet*, alegando lacuna ou obscuridade da lei.

iudicium deducta e das provas³⁷ carreadas ao processo --, como também lhe indicam as formas por que pode colmatar as lacunas. Entretanto, exige-se-lhe a necessária motivação: a decisão judicial não motivada é fulminada com a sanção de nulidade. Como pontifica Nelson Nery Jr. (1996:107), “o litigante tem o direito de saber o porquê da sua vitória ou derrota em juízo”, porque todo cidadão tem o direito inalienável de exigir que o Poder Judiciário só interfira, com eficácia, na esfera dos seus interesses particulares quando o fizer por meio de decisão fundamentada no ordenamento jurídico.

Em síntese, o princípio da motivação das decisões judiciais traduz uma imposição do *due process of law*, através do qual, segundo afirma Portanova (1995:248) “se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa. Por isso, é importante que as razões venham expostas com clareza, lógica e precisão, visando à perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como o desfecho da demanda. É necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou.”

3.5. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Se o juiz natural é a garantia da jurisdição, a imparcialidade é inseparável do órgão judicante, porque o Estado deve aos jurisdicionados não apenas um juiz pré-constituído mas, sobretudo, um juiz imparcial, alguém que, no ofício de julgar, se coloque entre as partes e acima delas, livre de suspeitas e impedimentos objetivos ou subjetivos.

Entretanto, a *imparcialidade* se diferencia da *neutralidade*, pois, nesta, o juiz se ausenta da realidade, torna-se escravo da lei, comprometido comissivamente com o *status quo*, com os valores postos pelo sistema, enquanto naquela o que se busca é ressaltar o juiz do comprometimento com a parte, sem, no entanto, negar-lhe qualquer atitude axiológica diante dos fatos da realidade social. Ademais, para garantir a paridade de armas no processo, o juiz tem o

³⁷ Quanto às provas, além do princípio da persuasão racional, a que se vincula o juiz para valorá-las e formar o seu convencimento, vigora o princípio da licitude da prova, estatuído no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Sobre o assunto, cf. Portanova (op. cit. pág. 201); Nelson Nery Jr. (op. cit. pág. 153).

dever-poder de agir para melhor compreender os conflitos sociológicos e os interesses que deles emergem. Assim, a imparcialidade do juiz se dá em benefício do direito e não para beneficiar a parte mais forte; não fosse assim, a imparcialidade do juiz seria confundida com omissão e estaria sempre a punir e a oprimir o mais fraco na relação jurídica processual. Aliás, como veremos, nos Juizados Especiais Cíveis houve um saudável temperamento do princípio dispositivo, ao atribuir ao juiz maiores poderes instrutórios no deslinde das questões submetidas ao rito desse microsistema processual.

A imparcialidade é pressuposto processual de validade da relação jurídico-processual. Sem um juiz *subjetivamente capaz* o processo nem chega a existir, ou seja, não existe relação jurídica processual, porque o conflito de interesses não ingressou no mundo jurídico e, portanto, nenhum efeito irradia. Por isso, anotam Cintra, Grinover e Dinamarco (1992:50) que “a incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita da sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual”. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (CF, art. 95, *caput* e incisos), prescrevem-lhe vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º XXXVII).

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes, consubstanciada nas vedações e nas garantias da magistratura expressas no artigo 95 (*caput* e parágrafo único) da Carta Política brasileira. Por esses dispositivos tem-se assegurado que, para ser juiz imparcial, não pode o magistrado ter interesse em relação às partes ou à *res deducta*. O mesmo sentido se deduz dos óbices legais previstos pelos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Por isso, escreve Portanova (1995:79): “Quando o Estado tirou do cidadão o direito à justiça privada e ao desforço pessoal, deu-lhe um terceiro imparcial e independente para resolver seu conflito: o juiz. Assim, é direito fundamental do cidadão um juiz imparcial e independente”, ao mesmo tempo em que “há indiscutível imbricação ética a informar o princípio que leva a imparcialidade a ser imanente à atividade jurisdicional”. Aí está o fundamento jurídico-político da exigência da imparcialidade do juiz no deslinde das questões que lhe são submetidas a julgamento.

Suspeição e impedimento constituem duas modalidades que privam o juiz de atuar ou de continuar no feito, cujas hipóteses legais estão previstas nos artigos 134 (impedimento) e 135 (suspeição), ambos do Código de Processo Civil. Ademais, o princípio da imparcialidade é requisito essencial não apenas à figura ou à atividade do juiz, mas imanente a todos os órgãos da

jurisdição. Como garantia político-jurídica que é, a exigência de imparcialidade se espraia para todos os graus de jurisdição, ao Ministério Público e aos auxiliares da justiça, de modo que, a teor do artigo 138 do Código de Processo Civil, aplicam-se-lhes também os motivos de impedimento e de suspeição. Destarte, os mesmos motivos que tornam o magistrado subjetivamente incapaz obrigam o Ministério Público, o serventuário da justiça, o perito e o intérprete e, nos Juizados Especiais Cíveis, os juizes leigos, os árbitros e os conciliadores.

Embora não seja neste ponto a sede apropriada para discussão do assunto, vale lembrar que o impedimento ou a suspeição do juiz devem ser arguídas por meio de exceção, pela parte ou pelo Ministério Público, na forma preconizada nos artigos 312 a 314 do Código de Processo Civil. Isto porque a sentença proferida por juiz impedido, a para da incompetência absoluta, constitui uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória elencadas no art. 485 do CPC (inciso II) e, segundo Portanova (1995:81), “ainda que as hipóteses de ação rescisória não contemplem expressamente os casos de suspeição, tem-se que a sentença do juiz comprovadamente suspeito viola literalmente as disposições de um dos incisos do art. 135. Daí a viabilidade rescisional por incidência do inciso V, do art. 485 do CPC” -- *violar literal disposição de lei*

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Através do comando ditado pelo *caput* do art. 98, da Constituição Federal de 1988, tornou-se obrigatória³⁸ a instituição dos Juizados Especiais, na forma prescrita no seu inciso I, que devem ser “provido por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a *conciliação*, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o *julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau*” (destacamos). Por seu turno, o art. 2º, da Lei nº 9.099/95, ao dar materialidade ao comando constitucional referido, diz, *verbis*: “O processo orientar-se-á pelos *critérios* da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a *conciliação* ou a *transação*” (grifamos).

Mediante interpretação sistemática das normas criadoras dos Juizados Especiais pode-se afirmar que o constituinte tratou de estabelecer os *princípios informativos dos Juizados Especiais*, quando, além de determinar a matéria e o rito, fala de *conciliação*, *transação* e *recursos*, permitindo o duplo grau de jurisdição; já o legislador ordinário traçou os *princípios gerais do processo e do procedimento* das causas de competência desse microsistema processual, quando instituiu os *critérios*³⁹ da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tendo como fim a composição da lide pela *conciliação* ou pela

³⁸ É o que afirma Horário Wanderlei Rodrigues (1996:23), quando escreve: “Esse dispositivo constitucional traz uma série de modificações em relação aos juizados especiais de pequenas causas, criados pela Lei nº 7.244/84, agora expressamente revogada pela Lei nº 9.099/95. Entre eles, cumpre destacar: a) a obrigatoriedade da criação dos juizados especiais, decorrente da utilização do verbo criar no futuro do presente do indicativo (*criarão*), no *caput* do artigo transcrito; b) torná-los órgãos necessários da estrutura do Poder Judiciário, excluindo, conseqüentemente, a possibilidade de opção do autor quanto a submeter-lhes ou não a demanda, quando essa for de sua competência; c) a alteração do espectro de causas cíveis cuja competência para *conciliação*, *julgamento* e *execução* passam para os juizados especiais, tendo em vista a utilização do termo causas de menor complexidade e não pequenas causas; d) a criação dos juizados especiais competentes para a *conciliação*, o *julgamento* e a *execução*, referentes a infrações penais de menor potencial ofensivo; e) a possibilidade da existência de juizes leigos; f) a permissão, agora constitucional, de *julgamento dos recursos por turmas de juizes de primeiro grau*” (grifos do autor).

³⁹ Para Joel Dias Figueira Jr. (op. cit. pág. 45), “Em que pese o legislador ter-se utilizado da expressão “critérios” orientadores do processo nos Juizados Especiais, estamos diante de verdadeiros princípios”.

transação, preliminarmente ao julgamento da relação jurídica de direito material litigiosa posta em Juízo. Assim, é esta principiologia o assunto a ser estudado neste capítulo; antes, porém, chamar-se-á a atenção acerca da aplicabilidade dos princípios constitucionais, já trabalhados no capítulo II, e sua relação com o caráter teleológico dos Juizados Especiais Cíveis.

Embora a Lei nº 9.099/95 não faça referência a normas supletivas do processo nos Juizados Especiais Cíveis, forçoso é reconhecer que, havendo lacuna na norma especial, aplicar-se-á as disposições da norma geral: assim, as normas processuais do Código de Processo Civil têm aplicação subsidiária ao microsistema dos Juizados Especiais, principalmente no que se tange às nulidades⁴⁰, à antecipação dos efeitos da tutela e ao poder de cautelar do juiz⁴¹, de vez que estão inseridas no âmbito da instrumentalidade do processo, da efetividade do direito substancial e em consonância com os ideais de acesso à justiça e celeridade da prestação jurisdicional. Aliás, com essa tônica ocorreu a inclusão do inciso IV, no art. 125, bem como a alteração do *caput*, a revogação dos incisos e o acréscimo dos §§ 1º e 2º do art. 331, todas implantadas pela Lei nº 8.952/94, uma das que compõe o quadro legislativo das reformas pontuais que sofreu o Código de Processo Civil em 1993 e em 1994, principalmente.

Não nos esqueçamos, porém, que, mesmo diante de um microsistema especial como o são os Juizados Especiais, centrado no princípio do acesso à justiça, não se pode descurar dos princípios constitucionais derivados do *due process*, como os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes, da licitude da prova, da motivação das decisões judiciais, nem se elidir os princípios processuais da vinculação do juiz aos fatos da causa, da adstrição à *res deducta*, da preclusão, da invariabilidade da sentença, dentre outros, de vez que o prejuízo é imanente à lesão mesma do direito a que se referem. Apenas é lícito ao julgador, diante da aparente antinomia⁴² de princípios, promover valorações adicionais para

⁴⁰ Tanto a Lei nº 9.099/95, art. 13, que trata dos atos processuais, como o CPC, nos artigos 243 a 250, que fala das nulidades, tem em mira a instrumentalidade das formas, tendo como substrato o princípio do não-prejuízo (*pas de nullité sans grief*) e o princípio da finalidade, o que conduz ao aproveitamento e à convalidação dos atos processuais que não causarem prejuízos para as partes. É nesse diapasão que a jurisprudência tem se manifestado, como no aresto coligido por Humberto Theodoro Júnior (1995:106), *in verbis*: “Torna-se necessário, para que se declare a nulidade de um ato, além da sua alegação oportuna, a demonstração do prejuízo daquele que a denuncia. Essa é a regra geral, valendo ressaltar que, em se tratando de ato processual, a lei não dá valor à nulidade se dela não resultou prejuízo para as partes -- CPC, art. 249, § 1º. Isso significa que houve a aceitação, sem restrições, no direito brasileiro, do velho princípio *pas de nullité sans grief*” (Ac. das Câmaras Reunidas do TJP, de 13.05.87, nos Embargos nº 12.553, Rel. Des. Marques da Silva; ADCOAS, 1988, nº 117/111).

⁴¹ Cf. Joel Dias Figueira Jr, op. cit. págs. 39-44

⁴² Ensina Maria Helena Diniz (in *Conflito de Normas*, pág. 15), que: “A antinomia representa o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso

superá-la e determinar a prevalência dos valores que subjazem aos princípios aparentemente antinômicos entre si na análise do caso concreto, pois, se dois princípios têm a mesma autoridade (em hierarquia e valor) nenhum deles se aplica ao objeto do que está *sub judice*.⁴³

Os Juizados Especiais foram concebidos para facilitar a composição dos litígios envolvendo causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, seja pelo julgamento, seja pela conciliação das partes ou pela transação da relação jurídica-substancial controvertida. Ressalta, assim, um palmar intento teleológico: o acesso célere à justiça, dando concretude ao princípio da inafastabilidade da jurisdição inserido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, para um amplo volume de demandas cíveis que o sistema processual do Código de Processo Civil, pelos custos e pela demora, inviabilizava a sua apreciação pelo Poder Judiciário. Daí se vê que, tanto no art. 98, inciso I, a finalidade, a conciliação e a transação, como também o duplo grau de jurisdição foram elevados à categoria de princípios do microsistema dos Juizados, enquanto que na Lei nº 9.099/95 também o processo é informado por princípios derivados da instrumentalidade das formas, como o são a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, com o propósito finalístico magno da conciliação ou da transação. São esses princípios constitutivos dos escopos jurídico e social do processo nos Juizados Especiais Cíveis que trataremos a seguir.

1. CONCILIAÇÃO E TRANSAÇÃO

Nos Juizados Especiais, o Juiz é não só reitor do processo, mas, sobretudo, um conciliador das partes, tendo em mira a composição amigável do conflito de interesses, de vital importância para a rapidez e presteza na entrega da prestação jurisdicional. Assim, antes de proferir o julgamento, acolhendo ou rejeitando a pretensão de direito material controvertida, tem

particular”.

⁴³ Salienta Dinamarco (1993:318) que: “O equilíbrio de exigências conflitantes, que compete à técnica processual, consiste na coordenação dos diversos escopos do processo. Fala-se em exigências de “justiça e celeridade”, ou de “celeridade e ponderação”, mas sempre o que se tem é isso: a necessidade de dotar o processo de meios tais que ele chegue mais rapidamente possível a proporcionar a pacificação social no caso concreto (é o seu escopo magno), sem prejuízo da qualidade da decisão. A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico) mas também, acima disso, penhor da justiça das decisões. Toda tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para a do *due process of law*) é predisposta à efetiva fidelidade dos desígnios do direito material”.

o Juiz o *dever-poder*, perante as partes litigantes, de tentar a conciliação ou a transação, podendo a autocomposição ser de natureza diversa da pretensão que foi posta em juízo.

A autocomposição tem relação mais estreita com o princípio da instrumentalidade, pois a conciliação ou a transação não só permitem a extinção amigável do litígio, com a prolação de uma sentença de mérito, evitando o ato de imposição do direito através do exercício da jurisdição (heterocomposição), como também constitui expressão prática do princípio dispositivo, que permite às partes dispor dos seus direitos patrimoniais, judicial ou extrajudicialmente, restando ao juiz a homologação do ajuste a que chegaram os litigantes.

Deve-se observar, neste ponto, o abrandamento do *princípio dispositivo* pelo art. 5º da Lei nº 9.099/95, que amplia os poderes instrutórios do juiz, não obstante a intensa participação do magistrado na direção e na instrução do processo, o clima de informalismo que envolve as atividades das partes e a ampla liberdade que as mesmas têm de postular e argumentar, os quais, entretanto, podem ensejar a ocorrência de *erros in procedendo* ou *erros in judicando*, que imponham prejuízos às partes, bem como a processualização de atos jurídicos com vícios sociais ou de consentimento⁴⁴, que constituem causas de invalidade da sentença e podem ser atacadas pela ação rescisória ou pela ação anulatória a que aludem, respectivamente, os arts. 485 e 486 do Código de Processo Civil. Ademais, a própria transação pode ser ferida de nulidade absoluta (*ipso jure*), se realizada em dissonância com o art. 1036 do Código Civil, que diz ser “*nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação*”.

Embora a Lei nº 9.099/95 (art. 2º) e a Suprema Carta Política de 1988 (art. 98, inciso I) falem em conciliação e transação, como modos de autocomposição⁴⁵, é mister distinguir os dois

⁴⁴ Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1993:351), os vícios do consentimento e os vícios sociais são “duas categorias de defeitos que podem inquirar o ato negocial. Uns atingem a própria manifestação de vontade, perturbando a sua elaboração, e atuam sobre o consentimento. (...) Denominam-se vícios de consentimento, em razão de se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivesse intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção. Outros afetam o ato negocial, salientando a desconformidade do resultado com o imperativo da lei, e, nesses casos, o negócio reflete a vontade real do agente, canalizada, entretanto, e desde a origem, em direção oposta ao mandamento legal. (...) Vícios do consentimento são o erro, o dolo e a coação. Vícios sociais são a simulação e a fraude.”

⁴⁵ Tratando da autocomposição, Joel Dias Figueira Jr. (1995:), diz que: “Dentro da teoria do direito, a autocomposição pode ocorrer de três maneiras: “... a) mediante inteira submissão do réu à pretensão do autor, declarando-se disposto a satisfazê-la, sem (mais) opor-lhe resistência e sem discutir quaisquer pontos de fato ou de direito relativos a ela (reconhecimento do pedido); b) mediante renúncia do autor ao seu direito alegado, para deixar de ser credor se antes o era e fazer com que assim se extinga qualquer nexó jurídico-substancial que eventualmente o

institutos, de vez que não são sinônimos, mesmo podendo da conciliação resultar a transação, alcançando a composição do direito material que as partes esgrimem no processo. Assim, por *conciliação* entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas que litigam por seus interesses materiais, põem fim à divergência amigavelmente, resultando a harmonização a respeito do que se diverge. Como ato preliminar de solução dos dissídios, a conciliação não requer formalidade alguma: a vontade das partes faz a regra, ocorra extra-autos, ou dentro da demanda, com a assistência do juiz, como se dá nos casos de desistência da ação, de renúncia ao direito ou de reconhecimento do pedido.

Portanto, a conciliação pode se dar de duas formas: a) por ato unilateral ou bilateral, sem que se realize qualquer concessão pelas partes a respeito do direito por elas alegado; b) por ato bilateral, mediante *transação*, definida por Orlando Gomes (1995:440) como o “contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica”. Com efeito, a autocomposição pode se dar por simples conciliação ou por transação: são atos unilaterais ou bilaterais que dão ensejo à extinção do processo, com ou sem julgamento do *meritum causae*, harmonizando ou solucionado o conflito das partes desavindas.

É importante frisar, também, a diferença que há entre a transação processual ou judicial e a transação extra-judicial ou civil. Segundo De Plácido e Silva (1994:404) “*transação judicial* é a que se processa nos próprios autos do feito, em assento assinado pelos transigentes ou transatores, e homologada pelo juiz”; *transação extra-judicial* é a que se formula por escritura pública, em se tratando de obrigações que a exigem, ou por escrito particular. A transação extrajudicial deverá ser trazida a juízo, a fim de que seja presente ao juiz da causa, se já se trata de litígio. Por ela é que o litígio será terminado”⁴⁶.

ligasse ao réu em torno do objeto do litígio; c) mediante mútuas concessões entre as partes, declarando-se o réu disposto a satisfazer parcialmente a pretensão do autor, contanto que este renuncie a impô-la por inteiro, e declarando-se o autor pronto a essa renúncia parcial (transação). Em outras palavras, ‘a transação é o conteúdo mais comum da conciliação, pois que consiste num acordo em que se fazem concessões mútuas. Na oportunidade da conciliação, pode ter lugar, todavia, em vez da transação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito (*rectius*, pretensão), ou a desistência da ação” . Sobre os meios alternativos (ao processo como método heterocompositivo dos conflitos de interesses), vide também Cintra, Grinover & Dinamarco, Teoria Geral do Processo, págs. 28 e seguintes.

⁴⁶ Pela clareza, vale transcrever as palavras de Joel Dias Figueira Jr (1995:55) sobre a diferença entre a transação civil e a processual, *verbis*: “A transação processual é celebrada no bojo do processo e acarreta a sua extinção, com julgamento do mérito, enquanto que a civil, por si só, representa apenas a renúncia de direitos através de concessões mútuas, extinguindo não necessariamente a demanda (a qual nem precisa existir), mas as obrigações entre as partes”.

Finalmente, para compreensão do que adiante se tratará, a transação civil ou processual, como negócio jurídico bilateral, poderá ser objeto de rescisão, nos casos e condições permitidos em lei.

2. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Não se fará, aqui, considerações minudentes em torno do direito ao duplo grau de jurisdição, porque já o fizemos no capítulo II, quando tecemos comentários a respeito dos princípios constitucionais do processo civil. Passando ao largo as divergências doutrinárias acerca de estar ou não consagrado como princípio processual implícito na Carta Magna, o certo é que a Lei nº 9.099/95, no art. 41, *caput* e § 1º, adotou expressamente o duplo grau de jurisdição, como princípio ligado ao processo e ao procedimento, constituindo as Turmas de Recursos como órgãos de segunda instância, a quem caberá o reexame das sentenças de acolhimento, rejeição do pedido ou de extinção do processo sem julgamento do mérito.⁴⁷

Mas a própria lei fixa limites para o exercício do direito de impugnação da sentença pela via dos recursos: expressamente, não são impugnáveis por recurso ao Colégio Recursal dos Juizados, a sentença homologatória de conciliação ou de laudo arbitral. *A contrario sensu*, pode-se afirmar que a sentença homologatória da transação é passível de impugnação pela via recursal da apelação. Ademais, em face dos princípios processuais adotados pelo art. 2º da Lei nº 9.099, suprimido também foi o recurso das decisões interlocutórias no primeiro grau dos Juizados, mediante agravo de instrumento, nada impedindo, porém, que se use do agravo retido, o qual, a exemplo do processo do trabalho, deverá ser argüido como preliminar do recurso ao Colégio Recursal, na forma pronunciada pelo § 1º, do art. 522, do Código de Processo Civil.

Importa, por fim, ressaltar que os recursos nos Juizados Especiais Cíveis também se submetem aos princípios gerais dos recursos consagrados no sistema processual brasileiro. Isto porque, como ensina Joel Dias Figueira Jr (1995:186), com apoio em Liebman:

⁴⁷ Também não faremos comentários sobre os recursos interponíveis contra as sentenças dos Juizados Especiais Cíveis, de vez que o objeto deste trabalho é a rescisão dos julgados, que no sistema processual brasileiro tem natureza jurídica de ação autônoma e não de recurso.

Finalmente, para compreensão do que adiante se tratará, a transação civil ou processual, como negócio jurídico bilateral, poderá ser objeto de rescisão, nos casos e condições permitidos em lei.

2. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Não se fará, aqui, considerações minudentes em torno do direito ao duplo grau de jurisdição, porque já o fizemos no capítulo II, quando tecemos comentários a respeito dos princípios constitucionais do processo civil. Passando ao largo as divergências doutrinárias acerca de estar ou não consagrado como princípio processual implícito na Carta Magna, o certo é que a Lei nº 9.099/95, no art. 41, *caput* e § 1º, adotou expressamente o duplo grau de jurisdição, como princípio ligado ao processo e ao procedimento, constituindo as Turmas de Recursos como órgãos de segunda instância, a quem caberá o reexame das sentenças de acolhimento, rejeição do pedido ou de extinção do processo sem julgamento do mérito.⁴⁷

Mas a própria lei fixa limites para o exercício do direito de impugnação da sentença pela via dos recursos: expressamente, não são impugnáveis por recurso ao Colégio Recursal dos Juizados, a sentença homologatória de conciliação ou de laudo arbitral. *A contrario sensu*, pode-se afirmar que a sentença homologatória da transação é passível de impugnação pela via recursal da apelação. Ademais, em face dos princípios processuais adotados pelo art. 2º da Lei nº 9.099, suprimido também foi o recurso das decisões interlocutórias no primeiro grau dos Juizados, mediante agravo de instrumento, nada impedindo, porém, que se use do agravo retido, o qual, a exemplo do processo do trabalho, deverá ser argüido como preliminar do recurso ao Colégio Recursal, na forma pronunciada pelo § 1º, do art. 522, do Código de Processo Civil.

Importa, por fim, ressaltar que os recursos nos Juizados Especiais Cíveis também se submetem aos princípios gerais dos recursos consagrados no sistema processual brasileiro. Isto porque, como ensina Joel Dias Figueira Jr (1995:186), com apoio em Liebman:

⁴⁷ Também não faremos comentários sobre os recursos interponíveis contra as sentenças dos Juizados Especiais Cíveis, de vez que o objeto deste trabalho é a rescisão dos julgados, que no sistema processual brasileiro tem natureza jurídica de ação autônoma e não de recurso.

A impugnação de qualquer providência judicial pressupõe a configuração de alguma lesividade capaz de ensejar ao litigante prejudicado o interesse de manifestar a sua insatisfação com o escopo de obter a reforma da decisão. Liebman nos fornece os contornos bem definidos do que venha a ser impugnação judicial: 'Do ponto de vista subjetivo, a impugnação é o poder que a lei atribui a um sujeito de pedir um novo exame da causa e a pronúncia de uma nova decisão; do ponto de vista objetivo, é o ato através do qual tal poder é exercido e também o inteiro procedimento que vem iniciado com este ato'.⁴⁸

3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Já foi salientado que mesmo tendo o legislador ordinário se utilizado da palavra "critérios" para estabelecer as bases sobre as quais se orientará o processo como método de composição de conflitos intersubjetivos de interesses, tem-se, em rigor, uma base principiológica consentânea com a teleologia de um processo célere e barato e com o procedimento adotado nos Juizados Especiais, qual seja, o rito sumaríssimo. Daí o valor de estudá-los em tópicos próprios, como faremos a seguir.

3.1. ORALIDADE, INFORMALIDADE E SIMPLICIDADE

Desde que o processo passou a ser encarado como instrumento a serviço da jurisdição e não como um fim em si mesmo, o procedimento, que dá marcha ao processo rumo a seu fim precípua, a sentença de mérito, passou a ter a oralidade como viga mestra da técnica processual, a qual se dá pelo predomínio da palavra oral, tendo como subproduto as características da imediatidade, da identidade física do juiz, da concentração dos atos do procedimento e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Nesse passo, tanto o *princípio inquisitivo* como o *princípio dispositivo* cederam um pouco da sua pureza clássica⁴⁹, permitindo ao mesmo tempo

⁴⁸ Portanova (op. cit. pág. 265) observa que: "No plano objetivo, além de impedir o trânsito em julgado ou a preclusão da decisão, o recurso opera efeitos de duas ordens: efeito suspensivo e efeito devolutivo". A regra geral nos Juizados Especiais Cíveis é a devolutividade do recurso, sendo a suspensividade uma exceção, concessível dentro do poder geral de cautela do juiz, conforme dispõe o art. 43, da Lei nº 9.099/95, *verbis*: "O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável à parte".

⁴⁹ Segundo Humberto Theodoro Jr (1994:26), "Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu

ampla participação do juiz e das partes na solução dos conflitos intersubjetivos de interesses, traço que é timbrado com força nos dispositivos da Lei nº 9.099/95.⁵⁰

Pelo *princípio da imediação ou imediatidade* tem-se o juiz em contato direto com os litigantes e com as provas, dialogando com as primeiras e avaliando as segundas, de modo a colher os elementos necessários e suficientes para formar o seu convencimento e para obter a verdade real, com base nos fatos e circunstâncias constantes dos autos. Quanto mais informal a relação do juiz com as partes, quanto mais simples forem os métodos de provas, tanto mais condições terá de formar rapidamente o seu convencimento como também proferir uma decisão legítima, ou, até mesmo, ter elementos para propor a conciliação, alertando as partes sobre as vantagens da auto-composição e das desvantagens da solução heterocompositiva da lide. Assim, segundo as palavras de Arruda Alvim [apud Joel Dias Figueira Jr. (1995:49, nota 33)], ‘a oralidade coloca-se no meio termo de comunicação entre as partes e o juiz, como também, acessoriamente, entre os advogados e o juiz’.

Já o *princípio da identidade física do juiz* requer que seja o mesmo magistrado a seguir pessoalmente todo o percurso da instrução processual, salvo os casos excepcionais permitidos pelo art. 132 do CPC, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato com os atos processuais dos sujeitos parciais do processo. Por ter relação com o princípio da imutabilidade do juiz, o *princípio da concentração* exige que os atos processuais sejam produzidos em uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos, reduzindo, assim, as delongas que consomem tempo e recursos das partes na busca do provimento judicial.

Por fim, o *princípio da irrecorribilidade das interlocutórias*, em separado⁵¹, que impede que as decisões proferidas no curso do processo paralitem seus atos, evitando qualquer tumulto

alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou a colaboração das partes. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero expectador. (...) Hoje, as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva”.

⁵⁰ É o que ocorre nos Juizados Especiais Cíveis, quando o art. 5º concede ao juiz ampla “*liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica*”, bem como no art. 14, que trata do pedido; do art. 28, que fala da ouvida das partes, da colheita de provas na audiência de instrução e julgamento; art. 30, sobre a resposta do réu; art. 33, sobre a produção de provas; art. 36 sobre a colheita da prova oral, dentre outros dispositivos que afirmam o princípio da oralidade.

⁵¹ Falamos em separado porque, como dissemos alhures, nada impede que, nos Juizados Especiais Cíveis, as decisões interlocutórias sejam objeto de Agravo Retido, cabendo ao agravante (art. 523, caput e §§ 1º a 4º, do CPC) requerer que o Colégio Recursal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. Cf. também Joel Dias Figueira Jr., op. cit. pág. 185 e seguintes.

que possa prejudicar a boa marcha do processo ao seu fim precípua de determinar-lhe a extinção com a entrega da prestação jurisdicional. Tem-se, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias como propiciadoras do grau máximo de oralidade e informalidade, obtendo-se presteza e eficiência na administração da justiça, com ganhos em celeridade e economia processual.

Se bem que o reforço dos poderes do juiz na apreciação da prova e na condução do processo, fruto da aplicação em grau máximo do princípio da oralidade, permita um relacionamento mais informal e uma participação mais ativa dos sujeitos processuais e das testemunhas, possibilitando um processamento mais célere e inteligível das demandas, maiores também são os riscos e as probabilidades de ocorrência de *errores in iudicando* e *errores in procedendo*, que ensejam a rescindibilidade dos julgados. Nos Juizados Especiais Cíveis, a nosso ver, esses riscos são ainda maiores, pois, nesse microsistema processual, afora os embargos de declaração, as sentenças só podem ser impugnadas por meio do recurso inominado (na verdade, apelação). Portanto, precluindo o prazo de impugnação recursal, mesmo presentes as causas de rescindibilidade da sentença de mérito, nenhum remédio jurídico processual existe para atacar a sentença passada em julgado, que perpetrar lesão a direito do sucumbente⁵².

3.2. CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL

Os princípios da celeridade e da economia processual são expressão objetiva do princípio da instrumentalidade e efetividade do processo, pois o ideal de justiça requer um processo com trâmite simples e informal das lides que nele são deduzidas, com a maior rapidez e brevidade e com o menor custo financeiro possível para os litigantes na realização das atividades

⁵² Na Lei nº 9.099/95, a regra é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, pois não há previsão legal do recurso de agravo, nem há também qualquer norma excluindo do microsistema dos Juizados Especiais o princípio da eventualidade (preclusão). Entretanto, não há como negar que as decisões interlocutórias podem conformar lesões a direitos e trazer prejuízos irreparáveis às partes. Por isso, com absoluta razão, Joel Dias Figueira Júnior (1995:189) preconiza que desde que a “decisão interlocutória cause gravame a qualquer das partes, não se pode obstar a interposição de *agravo*, pelo regime da *retenção*, sob pena de importar em sérios prejuízos aos litigantes. Dessa maneira, evita-se o fenômeno da preclusão e a interposição de mandado de segurança contra a decisão judicial”. E diz mais o citado autor (ibidem): “Ressaltamos também que o princípio da preclusão para ser excluído do sistema, deve ser afirmado expressamente pelo legislador, e isto não ocorreu na Lei nº 9.099/95, ou seja, em nenhuma passagem o legislador usou da sentença: ‘Não haverá preclusão das decisões interlocutórias’ -- isso precisaria ser dito. Se não disse, seria preciso dizê-lo. Portanto, o princípio da eventualidade persiste e, a única forma de neutralizá-la é através da interposição tempestiva de recurso específico que, *in casu*, é o *agravo retido*”. (grifos do autor).

processuais. Portanto, pelos princípios da celeridade e da economia processual persegue-se o ideal do processo barato, rápido e justo.

Segundo Portanova (1995:171), “a celeridade é uma das quatro vertentes que constituem o princípio da economia processual. As outras são economia de custo, economia de atos e eficiência da administração judiciária”. Por isso, o eminente magistrado gaúcho chama a atenção para o que diz ser “as pedras no caminho da celeridade”, quais sejam, o acúmulo de serviço, o pequeno número de juízes e a timidez do Estado em promover a melhor distribuição da riqueza nacional com vistas a diminuir os conflitos sociais. Ademais, diz ele (1975:172):

Quando se fala de celeridade processual não se pode deixar de levar em conta as peculiaridades das atividades desenvolvidas na jurisdição. (...) Não é difícil constatar: a forma de processamento de um fato para o Judiciário não é a mesma forma de processamento do mesmo fato para outras ciências. Veja-se: enquanto o jornalismo trabalha com o fato em sua instantaneidade, o processo trabalha, antes de mais nada, na construção da verdade do fato e sua prova. Só depois o trabalho judicial volta-se para as conseqüências dos acontecimentos. Assim, cumpre que se analise convenientemente as críticas. Pode se tratar de caso excepcional, e não da regra; a crítica pode pretender a pressa, e não a perfeição. O processo contencioso não pode prescindir da duração temporal, em razão mesmo da sua natureza dialética e contraditória.

Abomina-se por toda a parte o processo demorado; quer-se celeridade, mas exige-se segurança; quer-se informalidade, mas quer-se as garantias legais. Ainda assim, nem sempre as partes desavindas estão dispostas a uma solução rápida da lide em que esgrimem os seus interesses. Esbarra-se, assim, em contradições, em aporias jusfilosóficas, em antinomias normativas. Daí a clara lição de Portanova (1995:173-4) sobre tão tormentoso tema:

Não há como deixar de reconhecer, o processo tem merecido críticas quanto à sua morosidade. Contudo, a tarefa processual tem peculiaridades centradas em princípios muito mais relevantes, como o contraditório, que estão na contramão de um procedimento tão célere como o pretendido por muitos críticos. Ainda que seja um direito fundamental do cidadão a solução em prazo razoável, também é garantido que as decisões finais não podem afastar-se das garantias processuais. Por outro lado, não parecem suficientes meras mudanças legislativas processuais, sem que venham acompanhadas da mudança de mentalidade. Enfim, como ensina Justino Magno Araújo, trata-se de ‘problema dos mais delicados e que deve merecer a mais profunda meditação por parte dos processualistas, pois nem sempre a melhor justiça corresponde à rapidez dos julgamentos’.

Serve este argumento também para contrariar quem defende a desnecessidade da ação

rescisória nos Juizados Especiais Cíveis. Centrando-se na celeridade, com certeza, a ênfase recairá sobre a quantidade e não sobre a qualidade das decisões, o que também ensejará maiores possibilidades de erros e de violação de direitos e garantias fundamentais, configurando-se hipóteses geradoras de prejuízos irreparáveis às partes, em vez de pacificar com justiça. Decisões iníquas ou ilegítimas não correspondem, jamais, ao ideal de justiça, de instrumentalidade e efetividade do processo.

Também faz parte do ideal de justiça um processo capaz de propiciar as partes uma prestação jurisdicional, com o mínimo de despesas⁵³ e custas, obtendo-se maior resultado com o mínimo emprego de dinheiro e de atividade processual. Como lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (1993:67),

se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio *custo-benefício*. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividade processual (grifos do original).

Por aí se revela a importância do aproveitamento e da convalidação dos atos processuais, quando possível a sanção das nulidades e quando não se atinja o direito de defesa ou não haja prejuízos aos litigantes. Assim, o princípio da economia processual, que encontra supedâneo tanto na Lei nº 9.099/95 como no Código de Processo Civil, tem a instrumentalidade das formas como seu corolário lógico e imprescindível.⁵⁴

⁵³ Nesse ponto a Lei nº 9.099/95 atende perfeitamente ao ideal de economia de recursos financeiros das partes para a propositura da ação de competência dos Juizados Especiais Cíveis, exceto no que tange ao recurso, pois garante, em primeiro grau de jurisdição, a isenção do pagamento de custas, taxas ou despesas (art. 54) e a não-condenação do vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé (art. 55).

⁵⁴ Segundo Humberto Theodoro Jr. (1994:30), no processo civil, podem ser citados como implicações práticas do princípio da economia processual os seguintes exemplos: “indeferimento, desde logo, da inicial, quando a demanda não reúne os requisitos legais; denegação de provas inúteis; coibição de incidentes irrelevantes para a causa; permissão de acumulação de pretensões conexas num só processo; possibilidade de antecipar julgamento de mérito, quando não houver necessidade de provas orais em audiências; saneamento do processo antes da instrução, etc”.

CAPÍTULO IV

IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

1. RECURSOS E AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO

Em face dos princípios da recursividade⁵⁵ e do duplo grau de jurisdição, qualquer decisão judicial (decisão interlocutória, sentença, acórdão) pode ser atacada por meio de recursos, nos prazos e formas legais, visando à anulação ou reforma do *decisum* e, assim, retardar a formação da *res judicata*. De outro modo, para atacar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, que é uma qualidade da sentença⁵⁶, um único remédio processual é possível: a *ação rescisória*, que visa a desconstituir os efeitos da sentença transitada em julgado. Portanto, segundo o magistério de Barbosa Moreira (1994:90):

O direito brasileiro, à semelhança de outros ordenamentos, conhece dois tipos de remédios utilizáveis contra decisões judiciais: os *recursos* e as *ações autônomas de impugnação*. Em nosso sistema, o traço distintivo consiste em que, através de recurso, se impugna a decisão no *próprio processo* em que foi proferida, ao passo que o exercício de ação autônoma de impugnação dá sempre lugar à instauração de *outro processo* (grifos do original).

Sabe-se que por longo período, a doutrina divergiu acerca da finalidade e do conceito dos institutos processuais -- *recurso, coisa julgada e ação rescisória* --, que apresentam profundas conexões entre si, quando estudados pela ótica da finalidade a que se destinam: o ataque formal aos provimentos jurisdicionais. Hodiernamente, porém, os campos estão bem delimitados. Os *recursos* não têm natureza de ação, porque não têm natureza autônoma, pois o que caracteriza o recurso é o fato de o reexame da sentença se dar no mesmo processo, dentro da mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão judicial que se impugna.

⁵⁵ Portanova (1995:103) adota a recursividade e o duplo grau de jurisdição como princípios da jurisdição, distintos, porém, vinculados à matéria dos recursos, que dá ao vencido na demanda em primeiro grau o poder de pedir o reexame, visando obter a reforma ou a anulação da decisão recorrida.

⁵⁶ Segundo Liebman (1984: 06) a "autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que seja, vários e diversos, consoantes as diferentes categorias de sentenças".

Portanto, recurso⁵⁷ é o direito subjetivo que tem o vencido, ou terceiro interessado, dentro do mesmo processo, de provocar o reexame da decisão, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando à sua anulação, reforma ou integração e retardar a formação da coisa julgada.

A coisa julgada, já o dissemos, é a autoridade de que se reveste a sentença, tornando imutável e indiscutível a matéria nela versada, ou por terem se esgotados os recursos permitidos pela lei, ou por ter transcorrido em branco o prazo para o vencido interpor o recurso a que tinha direito. Portanto, como ensina Maria Helena Diniz (1994:187) “coisa julgada, ou caso julgado, é uma qualidade dos efeitos do julgamento. É o fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, posta ao abrigo dos recursos, então, efetivamente preclusos, e dos efeitos por ela produzidos porque os consolida”.

Por sua vez, a ação rescisória é remédio jurídico não-recursal de impugnação de decisões judiciais, ou seja, é ação autônoma típica para desconstituição de sentença ou acórdão em que figurem *errores in procedendo* ou *errores in iudicando*, genericamente concebidos como julgamento defeituoso. Não há, portanto, como identificar a ação rescisória com a figura do recurso, nem como seu sucedâneo, porque, enquanto o recurso (apelação, agravo, embargos etc) deve fazer parte da mesma relação jurídica processual, combatendo a injustiça da sentença e pedindo o reexame da prestação jurisdicional *apresentada*, a ação rescisória se constitui como nova relação processual, em ação autônoma, um remédio jurídico para exame da prestação *entregue*⁵⁸ cujo pressuposto genérico é o trânsito em julgado da sentença de mérito, e que exige

⁵⁷ Como não interessa ao nosso estudo fazer longas digressões em torno da teoria dos recursos, servimo-nos do esforço de Manoel Antônio Teixeira Filho (1995:60-1), que coligiu da doutrina vários conceitos de **RECURSO**, os quais transcrevemos, inclusive o seu próprio. Ei-los: “Recurso é o remédio voluntário a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”(Barbosa Moreira); “é o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reformulação ou modificação”(Moacyr Amaral Santos); “um procedimento que se forma, para que seja revisto o pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória, ou acórdão” (José Frederico Marques); “é o direito de provocar, no mesmo processo, o reexame de uma decisão judicial, pelo órgão que a proferiu, ou por outro, hierarquicamente superior, visando obter sua reforma total ou parcial, e a impedir a formação da coisa julgada” (Sérgio Bermudes); “é o meio, dentro da mesma relação processual, de que pode se servir a parte vencida em sua pretensão, ou quem se julgue prejudicado, para obter a anulação ou a reforma, parcial ou total, de uma decisão” (Alcides Mendonça Lima). Para Manoel Antônio Teixeira Filho, “recurso é o direito que a parte vencida ou terceiro possui de, na mesma relação processual, e atendidos os pressupostos de admissibilidade, submeter a matéria contida na decisão recorrida a reexame, pelo mesmo órgão prolator, ou por órgão distinto e hierarquicamente superior, com o objetivo de anulá-la, ou de reformá-la, total ou parcialmente”.

⁵⁸ A distinção entre prestação jurisdicional apresentada e prestação jurisdicional entregue é de Pontes de Miranda (op. cit. pág. 120).

a presença das condições da ação e dos pressupostos específicos, *numerus clausus*, constantes do rol do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Por isso é que, no dizer de Francisco Antônio de Oliveira (1996:7):

a ação rescisória é o último reduto, colocado em sede de excepcionalidade, do qual poderá valer-se a parte para atacar julgado nascido sob o pálio da ilegalidade (...). A ação rescisória, que se alça como remédio excepcional, tem por escopo corrigir *erros in procedendo e in iudicando*. Constitui, por si só, instrumento processual de inegável valor colocado à disposição dos jurisdicionados e através do qual o Poder Judiciário resgatará o respeito ao julgado com o desfazimento da decisão viciada pela ilegalidade (*iudicium rescindens*) entregando à parte insatisfeita novo julgamento que se insinue em âmbito de legalidade (*iudicium rescissorium*).

Portanto, havendo extinção do processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269, incisos I a V), depois de 15 dias⁵⁹, sem interposição de recurso, no caso de sentença recorrível, ou da publicação, no caso de decisão originariamente irrecurrível, há trânsito em julgado da sentença ou acórdão, nasce a coisa julgada material, pressuposto indispensável à propositura da ação rescisória, que tem por fim desconstituir decisão trânsita em julgado (*iudicium rescindens*), e rejulgar a causa (*iudicium rescissorium*), se assim for postulado pelo autor.

Destarte, de todo o dito conclui-se que a ação rescisória não serve para decidir sobre a justiça ou injustiça da sentença, mas sim para desconstituí-la, uma vez transitada em julgado, porque nela se radicam erros de procedimento ou de julgamento, ou seja, vícios de juízo atribuídos às partes, à sentença ou às provas ou à atividade do juiz, que comprometem gravemente a legitimidade da decisão, superando mesmo a necessidade de segurança tutelada pela coisa julgada, ensejando a sua rescisão e o eventual rejuízo da *res in iudicium deducta*. Já os recursos têm a finalidade de discutir a injustiça da decisão impugnada, diante do inconformismo do indivíduo com a má apreciação da prova, com incorreta aplicação do direito, ou com a errônea interpretação do contrato, ou de qualquer outro ato jurídico das partes, até mesmo de erro ou má-fé do juiz. Sua natureza jurídica não é de ação autônoma, mas de simples extensão do direito de ação que se exerce no processo, pois, como ensina Pontes de Miranda “recorrer significa comunicar vontade de que o feito, ou parte do feito, continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição incompleta, ou completa, que se operara”.⁶⁰

⁵⁹ Nos Juizados Especiais Cíveis a preclusão dos recursos ocorre em prazo menor: dez dias para os recursos inominados e cinco dias para os embargos de declaração, a teor do que prescrevem, respectivamente, os arts. 42 e 49, da Lei nº 9.099/95.

⁶⁰ Citado por Manoel Antônio Teixeira Filho (op. cit. pág. 70). Este mesmo autor (idem, pág. 79) diz que: “Está

De observar-se que a Lei nº 9.099/95 prevê a impugnação das decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis por meio dos chamados *recursos inominados* e de *embargos de declaração*, quer das sentenças de mérito, quer das que extinguem o processo sem julgamento do mérito⁶¹. Veda, entretanto, recurso contra a sentença homologatória de conciliação ou laudo arbitral, bem como o agravo de instrumento, em face do princípio da oralidade, que exige a concentração dos atos processuais, para permitir maior celeridade na instrução e julgamento dos feitos processados nos Juizados Especiais. Por ora, sem entrar em detalhes, destaca-se que a Lei nº 9.099/95 também não admite a ação rescisória (art. 59), mas não veda a rescisão dos atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente sentença homologatória, o que demonstra que o art. 486 do CPC tem inteira aplicabilidade ao microsistema dos Juizados Especiais, assunto que, adiante, será objeto de excogitação.

2. AÇÃO RESCISÓRIA

Como o tema deste trabalho é a vedação da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, nosso esforço será dirigido para mostrar a natureza da ação rescisória, os fundamentos políticos que justificam a sua existência como remédio jurídico no sistema processual brasileiro, os pressupostos genéricos do seu cabimento e as causas de rescindibilidade (pressupostos específicos) que ensejam a pretensão rescisória e, por fim, a ocorribilidade desses mesmos pressupostos nos Juizados Especiais Cíveis, em face das normas desse microsistema processual instituídas pela Lei nº 9.099/95. Em razão disso, outras questões relativas ao processo e ao procedimento da ação rescisória, tais como a competência para julgamento, a legitimidade *ad*

certa a doutrina quando, sob outro ângulo óptico, vê no recurso um *ônus processual*, vez que, em verdade, para que a parte obtenha a desejada reforma ou anulação de decisão desfavorável há necessidade de que tome a iniciativa de exercer a pretensão recursória; se não o fizer, a sua sujeição à coisa julgada, como qualidade da sentença, será inevitável...”

⁶¹ Chama-se *recurso inominado* porque a lei nº 9.099/95 não deu um *nomem juris* para o recurso cabível contra as sentenças proferidas no primeiro grau dos Juizados Especiais Cíveis. Embora com regime próprio, trata-se, na verdade, de *apelação* que, no sistema processual civil brasileiro, segundo Nelson Nery Júnior (1996:917), “é o recurso típico, cabível contra a sentença proferida no processo de conhecimento, no de execução, no cautelar, nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa ou voluntária”. E diz mais (*ibidem*): “A apelação é o recurso por excelência, de cognição ampla, que possibilita pedir-se ao tribunal *ad quem* que corrija os *errores in iudicando* e também os *errores in procedendo* eventualmente existentes na sentença. Esta ampla cognição permite que se impugne a ilegalidade ou a injustiça da sentença, bem como propicia o reexame de toda a prova produzida no processo”.

causam e ad processum, o prazo para propositura, os requisitos da petição inicial, a instrução e julgamento do feito e os recursos, dentre outros, serão apenas objeto de referências no texto, quando a argumentação assim o exigir.

Com esses lindes assim fincados, interessa-nos, mesmo, saber em que medida a vedação da ação rescisória, como remédio jurídico único exercível para o ataque e desconstituição da coisa julgada, afronta não só os direitos e garantias individuais e a estrutura do processo erigida pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro como instrumento de realização do direito material e, assim, obter respostas alternativas para a solução do problema da existência de sentenças rescindíveis proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, já que o art. 59 da lei nº 9.099/95 impede o sucumbente de esgrimir a ação rescisória contra os seus julgados revestidos com a *auctoritas rei judicatae*.

2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO RESCISÓRIA

Segundo Barbosa Moreira (1994:90): “Chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição da sentença trãnsita em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”. Para Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:67): “Ação rescisória é aquela por meio da qual se pede a desconstituição da coisa julgada, nos casos previstos em lei, podendo haver novo julgamento da causa”. Mais analítico, Pontes de Miranda (1976:120) diz que:

Na ação rescisória há *julgamento de julgamento*. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a *sentença passada em julgado*, a prestação jurisdicional, não apenas *apresentada* (seria recurso), mas já *entregue*. É remédio jurídico processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda, -- porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença: a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada formal.⁶² Se não houve trãnsito em julgado, não há

⁶² Apesar de o caput do art. 485, do CPC de 1973 -- diferentemente do CPC de 1939 --, dizer que “*A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida, quando*” se configure um ou mais dos pressupostos alinhados nos incisos I a X, Pontes de Miranda (1976:144) ainda sustenta que a coisa julgada formal é o pressuposto que autoriza a propositura da ação rescisória, pois que “a rescindibilidade em geral das sentenças nada tem com a produção da força, ou, sequer, do efeito da coisa julgada material. A coisa julgada, de que se trata, quando se permite a ação tendente à rescisão da sentença passada em julgado, é a coisa julgada formal, a força formal da coisa julgada” Entretanto, atualmente, doutrina e jurisprudência são unânimes quanto a necessidade de transitar em julgado a sentença de mérito -- coisa julgada material, portanto -- para que seja possível o ajuizamento da ação rescisória. Sobre a posição hoje isolada de Pontes de Miranda, cf. César Montenegro (1996:174).

pensar-se em ação rescisória. É reformável, ou revogável, ou retratável, a decisão (grifos do original).

A natureza jurídica da ação rescisória repousa sobre fundamentos históricos e políticos mais do que jurídicos. Isto porque, segundo Barbosa Moreira (1994:91):

Os meios de ataque às decisões judiciais ora são concebidos e regulados como recursos, ora como ações. Não há princípio algum *a priori* que obrigue a considerá-los todos como recursos. Os dados do *ius positum* é que são decisivos para a caracterização. Pode certo remédio figurar, neste ordenamento, entre os recursos, e o remédio correspondente ser tratado, naquele outro, como ação.⁶³ A opção, de política legislativa, prende-se fundamentalmente a razões de conveniência, não sendo desprezível, ademais, a influência exercida, dentro de cada sistema jurídico, pelo peso dos resíduos históricos.⁶⁴

Não obstante Liebman (apud Manoel Antônio Teixeira Filho, 1995:59) ter dito que a ação rescisória tem “alma” de recurso, embora seu “corpo” seja, fundamentalmente, de ação, ontologicamente, recurso e ação rescisória como meios impugnativos das sentenças e julgados diferem entre si de vários modos particulares. Primeiro, a *ação rescisória* tem por objeto a sentença rescindenda, o julgamento, a prestação jurisdicional entregue, ou por defeito da própria sentença, ou por algum defeito de ato processual anterior, inclusive a citação. Como diz Pontes de Miranda (1996:XXV), “com a sentença foi feita a prestação jurisdicional, que o Estado prometera, e o juiz, por ele, entregara. Embora injusta a sentença, sentença prestou-se, irremediavelmente”. Já o recurso, tem por objeto o reexame da decisão judicial, por injustiça do *decisum*, seja por má apreciação da prova, por errônea interpretação do contrato, ou por violação do direito pelo órgão julgador. Basta a sucumbência do autor ou do réu, a gerar a sua insatisfação, diante da prestação apresentada com a publicação da sentença, para que se abra prazo para impugná-la em seus fundamentos formais e materiais.⁶⁵

⁶³ Pontes de Miranda (1976:142-3) advoga o ponto de vista de que: “Nos povos, o remédio jurídico processual de rescisão de sentença é *ação*, qualquer que seja o nome que se lhe dê, qualquer que seja a veste processual sob que apareça, *se a lei lhe confere o caráter de ir contra a coisa julgada formal*. Ainda que tivesse o nome, não seria ação rescisória, se as sentenças contra as quais dela se pudesse usar fossem sentenças *ainda não passadas em julgado*” (grifos do original).

⁶⁴ Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:58) discorda, ao afirmar ser importante o estudo da natureza jurídica da ação rescisória para “que não se vulgarize a errada equiparação da rescisória com o recurso, que pode caber das sentenças e julgados”. Já Barbosa Moreira (1994:91) diz que é, hoje, “anacronismo injustificável prolongar a controvérsia, que em certa época lavrou a doutrina, sobre a assimilação da ação rescisória à figura do recurso”, pois que tudo é uma questão de política legislativa. E acrescenta, citando H.P. Ricci (ibidem, nota de rodapé nº 3): “só ao direito positivo cabe dizer quais remédios jurídicos são ‘recursos’.”

⁶⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso (1996:16), com base em doutrinadores de nomeada, diz que estariam à base do *animus* do vencido, para impugnar a decisão judicial de primeiro grau, os seguintes componentes: “a *pressão psicológica*, o *anseio de preservação do ‘justo’* e o *temor da irreparabilidade do dano jurídico*” (grifamos).

Segundo, a ação rescisória instaura uma nova relação jurídica processual, em razão de que, transitada em julgado, a sentença defeituosa, rescindível⁶⁶, criou nova pretensão de direito material, que dá ao interessado, ou ao terceiro prejudicado, ensanchas de exercer nova pretensão à tutela jurisdicional (= pretensão à nova sentença) que desconstitua o julgamento que se impugna. Como bem adverte Pontes de Miranda (1976:66), sendo julgamento de julgamento, a ação rescisória, como tal,

não se passa dentro do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. Nasce fora, em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da decisão rescindenda, e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, *re-scindi-la*, é que abre, no extremo da relação jurídica processual examinada, se se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não, do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo (e.g., vício da citação, art. 485, II e V) a relação jurídica processual. Abrindo-a, o juízo rescindente penetra no processo em que se proferiu a decisão rescindida e instaura o iudicium rescissorium, que é nova cognição do mérito⁶⁷.

Em terceiro lugar, a ação rescisória visa a desconstituir a sentença trânsita em julgado. Tem-se, então, que é sentença de que não cabe ou não mais cabe recurso, quer tenha, quer não tenha o autor interposto os recursos que a lei lhe permitia, seja por negligência, anuência ou desistência, do autor ou do réu⁶⁸. O que importa é que tenham se esgotado os prazos dos recursos, se interponíveis. Entretanto, jamais haverá pretensão à rescisão antes de haver o trânsito em julgado da sentença rescindenda. Já o recurso, quando cabível, só é admissível contra decisões e sentenças que ainda não estão sob o efeito ou autoridade da coisa julgada.

Assim sendo, a regra geral é o recurso; a ação rescisória é a excepcionalidade, limitada às

⁶⁶ Embora já tenhamos falado o suficiente das sentenças inexistente, nula e rescindível, em face dos limites do nosso estudo, é bom sempre lembrar que, como leciona Pontes de Miranda (1976:71), “são *rescindíveis* as sentenças contra a lei, contra o uso firmado, os costumes e os estatutos; não assim as que não façam injúria às leis, e só o façam ao direito dos litigantes. De tal sentença pode-se dizer que seja iníqua, não que ofenda direito constituído. Não serão rescindíveis, portanto, as decisões que não lesem o direito objetivo”.

⁶⁷ Ensina mais o renomado processualista (1976:66): “o que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna.

⁶⁸ Afora o que diz a Súmula 514 do STF, já referida neste trabalho, Pontes de Miranda (op. cit. pág. 73-4) insiste em afirmar que “se a parte vencida na ação cuja sentença quer que se rescinda, e deixa de recorrer, ou desiste ou renuncia ao recurso, não fica privada de pedir a rescisão (sem razão Jorge Americano, para quem seria sem legitimação ativa quem deixou de recorrer...). O que importa é que tenha havido trânsito em julgado. Se houve recurso que não foi conhecido, coisa julgada houve desde que se deu o que se prevê no CPC 467. Se não mais estava sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, passou em julgado desde o momento em que se chegou a irrecorribilidade. Se era ou não era caso de recurso e alguém recorreu, a decisão de conhecimento ou de não-conhecimento é que dá a solução. O ato de recorrer, se não cabia recurso, é nenhum. O trânsito em julgado não depende de haver ato de quem não pode recorrer ou não mais pode recorrer. *A fortiori*, é fora de qualquer senso admitir-se que a omissão da parte em recorrer, se cabível o recurso, lhe vedasse a propositura da ação rescisória”.

hipóteses de cabimento inscritas, *numerus clausus*, no art. 485 do CPC. O recurso é a continuidade da mesma relação jurídica: enquanto pendente recurso, para reexame do que na sentença se decidiu, não houve entrega da prestação jurisdicional. É, ainda, o mesmo direito de ação, o mesmo processo em marcha para o seu fim precípua: a composição da lide mediante sentença definitiva de que não caiba mais nenhum recurso, ordinário ou extraordinário.⁶⁹

Em suma, pendente de recurso, a jurisdição não se realizou, pois, definitivamente, não foi dito o direito, a vontade concreta da lei. A ação rescisória nasce no plano pré-processual, como pretensão de direito material, que oportuniza o exercício do direito de ação (CF/88, art. 5º, XXXV), diante da lesão a direito objetivo, praticada por ato processual do juiz (a sentença de mérito), que transitou em julgado, porque não cabia, ou não mais cabia recurso, ou porque, por qualquer outra razão já apontada, se deixou de interpor o recurso permitido à espécie.

Embora seja objeto a ser trabalhado adiante, antecipamos que o argumento que ora se expende é indicativo de que a vedação da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, a nosso juízo, viola *ius in thesi*, ou seja, atenta contra os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do devido processo legal, os quais foram temas analisados no capítulo II supra.

Por fim, sob o prisma objetivo, como afirma Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:59):

é inegável que a rescisória não se apresenta como recurso, pois o art. 496 do CPC não a inclui no rol dos remédios dessa natureza, tratando-a, como dissemos, como autêntica ação (arts. 485 a 495). Logo, a rescisória deve ser elaborada com observância dos requisitos medulares previstos no art. 282, podendo ser indeferida (art. 490); exige citação da parte contrária (CPC, art. 491), em prazo variável (*ibidem*) e enseja a produção de provas (CPC, art. 492).

Depreende-se dessa lição que, em havendo as causas de rescisão na sentença de mérito que se quer atacar (art. 485, *caput* e incisos I a IX), a rescisória dá origem a um processo de conhecimento, para o qual hão de estar presentes não só os pressupostos de formação e desenvolvimento válido e regular do processo e as condições da ação, mas também a obediência às normas de procedimento específicas dela mesma e do processo de conhecimento. Os pressupostos e as condições específicos da ação rescisória será objeto de análise em tópico

⁶⁹ Não se trata do Recurso Extraordinário previsto no art. 102, III, *a*, *b*, *c*, da CF/88, que, como o Recurso Especial (art. 105, III, *a*, *b*, *c*, da CF/88) ou os Embargos de Divergência (art. 546 do CPC), são espécies de recurso extraordinário. Dentre os meios de impugnação, estes são recursos de tipo excepcional. Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *op. cit.*, págs. 33- 38.

próprio, adiante, neste capítulo.

2.2. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Ao assumir o monopólio da jurisdição, sempre que instado, o Estado deve aos seus comitentes a tutela jurisdicional necessária para dirimir ou compor seus conflitos intersubjetivos de interesses, através de um julgador competente e imparcial, que dirige um processo regular, com a participação dos litigantes. Aliás, este é o sentido e o alcance de várias normas insculpidas na Constituição Federal de 1988, notadamente, as do *caput* do art. 5º e dos incisos XXXVI, XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, bem como as do art. 93, IX, que consagram princípios constitucionais como a igualdade, a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, a publicidade, a licitude dos meios de prova, a fundamentação e motivação das decisões judiciais, dentre outros, tudo sem prejuízo de outros direitos e garantias expressos na Magna Carta, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 1º a 4º) ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Ao adotar o processo como método heterônomo de composição de conflitos de interesses, o Estado assumiu o *dever-poder* de aplicar o direito, prestando, destarte, uma sentença justa, sem qualquer pecha de ilegalidade ou vícios de fato ou erros de procedimento⁷⁰, que a maculem, proferida por um juiz imparcial, em seu nome. Todavia, é extrema de dúvidas que o homem falha e, se o Estado exerce a jurisdição por homens, como órgãos seus, é inegável, e certo, que também, por eles, pode o Estado errar ao aplicar ou interpretar o direito sobre uma lide que lhe apresentam os litigantes. Portanto, como bem fala Pontes de Miranda (1976:125), o Estado, “assumindo o monopólio da justiça, havia de admitir que alguns senões das sentenças pesam mais do que o interesse em que as decisões transitem formalmente em julgado”.

⁷⁰ Apesar de dizer que, nas chamadas *pequenas causas* não faz falta a ação rescisória, é sugestiva a seguinte lição de Dinamarco (1993:242): “No processo de conhecimento, possíveis *errores in iudicando* podem ser neutralizados mediante o emprego dos *recursos*, *ação rescisória* e, eventualmente, *mandado de segurança*; no executivo, há os embargos de mérito, cujo julgamento por sua vez comporta também esse mesmo processo de depuração. Depois, erros que permaneçam constituem as falhas humanas do sistema, que é humano e não poderia mesmo ser perfeito. O que importa é a minimização dos riscos, mediante apuro das técnicas processuais para a participação efetiva das partes (contraditório) e do juiz (temperamentos inquisitivos ao sistema dispositivo) e, de um modo geral, mediante a imposição efetiva do respeito às garantias constitucionais do processo” (Destacamos).

Se o indivíduo por inclinação natural, tem anseio pela preservação do justo e temor da irreparabilidade do dano jurídico, como salientam os doutores da ciência jurídica, muito menos o Estado pode tolerar que suas próprias sentenças não evitem esse mal e, pela imunização das suas decisões, faça da coisa julgada refúgio de injustiças, de viciosidades, de erros ou práticas ilegais de seus juízes, em nome da segurança jurídica e da verdade formal que o brocardo latino *res judicata pro veritate habetur* consagrou para o processo civil. Isto porque, como lemos e ouvimos alhures, *mais do que a segurança e a estabilidade das relações jurídicas importa a segurança e a estabilidade das relações sociais*; mais do que o acesso ao Poder Judiciário importa o *acesso à ordem jurídica justa*; mais do que igualdade formal importa a igualdade substantiva, embora se saiba que a primeira é pressuposto fundante da segunda, quando se está nos meandros do poder político, econômico e jurídico que o Estado encarna em si próprio e em seus agentes. Por isso, mais uma vez, traz-se ao texto o escólio de Pontes de Miranda (1976:119), por sua clareza meridiana e por seu excelso pensar político: “*O que mais importa para o direito é a segurança dos seus fins... A ação rescisória visa à correção do julgado quando há, ou já há, incorrigibilidade*”. Quer dizer, acobertada pela *auctoritas rei judicatae*, a sentença é imutável, incorrigível, mas não é intangível, nem a coisa julgada é um valor absoluto: qualquer valor se dobra aos fins do Estado, enquanto garante da justiça, do bem comum e da paz social.

É do interesse público tornar imutável e indiscutível a sentença transitada em julgado, ou seja, imunizá-la contra sucessivos reexames, mediante restrições à interposição de recursos, que pudessem acarretar instabilidade nas relações jurídicas e perturbações na ordem social. Mas tal interesse não pode ser absoluto, porque o Estado deve, não uma decisão favorável, mas uma prestação jurisdicional justa e imparcial. Portanto, em termos políticos, a ação rescisória constitui uma “reação do ideal de justiça e exigência de fidelidade da sentença ao direito material”. Aliás, a par da tradição salutar do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CF/88, art. 5º XXXVI) nossa tradição constitucional também tem consagrado nas Cartas Políticas brasileiras a ação rescisória (CF/88, art. 102, I, j, e art. 105, I, e) como remédio heróico destinado a desconstituir a coisa julgada. Quer dizer, exige o texto constitucional vigente o respeito à coisa julgada, mas dá-lhe o antídoto: a ação rescisória.⁷¹ Se a

⁷¹ César Montenegro (1996:176), com amparo em José Frederico Marques, preleciona que: “A coisa julgada é preceito assegurado pela própria CF/88, art. 5º XXXVI. E contra a coisa julgada a única sentença possível é a que for proferida em ação rescisória, o que aliás a própria CF/88 admite no art. 102, I, j e no art. 105, I, e...”.

coisa julgada representa um freio à continuidade dos conflitos intersubjetivos de interesses, à discussões de novas razões, à constante manifestação de resistências, a ação rescisória representa um veto contra a imunização de decisões judiciais proferidas sob o pálio da ilegalidade: embora possam garantir certeza e segurança jurídicas, criariam, em contrapartida, incerteza e insegurança nas relações sociais. Por isso, tem razão Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:20) quando diz que:

A existência, no ordenamento jurídico do nosso país, do princípio da obediência à coisa julgada, de um lado, e da ação rescisória, de outro, traduz a síntese feliz, a solução harmoniosa encontrada pelo legislador, com o objetivo de conciliar a preocupação em impedir que a possibilidade de intermináveis reapreciações das causas judiciais pudesse converter-se em fator de desestabilização das relações sociais, com a necessidade de evitar-se que sentenças eventualmente contrastantes com a norma legal pudessem colocar em risco a respeitabilidade dos pronunciamentos da jurisdição.

Nos Juizados Especiais Cíveis, diz a Lei nº 9.099/95 em seu texto (arts. 14 e 15) que “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica”, bem como “adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.⁷² Daí se vê que, não obstante a lei tenha ampliado os poderes instrutórios do juiz, este continua jungido à observância dos fins do direito, designio esse que não se realiza com a entrega de uma sentença ofensiva do direito objetivo, mas com a entrega de uma prestação jurisdicional que dê a cada um o que é seu, isto é, dê solução imparcial à relação de direito material controvertida no processo, sob estrita observância das normas materiais e processuais. Afastando-se a sentença dos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo, tem o ordenamento jurídico que prover o prejudicado do remédio jurídico capaz de conduzir o direito aos seus fins.

Com efeito, a ação rescisória tem seu fundamento político centrado na necessidade de assegurar-se a perfeita distribuição da justiça, pois a garantia da coisa julgada, em alguns casos,

⁷² A possibilidade de ocorrência das causas de rescindibilidade elencadas no art. 485, Incisos I a IX do CPC, são maiores nos Juizados Especiais Cíveis, de vez que nestes atuam Juizes, Conciliadores e Árbitros, sobre os quais incidem as *regras de impedimento* do art. 134 do CPC. Ademais, as normas dos arts. 14 e 15 da Lei nº 9.099/95 abrem oportunidade para a ocorrência de *erros de fato*, não só pela ampla liberdade que tem o juiz de apreciar as provas e proferir a sentença que reputar mais justa e equânime, mas pela *presunção* de que para o jurisdicionado é preferível uma decisão célere a uma sentença justa e que a quantidade das decisões proferidas compensa o risco de eventuais erros cometidos pelo julgador. Outra *presunção*, que mais tarde será apreciada (capítulo V) é a de que as peculiaridades das pequenas causas desaconselham a rescindibilidade das sentenças, devido a intensa participação do juiz e das partes em todos os atos processuais. Essa corrente doutrinária é quem diz que, por esses fatores, nas pequenas causas nos Juizados Especiais Cíveis a ação rescisória não fará falta. Cf. Ronaldo Frigini, op. cit. pág. 448.

acaba se transformando em escudo ou num casulo que alberga determinadas falhas do julgador ou imuniza decisões ilegítimas⁷³, violadoras de direito expresso ou agressoras de normas legais incluídas na própria Constituição Federal. Nas palavras de Jorge Americano (apud Manoel Antônio Teixeira Filho, 1994:62):

Se o Estado, em nome do princípio jurídico, me obriga a submeter-me à sua decisão, impõe-se logicamente que essa decisão seja justa, que corresponda àquela necessidade social ou individual que se propôs suprir ou corrigir. Daí concluir-se, em lógica pura, pela responsabilidade do Estado quando houve erro judiciário. Todavia, desde que se tranca ou suprime essa consequência inevitável, força será dar remédio por outro meio.

Portanto, politicamente, a ação rescisória busca seu fundamento na síntese dos interesses dos cidadãos e do Estado, ou seja, na necessária síntese formada pelo interesse estatal de certeza e segurança jurídica, que se obtém com a imunização (imutabilidade e indiscutibilidade de seus julgados) com o escopo de garantir a estabilidade nas relações sociais, de realizar o anseio individual de preservação do justo e afastar o temor da irreparabilidade do dano jurídico, fatores estes que também incidem sobre os fins do direito: preservar a harmonia e segurança das relações sociais.

Por se tratar de interesses axiologicamente situados no mesmo plano, há de se aproximar ao máximo as exigências de certeza e segurança das relações jurídicas às exigências de justiça, harmonia e segurança nas relações sociais⁷⁴, com integral de respeito às garantias constitucionais do *acesso à justiça* e do *due process of law*. Sobre esses dois valores cabe, também, buscar a mesma síntese jurídica e política, visto que o devido processo legal representa conquista histórica indeclinável e o acesso à justiça uma necessidade imperiosa, imposta pela emergência dos novos direitos e pela explosão de litigiosidade característica das

⁷³ Sobre a legitimidade das decisões judiciais, diz Dinamarco (1993:316): “Todo sistema processual tem como principal *fator legitimante* a sua compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sócio-político-constitucional do país. Mas, como a legitimidade em si é fator social e não jurídico (não se confunde com mera legalidade), não se trata de confrontar somente o processo com a Constituição, mas de projetar esse confronto até à própria realidade axiológica subjacente a este. Por outro lado, tratando-se de fenômeno sociológico, a legitimidade manifesta-se na *aceitação* geral do poder pela população (que não se confunde com a aceitação, ou conformismo, com decisões particularizadas). E, além disso, a legitimidade que aqui se examina é a do sistema em seu funcionamento em dado lugar e momento considerados --, não a legitimidade da jurisdição em si mesma, que esta é manifestação do poder e conta, em princípio, com o grau de legitimidade de que este dispõe” (grifos do original).

⁷⁴ Nesse ponto é expressivo o que diz Dinamarco (1993:42, nota 7): “O considerável valor da *certeza* ou *segurança jurídica*, situa-se no campo social e não no jurídico: o sentimento de estabilidade nas relações entre as pessoas não é um *plus* perante o direito, mas algo que serve à paz entre elas”. E arremata, noutro trecho (idem, pág.161): “Isto não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, qualquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* -- eis o mais elevado escopo das atividades jurídicas do Estado” (grifos do original).

sociedades de massa, que o Estado democrático de direito não pode conter, sob pena de perder legitimidade política e abrir espaços para a criação de uma justiça paraestatal atentatória das conquistas da civilização⁷⁵.

Em conclusão: se o vício da sentença é de ordem tal que afeta não só a respeitabilidade do Poder Judiciário mas o equilíbrio e segurança das relações sociais, em termos políticos e jurídicos, não há inconveniente maior do que a instabilidade do julgamento advindo da injustiça e do erro. Daí ser a ação rescisória o remédio jurídico que fará a recomposição dos interesses do Estado e dos cidadãos, robustecendo a ordem jurídica instalada por aquele e dando a estes o poder de exercer a pretensão à tutela jurídica aberta pela sentença viciada, causadora do dano jurídico que se quer extirpar do mundo jurídico, porque infringente dos fins do direito.

2.3. PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DA AÇÃO RESCISÓRIA

No contexto do sistema processual brasileiro, a teor do *caput* do artigo 485 CPC, só cabe ação rescisória contra sentença de mérito, transitada em julgado. Os incisos I a X configuram as hipóteses de cabimento, ou causas de rescindibilidade, também chamados de pressupostos objetivos. O § 1º do citado artigo define a extensão da expressão “erro de fato” do inciso IX: ocorre erro “quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar como inexistente um fato efetivamente ocorrido”. Para cabimento da pretensão rescisória, tanto no caso de a sentença admitir um fato inexistente, ou reputar inexistente um fato realmente ocorrido, o § 2º afirma a indispensabilidade de não ter havido pronunciamento judicial sobre o fato configurador da erronia do juízo.

Com efeito, antes do *iudicium rescindens* há um juízo de admissibilidade da ação rescisória, no qual devem estar presentes dois pressupostos: a) *uma sentença de mérito*; b) *o seu*

⁷⁵ Isso não quer dizer que o Estado não estimule a resolução dos conflitos de interesses fora do campo judiciário, através de mecanismos informais, comunitários ou corporativos, de modo a democratizar a administração da justiça e permitir que a conflitualidade social e jurídica seja resolvida por formas de autocomposição criadas pela própria sociedade. Ademais, segundo Boaventura de Sousa Santos (1997:175) “de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos...”

trânsito em julgado. Portanto, a ação rescisória supõe uma sentença que tenha tângido as questões de fundo -- a *res in iudicium deducta* --, e passou em julgado, isto é, de que não cabe ou não mais cabe recurso⁷⁶, estando, assim, sob o manto da *auctoritas rei judicatae*. Como ensina Pontes de Miranda (1976:154):

Os pressupostos processuais e, antes deles, a pretensão à tutela jurídica e a de rescisão são preliminares na ação rescisória. A questão 'a sentença, de que se trata, é rescindível, ou não?', -- isto é, entra, ou não, na classe das sentenças que têm força de coisa julgada formal⁷⁷, --- pertence à preliminar da tutela jurídica, que é pré-processual. O pressuposto primeiro é exatamente existir sentença trântita em julgado. Se não cabe, ou se cabe, nessa classe, a sentença, é questão que pode e deve ser levantada desde logo.

2.4. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA RESCISÃO

Havendo sentença de mérito⁷⁸, transitada em julgado, o Código de Processo Civil admite a ação rescisória do julgado (sentença ou acórdão), se ocorrer uma das seguintes hipóteses (art. 485, incisos I a IX), *verbis*:

⁷⁶ Produz-se coisa julgada sempre que não se pode, ou não mais se pode, recorrer da sentença, ou não se poderia, por ser ela irrecorrível, mas que também pode ser objeto de ação rescisória. Sobre o momento em que a sentença passa em julgado é suficiente lembrar a lição de Pontes de Miranda (1976:170): "Advirta-se que, se não houve cognição de recurso, qualquer que tenha sido a ocorrência (desistência, perda de algum prazo ou de preparo), a sentença transitou em julgado". Sobre o que chama de pressuposto genérico da rescisão ver Barbosa Moreira (1994:104).

⁷⁷ Chama-se, novamente, atenção para a posição isolada de Pontes de Miranda (op. cit. pág. 144), que não aceita a restrição do conceito de rescindibilidade apenas às sentenças de mérito, baseado em que a *desistência* a que se refere o inciso VIII, do art. 485, requer uma sentença terminativa, que diz também ser rescindível. Entretanto, a doutrina lhe assesta acerbas críticas, explicando que o legislador empregou a palavra *desistência* não no sentido do art. 267, VIII, mas sim como renúncia ao pedido (art. 269, V). Segundo César Montenegro (1996:178), citando Luiz Antônio de Andrade e com apoio em Barbosa Moreira, tem-se que: "A 'desistência' a que se refere o inciso só pode ser entendida com o sentido de *renúncia do direito em que se funda a ação*, ou seja, de renúncia ao direito material..." (grifos do original). Ver, também, Barbosa Moreira (op. cit., pág. 99), que diz: "Diversamente do que ocorria sob o Código de 1939, parece-nos hoje inadmissível construir a ação rescisória dirigida contra a coisa julgada no sentido puramente *formal*". Perguntamos nós: qual seria a utilidade prática de rescindir sentença terminativa não passada em julgado, podendo-se, inclusive, repropor a ação e, assim, ver reapreciada a *res in iudicium deducta*? O único efeito prático que por ora vislumbramos seria a *interrupção da prescrição* (CPC, art. 219).

⁷⁸ O art. 162 do CPC diz que: "Os atos do juiz consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos", conceituando cada espécie, respectivamente, nos §§ 1º, 2º e 3º. Sobre o assunto já tecemos comentários no Capítulo I; entretanto, é importante frisar, aqui, que pode haver erro na qualificação, decidindo-se mérito por sentença que extinga o processo por "carência de ação", quando, na verdade se tratava de improcedência do pedido"; ou por meio de decisão interlocutória, como por exemplo, quando o juiz pronuncia a prescrição ou a decadência relativamente a apenas um dos litisconsortes ou quanto à reconvenção, ferindo, assim, a matéria de fundo controvertida no processo. Ver Barbosa Moreira (op. cit. pág. 100): "O que se tem de levar em conta é a verdadeira natureza da decisão" Cf. também Nelson Nery Jr. (op. cit. pág. 865).

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos⁷⁹ ou de documentos da causa.

Com efeito, da análise dos incisos transcritos em epígrafe, deduz-se que a maior parte compreende casos de julgamento defeituoso. O defeito deriva, em regra, de fatos relativos à pessoa do juiz, sejam os referentes a pressupostos subjetivos, como o impedimento, a incompetência absoluta (*ratione materiae* ou *funcional*), ou prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, seja referente ao próprio juízo emitido pelo órgão julgador, como é o caso do erro de fato, configurando, respectivamente, a clássica distinção entre *errores in procedendo* e *errores in iudicando*.⁸⁰

Entretanto, o defeito que torna rescindível a sentença, em vez de decorrer *ex parte iudicis*, pode ser resultar da atividade das partes, da conduta dos próprios litigantes, ou de um deles, como é o caso do inciso III -- sentença resultante de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei --, e, como pontifica Barbosa Moreira (1995:106), “tal incorreção *repercutiu*, em relação de causa e efeito, no desfecho do processo. O vício da decisão é *consequencial*.” Pode, ainda, o defeito advir de violação de direito -- “literal disposição de lei” --, isto é, de sentença rescindenda acoimada de ser contra *ius in thesi*; ou de ofensa à coisa julgada; da falsa prova, isto é, fatos processuais ou extraprocessuais levados ao processo e tomados como base para prolação da sentença; da

⁷⁹ Sérgio Bermudes (op. cit. pág. 191) chama atenção quanto à palavra *ato*, constante do inciso IX, pois, diz ele, “cumprе esclarecer que o legislador brasileiro traduziu mal (*traduttore traditore*) o art. 395, nº 4, do Código de Processo Civil italiano, pondo *atti*, em vernáculo, como atos, quando, na lei peninsular, a palavra significa *autos*: erro resultante dos autos ou de documentos do processo no qual se proferiu a sentença rescindenda (v.g., o juiz não se apercebeu da cláusula contratual excludente de responsabilidade e ignorou o instrumento de quitação da dívida). Por isso, a sentença deu por inexistente um fato existente, ou vice-versa”.

⁸⁰ Nelson Nery Júnior (1996:863) assim se refere ao assunto: “A doutrina clássica oriunda do direito romano já fazia a distinção entre os vícios da sentença, classificando-os como vícios de atividade (*errores in procedendo*) e vícios de juízo (*errores in iudicando*), para usarmos a terminologia de Chiovenda. A primeira espécie de vício é a infringência pelo juiz encarregado de dirigir o processo de qualquer norma procedimental que ponha em risco a higidez da relação jurídica processual. Os *errores in iudicando* são vícios de fundo, de natureza substancial, que provocam a injustiça do ato judicial”. Melhor seria ter dito “defeito”, já que a rescisória não se presta para *censura* ou *crítica* da decisão judicial, como já falamos em linhas transatas, mas para desfazê-la, cindi-la, extirpá-la do mundo jurídico.

existência de fundamentos para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseia a sentença. Resta, afinal, a sentença que, considerada no contexto em que foi proferida, em rigor, nenhum defeito possui e, por isso, não seria propriamente rescindível. Segundo Barbosa Moreira (1995:107) esta é

uma hipótese especialíssima: a de que *nenhuma* incorreção ou desvio se possa imputar, no processo, em que se proferiu a sentença, quer ao órgão judicial, quer às partes, mas se venha ela a mostrar, à luz de fato *superveniente*, objetivamente desconforme ao direito. A situação é tal que, nas circunstâncias sob as quais se julgou, a decisão parecia como perfeitamente regular e até 'justa'; descobre-se, porém, mais tarde, que o material levado ao exame do juiz era incompleto em ponto de capital importância, e semelhante falha, pela qual nenhum dos participantes da atividade processual poderia ser responsabilizado, bastou para conduzir a uma solução diversa daquela que, *agora*, se apresenta como a única verdadeira. É, tipicamente, o caso do descobrimento subsequente de novo documento, decisivo para a reconstituição dos fatos (inciso VII) (grifos do original).

Mas em que medida é exigível a ocorrência das causas de rescindibilidade para autorizar a propositura da ação rescisória? Pontes de Miranda (1976:122) responde de pronto e com luzente clareza: “Qualquer dos pressupostos objetivos basta para a rescisão”. Portanto, em se apontando na sentença de mérito transitada em julgado *apenas* uma das causas de rescindibilidade arroladas nos incisos I a IX do art. 485, já se tem o fundamento, necessário e suficiente, autorizativo do ajuizamento da ação rescisória. Cada uma das causas, que ensejam a rescisão dos julgados, será objeto dos comentários a seguir, em apertada síntese, em razão dos limites e do objetivo do nosso trabalho.

I - Se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz.

Para que seja acolhido o pedido de rescisão da sentença basta que o juiz tenha praticado qualquer um dos crimes de prevaricação, concussão ou corrupção, cujos tipos penais estão previstos, respectivamente, nos artigos 319, 316 e 317 do Código Penal brasileiro.⁸¹ Não há exigência da ação penal contra o juiz e, menos ainda a sua prévia condenação: o que importa é

⁸¹ O Código Penal brasileiro assim define os tipos penais dos crimes referidos: “*Concussão*: Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena -- reclusão, de 2 a 8 anos, e multa; *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 razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena -- reclusão de 1 a 8 anos, e multa; *Prevaricação*: Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena -- detenção de 3 meses a 1 ano, e multa”.

que seja provado, na ação rescisória mesma, que o comportamento do juiz corresponda a um dos tipos penais referidos. Havendo condenação do juiz, a sentença criminal faz prova no cível; se absolvido no processo criminal, ainda assim, pode ser julgada procedente a pretensão rescisória. Também não há de se cogitar a respeito da justiça da sentença, de vez que sentença proferida por juiz peitado é intrinsecamente defeituosa e enseja rescisão.

Quando o julgador é órgão colegiado, basta que *um* dos prolores de voto vencedor tenha cometido o crime, para que seja rescindível o acórdão, malgrado os demais integrantes do órgão julgador estarem isentos de qualquer suspeita. Por outro lado, se o voto do juiz infrator não concorreu para a formação da maioria, ou eventualmente para a unanimidade do julgamento, aplica-se o princípio geral de que não há nulidade sem prejuízo; mas, como diz Barbosa Moreira (1994:109), “se o voto do juiz infrator foi numericamente *decisivo* para a apuração do resultado, ainda que o desfecho houvesse de permanecer o mesmo, feita abstração desse voto, subsiste sempre a possibilidade de ter ele influenciado outros membros do órgão, de modo que todo julgamento fica, por assim dizer, contaminado pelo vício”.

Portanto, se o voto vencido for do juiz infrator (*juiz peitado*)⁸², o acórdão não é rescindível, porque o ato do magistrado não teve nenhuma influência no julgamento, salvo se forem interpostos e providos embargos infringentes, dando prevalência ao anterior voto vencido. Entretanto, em se tratando dos Juizados Especiais Cíveis, não cabe, segundo a maioria dos doutrinadores, embargos infringentes das decisões proferidas pelas Turmas de Recursos.

II - Se proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente

Provado que seja o impedimento ou a incompetência absoluta do juiz, a sentença por ele proferida é rescindível, pois, tanto a imparcialidade (inexistência de impedimento) e a competência plena do juiz (inexistência de incompetência absoluta) são pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual, no primeiro ou no segundo grau de jurisdição.⁸³

⁸² *Juiz peitado* era a terminologia adotada pelo CPC de 1939, no art. 798, I, “a” para caracterizar a rescindibilidade da sentença proferida por juiz mediante paga ou promessa de pagamento, ou por violação dos deveres do cargo, ou qualquer acordo ou ajuste ilícito praticado no exercício da função judicante.

⁸³ Segundo Nelson Nery Júnior. (1996:562), os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza *objetiva*, caracterizando presunção *juris et de jure*, absoluta, de parcialidade do magistrado”. E complementa: “a

Mas o inciso em tela refere-se exclusivamente a juiz impedido, não a juiz suspeito e, do mesmo modo, à incompetência absoluta e não à incompetência relativa. Destarte, como ensina Nelson Nery Júnior (1996:864):

a sentença prolatada por juiz que, originariamente, era suspeito ou relativamente incompetente não padece de nenhum vício, pois aquelas irregularidades, em virtude de preclusão, foram sanadas no curso do processo, de sorte que, à época da prolação da sentença, o juiz não era mais suspeito (houve aceitação do juiz pela não oposição de exceção de suspeição) nem incompetente (houve prorrogação da competência pela não posição de exceção de incompetência).

Portanto, se não forem observadas as regras de competência (art. 113) e bem como os preceitos dos arts. 134 e 136 (impedimento), todos do Código de Processo Civil, no juízo singular ou no segundo grau de jurisdição, a sentença ou o acórdão proferido por juiz impedido ou absolutamente incompetente, constitui fato bastante para ensejar a rescisão do julgado. Lembre-se, contudo, que também ensejam a rescisão outros casos de impedimento contemplados nas normas de organização judiciária e nos regimentos internos dos tribunais. Do mesmo modo, adverte Barbosa Moreira (1994:110), “só é relevante o impedimento existente na ocasião em que se proferiu a sentença, não importando o que haja porventura cessado antes dela ou lhe tenha sobrevindo”.

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

É regra cogente do processo o dever das partes e de seus procuradores procederem com lealdade e boa fé (CPC, art. 14), sob pena de responder por perdas e danos quem pleiteia com má-fé em juízo, na qualidade de autor, réu ou interveniente (art. 16). Assim, tem-se como litigante de má-fé, na letra do art. 17 do CPC, quem deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar o processo para conseguir objetivo ilegal, entre outros. Com efeito, se a parte vencedora foi reputada como litigante de má-fé, porque infringiu as normas de processo, usou de ardis ou praticou atividades que causaram dificuldades à parte *ex adversa* de produzir atos e provas, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e

prova do impedimento é feita de forma objetiva, sendo impertinente indagar-se da intenção ou subjetivismo do magistrado em julgar a causa com parcialidade: esta é absoluta, não admitindo prova em contrário, por exemplo, de que o juiz é cônjuge da parte para que deva ser *in continenti* afastado do processo”.

afastando o juiz de uma decisão de acordo com a verdade, sua vitória resultou de comportamento doloso. Diante desse fato, o vencido poderá propor a ação rescisória, invocando como causa de rescindibilidade a norma da primeira parte do inciso III, em epígrafe.

Contudo, Barbosa Moreira (1994:112), em magistral lição, adverte que:

É necessário o *nexo de causalidade* entre o dolo e o pronunciamento do órgão judicial. O resultado do processo precisa ter sido o que foi *em razão* do comportamento doloso (*verbis*: “quando *resultar* de dolo”...). Em outras palavras, exige-se que, sem dolo, a decisão houvesse de ser diversa. Ao dolo da parte equipara-se o do seu representante legal, e bem assim o do advogado, através do qual o litigante atua normalmente em juízo. Havendo litisconsórcio, o dolo de um dos litisconsortes vitoriosos basta para tornar rescindível a sentença, salvo se esta contiver capítulos autônomos para cada qual dos co-autores ou co-réus, caso em que a rescindibilidade se limitará ao(s) capítulo(s) referente(s) àquele que manifestou comportamento doloso (grifos do original).

A segunda parte do citado inciso III trata da hipótese de o autor e o réu, em conluio, se servirem do processo para praticar ato destinado a fraudar a lei. Se as partes, em *consilium fraudis*, conseguirem ludibriar o juiz, tem-se um processo fraudulento, e a sentença dele resultante, trântisa em julgado, poderá ser rescindida, quer pelo terceiro juridicamente interessado, quer pelo Ministério Público (CPC, art. 487, II e III, *b*). Não obstante a posição de Barbosa Moreira que entende só ser possível a rescisão da sentença prolatada em processo fraudulento⁸⁴, razão assiste a Nelson Nery Júnior (1996:554), quando diz que a sentença proferida em processo simulado enseja a ação rescisória, fulcrada no inciso III sob comento, de vez que podem também ser agentes da simulação não só o autor e o réu, mas também o juiz e uma das partes, contra a outra parte; ou ambas as partes e o juiz contra terceiro, servindo, assim, a simulação como instrumento para fraudar a lei.

⁸⁴ Em comentário ao art. 129 do CPC, Nelson Nery Júnior (1996:554) diz, com arrimo em Sérgio Rizzi, Pontes de Miranda, Frederico Marques, Bueno Vidigal, que: “A sentença proferida em processo simulado pode ser rescindida por ação rescisória, pois a simulação serviu como instrumento para fraudar à lei (CPC 485 III)”. *Aliter*, com espeque em Carnellutti, José Alberto dos Reis, Batista Martins, e outros, Barbosa Moreira (1994:113) entende que: “À cláusula grifada” [referindo-se à colusão entre as partes em fraude à lei] “corresponde o caso do processo *fraudulento*, que se distingue do processo *simulado*: enquanto neste as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito, nem, pois, real interesse na produção dos respectivos efeitos jurídicos, a não ser como simulacro para prejudicar terceiros, naquele, ao contrário, o resultado é verdadeiramente querido, e as partes valem-se do processo justamente porque ele se lhes apresenta como o único meio utilizável para atingir um fim vedado pela lei” (grifos do original).

IV - Se ofender a coisa julgada

Como já foi sobejamente demonstrado em linhas transatas, a sentença de mérito passada em julgado, adquire as características da imutabilidade e da indiscutibilidade, de vez que não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC, art. 467). Coberta com o manto da coisa julgada, a sentença somente pode ser substituída por uma outra sentença, dada em ação rescisória, cujo fim precípua é o de, justamente, atacar sentença rescindível trãnsita em julgado.

Nesse ponto, a lição de Barbosa Moreira é precisa: “Haverá ofensa à coisa julgada quer na hipótese de o novo pronunciamento ser *conforme* ao primeiro, quer na de ser *desconforme*: o vínculo não significa que o juiz esteja obrigado a rejulgar a matéria em igual sentido, mas sim que ele está impedido de rejulgá-la” (grifo do autor). Em outras palavras, havendo rejujamento, total ou parcialmente, da *res deducta* em outro processo findo, não importa o resultado: é rescindível o novo pronunciamento judicial tenha ele conteúdo igual ou diferente da sentença revestida da autoridade da coisa julgada.⁸⁵ Entretanto, se se tratar de questão incidente, decidida em processo anterior, não cabe ação rescisória, de vez que as questões incidentais não transitam materialmente em julgado. Por fim, mesmo decaindo do prazo fixado pelo art. 495 do CPC, nenhum prejuízo terá o vencedor do primeiro julgamento, posto que, “havendo conflito entre duas coisas julgadas antagônicas, prevalece a primeira sobre a segunda, porque esta foi proferida com ofensa àquela”⁸⁶

⁸⁵ Aliás, esse é o único caso em que não se necessita do *iudicium rescissorium*: basta o juízo rescindente, já que o objetivo do autor da rescisória é extirpar do mundo jurídico a sentença proferida com ofensa à coisa julgada.

⁸⁶ Cf. Nelson Nery Júnior (op. cit. pág. 864). Pontes de Miranda (1976:250-1) tem posição diversa, para o caso de decadência para rescisão da sentença proferida com ofensa à coisa julgada. Diz ele: “Uma vez que se admitiu, *de lege lata*, com o prazo preclusivo, a propositura somente no biênio a respeito da segunda sentença, o direito e a pretensão à rescisão desaparecem, e a segunda sentença, tornada irrevocável, *prepondera*. Em consequência, desaparece a eficácia de coisa julgada da primeira sentença. Esse é um ponto que não tem sido examinado, a fundo, pelos juristas e juizes: há duas sentenças, ambas passadas em julgado, e uma proferida após a outra, com infração da coisa julgada. Se há o direito e a pretensão à rescisão da segunda sentença, só exercível a ação no biênio, e não foi exercida, direito, pretensão à rescisão e ação rescisória extinguiram-se. A segunda sentença lá está, suplantando a anterior. *De iure condendo*, poder-se-ia conceber diferentemente a situação, e.g., fazendo-se rescindível, sempre, isto é, sem prazo a segunda sentença. Porém, nenhuma solução de impreclusibilidade foi admitida: o biênio é inexoravelmente preclusivo. Assim, há duas decisões que, *ex hypothesi*, se contradizem e a contradição tem de ser afastada pela superação da sentença ofendida. Salvo se a primeira sentença já foi cumprida, ou no que foi cumprida” (grifos do original).

V - Se violar literal disposição de lei

O significado da palavra lei, no dispositivo em foco, é tomada no sentido amplo, quer se trate de norma de direito nacional ou internacional, seja de qualquer ramo do direito, de natureza material ou processual. Assim, se houve *erro in iudicando* ou *erro in procedendo*, com agressão à literal disposição de lei, o julgado poderá ser rescindido. César Montenegro (1996:176), invocando a lição de José Frederico Marques, diz que basta a “violação de lei ou da tese jurídica nela contida; vulneração do *ius scriptum* por infringência do conteúdo normativo do seu texto, afronta o sentido unívoco e incontroverso do preceito legal”.⁸⁷ Também é rescindível a sentença *citra*, *ultra* e *extra petita*, posto que atenta contra as regras legais insculpidas nos artigos 128 e 460 do CPC, que é direito objetivo como qualquer outro, as quais exigem que deve haver congruência entre o pedido e a sentença, não podendo o juiz dar ao autor mais ou coisa diversa do que contém o pedido posto em juízo.⁸⁸

Segundo Nelson Nery Júnior (1996:864) “a sentença que dá à lei interpretação divergente da que lhe tenha sido dada pela doutrina ou jurisprudência não pode ser objeto de ação rescisória”, ou seja, não é rescindível a decisão que viole a jurisprudência ou súmula de tribunal, em face do que dispõe a Súmula 343 do STF 343, *verbis*: “*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*”. Entretanto, alerta Barbosa Moreira (1994:118): “Não é impossível que a agressão à lei esteja *na proposição da Súmula*: era e é *contra legem*, por exemplo, o enunciado nº 512 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal, onde se exclui o cabimento da condenação de honorários de

⁸⁷ Pontes de Miranda (1976:259), inclusive, vai mais longe, quando afirma: “Quanto à ‘literal disposição de lei’, que está no art. 485, V, temos sempre mostrado que não se pode acolher a opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expresso, revelado. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil não pode ser postergado: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. Dizer-se que, ao sentenciar, invocando costume ou princípio geral de direito, o juiz, que o ofende, apenas erra *in procedendo*, é erradíssimo. Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito (‘literal’), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra de direito consuetudinário, ou o princípio geral de direito ou a regra jurídica analógica”. Vê-se que, para Pontes de Miranda, são preponderantes os princípios do *non liquet* e do *iura novit curia* -- para este, a única exceção está no art. 337 do CPC --, para se admitir o cabimento da ação rescisória, invocando a infração a literal disposição de lei.

⁸⁸ Rui Portanova (op. cit. pág. 234) chama esta regra de “Princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte”, para o qual formula o seguinte enunciado: “O juiz deve julgar nos termos do pedido tal como posto pela parte, nem mais (*ultra petita*), nem menos (*citra petita*) e nem fora (*extra petita*) do que foi pedido”. E acrescenta: “O pedido e a causa de pedir, limitando a lide, concorrem para a identificação do objeto do processo, o mérito e o *thema decidendum* e, assim, caracterizam a sentença e a sua imutabilidade”.

advogado na ação de mandado de segurança”.⁸⁹

VI - Se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória.

Para que a falsa prova configure causa de rescindibilidade, basta que a sentença tenha se baseado na existência de fato sem o qual outra seria necessariamente a sua conclusão.⁹⁰ De outro modo, se a sentença rescindenda puder subsistir, mesmo com a verificação de que se fundou em prova falsa (material ou ideológica)⁹¹, não há ensejo para sua rescisão. Portanto, se havia outro fundamento suficiente para a conclusão a que chegou o juiz, a falsa prova não foi o calço em que se baseou o julgador para acolher ou rejeitar o pedido, e, assim, não se configurou a hipótese aventada no inciso em apreço. Destarte, não será rescindível a sentença ou o acórdão.

A prova da falsidade poderá ser feita na ação rescisória mesma, através de prova pré-constituída ou no próprio curso do processo, ou ser declarada em sentença criminal, na qual o réu foi condenado e a sentença transitou em julgado, ou, até mesmo se não condenado, porque o réu se beneficiou ou da prescrição ou de qualquer outra causa de extinção de punibilidade.

⁸⁹ É interessante, nessa questão, anotar a posição de Pontes de Miranda (op. cit. pág. 259): “Se o juízo rescindente se encontra diante de opiniões divergentes quanto a regra jurídica de costume, ou a interpretação por analogia, ou determinado princípio geral de direito, é ele que tem de dizer qual a opinião é a verdadeira, salvo se há imposição legal da observância de alguma atitude assumida pelo Supremo Tribunal Federal, ou por outro tribunal. Em princípio, a jurisprudência dominante é a que se há de obedecer. Nos arts. 477-479 do Código de Processo Civil tem-se por fito a uniformização da jurisprudência. No julgamento da ação rescisória, como das outras ações, reconhecida a divergência entre os juízes, lavra-se o acórdão, vão os autos ao presidente do tribunal, que designa a sessão de julgamento. O tribunal, reconhecendo a divergência, dá a interpretação a ser observada e cada juiz emite o seu voto em exposição fundamentada. É sempre ouvido o Chefe do Ministério Público. O julgamento, por voto da maioria absoluta dos membros, é objeto de súmula e constitui ‘precedente’ na uniformização da jurisprudência. Os regimentos internos têm de dispor sobre a publicação, no órgão oficial, das súmulas de jurisprudência predominante”.

⁹⁰ Segundo Bueno Vidigal (apud Barbosa Moreira, 1994:118, nota 68), “A sentença é rescindível sempre que, baseada em prova falsa admitiu a existência de fato, sem o qual outra seria necessariamente a sua conclusão”.

⁹¹ De Plácido e Silva (op. cit. pág. 267) assim distingue a falsidade material da falsidade ideológica: “A *falsidade material* é a que se comete pela fabricação de coisa falsa, pela elaboração de documento falso, ou pela alteração da verdade em coisa ou documento, dizendo-se *formal*, quando o falsário ou falsificador a comete de propósito, com má intenção, com perfeito conhecimento da verdade, que procura substituir ou alterar. A falsidade material não pode ser presumida. Deve resultar de fato material que a objetiva. E tanto decorre de ser *falsa uma parte* da coisa ou do documento, como de ser *inteiramente falso*. Tanto faz para que se altere ou se suprima a verdade que nele se deveria conter. Na *falsidade ideológica*, o título ou o documento se mostra como verdadeiro; mas, não exprime a verdade o que nele se contém. Estrutura-se, assim, na falsidade da declaração contida no título ou no documento, que se apresenta como autêntico e verdadeiro, desde que, originariamente, passado por quem tinha autoridade para passá-lo. O documento, assim, é verdadeiro, mas não é real ou verídico o que nele contém. Neste caso, o caráter delituoso da falsidade está no *dolo* e na *nocividade* do ato, que pretende alterar a verdade pela *simulação* e pela *fraude*” (grifos do original).

Todavia, havendo absolvição do réu, em face de restar provada a inexistência material do fato delituoso (CPP, art. 386, I), isto é, da falsidade, não haverá ensanchas para a rescisão do julgado, exceto se a sentença de absolvição mencionar na parte dispositiva as demais causas absolutórias constantes dos incisos II a VI, do citado artigo do Código de Processo Penal.

Lavra na doutrina divergência a respeito da apuração da falsidade da prova. Nelson Nery Júnior (1996:864), contrariando as posições de Barbosa Moreira, Pontes de Miranda e Ada Pellegrini Grinover, diz que a apuração da falsidade “pode ocorrer em ação declaratória autônoma (CPC, 4º, II), em ação declaratória incidental ou em incidente de falsidade (CPC 390)”. A nosso ver, razão assiste a Nelson Nery Júnior, uma vez que a jurisdição, como manifestação da soberania, é una e indivisível, e a divisão da competência em penal e cível não se calça na natureza do direito, mas no princípio da divisão do trabalho, na especialização da administração da justiça, mais por razões de ordem técnica ou política, do que jurídica.⁹²

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

Pela inteligência desse inciso, o autor da rescisória poderá exercer a sua pretensão à rescisão, tendo como causa de pedir *documento novo* cuja existência ignorava ou que dele não pôde fazer uso, por motivo alheio à sua vontade. Não importa, para tal caso, o motivo da impossibilidade de utilização no processo em que se exarou a decisão rescindenda. Isso quer dizer que documento novo não é aquele constituído posteriormente, mas sim aquele que já existia quando a sentença foi proferida, ou porque a parte ignorava a sua existência ou porque dele não pôde fazer uso, tempestivamente, no processo da sentença rescindenda.⁹³

⁹² Eis a lição de Barbosa Moreira (1994:121): “Não constitui fundamento bastante da rescisão a prévia declaração da falsidade do documento em sentença *civil*, seja proferida em processo autônomo de ação declaratória (art. 4º, nº II), seja em processo de incidente de falsidade surgido no curso de outro feito, sobre o mesmo documento em que se houver fundado a decisão rescindenda. A prova da falsidade terá de ser feita no processo da ação rescisória; e, embora óbvio que a sentença civil representará normalmente poderosíssimo elemento de convicção, o órgão julgador da rescisória conserva integral liberdade de apreciação, e não fica excluída, em tese, a possibilidade de rejeitar ele o pedido por não se haver convencido da falsidade. Não o vincula, aí, a *auctoritas rei judicatae* da sentença cível declaratória -- o que não deixa de configurar uma singularidade na sistemática processual” (grifo do original).

⁹³ Barbosa Moreira (1994:124) distingue entre *obtenção de documento novo* e *descoberta de fato* que o interessado ignorava, pois, diz ele: “O que se permite é que a parte produza *agora* a prova documental, que não pudera produzir, de fato *alegado*; não se lhe permite, contudo, alegar *agora* fato que não pudera alegar, mesmo por desconhecimento”. E acrescenta um elucidativo exemplo (ibidem): “Logo, se o réu, v.g., alegara compensação e só

Ensinam os doutores que o documento novo deve ser de molde a, sozinho, ter a força capaz de alterar o resultado da sentença que se deseja rescindir. Assim, escreve César Montenegro (1996:177) que “o documento novo também deverá ser decisivo”, e, citando Lauria Tucci, escreve (ibidem): “Decisivo com o fim de assegurar por si só, ‘ao autor da rescisória, pronunciamento favorável; estabelecido assim, necessariamente, um nexo de causalidade entre a sua não-produção e o resultado adverso, consubstanciado na sentença rescindenda’.” Nessa mesma perspectiva, Barbosa Moreira (1994:124) traça mais claramente os lindes do problema, o que dispensa outros comentários:

O documento novo deve ser tal que a respectiva produção, *por si só*, fosse capaz de assegurar à parte pronunciamento favorável. Em outras palavras: há de tratar-se de prova documental suficiente, a admitir-se a hipótese de que tivesse sido produzida a tempo, para levar o órgão julgador a convicção diversa daquela a que chegou. Vale dizer que tem de existir nexo de causalidade entre o fato de não se haver produzido o documento e o de se ter julgado como se julgou. Por ‘pronunciamento favorável’ entende-se decisão *mais* vantajosa para a parte do que a proferida: não apenas, necessariamente decisão que lhe desse vitória *total*. Tanto pode pedir a rescisão, com base no inciso VII, o litigante que obteve *parte* do que pretendia e teria obtido *tudo* se houvesse usado o documento, quanto o que *nada* obteve e teria obtido *ao menos parte* usando o documento (grifos do original).

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

Diz o art. 352, caput e incisos I e II, do Código de Processo Civil, que, *verbis*: “A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada: I - por *ação anulatória*, se pendente o processo em que foi feita; II - por *ação rescisória*, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o *único fundamento*”. Destacamos, pois, o texto, por duas razões: a uma, porque o inciso sob comento não contém a restrição imposta pelo artigo acima transcrito, exurgindo, daí, a possibilidade de se postular a ação rescisória, havendo nulidade ou anulabilidade da confissão⁹⁴; a duas, porque, como alerta Barbosa Moreira (1994:129), não obstante o inciso II do art. 352 falar em *único fundamento*, “admite-se que, mesmo nas

não vira acolhida a defesa por não ter conseguido prová-la, a obtenção posterior de documento decisivo abre-lhe a via rescisória; se, porém, não alegara compensação, não pode rescindir a sentença, ainda que obtenha depois prova documental inquestionável do seu contracrédito” (grifos do original).

⁹⁴ O art. 348 do CPC, além de fixar as espécies (2ª parte) -- judicial ou extrajudicial --, também define (1ª parte) a confissão nos seguintes termos: “*Há confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário*”. Cf. Nelson Nery Júnior (1996:865; César Montenegro (1996:178-9).

hipóteses de erro, dolo ou coação, possa haver outro fundamento, além da confissão, contanto que a sentença ‘nela se haja baseado e, com a sua decretação de invalidade, desapareça’.” Formulado o argumento de outra maneira, tem-se que, se, dentre os fundamentos para a solução da relação jurídica material controvertida no processo, a confissão foi decisiva, isto é, constituiu-se motivo bastante para o juiz proferir a sentença, esta mesma sentença é ato inválido, que pode ser rescindido, provando-se, na ação rescisória mesma, os motivos determinantes da invalidade da confissão.

Arrola, também, o inciso VIII em epígrafe, a *desistência* como causa de rescindibilidade da sentença de mérito trânsita em julgado. Todavia, há que se entender o vocábulo desistência não na acepção que lhe confere o inciso VIII, do art. 267 do CPC -- desistência da ação, que enseja extinção do processo sem julgamento do mérito, não sendo rescindível a sentença, porque terminativa do feito --, mas sim com o significado que lhe atribui o art. 269, IV -- renúncia a direito em que se funda a ação --, pois esse é o entendimento majoritário da doutrina⁹⁵.

Temos, por fim, a transação inválida como hipótese de cabimento da ação rescisória. Já vimos que a transação é o acordo bilateral mediante o qual, as partes, fazendo concessões recíprocas, previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza ou a dubiedade de uma relação jurídica. Destarte, é da norma processual (CPC, art. 269, III) que, terminando os contendores por transigir e, homologando-se o acordo por sentença, extingue-se o processo com o julgamento do mérito, transitando em julgado a sentença homologatória, após a preclusão do prazo de recurso. Mas a sentença é rescindível se, por algum motivo, a transação puder ser reputada inválida, pois, como ensina Barbosa Moreira (1994:130), “consente a lei que o ataque vise diretamente a sentença, dispensando a parte de promover, antes, a invalidação do ato que lhe servira de suporte; mas deve entender-se que, vingando a rescisória, caem ambos, o ato- base (confissão, renúncia, reconhecimento do pedido, transação) junto com a decisão. Ocorre aí, substancialmente, verdadeira cumulação implícita de pedidos: o de invalidação do ato base e o de rescisão da sentença”. Por ora, basta a doutrina, pois que teremos oportunidade, adiante, de reanalisar o tema, quando tratarmos da ação anulatória.

⁹⁵ Vide nota 23, supra, neste capítulo.

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

Já tivemos oportunidade de afirmar que a injustiça da decisão judicial nenhuma relevância tem sobre a sua validade, quer advenha de erro decorrente de errônea aplicação do direito ou de interpretação divergente de lei ou cláusula contratual. Só o erro de fato, cria a pretensão à rescisão, na forma dos §§ 1º e 2º, que, juntamente com o inciso IX do art. 485, em rigor, fixam os requisitos que o configuram como causa de rescindibilidade, a saber: (1) que a sentença seja fundada em erro de fato, ou seja, aquele que, se não houvesse ocorrido, o dispositivo sentencial seria diferente; (2) que o erro seja aferível mediante o simples exames de quaisquer documentos ou peças dos autos, sendo inadmissível quaisquer outras provas para demonstrar que ou o fato admitido não existia, ou existia fato que não foi admitido pelo juiz no julgamento da *res in iudicium deducta*; (3) que sobre o fato não tenha havido controvérsia entre as partes; (4) que sobre o fato não tenha havido pronunciamento judicial⁹⁶.

Outrossim, como já frisamos ao tratar do “documento novo” como causa de rescindibilidade, neste inciso, também, há de se verificar o nexo de causalidade entre o erro de fato e a sentença rescindenda. Melhor dito, entretanto, fica com as palavras de Pontes de Miranda (1976:342):

Se a sentença se fundou em erro de fato, ligado a ato da causa ou a documento que nela se apresentou, há rescindibilidade. O juiz pode ter sido levado ao erro devido à apreciação de algum documento, ou de qualquer ato praticado no processo, e não só no ato de produção de prova. Tem-se de dar a ‘ato’ conceito largo, que abranja qualquer ato processual, ou mesmo extraprocessual, que se haja trazido ao processo.

Portanto, o erro de fato tem de se dar de modo que, se tivesse havido controvérsia sobre o fato, na sua inteira realidade, ou tivesse o juiz se pronunciado sobre ele ou sobre os documentos e mais peças dos autos, a decisão judicial teria sido outra. O decisivo, aqui, é que, em face do erro do juiz⁹⁷, diversa foi a conclusão a que ele próprio chegou, pois, se tivesse atentado para os documentos e peças dos autos, ou havido a controvérsia do fato na sua realidade mesma, o

⁹⁶ Cf. Barbosa Moreira (1994:132-3); Nelson Nery Júnior (1996:865).

⁹⁷ Interessante é a posição de Pontes de Miranda (1976:342), que admite erro de fato decorrente de aplicação de lei inexistente, quando diz: “O erro no art. 485, IX, não é *error iuris*, mas só *error facti*. Todavia, se o juiz teve de fundar a sentença no que a parte produziu como prova do teor e da vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, e se verifica que houve erro do juiz, por ser falsa a prova, aí o erro do juiz foi *error iuris*, a despeito de se ter produzido prova (falsa) de fato. Temos de admitir que se possa propor a ação rescisória da sentença, porque considerou existente um fato (embora ‘lei’) que não existia. O fundamento há de ser no art. 485, IX. Porém, não se exclua a invocabilidade do artigo 485, V”.

jugador não teria julgado como julgou a lide.

3. OCORRIBILIDADE DOS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO RESCISÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Tendo visto de *per si* os pressupostos específicos elencados pelo incisos I a IX, do art. 485, do CPC, neste passo, em face dos dispositivos da Lei nº 9.099/95, traremos à colação fatos que demonstram a necessidade da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, embora, como já se disse, existam posições doutrinárias que defendem a prescindibilidade desse remédio jurídico, não obstante reconhecerem a possibilidade de ocorrência de causas de rescindibilidade nesse microssistema processual. Os argumentos mais comuns são o nível de complexidade das demandas de competência dos Juizados Especiais Cíveis -- menor que as processadas pelo rito comum -- e do direito de opção do autor, ou pelo rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, ou pelo procedimento comum do Código de Processo Civil. Assim, antes trataremos de duas questões pertinentes: a possibilidade de opção do rito pelo autor e a dispensabilidade do advogado.

3.1. OPÇÃO DO AUTOR PELO RITO

O tema divide a doutrina: há quem postula a indisponibilidade procedimental, há os que admitem a preferibilidade do rito (opção pelo autor)⁹⁸. Afora os comentários da doutrina transcritos em linhas passadas traremos outros à colação, a fim de que possamos sustentar posição própria a respeito do tema.

A primeira posição, que se poderia chamar clássica, fundamenta que a infungibilidade do

⁹⁸ Em princípio, pode parecer que se trata de *questão de lana-caprina*. Entretanto, o tema tem especial relevância prática para o objeto do nosso estudo, já que a *incompetência absoluta do juízo é causa de rescindibilidade*. Ora, pode um juiz entender que a demanda a ele submetida pelo autor é de *menor complexidade* e rejeitar a arguição de incompetência absoluta do juízo, em sede preliminar, na resposta do réu, que quer vê-la processada e julgada pelo procedimento comum, porque entende haver necessidade de cognição profunda, horizontal e verticalmente. Transitada em julgado a sentença, ou porque perdeu o recurso, ou porque dele desistiu, não mais teria remédio jurídico para atacar a sentença, de vez que coberta com o manto da coisa julgada material, e as portas da ação rescisória estão cerradas pela norma do art. 59, da Lei nº 9.099/95.

rito está na natureza mesma do processo: este é método estatal (heterônomo) de solução de conflitos e os procedimentos que lhe dão impulso não são postos no interesse das partes, mas no interesse público⁹⁹. Como não se trata de faculdade das partes, mas de norma cogente, tem o juiz de indeferir a petição inicial quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação, a menos que se puder adaptar-se a outro tipo de procedimento legal, a teor do art. 292, V, CPC. Entretanto, nos Juizados Especiais Cíveis, o juiz não poderá processar e julgar senão pelo procedimento sumaríssimo; assim, na presença de demanda judicial cuja complexidade ou valor da causa não se enquadrem nas normas dos dispositivos do art. 3º, tem ele de declarar-se incompetente, sob pena de violar as regras de competência e, assim, ofender o princípio do juiz natural estampado no art. 5º, XXXVII, da Carta Política de 1988, amplamente já discutido no capítulo II deste trabalho.

O segundo entendimento é o da fungibilidade do rito, isto é, o poder que tem o autor de preferir o rito, mesmo que a lei adote para a espécie de demanda um procedimento especial para o processo e julgamento da ação. Os argumentos expendidos para sustentar essa posição, em geral, coincidem com este de Nelson Nery Júnior (1996:2043):

Muito embora a Lei dos Juizados Especiais não repita, de forma expressa, a regra do art. 1º da revogada Lei de Pequenas Causas, segundo a qual o autor podia optar pelo ajuizamento da causa nos juizados de pequenas causas, o sistema atual não foi modificado. O autor pode, no regime jurídico da vigente LJE, optar pelo ajuizamento da ação pelo regime do CPC ou pelo regime da LJE. A previsão constitucional do procedimento sumaríssimo perante os juizados especiais cíveis tem a finalidade de oferecer aos jurisdicionados mais uma opção alternativa de acesso à ordem jurídica justa. Não teria sentido dizer-se que há facilitação do acesso à justiça, com a criação dos juizados, mas de utilização obrigatória, apenando-se, na verdade, a parte com o procedimento estreito previsto na LJE, quando isto não fosse de seu interesse. A possibilidade de o autor optar pelo procedimento comum, quando deveria utilizar-se de outro procedimento, existe no direito processual civil brasileiro (v.g., CPC, art. 292, § 2º). *A LJE art. 3º, § 3º também prevê a possibilidade de opção, de modo que fica afastado o argumento de que seria vedado ao autor optar pelo procedimento do CPC, porque matéria de ordem pública.* (Destacamos)

⁹⁹ Informa-nos Portanova (1995:180) que “A jurisprudência tem acolhido a infungibilidade, dizendo, por exemplo, que o rito sumaríssimo é de interesse público, não sendo, por isso, admissível a opção por parte do autor, pelo procedimento ordinário, em substituição ao sumaríssimo, diante do valor dado à causa, devendo as partes sujeitar-se ao procedimento imposto pela lei processual. A forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas da Justiça. (RT 492/102, 479/185, RT 491/207)” Vale lembrar, porém, que esse entendimento jurisprudencial pertence ao tempo da vigência da Lei de Pequenas Causas - Le nº 7.244/84. Tem-se notícia de que, hoje, alguns Tribunais de Justiça vêm adotando a tese da fungibilidade do rito.

Sendo tema tão controvertido na doutrina e na jurisprudência¹⁰⁰, as posições expendidas por uns e outros, como diz Nagib Slaib Filho, “carecem, por si só, da força da autoridade”. Por isso, filiamo-nos à corrente que defende a *indisponibilidade do rito*, porque: (1) a competência dos Juizados Especiais tem foro constitucional, tema que, portanto, está sujeito a controle, pela via do recurso extraordinário (CF/88, art. 102, III, *a e b*); (2) tendo o legislador se inspirado no sucesso da Lei nº 7.244/84, instituída a partir da experiência pioneira do Rio Grande do Sul, que previa a preferibilidade do rito no seu art. 1º, o legislador dos Juizados Especiais teria mantido a opção do autor¹⁰¹. Em ponto algum a Constituição e a Lei nº 9.099/95 admitem que a competência dos Juizados Especiais possa ser afastada pela vontade das partes. Portanto, como o legislador (constitucional ou ordinário) não distinguiu, não cabe ao intérprete distinguir. Aliás, a possibilidade de opção a que se apegua Nelson Nery Júnior, com fundamento no § 3º do art. 3º, deve ser interpretada sistematicamente com os arts. 39, 53 e 57, todos da Lei nº 9.099/95; (3) A competência dos Juizados Especiais é absoluta, de natureza objetiva e funcional: fixada pelo critério de alçada e pelo critério da lide (complexidade), a sua fixação toma em conta tanto o exercício das funções do próprio órgão judicial, quanto a matéria vertida no dissídio das partes. O que é modificável ao talante dos figurantes do processo está expresso no art. 4º. (4) Por imperatividade constitucional os Juizados Especiais Cíveis são segmentos da jurisdição estatal (CF/88, art. 92, VII), órgãos da Justiça comum dos Estados, Distrito Federal e Territórios, cuja competência, por ser matéria de direito público, não pode ser afastada pela vontade dos sujeitos da relação jurídica processual, sob pena de infringência de regras jurídicas cogentes e dos princípios constitucionais do processo.

¹⁰⁰ Cf. Nagib Slaibi Filho (1997:186), de cujo estudo não só retiramos a citação supra-transcrita, como também nele nos arrimamos para declarar a nossa posição. Ademais, o autor citado faz uma recensão das posições doutrinárias e jurisprudenciais em torno do caráter facultativo ou obrigatório do rito da Lei nº 9.099/95.

¹⁰¹ Eis a redação do art. 1º da Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que dispôs sobre a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas: “Art. 1º. Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da justiça ordinária, *poderão* ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, *por opção do autor*, das causas de reduzido valor econômico.” Destacamos o texto para mostrar que a *preferibilidade do rito pelo autor era expressa*, assim como também era faculdade a sua criação, enquanto o caput do art. 98 da CF/88 torna obrigatória a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, imperatividade que exsurge do *verbo criar*, no texto conjugado no futuro do presente do indicativo: *criarão*. Cf. Horácio Wanderlei Rodrigues (1996:23).

3.2. DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

A indispensabilidade do advogado para a administração da justiça é princípio insculpido no art. 133 da atual Carta Magna brasileira, de modo que, segundo Nelson Nery Júnior (1996:1510), “a presença do advogado no processo constitui fator inequívoco de observância e respeito às liberdades públicas e aos direitos constitucionalmente assegurados às pessoas”. Entretanto, o art. 9º, 1ª parte, admite o *jus postulandi*, como faculdade do autor ou do réu, nas causas de até vinte salários mínimos, podendo, o primeiro, formular o pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado (art. 14), e, o segundo, apresentar sua contestação, escrita ou oral, contendo toda a matéria de defesa. Do mesmo modo, permite-se ao réu, na contestação, argüir a *suspeição ou o impedimento do juiz*, que se processará na forma da legislação em vigor (CPC, art. 138, § 1º), bem como, observados os limites do art. 3º, *contrapor pedido em seu favor*, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Afora o temor reverencial que as pessoas comuns, não afeitas às lides forenses, manifestam diante da toga, parece-nos impossível que, autor e/ou réu, pessoas geralmente destituídas de qualquer preparo intelectual ou técnico, possam, desacompanhados de advogado, postular ou defender seus direitos materiais e processuais, com a devida qualidade e segurança. Como pode um mortal qualquer saber do seu direito inalienável de ter um juiz imparcial para julgamento da sua causa? E, se o soubesse, se arriscaria a tanto, diante do temor reverencial referido? E, se provido da coragem -- que não se necessita para tal, é claro -- como poderia fazê-lo, se a dita “forma da legislação em vigor” exige que a argüição se faça “em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos”? Aí a preclusão servirá não para fazer o processo caminhar ao seu fim precípua e evitar a rediscussão de atos processuais transatos, mas para tornar o juiz insuspeito e imparcial. Um simples ônus processual se transformaria na *negação oblíqua*, lacônica, de um direito fundamental da cidadania, o direito a um juiz competente e imparcial (juiz natural) para o autor da causa. A ficção jurídica de que a ninguém é escusado desconhecer a lei supera a realidade da vida mesma, e o princípio da ampla defesa torna-se também mera ficção, jamais uma garantia individual. O mesmo se pode dizer da contestação e do pedido contraposto -- terá o réu condições de oferecê-la, com a qualidade que requer uma boa defesa técnica?

E não é só: além do Juiz togado, os Juizados Especiais Cíveis são compostos de juizes leigos e conciliadores, tidos como auxiliares da justiça (Lei nº 9.099/95, art. 7º), não obstante

haja regra específica de impedimento para os Juízes leigos (art. 7º, parágrafo único), a ambos se aplicam os motivos de impedimento e suspeição insculpidos nos arts. 134 e 135, *ex-vi* do art. 138, II, do digesto processual civil. Só por esses motivos já se percebe que, malgrado a facilitação do acesso ao judiciário, não se pode garantir acesso à justiça, de vez que, falto de capacidade técnica, ninguém pode defender em juízo os direitos em sua plenitude¹⁰². Mais uma vez o princípio da ampla defesa cai por terra, porque um litigante, ou os dois, não sabem operar os tais meios e recursos a ela inerentes.

3.3. CAUSAS DE RESCINDIBILIDADE

Mesmo os defensores da vedação da ação rescisória reconhecem a possibilidade de ocorrência de causas de rescindibilidade nos Juizados Especiais Cíveis. Não se fala aqui de possíveis comportamentos delituosos dos julgadores -- *prevaricação, concussão ou corrupção do juiz* --, porque, afora a raridade com que aparecem, a tradição criteriosa na seleção do quadro de juízes, já autoriza dizer que os casos que porventura ocorrerem configuram exceções que não serviram, jamais, para justificar este estudo ou qualquer inconformismo com a vedação legal da ação rescisória.

Já vimos que art. 3º *caput* e os incisos II, III e IV, da Lei nº 9.099/95, fixam a competência funcional e em razão da matéria, no processo de conhecimento, enquanto o § 1º diz da competência para a execução dos seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais, observadas, porém, o valor da causa (inciso I) e a legitimidade ativa *ad causam* assinalada no § 1º do art. 8º. Já o § 2º fixa regras de exclusão de competência. O art. 7º, parágrafo único, trata do impedimento dos juízes leigos, restringindo-se à proibição do exercício da advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções. Nenhum impedimento específico há para os conciliadores, embora possam eles (conciliadores e juízes leigos) conduzirem a conciliação que, se obtida, será homologada pelo juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo (art. 22, *caput* e parágrafo único). Poderão, ainda, os juízes

¹⁰² Não se alegue, como contra-argumento, o fato de que na Justiça do Trabalho também há o *jus postulandi*, inclusive para causas de maior valor econômico. Todavia, naquela justiça especializada, o órgão judicial é colegiado e, pela sua essência mesma, os juízes classistas são parciais, eis que defendem interesses de classe. Ademais, na grande maioria dos casos, independentemente do valor da causa, o *reclamante* é assistido por advogado credenciado pelo Sindicato da categoria profissional, em geral, *competente e bem pago*.

leigos serem designados árbitros, que realizarão a instrução processual e apresentarão o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível (art. 24, 25 e 26). Portanto, sendo absoluta a competência dos Juizados Especiais Cíveis, imodificável pela vontade das partes, e estando o juiz togado, juízes leigos e conciliadores jungidos às regras concernentes ao impedimento, existem amplas possibilidades de a sentença ser proferida com os vícios de impedimento ou incompetência absoluta do Juízo. Para a sentença homologatória do juízo arbitral, pode-se usar a ação anulatória, como veremos, mas para a sentença transitada em julgado a vedação da ação rescisória aqui faz falta -- e muita -- porque configurada está uma lesão a direito, que só pode ser recomposto se se puder rescindir a sentença, desconstituindo-a e re julgando a lide.

Não se pode afastar a hipótese de dolo de uma das partes para vencer a demanda, nem a colusão entre as partes para fraudar a lei. Principalmente no segundo caso, por mais aguçada que seja a perspicácia, por maior que seja o tirocínio dos conciliadores e dos juizes togados e leigos, sempre haverá a sobrecarga de trabalho a afetar os cuidados e a atenção sobre os atos processuais das partes. Não obstante, se as partes não tiverem atentas às regras de impedimento de conciliadores e juízes leigos, grandes também são as possibilidades de se ter um processo simulado ou fraudulento, o que, já vimos, constitui causa de rescindibilidade da sentença. Novamente, a ação rescisória aqui faz falta: transitada em julgado a sentença, qual o remédio jurídico apto para desconstituí-la e para permitir o re julgamento da lide? A ação rescisória está vedada: o que resta à vítima do dolo ou da colusão? Conformer-se com o fato de que a coisa julgada garante a segurança das relações jurídicas, à custa da lesão a direito, sem se importar o quão inseguras continuam as relações sociais.

A possibilidade de se proferir sentença ofensiva da coisa julgada, não é de difícil ocorrência. Não raro, as demandas não compreendem toda a matéria conflituosa, de modo que entre as mesmas partes, podem ser deduzidos pedidos sobre matéria controvertida mais ampla, mas que parte dela já se decidiu em sentença transitada em julgado. Sirva de exemplo a ação de ressarcimento por danos em acidente de veículo, na qual o autor postulou apenas danos materiais; houve conciliação, homologada por sentença do juiz togado e os danos ressarcidos voluntariamente. Mais tarde, citado de outra ação de cobrança de danos emergentes, materiais e pessoais, pensando tratar-se da mesma ação, ficou revel, e a sentença transitou em julgado. Como, agora, poderia desconstituir a segunda sentença, no tocante à parte desta, que já era coisa

julgada na primeira sentença? Obstada a via da rescisória, de nada lhe valeu a coisa julgada, nenhuma segurança jurídica lhe proporcionou a *auctoritas rei judicatae*, símbolo da estabilidade das relações jurídicas.

Violar literal disposição de lei é outra possibilidade real nos Juizados Especiais Cíveis. O que fazer, quando o recurso do vencido é julgado intempestivo porque se contou como dia útil um feriado municipal e, esquecendo-se do fato, o juiz não admitiu o recurso? Ou, tendo-o admitido, o Colégio Recursal não conheceu do recurso por intempestividade, passando em julgado acórdão? Houve flagrante violação da lei, para o qual, agora, não restou remédio jurídico algum para desconstituir o acórdão revestido da autoridade da coisa julgada material.

Como no caso de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, a *falsa prova* é difícil de se configurar, exceto no que se refere à prova testemunhal e à prova técnica (art. 35). Porém, dificilmente, alguém iria se valer de processo criminal para constituir prova visando à rescisão, ou da ação declaratória de falsidade de documento, admitindo-se ser esta ação meio possível de preconstituição de prova para a rescisória. Aliás, em casos tais, a ação teria grande complexidade e, então, ou o autor deveria tê-la ajuizado no juízo comum cível ou o réu ter argüido a incompetência absoluta do juízo, na tentativa de deslocar o processo e o julgamento para o juízo comum. Portanto, a nosso ver, com essa causa de rescindibilidade, raros seriam as pretensões à rescisão dos julgados nos Juizados Especiais Cíveis.

A hipótese de *documento novo* é uma das mais fáceis de se configurar. Não é comum as pessoas terem uma organização tal dos documentos sobre as suas relações jurídicas. O comum dos casos é a guarda de documentos personalíssimos -- certidões relativas ao estado das pessoas --, e os relativos aos bens de raiz. Sirva de exemplo uma ação de despejo para uso próprio, cumulada com cobrança de alugueres. Citado para responder, não tendo os recibos da metade dos meses em cobrança para fazer prova da quitação de parte do débito, o réu não só sofreu o despejo como também viu-se condenado a pagar integralmente o pedido do autor. Depois de executada a sentença passada em julgado, encontrou os recibos que, se houvesse com eles feito prova, outra teria sido a decisão no processo de conhecimento. Vedada a via rescisória, não poderá recobrar o prejuízo que sofrera: seguras estão as relações jurídicas mas não as relações sociais entre os contendores. Afinal, de que acesso à justiça se fala, diante deste caso e de outros afins?

É bem possível que nos Juizados Especiais Cíveis ocorram vícios de consentimento capazes de invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença, dado o grande volume de causas. Entretanto, a nosso ver, na maioria dos casos, o ato das partes pode ser atacado com a ação anulatória, dado que, desfeito o ato jurídico da confissão, da desistência ou da transação, desfaz-se a homologação do ato viciado. Há, nesse caso, uma cumulação implícita de rescisão de atos jurídicos: os atos das partes e o ato judicial, porque homologar significa, diz Pontes de Miranda (1976:410) “tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser” e “homologação é sempre julgamento sobre o que até então se passou”. Veremos, adiante, com mais detalhe, a rescisão dos atos judiciais em que a sentença for meramente homologatória (CPC, art. 486).

É muito provável que bastante sejam as pretensões rescisórias nos Juizados Especiais Cíveis, fundadas em erros de fato, verificável dos autos ou resultante de documentos da causa. Isto, a nosso sentir, decorre das possibilidades mesmas que a lei dá, principalmente pela ampliação dos poderes e liberdades do juiz na instrução dos feitos. O que é vantajoso, de um lado, porque tem-se um juiz mais ativo na direção do processo, mais próximo dos atos processuais, por outro lado, pode dar ensanchas a erros de fato, já que os arts. 5º e 6º dão ampla margem de discricionariedade ao juiz, tanto na apreciação da prova quanto prolação da sentença, que, inclusive, pode se fundar na equidade. Portanto, a sentença em que estejam presentes as quatro características antes descritas, passada em julgado, não mais teria o vencido como recompor o seu direito, de vez que a pretensão rescisória lhe foi vedada pela própria lei que, contraditoriamente, elegeu como seu fim precípua facilitar o acesso dos cidadãos à ordem jurídica justa¹⁰³.

¹⁰³ Lembre-se que para o *erro de fato* configurar causa de rescindibilidade da sentença de mérito transitada em julgado, hão de concorrer quatro pressupostos, a saber: (1) que a sentença seja fundada em erro de fato, ou seja, aquele que, se não houvesse ocorrido, o dispositivo sentencial seria diferente; (2) que o erro seja aferível mediante o simples exame de quaisquer documentos ou peças dos autos, sendo inadmissível quaisquer outras provas para demonstrar que ou o fato admitido não existia, ou existia fato que não foi admitido pelo juiz no julgamento da lide. (3) que sobre o fato não tenha havido controvérsia entre as partes; (4) que sobre o fato não tenha havido pronunciamento judicial. Ademais, o *error iuris*, como diz Pontes de Miranda, já citado, não configura causa de rescindibilidade.

CAPÍTULO V

A VEDAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

1. ALTERNATIVAS PARA RESCISÃO DOS JULGADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Vimos no capítulo anterior a natureza jurídica, os fundamentos políticos, os pressupostos genéricos e específicos da pretensão rescisória, nas causas sujeitas ao procedimento comum, ao processo cautelar e de execução e aos procedimentos especiais. Porém, é vedado o uso desse remédio jurídico processual nos Juizados Especiais Cíveis, *ex vi* do art. 59, da Lei nº 9.099/95. Assim, fechada a via da ação rescisória, por qual maneira poderão as partes ou terceiro interessado desconstituir a sentença inválida e, portanto, rescindível? Diante do fato, não basta a resignação, nem tampouco serve o inconformismo verbal: o que serve ao Direito é perquerir, dentro do próprio sistema processual mesmo, ou do ordenamento jurídico como um todo, ou no direito comparado, soluções capazes de possibilitar às partes desavindas a solução do conflito com a máxima fidelidade ao direito material que esgrimem no processo. Aliás, é por esse método que o Estado, por seus órgãos, constrói a prestação jurisdicional que será entregue a quem exercitou o direito, a pretensão e a ação.

Quais seriam, então, as alternativas apontadas pela doutrina para a rescisão dos julgados nos Juizados Especiais Cíveis, diante da vedação legal da ação rescisória? A resposta a essa questão será objeto deste capítulo. Antes, porém, veremos as ações de invalidade, ou seja, aquelas pelas quais se pode exercer a pretensão de nulidade ou a pretensão anulatória de atos jurídicos estritos ou de negócios jurídicos, com o desígnio de posteriormente verificar a sua aplicabilidade nos Juizados Especiais Cíveis, como alternativas à vedação legal da ação rescisória.

1.1. AS AÇÕES DE INVALIDADE DE ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS

Vimos no capítulo I que: a) a nulidade e a anulabilidade pressupõem a existência (= entrada no mundo jurídico) do ato jurídico; b) os atos jurídicos podem existir e valer sem serem eficazes, e.g., o testamento antes da morte do testador; c) os atos jurídicos nulos, de regra, são ineficazes, mas a lei pode lhes atribuir efeitos, e.g., os do casamento putativo, ou, até mesmo, permitir a sua sanção, e.g., casamento realizado por juiz incompetente; d) o ato nulo e o ato anulável existem, pois, embora inválidos, entram no mundo jurídico, mesmo com suporte fático deficitário; nulo e anulável indicam a gravidade do vício que atingiu o ato jurídico na sua formação, na sua entrada no mundo jurídico; e) se a invalidade desaparece, há sanção do ato jurídico: em regra, o nulo é inconvalidável, irratificável e imprescritível, decretável de ofício pelo juiz, ou a pedido dos interessados, incidentalmente, em qualquer outro processo, em qualquer grau de jurisdição. Mas há casos em que a lei faz a decretação de nulidade depender de ação ou de algum procedimento específico (ordinário ou especial)¹⁰⁴. Já o ato jurídico anulável vale e é eficaz; pode ser sanado pelo decurso do tempo mesmo, ou convalidado pela ratificação ou confirmação, e só deixa de ter efeitos quando desconstituído, desfeito, por ação de anulação, que lhe tire a eficácia (a força e os efeitos) e o elimine do mundo jurídico.

Do que ficou escrito acima, se diferenciam as ações conforme se queira atacar o ato jurídico nulo (nulidade absoluta) ou o ato jurídico anulável (nulidade relativa)¹⁰⁵. Para a primeira, o remédio jurídico apropriado é a ação de nulidade, que se destina a excluir o ato jurídico do mundo jurídico, jogando-o para a inexistência. Com a ação de nulidade desconstitui-se o nulo, porque a sua entrada no mundo jurídico não se deu com a satisfação dos pressupostos essenciais de validade, internos e externos, quais sejam: declaração de vontade, capacidade do agente, objeto lícito e possível e forma prescrita ou não defesa em lei. Para a segunda, tem-se como própria a *ação de anulação* (ou ação anulatória) a qual se destina a anular o ato jurídico

¹⁰⁴ Com sua conhecida proficiência, Pontes de Miranda (1973:93) nos ensina que: “A nulidade e a anulabilidade distinguem-se perfeitamente, salvo exceção legal, como a respeito do casamento, em não poder alguém recusar-se a atender o que deriva de ato jurídico anulável. Enquanto não se decreta a anulação, o ato jurídico é, e está apenas exposto à ação, de modo que toda conduta contrária a ele é antijurídica. Em todo o caso, as leis às vezes exigem a sentença, em ação constitutiva negativa, com rito ordinário, ou especial, para se decretar a nulidade, o que não exclui outras propriedades ordinárias da nulidade”.

¹⁰⁵ Ver Pontes de Miranda (1973:54), para quem “A expressão ‘nulidade absoluta’ seria, a rigor, pleonástica; porque toda nulidade (*ipso iure*) é absoluta”. Com razão o eminente jurista, porque a nulidade é sanção cominada pela lei, para todo ato ou negócio jurídico que não satisfizesse os pressupostos de validade, que a lei mesma reputa como essenciais para a sua perfeição. Todavia, não há como negar que com a expressão nulidade absoluta perde-se em rigor, mas ganha-se em clareza.

inquinado de vícios do consentimento ou que foram praticados sem a observância das regras jurídicas legais ou convencionais, eliminando os efeitos que lhes são típicos. Assim, são anuláveis os atos jurídicos que se fundam em erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, ou resultam da incapacidade relativa do agente, ou de dolo, simulação, coação ou fraude.

Portanto, pode-se afirmar que duas são as ações de invalidade dos atos jurídicos: (1) a *ação de nulidade*, cabível quando é nulo o ato praticado pela parte ou pelas partes; (2) a *ação de anulação*, ou anulatória, cabível quando há anulabilidade do ato. Com efeito, a diferença entre as duas ações se funda no objeto, ou seja, na diferença mesma entre ato jurídico nulo (ação de nulidade) e ato anulável (ação de anulação, ou *anulatória*). O que há de comum em ambas é a eficácia, ou seja, são ações constitutivas negativas: transitada em julgado a sentença que decreta a nulidade ou a anulabilidade, nada mais existe no mundo jurídico, no que concerne à *res deducta*, quer dizer, o ato ou o negócio jurídico foi expelido para o plano da inexistência, para a esfera do não-ser. Retornaremos ao assunto adiante; antes, porém veremos cada uma das ações de invalidade.

1.2. AÇÃO DE NULIDADE

A *ação de nulidade* é o remédio jurídico processual por meio do qual alguém requer a decretação da desconstituição ato jurídico ou negócio jurídico desvestido dos pressupostos de validade prescritos em lei, que configuram a sua nulidade, tais como a incapacidade absoluta da pessoa, a ilicitude ou impossibilidade do objeto, o não revestir a forma prescrita em lei ou a infração de norma jurídica sobre solenidade, ou de outra que a lei lhe negue validade ou quaisquer efeitos (CC, art. 145). Entretanto, a decretação da nulidade de ato jurídico estrito ou de negócio jurídico independe de ação judicial, pois, como já se disse, a nulidade pode ser argüida, incidentalmente, em qualquer processo, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, por quem tiver interesse na sua decretação.

Para as nulidades, a regra é a decretabilidade de ofício, pelo juiz. Mas tal regra sofre exceções, de vez que, para certos atos ou negócios jurídicos, a lei exige a ação de nulidade, não podendo, pois, o juiz decretá-la de ofício, incidentalmente, dependendo o seu reconhecimento,

portanto, de ação autônoma processada pelo rito ordinário, como ocorre, por exemplo, quanto ao casamento nulo (CC, art. 222), ou quanto à nulidade de hipoteca (CC, art. 894, V). Todavia, nada impede que se promova a ação de nulidade nos casos em que a lei não a exige, com o fito específico de desconstituir o ato jurídico nulo, tornando-o sem efeitos.

O que se ataca com a ação de nulidade? Ataca-se o ato jurídico ou negócio jurídico, não a decisão judicial. A nulidade de atos jurídicos *stricto sensu*, ou de negócios jurídicos, se funda nas normas de direito material civil (não-penal) de qualquer de seus ramos. Portanto, na ação de nulidade o que é nulo, ou anulável é o ato jurídico material¹⁰⁶ (ou o negócio jurídico): para a desconstituição do nulo tem-se a ação de nulidade; para o anulável, a ação de anulação. Já a invalidade das decisões judiciais, se rege pelo direito processual, de vez que são atos jurídicos processuais e, como tais, ou são impugnadas pela via dos recursos, se a sentença for recorrível¹⁰⁷, ou são atacadas por ação rescisória, bastando que se enquadre nos pressupostos genéricos e específicos presentes no art. 485 do CPC.

Portanto, com a ação de nulidade não se quer a extinção dos efeitos do nulo -- que, salvo exceção posta em lei, nenhum efeito produz --, mas, quer-se, isso sim, a desconstituição do ato jurídico, jogando-o para o plano do inexistente, para o não-ser, desde sua entrada no mundo jurídico, *ex tunc*, portanto. É nessa perspectiva o luzente escólio de Pontes de Miranda (1973:72), quando diz que

tem-se o nulo como desconstituível, que não precisa de desconstituição de efeitos, *pois não os irradia*, e o anulável como o desconstituível que precisa da desconstituição para que se extingam, *ex tunc*, os efeitos (...). Se alguém pretende efeitos do nulo, o interessado vem com a alegação da nulidade, que leva em si, como conseqüente, a de inexistência de efeitos. Se o juiz reconhece a nulidade, desconstitui o negócio jurídico nulo: pode-se dizer que a sua sentença tem a força de extinguir, *ex tunc*, o ato jurídico, repelindo o suporte fático gravemente deficitário; não se pode dizer que tem eficácia de extinguir os efeitos do negócio jurídico, *ex tunc*. Não se extingue o nada. A sentença de anulação, sim: extingue, *ex tunc*, negócio jurídico e a eficácia que se produzia (grifos do

¹⁰⁶ Não há nulidades relativas, ou anulabilidades, no direito processual brasileiro; só existem nulidades absolutas. Isto porque o art. 244 do CPC institui o *princípio da instrumentalidade das formas*, pelo qual não há nulidade sem prejuízo. Aliás, a própria jurisprudência assim se pronuncia, como se pode ver no seguinte aresto: “Os princípios que norteiam o sistema das formas dos atos processuais e das nulidades no processo civil brasileiro vêm amparados na legalidade, mas também na instrumentalidade, na causalidade, porém, da mesma forma, na economia processual. Por isto, a nulidade só será absoluta e assim considerada quando não observada formalidade apontada na lei como essencial, porque de ordem pública” (Ac. unân. da 7ª Câmara do 1º TACivSP, nos Embs. nº 322.048, Rel. Juiz Luiz de Azevedo; Adcoas, 1985, nº 103.385 - apud Humberto Theodoro Júnior, op. cit. pág. 104).

¹⁰⁷ Destaque-se que a irrecorribilidade ontológica da sentença equivale ao seu trânsito em julgado; por isso, pode ela ser rescindida, se atendidos os pressupostos genéricos e específicos estampados no art. 485 do CPC.

autor).

As causas de nulidade do ato jurídico *stricto sensu*, ou do negócio jurídico, na lei brasileira, repetimos, buscam-se no direito material. É o Código Civil, no art. 145, quem sanciona com nulidade o ato jurídico quando: (1) praticado por pessoa absolutamente incapaz; (2) for ilícito, ou impossível, o seu objeto; (3) não revestir a forma prescrita em lei; (4) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; (5) a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

Portanto, as nulidades, que dão ensejo à promoção da ação de nulidade, são sempre as absolutas, posto que estas são, em rigor, insanáveis e irratificáveis, e, portanto, não é permitido ao juiz supri-las, ainda que a requerimento das partes (CC, art. 146). E mais: porque são insanáveis e irratificáveis, todas as nulidades ditas absolutas, se não há regra especial que exija ação em processo próprio, podem ser alegadas em qualquer tempo, incidentalmente. O exercício da pretensão à nulidade dos atos ou negócios jurídicos é, em regra, imprescritível.

Quem pode alegar a nulidade? Segundo Pontes de Miranda (1973:103), “*o princípio da alegabilidade do nulo por aquele contra quem se querem efeitos é o que domina a matéria*” (grifos do autor). A legitimidade, então, se funda no *interesse*.¹⁰⁸ E a norma do art. 146, do Código Civil, assim o diz: as nulidades sancionadas no art. 145 “podem ser alegadas por *qualquer interessado*, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”. (Destacamos). Assim sendo, estão legitimados todos aqueles que têm interesse no afastamento do pretendido efeito, seja quem praticou o ato jurídico, seja uma das partes que concertaram o negócio jurídico, ou seus sucessores, ou, ainda, quem for atingido pela eficácia que se pretenda nele existir. Mesmo quem praticou ato jurídico contra disposição de lei pode argüir a nulidade, desde que demonstre o seu interesse: a lei não dispensa desse ônus para quem quer que seja. Ou como diz Pontes de Miranda (1973:105): “Se não há interesse na decretação, inclusive o de evitar multas ou outras penas, excluído está o causador do nulo; porém como outrem qualquer estaria”.

Quanto à eficácia, a ação de nulidade (e da sentença que a decreta) é constitutiva

¹⁰⁸ Este é o ensinamento de Pontes de Miranda (1973:104), que acrescenta: “Em se tratando de nulidade por infração de regra jurídica de forma (processual), o juiz não há de considerar inválido o ato se a nulidade for argüida por quem lhe tiver dado causa; mas a regra jurídica só se refere às nulidades processuais, que sejam por infração de regra jurídica sobre forma. Nenhuma incidência tem no que é de direito material a questão, isto é, quanto à *res in iudicium deducta*”. Aliás, esta é a inteligência da norma do art. 243, do CPC, *verbis*: “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”. Se o contrário fosse, dar-se-ia proveito a quem deu margem à nulidade.

negativa, preponderantemente, ao que se segue elevada força declarativa, já que, ao desconstituir o ato jurídico *stricto sensu* ou o negócio jurídico, o provimento jurisdicional também o atira para o plano do não-ser, da inexistência. Por isso, a sentença decretada em ação de nulidade é constitutiva negativa, isto é, tem a força de extinguir o ato ou o negócio jurídico desde a sua formação (*ex tunc*).

1.3. AÇÃO ANULATÓRIA

Diferentemente das nulidades, as anulabilidades dependem, sempre, da propositura da ação, em processo próprio. Portanto, a desconstituição do ato jurídico anulável depende de pronunciamento judicial que lhe retire a eficácia, porque somente a sentença anulatória, tem a força de tornar insubsistente o que é anulável. Sem ela, o ato jurídico ou o negócio jurídico anulável sobrevive, operando os efeitos próprios do seu conteúdo, ou seja, gerando direitos e obrigações que dele decorrem. Por isso, o magistério de Pontes de Miranda (1973:73): “O que tem alguma obrigação de negócio jurídico anulável há de cumpri-la, enquanto não se tem a desconstituição desse em decisão trânsita em julgado”.

Desse modo, ensina De Plácido e Silva (1994:23) que:

Ação de anulação é o remédio jurídico, de que se utiliza alguém para anular ato jurídico, que lhe traga prejuízo, ou que não tenha sido formado segundo os princípios de direito. Por essa forma, a ação de anulação tem sempre o objetivo de anular atos jurídicos que não se tenham composto consoante as regras de direito ou que foram praticados em contravenção a obrigações contraídas. Basta que o ato se mostre fundado em vício ou defeito para que seja passível de anulação. Os atos são anuláveis quando o consentimento em que se fundaram emanou de erro substancial. O dolo, a simulação, a coação, a fraude contra credores, a incapacidade relativa do agente, são elementos que fundamentam legalmente a ação de anulação do ato ou contrato jurídico.

O que se ataca com a ação de anulação? Ataca-se o ato jurídico ou negócio jurídico, não a decisão judicial, posto que esta se submete ao sistema de nulidades do direito processual, e as anulabilidades que ensejam a ação anulatória são aquelas previstas na *lei civil*, aí compreendidas quaisquer normas de direito material, sejam elas concernentes ao direito público (administrativo, tributário, internacional) ou ao direito privado (civil, comercial, trabalho, etc). Assim, se o ato homologado for regulado por regra jurídica de qualquer ramo de direito material não-penal, e

nela estejam previstas causas de anulabilidade dos atos jurídicos, é a ação anulatória o remédio jurídico processual próprio para desconstituí-los.

Portanto, com a ação anulatória quer-se a extinção dos efeitos do anulável, a desconstituição do ato jurídico, jogando-o também para o plano do inexistente, para o não-ser, desde sua entrada no mundo jurídico. Com efeito, a sentença anulatória extingue, *ex tunc*, o ato jurídico ou o negócio jurídico e a eficácia que se produzia até a decretação da sua desconstituição.

Tal como na ação de nulidade, as causas de anulabilidade do ato jurídico estrito, ou do negócio jurídico, buscam-se no direito material. É o Código Civil, no art. 147, quem diz ser anulável o ato jurídico quando praticado por agente relativamente incapaz ou com vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude¹⁰⁹. Por outro lado, as anulabilidades, que dão ensejo à promoção da ação anulatória são ratificáveis (CC, art. 148), ou sanáveis pelo transcurso do tempo. Ou seja, são prescritíveis, conforme a regra jurídica que sobre elas incidem¹¹⁰. Com efeito, as anulabilidades não se pronunciam de ofício, e seus efeitos só se extinguem depois do trânsito em julgado da sentença anulatória.

Quem pode alegar a anulabilidade do ato ou do negócio jurídico? A legitimidade se funda no *interesse*, pois estampa o art. 152, 2ª parte, do Código Civil, que as nulidades do art. 147 “só os *interessados* as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo os casos de solidariedade e de indivisibilidade”. (grifos nossos). Assim sendo, na esteira dos exemplos e argumentos de Pontes de Miranda, no pólo ativo, estão legitimados todos aqueles que têm interesse na extinção dos efeitos do ato ou negócio jurídico inquinado de vício, quais sejam: o próprio incapaz ou quem o deveria ter assistido, exceto se o incapaz por idade a ocultou, maliciosa ou dolosamente, quando inquirido pelo outro figurante, ou se espontaneamente se declarou maior (CC, art. 155); a vítima do erro, do dolo ou coação; o prejudicado pela simulação, ou os órgãos e representantes do poder público. “No caso de fraude

¹⁰⁹ Nesse ponto, adverte Pontes de Miranda (1973:115): “Se o dolo, a coação e a simulação são, de si sós, crimes, nem por isso se há de inserir nas causas de nulidade o ato, para se considerar nulo, pois houve manifestação de vontade do que sofreu com o dolo, a coação, ou a simulação; e a sanção é a anulabilidade...”

¹¹⁰ Atente-se para a seguinte lição de Pontes de Miranda (1973:126-7): “A *nulidade* não se extingue; o que é nulo não passa a ser válido. Para que pudesse tornar-se válido o que foi, por definição, nulo para sempre, seria preciso que lei nova, permitindo-o o sistema jurídico, tornasse válido, sob a sua vigência, o que era nulo e, pois, insanavelmente inválido sob a vigência da outra lei. A *anulabilidade* extingue-se: a) pela atuação do tempo, sem que se exercessem a pretensão e a ação de anulação; b) ou pela ratificação. A prescrição tem de ser tratada à parte, porque prescrição não é extinção: é encobrimento da eficácia, pelo exercício da exceção” (grifamos).

contra credores só é proponível pelo credor a que a fraude ofende. Já a ação de anulação de ato jurídico por falta de assentimento de outrem é de exclusiva legitimação do que deveria assentir.”¹¹¹

No pólo passivo, entretanto, há de se distinguir se se trata de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Nos negócios jurídicos bilaterais, o sujeito passivo da pretensão anulatória é a outra parte ou seu herdeiro, ainda que tenha havido representação legal ou voluntária daquela. Se houve dolo de terceiro e uma das partes o soube, a anulação vai contra a parte, devendo ser citado o terceiro, se contra ele se quer que ocorram os efeitos de coisa julgada. Se num dos pólos da relação de direito material há duas ou mais partes, e estas deram ensejo à anulação, todas têm legitimidade passiva. Se, porém, apenas um dos figurantes deu causa à anulação (e.g., por dolo) só ele é sujeito passivo da ação de anulação e, para que a sentença tenha eficácia contra os outros, é preciso que sejam citados, de vez que a sentença proferida contra um não tem efeitos contra os outros. Se a sentença anula todo o negócio jurídico bilateral, e não foram citados todos os que sofreriam a eficácia constitutiva negativa da sentença, quanto a eles a decisão judicial não passa em julgado¹¹².

Nos negócios jurídicos unilaterais, também há que se distinguir se a manifestação unilateral de vontade é *receptícia* ou *não-receptícia*¹¹³. Na primeira, ocupa o pólo passivo da ação de anulação a pessoa a quem se dirigiu o emissor da declaração de vontade. Todavia, tendo sido dirigida a duas ou mais pessoas determinadas, como por exemplo, a promessa de recompensa, são legitimados passivos todas elas, pois, se as que não forem citadas, ou a que não o for, nenhuma eficácia terá contra elas (ou contra ela) a sentença que se prolatar¹¹⁴. Na

¹¹¹ Cf. Pontes de Miranda, op. cit. pág. 116-7.

¹¹² Observe-se, outrossim, a advertência de Pontes de Miranda: “não pode haver coisa julgada contra quem havia de ser citado para a ação; se houve falta de citação, a sentença não tem eficácia contra o não citado; mas, se vem a ser intimada a esse, ou ocorre recurso ou preclusão, adquire-a. Se recurso foi interposto e não foi provido, *tollitur quaestio*: com a intimação abriu-se a porta para a eficácia contra o figurante não citado, que pode estar diante de decisão infringente de direito e, pois, rescindível. Se recurso não foi interposto, houve a preclusão, e o figurante mesmo, não citado, permitiu a eficácia recente da sentença, sem que isso, no direito brasileiro, lhe tire o direito à propositura da ação rescisória”.

¹¹³ As declarações unilaterais de vontade podem ser *receptícias* ou *não-receptícias*. A lição de Caio Mário da Silva Pereira (1993:333) basta para esclarecer a diferença entre ambas: “A distinção entre uma e outra se faz esclarecendo-se que, tanto receptícia quanto não-receptícia, influi a declaração de vontade na esfera jurídica de outrem; porém, na primeira hipótese o ato exige, para completar-se, uma parte e outra parte, com sentido direcional, enquanto que, na segunda, o negócio jurídico se completa com a só vontade do declarante, seja este uma pessoa natural, uma pessoa jurídica, ou uma coletividade. Mas é preciso esclarecer que a declaração receptícia de vontade não se dá apenas nos negócios jurídicos bilaterais. Às vezes, em unilaterais, ela o é: quando dirigida determinadamente a alguém”.

¹¹⁴ Segundo Pontes de Miranda (1973:124): “Também aqui o problema passa a ser de direito processual, porque,

segunda, ensina Pontes de Miranda (1973:124) que “tem-se de distinguir as espécies em que alguém algo adquiriu, imediatamente, como efeito do negócio jurídico unilateral não-receptício, e as espécies em que não houve aquisição direta”. Assim será, acrescenta o emérito processualista (1973:125):

Por exemplo, tratando-se de derrelicção, o ocupante; tratando-se de renúncia da propriedade imóvel, o que tem título em cuja história se suponha ter havido a renúncia; tratando-se de promessa de recompensa, o que prestou o serviço ou praticou o ato, positivo ou negativo (antes disso, a promessa de recompensa é revogável, de modo que não precisaria ser anulada). Quanto aos títulos ao portador, é legitimado passivo o portador do título no momento da propositura da ação de anulação, e não o primeiro adquirente do título; que, aliás, se de boa fé, tem por si a regra jurídica que limita a defesa à alegação de invalidade ou de direito pessoal ao emissor ou subscritor contra o portador.

Quanto à eficácia, a ação de anulação (e da sentença anulatória) é constitutiva negativa, preponderantemente, ao que se segue elevada força declarativa, já que, ao desconstituir o ato jurídico *stricto sensu* ou o negócio jurídico, o provimento jurisdicional, como leciona Pontes de Miranda (1973:108-9)

lança no não-ser o ato jurídico, *que era*, embora anulável. Tal o efeito constitutivo negativo da sentença; e somente, no direito brasileiro, da sentença. De regra, as nulidades podem ser decretadas de ofício, quando o juiz as encontra. As anulabilidades, não. A eficácia constitutiva negativa da anulação é *ex tunc*. Tudo que a sentença pode alcançar é expelido do mundo jurídico. Se ato jurídico de disposição foi anulado, a disposição tem-se como se não houvesse acontecido: o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, que, em virtude do ato jurídico anulável, passara ao patrimônio do disponente, tem-se como se nunca tivesse saído dele; no patrimônio, em que o pusera o ato jurídico dispositivo tudo se passa como se nele nunca estivesse estado. Não se trata de ficção. A sentença, em plano da realidade pura, desconstitui o ato jurídico, desde todo o começo (*ex tunc*). Se a coisa não estava, ao ser alienada, no patrimônio de quem a alienou, porém, no de outra pessoa, é ao patrimônio dessa que volta. Quem obtém a anulação do ato jurídico de disposição, pode, por isso, *reivindicar*. Todavia, tudo o que se passou, juridicamente, durante o tempo entre a disposição e a anulação, é respeitado pela sentença -- razão por que a reivindicação não pode ir buscar o que se adquiriu por modo originário, ou pela transcrição no registro de imóveis, que pode ser aquisição originária.

Por fim, há que se perguntar do prazo para o exercício da pretensão anulatória. Aplica-se o prazo do art. 495? A resposta é negativa. Quer tenha como fundamento os vícios da vontade, ou qualquer outra causa de anulabilidade, se não houver regra especial, como o que a lei exige para anulação da partilha amigável (CC, art. 1.029, parágrafo único), a ação anulatória tem prazo

feita a intimação da sentença ao que não foi citado, tem o intimado de recorrer, se não quer que passe em julgado”.

decadencial próprio de quatro anos, de vez que incide a regra do art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil.

2. RESCISÃO DE ATOS JUDICIAIS

Reza o art. 486 do Código de Processo Civil que: “*Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos judiciais em geral, nos termos da lei civil*”¹¹⁵. Assim a ação do art. 486 não cogita da rescisão de sentença, mas da desconstituição dos atos jurídicos das partes -- ditos judiciais ---, que são regidos pelo direito material e não pelo direito processual, como já vimos nos itens precedentes. Mas, o dispositivo faz menção a duas categorias de atos judiciais: a) os atos que não dependem de sentença -- sirvam de exemplos: a outorga de procuração a uma das partes, a aceitação expressa da decisão, a renúncia ao direito de recorrer, bem como os demais atos consistentes em declarações de vontades das partes, bilaterais ou unilaterais; b) os atos a que se segue sentença meramente homologatória -- sirvam de exemplos: a desistência da ação, a renúncia ao direito em que se funda a ação, a transação, isto é, atos que requerem, para sua validade, homologação por sentença¹¹⁶.

Outra questão se levanta, porém, diante do art. 486 do Código de Processo Civil, acima transcrito, que fala em *podem ser rescindidos* os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória... Trata-se, então, de rescisão ou de anulação?

¹¹⁵ Segundo Pontes de Miranda (1976:414): “O artigo 486 obriga à precisão de vários conceitos: a) “Atos judiciais” é a expressão que aí está por “atos processuais”, como acontece em todo o código: porém livremo-nos de entender que “todos” os atos processuais que não dependem de sentença, ou em que a sentença seja meramente homologatória, se rescindam segundo a lei civil. b) Os atos processuais que não dependem de sentença são os atos jurídicos das partes, ou em lugar das partes, que sejam regidos pelo direito material. c) Os atos processuais que exigem mera homologação são os atos jurídicos das partes, ou em lugar das partes, que sejam regidos pelo direito material, porém cuja eficácia processual dependa de sentença, sendo essa simplesmente homologatória. d) A referência à lei civil foi feita *brevitatis causa*: entenda-se “lei material”, porque o ato jurídico inserto no processo, ou tomado por termo, pode ser regido pelo direito público, ou pelo direito comercial, ou pela legislação do trabalho, ou outra legislação especial, ou, até, por direito estrangeiro...”.

¹¹⁶ No mesmo sentido é o ensinamento de Pontes de Miranda (1976:413), quando diz que há dois atos jurídicos: a processualização por inserção (ato jurídico da parte) e a processualização em tomada por termo (ato jurídico processual do juiz). A diferença está em que, “naquela, o ato jurídico precedeu ao ato judicial e, nessa, há simultaneidade entre a declaração e a processualização”.

Diferentes são as respostas dos doutrinadores.

Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:300) diz que

o fato de o próprio art. 486 cogitar de atos que não dependem de sentença demonstra que seria insensato pensar-se em ação rescisória onde não existe sentença -- e quanto menos sentença de mérito. Na hipótese de a sentença ser “meramente” homologatória, o Código a faz susceptível de ação anulatória. Neste caso, o ato homologado -- e não a sentença -- é o objeto da ação; desfeita que seja, a sentença, como elemento continente (envoltório do ato), perde o seu conteúdo e se torna inoperante, sem que haja necessidade, para isso, de ser atacada pela rescisória.

Segundo Pontes de Miranda (1976:429):

A ação do art. 486, no tocante ao ‘ato judicial’, é ação correspondente à ação sobre invalidade, embora, aí, se empregue o termo ‘rescindidos’, porque se tinha de atender à processualização. O que se faz sujeito a decretação de invalidade é o ato jurídico, praticado pelas partes, e não o ato sentencial do juiz¹¹⁷, que pode não ter existido (art. 486, *verbis* ‘que não dependem de sentença’), ou ser *transparente* (= ‘meramente homologatória’ a sentença). O ato do juiz -- de simples inserção ou de simples homologação -- é *rescindido*, para se ir ao ato inserto e se aplicar a lei material.

Portanto, da lavra dos juristas citados extrai-se a conclusão de que, tirante a afeição terminológica de um e de outro, a ação de que trata o art. 486 é a *ação anulatória*, e visa a atingir diretamente ou o ato das partes realizado fora do processo, mas trazido a juízo para homologação --- isto é, processualizado ou *sentencializado*, na expressão de Barbosa Moreira (1994:145) -- ou o ato das partes, tomado por termo nos autos pelo juiz, a que se segue a homologação. Em ambas as situações, a sentença homologatória não tem conteúdo próprio, limitando-se a chancelar o acordo a que as partes haviam chegado, ou a autocomposição das partes tomada por termo nos autos, sem apreciação do mérito do negócio jurídico de direito material. Diferente é o que ocorre com a transação: se as partes transigem para por fim ao processo com julgamento do mérito, a sentença homologatória da transação passa em julgado e a sua desconstituição só será possível pela via da ação rescisória, desde que se configure a

¹¹⁷ Complementa Pontes de Miranda (op. cit. pág. 431): “O art. 486 não apanha os casos em que a sentença é *mais* do que integrativa da forma. (...) Sempre que se *impugna* a homologação, em si, a ação competente é a ação rescisória de sentença, e.g., se incompetente *ratione materiae* ou pela hierarquia o juiz (art. 485, II), ou se houve infração da coisa julgada (art. 485, IV), como se, na sobrepartilha simplesmente homologada, se partilhou bem já partilhado no mesmo juízo, ou noutro, ou se houve infração da lei em tese (art. 485, V), ou se a homologação se fundou em prova falsa (art. 485, VI). Mais uma vez frisemos: o art. 486 não é regra jurídica de exclusão, *a priori*, de ação rescisória de sentença; mas regra jurídica de *permissão* da ação de rescisão dos negócios jurídicos ou simples atos jurídicos, trazidos ao âmbito do processo, ou nele concluídos” (grifos do autor).

hipótese vertida no inciso VIII, do art. 485, do Código de Processo Civil.

2.1. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO

Segundo Pinto Ferreira (1988:288), “*Sentença homologatória* é aquela que se restringe e se limita a conferir o ato das partes, que não se origina do órgão judicial, mas tem força e eficácia equivalentes às que teria sido caso resultasse ou fosse proveniente do próprio órgão judicial, equiparando-se na sua força, eficácia, energia”.

Mais analítico, Pontes de Miranda (1976:410-11) destaca que:

Homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser. Quem cataloga classifica; quem homologa identifica. Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo. A homologação pode ser simples julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma, ou sobre simples autenticidade. A escala vai da simples resolução com apreciação dos requisitos exteriores até a homologação que desce ao exame dos pressupostos de fundo, como se dá com a homologação da transação. Há homologações integrativas da forma, ou simplesmente verificativas, e homologações integrativas de fundo¹¹⁸ (grifo do autor).

Na doutrina e na jurisprudência ainda existem controvérsias acerca do cabimento da ação anulatória ou da ação rescisória da sentença homologatória da transação. De um lado, há os que consideram que, sendo a transação matéria intimamente ligada ao mérito da causa, à questão de fundo deduzida no processo, é elementar que a sentença homologatória, *ipso facto*, provoca a extinção do processo mediante julgamento do mérito (CPC, art. 269, III). Nesse caso, repetimos, a sentença homologatória da transação somente pode ser atacada pela via da ação rescisória¹¹⁹,

¹¹⁸ Pontes de Miranda (1976:412) acrescenta que: “A sentença de homologação é ato jurídico processual transparente. Se é decretada a nulidade ou anulado o negócio jurídico da transação, por alguma das causas que o direito material prevê, cai a homologação, porque a eficácia anulatória, por dentro do ato jurídico global (homologação e negócio jurídico homologado), cinde (rescinde) o ato jurídico envolvente. Aí está a razão de se ter dado ao art. 486 do CPC a redação que se lhe deu. Temos, pois, nulidade ou anulação interior e consequência rescindente exterior. O direito material diz qual a causa de nulidade ou de anulação; o direito processual aludiu a isso, porque a ele cabe reger o ato jurídico processual envolvente”.

¹¹⁹ José Frederico Marques [apud Oliveira, p. 214] diz: “toda e qualquer sentença homologatória de transação só se rescinde por ação rescisória. Descabe, portanto, no caso, a aplicação do que dispõe o art. 486 do CPC”. Outro entendimento, porém, defende Wilson de Souza Campos Batalha (in: Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, vol. II, ed. rev. aum. e atual., São Paulo, Ltr, 1995, pág. 328), ao afirmar que “as homologações de acordos celebrados em juízo não comportam ação rescisória, podendo ser rescindidas como os atos jurídicos em geral”. E acrescenta (ibidem): “Não constitui óbice a tal conclusão o art. 831 da CLT, segundo o qual o termo de acordo ‘valerá como decisão irrecurável’. Embora o acordo tenha o efeito de decisão irrecurável, não paira dúvidas de que sua homologação tem natureza diversa da sentença, comportando rescisão como os atos jurídicos em geral e não

obedecendo ao que dispõe o art. 485 do CPC. Jamais pelo art. 486. Na outra ponta, estão os que distinguem dois tipos de sentenças homologatórias: a sentença homologatória propriamente dita e a sentença meramente homologatória¹²⁰. Para a primeira, a norma jurídica cabível é a do art. 485 do CPC; para a última, aplicam-se as regras do art. 486. Assim, não há contradição entre os dois dispositivos (art. 485, VIII e art. 486), eis que tratam de hipóteses distintas. Quer dizer, a transação (extrajudicial) feita pelas partes, trazida por elas aos autos, isto é, *processualizada*, tem de ser desconstituída por ação anulatória, enquanto que a transação judicial, só se desconstitui por ação rescisória, de vez que a autocomposição da lide decorrente da transação é jurisdicionalizada pela homologação do juiz.

Francisco Antônio de Oliveira (1992:214), citando Sérgio Sahione Fadel, diz que:

‘não é difícil perquerir-se a razão pela qual a sentença meramente homologatória não se desconstitui por ação rescisória: é que esta, como remédio de exceção, só tem cabimento nas hipóteses exaustivamente enumeradas no art. 485, e é ação cuja sentença desfaz a sentença anterior. Ora, a sentença homologatória é apenas ato processual de encerramento do processo, ato supérfluo, desnecessário, porque se as partes transacionaram, a transação existe e existiria independentemente da sentença, que a homologou. Então, o que poderia ser objeto de rescisão, nesse caso, não é a sentença em si, mas ato jurídico que ela formalizou em juízo, e que, preexistindo-lhe, existiria mesmo sem ela. E, vivendo autonomamente, independentemente da sentença, o negócio celebrado -- que é a relação de direito material -- não se aperfeiçoa, nem se completa pela sentença -- que é ato de direito processual; apenas o processo instaurado entre as partes que o avençaram, termina, formalmente, com a homologação judicial. Destarte, se tal sentença viesse a ser rescindida, permaneceria, estanque, o negócio jurídico anterior, que não foi afetado pela rescisória: e a sentença desta, no caso, cairia no vácuo; nenhum sentido teria’.

Louvando-se na lição de Galeno de Lacerda, o autor citado (1992:216-7) assim conclui:

A pedra de toque está na distinção necessária entre sentença que homologa transação e sentença que, tomando a transação, acolhe ou repele o pedido. No primeiro caso, a sentença é das chamadas ‘transparentes’, simples envoltório de um ato jurídico que não é

admitindo a ação rescisória. Diverso entendimento, entretanto, foi explícito no Enunciado TST nº 259: ‘Só por ação rescisória é atacável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da Consolidação das Leis do Trabalho’.

¹²⁰ Barbosa Moreira (1994:142) critica essa divisão, pois, nenhuma importância prática produz. Ademais, diz ele: “Quer-nos parecer infrutífera qualquer pesquisa assim orientada. Não soam convincentes as tentativas de diferenciar com nitidez, de um lado, sentenças *meramente* homologatórias e, de outro, sentenças homologatórias que não o sejam ‘meramente’. Para nós, a sentença é homologatória quando se limita a imprimir a um ato não oriundo do órgão judicial força igual à que ele teria se de tal órgão emanasse -- isto é, a *equiparar* um ao outro, sem nada acrescentar à substância do primeiro. O advérbio ‘meramente’ não visa a caracterizar uma *subespécie* de sentenças homologatórias, mas apenas a enfatizar que é *dessa espécie* que se trata, e não de sentenças que não se restrinjam a homologar; simples realce do adjetivo, nada mais” (grifos do original).

seu conteúdo próprio. A utilidade da homologação é apenas a de cancelar a manifestação conjunta de vontade das partes no sentido de colocarem termo ao litígio: a rigor, não é precisamente a sentença que extingue o processo, mas a transação mesma, e a sentença apenas constata e declara a extinção. Tem a homologação, mais, a serventia de apor à manifestação de vontade das partes o selo da autoridade estatal, para que a transação se alce à categoria de título executivo, se contiver em si mesma as potencialidades necessárias. De qualquer modo, a sentença encontra o litígio já extinto, cessado, e se profere em processo já esvaziado do seu objeto. A lide findou mediante autocomposição, não mediante heterocomposição, embora depois de se haver constituído em conteúdo de um processo. A sentença não dá e não denega razão a quem quer que seja; só homologa, isto é, equipara, nivela a solução transacional do litígio, quanto à eficácia, à solução jurisdicional *stricto sensu*.

Fato idêntico ocorre com a sentença homologatória da conciliação: há os que defendem que a homologação implica a solução da lide e, portanto, a sentença é de mérito; e existem os que defendem ser a homologação um ato meramente formal, que se limita à fiscalização das formalidades extrínsecas, de modo que tais atos, por valerem por si mesmos e não pela sentença que os certificam, não adentram no *meritum causae* e não geram coisa julgada material. Assim, conclui Francisco Antônio de Oliveira (1992:218), seguindo a luz de Coqueijo Costa, que:

a sentença que homologa conciliação judicial extingue a relação processual, afastando a incidência da resolução jurisdicional -- como na transação e no juízo arbitral. A homologação transforma a conciliação em coisa julgada. A conciliação, como a transação, tem sua fonte na vontade das partes, implica reciprocidade de concessões e existência de dúvida, controvérsia ou litígio, com a correspondente intenção de lhe pôr termo; mas a conciliação opera um outro fator, que é a vontade do Estado, atuada mediante o funcionário ou o juiz de conciliação que a lei determinar, não sendo, portanto, uma composição estritamente voluntária e nem sempre resultando em reciprocidade. A transação é extrajudicial ou judicial; a conciliação é de natureza judicial, sempre.

3. ALTERNATIVAS DOUTRINÁRIAS PARA A RESCISÃO DOS JULGADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Diante do texto do art. 59 da Lei nº 9.099/95, que veda a ação rescisória nas causas sujeitas ao microsistema processual instituído por esta Lei, temos de perguntar -- e responder -- que remédio jurídico dispõem os jurisdicionados para rescindirem os julgados proferidos nos Juizados Especiais Cíveis.

Uma resposta fácil logo se apresenta, se se considerar que a competência dos Juizados Especiais Cíveis é relativa e não, pois, absoluta¹²¹. Em outras palavras, se, efetivamente, couber ao autor a *opção pelo rito*, a vedação da ação rescisória não atenta contra nenhuma garantia processual, porque a regra aplicável é a preferibilidade e não a indisponibilidade do rito processual. Toda faculdade implica ônus, que a parte tem de arcar, se quiser exercê-la, pois quem quer os fins, também quer os meios. A rigor, a opção pelo procedimento instituído pela Lei nº 9.099/95, além da renúncia ao crédito excedente, expressamente prevista no art. 3º, § 3º, importa renúncias tácitas do autor, e.g., de atos processuais que permitem a cognição exauriente da causa, assim como da amplitude dos recursos e da própria ação rescisória.

Com efeito, se se optar pela posição doutrinária que defende ser absoluta a competência e, portanto, obrigatório para o autor o rito da Lei nº 9.099/95, nas causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, fechada está a via da ação rescisória prevista no art. 485 do CPC, *ex vi* do art. 59 da citada Lei. Entretanto, em nenhum lugar ou momento, a citada Lei veda a rescisão dos *atos judiciais* que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podendo-se concluir, com inegável certeza, que não estão cerradas as portas dos Juizados Especiais Cíveis para o processo e julgamento das ações de invalidade, com vistas a desconstituição dos atos jurídicos das partes homologados por sentença judicial. Portanto, é a *ação anulatória* ou a ação de nulidade, não assim a *ação rescisória*, o remédio jurídico adequado para atacar os atos judiciais, que não dependam de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, a despeito de o art. 486 do Código de Processo civil dizer que “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, *podem ser rescindidos*¹²², como os atos judiciais em geral, nos termos da lei civil” (grifamos).

Semelhante, aliás, é a alternativa apontada por Joel Dias Figueira Júnior (1995:233), que nos dá a seguinte lição: “Desde que preenchidos os seus requisitos específicos, entendemos que a *ação declaratória de nulidade (de inexistência de ato jurisdicional -- sentença ou acórdão -- ou de inexistência de relação jurídica*, possa perfeitamente reavaliar todas essas questões e independentemente do prazo de dois anos estabelecido no CPC”. As questões a que se refere o

¹²¹ Já se viu em linhas transatas que esse duo de posições, que grassa na doutrina e na jurisprudência, ainda está pendente de pacificação. Ver nota 47, no capítulo IV, *supra*.

¹²² Destacamos o texto para lembrar que já se tratou do assunto em linhas passadas, quando aludimos ao significado do termo *rescindidos* a que se refere o art. 486 do CPC, ocasião em que fizemos uso dos ensinamentos de Pontes de Miranda.

autor são as causas de rescindibilidade insculpidas nos incisos I a IX, do art. 485, do Código de Processo Civil.

Nossa discordância com o emérito jurista se calça, é bem provável, na divergência terminológica. A nosso ver, seguindo doutrina de Pontes de Miranda¹²³, não existe ação declaratória de nulidade de sentença, mas tão somente ação de nulidade ou de anulação de ato jurídico *stricto sensu*, ou de negócio jurídico, de natureza constitutiva (negativa), preponderantemente, embora haja carga de eficácia declarativa na sentença anulatória. A força declarativa preponderante ocorre nas ações declaratórias típicas, e.g., a ação declaratória do comprador e do vendedor; do mutuante e do mutuário; de direitos pessoais; dos direitos de personalidade; ou nas ações declaratórias especiais, e.g., a ação de usucapião; a ação de consignação em pagamento; e, finalmente, as ações declaratórias incidentais, como a ação declaratória de existência ou de inexistência de relação jurídica ou a de autenticidade ou falsidade de documento (CPC, art. 4º, I, e II, respectivamente).

Da mesma forma, a ação declaratória de existência ou de inexistência de relação jurídica, ou a ação de autenticidade ou de falsidade de documento não se presta para rescindir ou para decretar a nulidade ou a anulabilidade atos jurídicos de direito material, ou os chamados *atos judiciais* praticados pelas partes, quer nos processos da competência do Juízo cível comum, quer dos Juizados Especiais Cíveis, de vez que, para tal, há de se lançar mão da ação de nulidade ou da ação anulação *in genere*, ou da ação anulatória a que alude o art. 486 do digesto processual civil.

Resta, agora, inquirir a respeito do alcance da sentença homologatória da *transação*, da *conciliação* e do *laudo arbitral*, a que se referem, respectivamente, o art. 2º, *in fine*, § 2º, *in fine*, do art. 8º, o art. 22, parágrafo único, e o art. 26 da Lei nº 9.099/95, bem como do *acordo extrajudicial* de qualquer natureza ou valor, explícito no art. 57. A resposta é fundamental para que se possa aquilatar da prescindibilidade ou não da ação rescisória, bem como da suficiência

¹²³ Em socorro do nossa discordância trazemos à colação as sempre luzidias palavras de Pontes de Miranda (1974:39-40), assim escritas: “Tampouco é de admitir-se ação declarativa para dizer-se se é válido, ou não, um contrato, se é nulo ou anulável, ou se é válido ou não, nulo ou anulável negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. A 3ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de julho de 1946 (RT 263/757), conheceu da ação para dizer se era válida, ou não, determinada cláusula contratual, mas tal atitude aberrava dos princípios: a ação concernente à invalidade é ação constitutiva negativa, em que se postula ser nulo ou anulável ato jurídico, e não se confunde de modo nenhum com a ação declarativa. Quem desconstitui não declara, desfaz. Declara-se a inexistência da relação jurídica ou de sua eficácia. As ações declarativas são ações no plano da existência ou da eficácia. As ações constitutivas negativas por invalidade supõem questão no plano da validade”.

ou não das alternativas apontadas pela doutrina para os casos em que se necessita desconstituir o ato jurídico das partes ou a decisão judicial proferida nos Juizados Especiais Cíveis.

Vejamos, primeiro, o inteiro teor dos dispositivos citados, com as expressões citadas em destaque:

*“Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a **conciliação** ou a **transação**.”*

“Art. 8º. (omissis)

*§2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de **conciliação**.”*

*“Art. 22. A **conciliação** será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.”*

*Parágrafo único. Obtida a **conciliação**, esta será reduzida a escrito e **homologada** pelo Juiz togado, mediante **sentença** com eficácia de título executivo.”*

*“Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o **laudo** ao Juiz togado para **homologação** por **sentença irrecorrível**.”*

*“Art. 57. O **acordo extrajudicial**, de qualquer natureza ou valor, poderá ser **homologado**, no **juízo competente**, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.*

*Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o **acordo** celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão do Ministério Público.”*

Antes de tudo, cumpre lembrar que a transação é o negócio jurídico bilateral realizado em juízo ou fora dele, mediante acordo de vontade das partes, que tem por objeto a extinção de uma situação jurídica incerta e controvertida¹²⁴. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (1993:179) define a *transação* “como um acordo liberatório, com a finalidade de extinguir ou prevenir litígios, por via de concessões recíprocas das partes”, que, como tal, se regula pelas disposições dos artigos 1025 a 1036, do Código Civil.

¹²⁴ Diz o art. 1035 do Código Civil: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Assim só tem validade e eficácia a transação realizada sobre direitos disponíveis ou sobre efeitos patrimoniais de direitos indisponíveis. Ver Caio Mário da Silva Pereira (op. cit. pág. 182); Orlando Gomes (op. cit. pág. 441).

No negócio jurídico da transação duas ressalvas convém assinalar: a) a sanção de nulidade absoluta¹²⁵ cominada pelo art. 1036 do Código Civil para a transação realizada em juízo, mesmo que a sentença tenha passado em julgado; b) a rescisão da transação, em decorrência de dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, permitida pela norma residente na 2ª parte do art. 1030, do Código Civil, seja a transação realizada em juízo ou fora dele. Em ambas as hipóteses, os vícios assinalados constituem fundamentos bastantes para invalidação da transação, quer por ação rescisória de sentença (CPC, art. 485, VIII), quer por ação anulatória (CPC, art. 486).

Na hipótese “a”, não há óbice para decretação da nulidade nos Juizados Especiais Cíveis, tanto por ação autônoma de nulidade, como incidentalmente no processo em se quiser exigir efeitos do nulo. Já na hipótese “b” há de se distinguir: a questão principal reside em determinar se a sentença que homologa a transação passa ou não em julgado, para se saber se é aplicável a ação do art. 485 (rescisória) ou a do art. 486 (anulatória). Na lição de Humberto Theodoro Júnior (1994:641) quando “o acordo de vontades dos litigantes (transação) importa solução de uma lide que já é objeto de um feito contencioso em andamento na justiça, a sentença que o homologa não pode ser havida como ‘meramente homologatória’, visto que importa encerramento do processo com julgamento do mérito (art. 269, III), e, conseqüentemente, produz a coisa julgada material (arts. 467 e 468)”.

Entendemos que se a transação foi feita por termo nos autos¹²⁶, isto é, se se compôs a relação jurídica material controvertida no processo, a sentença homologatória é sentença de mérito e, uma vez passada em julgado, só se rescinde, (desfaz-se, desconstitui-se) por ação rescisória, sendo aí invocável o inciso VIII, do art. 485 do CPC: ataca-se a sentença de mérito transitada em julgado no juízo rescindente e o negócio jurídico (a transação) no juízo rescisório. Assim, nas causas processadas e julgadas pelo rito da Lei nº 9.099/95, as portas do Judiciário estão cerradas e a ação rescisória faz falta: sem esse remédio jurídico processual, único existente

¹²⁵ Para melhor apreciação da matéria, transcrevemos na íntegra os dois artigos citados do Código Civil: “Art. 1030. A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”. “Art. 1036. É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”.

¹²⁶ Joel Dias Figueira Júnior (1995:55) distingue a transação civil da transação processual. Diz ele: “A transação processual é celebrada no bojo do processo e acarreta a sua extinção, *com julgamento do mérito*, enquanto que a civil, por si só, representa apenas a renúncia de direitos através de concessões mútuas, extinguindo não necessariamente a demanda (a qual nem precisa existir), mas as obrigações entre as partes.” (Destacamos).

no sistema processual brasileiro para desconstituir a coisa julgada, há manifesto prejuízo à parte (ou terceiro) vitimada pela sentença proferida sob o pálio da ilegalidade.

Todavia, se o juiz homologa a transação levada aos autos pelas partes, que querem munir-se de título judicial, jurisdicionalizando o negócio jurídico por eles encetado, a sentença homologatória proferida é ato transparente, encobrente, envoltório, processualização dos atos judiciais das partes. São os vícios do negócio jurídico mesmo que constituem os pressupostos para anulação e não a sentença que o homologou. Assim, se se desconstitui a transação com a ação anulatória, a homologação mesma fica vazia, porque era integrativa da forma. A sentença homologatória, simples envoltório de um negócio jurídico extintivo da *res dubia*, é extintiva, também, da relação jurídica processual. Nesse caso, nos Juizados Especiais Cíveis só é viável a ação do art. 486; aí só o negócio jurídico é atacável. No Juízo cível comum, contudo, nada impediria que a sentença homologatória mesma fosse o objeto da rescisão, não porque a parte quisesse desconstituir o negócio jurídico, mas porque foi proferida por juiz “peitado”, impedido ou absolutamente incompetente.

A conciliação e a transação são espécies de autocomposição de conflitos intersubjetivos de interesses. Ambas podem extinguir a lide processual, quer através de sentença homologatória, que não julga a relação de direito material controvertida, quer através de sentença de mérito, que compõe a matéria de fundo¹²⁷. Aqui também diverge a doutrina: de um lado, os que dizem que a conciliação é desconstituível pela ação anulatória (art. 486), porque a sentença que a homologa não é sentença de mérito, é sentença meramente homologatória, e não transita em julgado; de outro, aqueles que, tomando a transação e a conciliação como sinônimas, isto é, com a mesma natureza de negócio jurídico liberatório de obrigações, dizem que a conciliação, porque realizada sempre judicialmente, além da vontade das partes, opera também a vontade do Estado e, portanto, a sentença homologatória compõe a *res dubia* controvertida no processo, e transforma a conciliação em coisa julgada, só podendo, por isso mesmo, ser desconstituída por

¹²⁷ Novamente, servimo-nos da autoridade de Joel Dias Figueira Júnior (1995:54), que advoga haver distinção entre transação e conciliação, porque o legislador dos Juizados Especiais Cíveis não usou ambas as expressões como sinônimas. Eis sua lição: “A primeira é o ‘negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas duvidosas’, enquanto que a segunda significa a composição amigável sem que se verifique alguma concessão por quaisquer das partes a respeito do pretense direito alegado ou extinção de obrigação civil ou comercial (desistência da ação, renúncia ao direito, reconhecimento do pedido). Quem transaciona realiza necessariamente a autocomposição; de forma diversa, as partes que apenas conciliam não estão transacionando. Portanto, são atos unilaterais ou bilaterais, que podem levar à extinção do processo com ou sem julgamento do mérito, ou, ainda, solucionar, compor ou reduzir os conflitos sociológicos de interesses”.

ação rescisória (art. 485). Filiamo-nos à primeira corrente, porque a vontade do Estado, não se realiza apenas quando os órgãos judiciários, em seu nome, proferem sentenças definitivas, resolvendo o *meritum causae*, mas sobretudo quando promovem a pacificação com justiça, que é o escopo (social) magno do processo como método estatal de solução heterônoma dos conflitos intersubjetivos de interesses. Na conciliação o juiz é, antes de tudo, o agente mediador, o órgão a quem o Estado irrogou competência também para provocar a autocomposição do litígio que por uma das partes foi levada à apreciação do Poder Judiciário. Portanto, a sentença homologatória da conciliação promovida em juízo é, prevalentemente, terminativa da relação jurídica processual, ato transparente do negócio jurídico das partes, que teve no juiz o estimulante da solução autônoma da relação jurídica material controvertida no processo.

A exegese dos dispositivos transcritos em epígrafe comporta alguns comentários, quanto ao sentido e ao alcance dos termos usados pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional. Em primeiro lugar, a conciliação e a transação a que alude o art. 2º, *in fine*, são mais do que negócio jurídico material, ou ato jurídico processual, de vez que foram alçados à categoria de princípios jurídico-políticos, informadores do processo e julgamento das causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, e, por isso mesmo, carregados de normatividade e abstração conceitual¹²⁸.

No que tange à conciliação, cujo termo aparece nos arts. 8º, § 2º *in fine* e no art. 22, *caput* e parágrafo único, entendemos que não se confunde com o instituto jurídico da transação: embora se tratem de formas compositivas de litígios, têm natureza jurídica distintas, pois, enquanto a transação pressupõe a incerteza e a dubiedade da relação jurídica material e concessões recíprocas para a sua realização, a conciliação não se caracteriza por esses pressupostos, mas sim pela disposição das partes em extinguir o litígio sem, necessariamente, transacionarem seus interesses contrapostos. Aliás, a conciliação pode se realizar até mesmo com a renúncia do direito em que se funda a ação ou com o reconhecimento integral do pedido, ou com a composição dos interesses postos na lide. O fato de a conciliação ser reduzida a escrito e de se tornar título executivo judicial, mediante sentença homologatória, não significa esta uma

¹²⁸ Os princípios também são normas. Mas em que difere o princípio jurídico, ou o princípio jurídico-político, da norma jurídica? A distinção está na densidade normativa e na abstração conceitual: enquanto *os princípios* são normas dotadas de densidade normativa pequena e alta abstração conceitual, a *norma jurídica* tem alta densidade normativa e pequena abstração conceitual. Em outras palavras, o princípio é maior em extensão e menor em compreensão; a norma jurídica é maior em compreensão e menor em extensão. Cf. Clèmerson Merlin Clève (1995: 34).

solução de mérito, mas uma chancela ao ato jurídico das partes, extintiva da relação jurídica de direito material levada ao processo que se finda sem julgamento da lide.

O mesmo pode ser dito do acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, homologado no juízo competente, ou referendado pelo órgão do Ministério Público, conforme permite o art. 57, *caput* e parágrafo único. Vale aqui o que já se disse acima: a sentença homologatória é ato transparente, envoltório, processualização do negócio jurídico realizado pelas partes; jamais composição do mérito mediante sentença definitiva.

Já o laudo arbitral a que se refere o art. 26 importa o adentramento na questão de fundo que as partes esgrimem no processo. Portanto, a decisão dada pelo árbitro representa a heterocomposição da *res in iudicium deducta*. Aí, a sentença homologatória não é apenas integrativa da forma, mas a solução heterônoma do conflito de interesses, a entrega definitiva da prestação jurisdicional devida pelo Estado a quem exerceu a pretensão à tutela jurídica. E mais: por ser irrecurável é prestação jurisdicional *entregue* e não apenas *apresentada*, como ocorre nas sentenças terminativas ou definitivas que comportam recursos aos órgãos do segundo grau de jurisdição¹²⁹. Aqui, não prospera a ação anulatória; a rescisão só é possível através da ação rescisória, sendo invocável um ou mais incisos do art. 485 do CPC. Mas essa via não é possível nos Juizados Especiais Cíveis: uma vez mais fica o prejudicado sem remédio jurídico processual capaz de reparar a lesão ao seu direito perpetrada pela sentença eivada com a pecha da ilegalidade, porém revestida com o manto da coisa julgada.

Não há como negar: a ação rescisória faz falta. Porque somos faltos em ciência jurídica, ao finalizar este capítulo, temos de mais uma vez recorrer a Pontes de Miranda e fazer tonitroante o seu reproche: “*Nada mais prejudicial à distribuição da justiça do que a hostilidade aos recursos e à ação rescisória*”. Como o Direito é Cultura em movimento, é praxis humana acumulada, é síntese das contradições vivenciadas, as faltas da lei, que são faltas do Homem, podem-se corrigir. Como bem disse aquele insigne mestre: “*o Homem é o que é, porque sabe, mais do que os outros animais, corrigir-se*”¹³⁰.

¹²⁹ Convém não esquecer que, embora se fale em sentença irrecurável, em rigor, sempre está aberta a porta do Recurso Extraordinário, quando a *res deducta* contiver matéria de apreço constitucional e a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, cuja competência para julgamento está afeta ao Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, II, *a*). De observar-se, porém, que o STF não é órgão do segundo grau de jurisdição, como também não o é o Superior Tribunal de Justiça - STJ, que são órgãos de superposição na estrutura hierárquica do Poder Judiciário brasileiro.

¹³⁰ As citações foram extraídas de Pontes de Miranda (op. cit. págs. 149 e 650, respectivamente).

4. IMPLICAÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS DA VEDAÇÃO LEGAL

Tal como ocorreu com o processo do trabalho, que durante muitos anos resistiu ao emprego da ação rescisória, a Lei 9.099/95, mediante norma expressa no art. 59, vedou o uso dessa ação, dispondo que: “*Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei*”. Por que o legislador vedou a ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis? Com que fundamentos? Os comentadores da Lei 9.099/95 não fazem qualquer investigação sobre o assunto; tão somente, tecem escólios lacônicos. Vejamos alguns.

De Paulo Lúcio Nogueira (1996:44) tem-se o seguinte comentário:

É bem possível que vários motivos que fundamentam a rescisória possam ocorrer também no Juizado, mas, *dado o valor das causas de sua competência, não há qualquer interesse em rescindir a sentença, o que traria maiores prejuízos ao interessado*. A verdade é que a lei expressamente *vedou* a admissibilidade da *ação rescisória* nas causas sujeitas ao procedimento instituído para o Juizado Especial Cível (grifos nossos).

Inaceitável a posição do renomado jurista, porque o valor da causa não justifica a vedação legal da ação rescisória. Negar esse remédio jurídico processual às demandas de pequeno valor é tratar os Juizados Especiais como uma “justiça de segunda classe”¹³¹. O que se dá com a mão esquerda (acesso fácil e célere ao Judiciário), tira-se com a mão direita (o direito a uma sentença justa e imparcial). Ademais, os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e da ampla defesa, inculpidos, respectivamente, nos incisos XXXV, LIV e LV, do art. 5º, da Carta Magna, além de garantias fundamentais do cidadão, são direitos que não se definem por padrões monetários e não são suscetíveis de mensuração pelo legislador ordinário. Nem se alegue o conteúdo do art. 98, I, porque a expressão *causas cíveis de menor complexidade* não se identifica com demandas de pequeno valor monetário¹³².

¹³¹ Entendemos por justiça de segunda classe uma *justiça pobre* para os pobres, isto é, num paralelo com a medicina, uma justiça que prescreve uma terapêutica *homeopática caseira* em contraposição a outra, a justiça dos abastados (não só dos ricos!), aquela que ministra uma terapêutica alopática, com todos os remédios apropriados ao diagnóstico da doença que se quer curar.

¹³² Em nota de rodapé, Joel Dias Figueira Júnior (1995:05) ressalta que “quarenta salários mínimos não significam pequeno valor, muito menos para a esmagadora maioria da população brasileira, que tem uma renda per capita inferior ao quantum (aproximadamente US\$3.000, em 1994), o que equivale a dizer que a procura por esses Juizados será enorme, e o número de demandas crescerá, por certo, significativamente...” Portanto, com certeza, não foi o valor da causa o fundamento político-jurídico que levou o legislador infraconstitucional a vedar a ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis. Certamente, antes de tudo, preferiu o legislador fazer uma escolha sopesando probabilidades e riscos entre a celeridade e a segurança e certeza do direito nas decisões judiciais proferidas nos Juizados Especiais Cíveis.

Aliás Sobre a relação entre o valor e a complexidade da causa, é feliz o magistério de Horácio Wanderlei Rodrigues (1996:24), quando diz que:

Parece, olhando-se sob o aspecto do adequado acesso à justiça, que o legislador ordinário foi infeliz ao estabelecer na nova legislação uma equiparação de tratamento entre as pequenas causas e as causas de menor complexidade, tendo em vista configurarem realidades bem diversas. As pequenas causas são aquelas de pequeno valor econômico, mas que podem, em determinadas situações, serem extremamente complexas. Em contrapartida, menor complexidade não está ligada ao valor da causa, mas sim ao seu conteúdo (matéria). Uma causa pode ser de elevado valor e de pouca complexidade e vice-versa. Ao estabelecer que são de menor complexidade as ações de valor até quarenta salários mínimos o legislador misturou duas realidades absolutamente diversas.

Ronaldo Frigini (1995:448), com arrimo em Dinamarco, afirma que

as peculiaridades das pequenas causas desaconselham a rescindibilidade da sentença. A intensa participação do juiz no processo e na sua instrução, a ampla liberdade de postular e argumentar deixada às partes, o clima de informalismo que envolve todas as atividades dos sujeitos processuais --, tudo isso em conjunto constitui penhor de uma extremada dedicação ao ideal de justiça no processo e à missão pacificadora que através dele o Poder Judiciário é chamado a exercer. Por isso, *a ação rescisória não fará falta* (grifos nossos).

Neste ponto, também, há um evidente equívoco, porque sempre que houver sentença transitada em julgado, que incida numa das hipóteses configuradas no art. 485 do digesto processual, cria-se ao vencido nova pretensão de direito material, que só pode ser exercida pela via da ação rescisória. Não há outro remédio jurídico no sistema processual brasileiro. Como, então, dizer que a ação rescisória não faz falta? Por detrás dessa afirmação tem-se a mesma idéia de uma justiça de segunda classe, a que já fizemos referência acima. Vedar a ação rescisória é negar a tutela jurisdicional devida pelo Estado à nova pretensão de direito material aberta por uma sentença contendo vícios, que configuram causas de rescindibilidade.

De observar-se, entretanto, que Ronaldo Frigini (1995:448), escorando-se ainda em Dinamarco, admite a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória na hipótese de ofensa à competência absoluta do juizado, quando

proferida sentença em causa qualitativamente excluída. Tratando-se de litígio que pelo título jurídico-substancial haveria de ser apresentado a um juízo comum (comportando, pois, a ação rescisória se ocorrente uma causa de rescindibilidade), a especialidade do processo mal-escolhido e peculiaridades do órgão que o conduziu não prevalecerão sobre o título, e, assim, nesse caso, a ação rescisória se admite. A competência para ela será, como é óbvio, do tribunal a que caberia recurso nessa causa em caso de haver sido

proposta perante juízo comum.

Eis aqui um caso em que a ação rescisória faz falta. Ora, se o autor admite a ação rescisória como exceção à hipótese de incompetência absoluta do juízo, mesmo diante da vedação legal, razão não subsiste para afirmar a desnecessidade desse remédio jurídico processual criado para deconstituir a coisa julgada, quando presentes os pressupostos genéricos e específicos estampados no *caput* e incisos do art. 485 do Código de Ritos.

Na vigência da Lei de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84) que, tal como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), continha igual vedação, tiveram os Tribunais ocasião de se manifestar sobre o descabimento da ação rescisória nos Juizados de Pequenas Causas. Surpreendente é o aresto da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo teor transcrevemos:

Mandado de Segurança - Juizado Especial de Pequenas Causas - Sentença transitada em julgado - Descabimento de ação rescisória - Falta de competência recursal para os Tribunais - Segurança denegada. *Somente do Colégio Recursal dos Juizados Especiais de Pequenas Causas é o ato final, de última instância, sobre a causa submetida ao Juizado Especial de Pequenas Causas, a impedir que o mesmo acórdão seja revisto por qualquer dos Tribunais locais, por não exercerem competência recursal em matéria de pequenas causas* (MS 164.096-1/8, 6ª Câm. Civ. TJSP, j. 12.03.92, rel. Des. Ernani de Paiva (RT 682/87)¹³³ (grifos nossos).

Aqui o equívoco é imperdoável: dizer que os Tribunais locais não têm competência recursal em matéria de pequenas causas é manifestar total ignorância acerca da natureza jurídica da ação rescisória. Na doutrina, já está há muito tempo pacificado que a ação rescisória não é recurso; é *ação autônoma de impugnação*, é remédio jurídico destinado a abrir uma relação processual conclusa, é *juízo de julgamento*, e, como tal, é da competência originária dos Tribunais, a teor do que prescreve o art. 102, inciso I, alínea *j*, da Carta Magna de 1988, dispositivo que é reproduzido no art. 83, inciso XI, alínea *e*, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Outro argumento expendido pelo doutrinadores¹³⁴ é o de que o procedimento instituído

¹³³ Ronaldo Frigini, op. cit. p. 448.

¹³⁴ Na primeira edição de sua obra, Joel Dias Figueira Júnior (1995:60), afirmava ser absoluta a competência dos Juizados Especiais Cíveis, de vez que “estamos diante de uma norma de caráter imperativo, não sendo facultativo o procedimento estatuído nesta Lei. Desde que se enquadre a demanda nos requisitos estabelecidos nos incisos I ou II, do art. 3º, respeitadas as exceções assinaladas no § 2º do mesmo dispositivo e as restrições quanto às partes, contidas no art. 8º, a adoção do rito sumaríssimo é obrigatória (grifos do original). Todavia, em obra recente (1996) intitulada “Da Competência nos Juizados Especiais Cíveis”, o mesmo autor reformula seu ponto de vista para afirmar

pela Lei nº 9.099/95 é *facultativo* e, por isso, a parte que optar pelo microsistema dos Juizados Especiais tem de se sujeitar, igualmente, às conseqüências de seus critérios informativos, diferentemente do processo de conhecimento, sejam as causas processadas e julgadas no rito ordinário ou no rito sumário, que prevê duas possibilidades de desconstituir a coisa julgada: uma, através dos embargos do devedor, quando se alegar falta ou nulidade de citação, se a ação lhe correu à revelia (art. 741, inciso I, do CPC); outra, a ação rescisória (se existentes as hipóteses de cabimento arroladas no art. 485, incisos I a IX e §§ 1º e 2º).

Não obstante o respeito pela opinião divergente, a verdade, porém, não é bem esta: o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis é *obrigatório*, nas causas enumeradas no art. 3º, incisos I a IV, cujo valor não ultrapasse o limite de quarenta salários mínimos, pois, estamos diante de uma norma cogente, indisponível e inderrogável pelas partes: assim, temos que não é facultativo o procedimento estatuído na Lei nº 9.099/95; se o fosse, o legislador assim o diria.

Em se admitindo como relativa a competência dos Juizados Especiais Cíveis, deve-se observar que a opção pelo rito é exclusiva do autor, devendo o réu submeter-se ao poder potestativo do seu adversário, sem sequer poder excepcionar o Juízo, a não ser nos casos de impedimento ou quando a competência for irremediavelmente absoluta, como ocorre nos casos exclusão apontados no § 2º, do art. 3º da Lei nº 9.099/95. Outrossim, para o réu, nas causas não excedentes a quarenta salários mínimos, ou naquelas em que o autor renunciou ao crédito excedente, a competência será sempre absoluta, de vez que, como afirma Joel Dias Figueira Júnior (1996:30), “apenas ao autor cabe buscar o melhor instrumento para satisfazer a sua pretensão, não tendo o sujeito passivo da relação jurídico-processual qualquer poder de obstaculizar esse desiderato”. Entretanto, afora a isenção das custas e despesas processuais e da não sucumbência em honorários advocatícios, sobra ao réu as desvantagens, tanto na limitação dos recursos como na vedação da ação rescisória¹³⁵.

Por outro lado, também para o autor, a competência só é relativa no primeiro grau de jurisdição, já que a atividade de conhecer e dar (ou de não conhecer e negar) provimento ao

que a competência é relativa. Mas, ele mesmo reconhece, a dissensão doutrinária e jurisprudencial ainda é grande, como se pode verificar da recensão feita em notas de rodapé, constante das páginas 23 e 28-29, do citado livro.

¹³⁵ Aceitando, veladamente, a vedação da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, Joel Dias Figueira Júnior (1996:32, nota 7) faz, todavia, um ato de contrição, quando escreve: “Essa inadmissibilidade de ajuizamento de ação rescisória se agrava no Brasil pela ausência de um sistema mais rigoroso de regramento da responsabilidade civil do juiz, decorrente de erro judiciário.”

recurso inominado é da competência privativa do Colégio Recursal. E como aí o acórdão substitui a sentença (CPC, art. 512), as causas de rescindibilidade podem ocorrer na segunda instância: aqui, autor e réu sentirão, profundamente, o quanto lhes fará falta a ação rescisória, pois terão, na maioria das situações, que se curvar à autoridade da coisa julgada, conformar-se com a lesão a direito causada justamente por uma prestação jurisdicional defeituosa, eivada de ilegalidade. Não é essa a prestação jurisdicional devida pelo Estado, já vimos, não há por que repetir.

Ademais, é absoluta e inderrogável a competência, quando em razão da matéria. Aliás, da norma do art. 98, I, da Constituição Federal desprende-se tanto a obrigatoriedade da criação dos Juizados Especiais como a natureza da sua competência (absoluta) para o processo, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade. Portanto, obrigatória é sua criação¹³⁶ e absoluta a sua competência, não comportando, assim, opção pela parte, quando a demanda recair nos contornos das normas dos incisos I a IV, do art. 3º da Lei nº 9/099/95.

Embora também não investigue as razões jurídico-políticas da vedação do art. 59 da Lei 9.099/95, mas por deixar claro seu inconformismo, estamos concordes com Joel Dias Figueira Júnior (1995:233), quando diz que:

Francamente, não encontramos razões plausíveis para excluir a ação rescisória do elenco dos meios de impugnação contra as decisões proferidas nestes Juizados, porquanto não nos parece razoável admitir (seria até ingenuidade) que os juízes de primeiro grau ou os Colégios Recursais não incidirão jamais em qualquer das hipóteses figuradas no art. 485 do CPC. Assim como a estabilidade da relação jurídica entre as partes litigantes, depende no futuro, após a decisão definitiva, da segurança da coisa julgada, a manutenção no mundo jurídico de sentenças proferidas ao arrepio da Lei ou dos verdadeiros fatos causam, sem dúvida, o efeito reverso. Mas a Lei assim afirmou, e com clareza meridiana, repetindo *ipsis literis* o teor do art. 57 da revogada Lei 7.244/84. *A ela, devemos nos curvar, sem contudo deixar de questioná-la e procurar encontrar uma saída dentro do próprio sistema processual* (grifos nossos).

A verdade é que o acesso à justiça tem de conciliar dois valores antitéticos: *celeridade e segurança* dos provimentos jurisdicionais. Se, por um lado, a Justiça reclama rapidez, a segurança fica vulnerável toda vez que se suprimem certas formalidades, porque, na verdade, a formalização¹³⁷ das decisões judiciais é uma garantia da segurança dos provimentos

¹³⁶ É o que também diz Horácio Wanderlei Rodrigues (1996:23), cujo texto transcrevemos em nota de rodapé no capítulo III deste trabalho.

¹³⁷ A expressão é de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996:234-5) que prefere *formalização à formalidade*. Segundo o emérito administrativista “a expressão ‘formalidade’ sugere algo sem importância, de pouco relevo, o que

jurisdicionais, tanto que a própria Constituição Federal (art. 93, IX) elevou a motivação e a fundamentação das decisões judiciais à categoria de princípio constitucional do processo, sobre o qual já tecemos comentários no capítulo II deste trabalho.

O fundamento político da ação rescisória se escora na necessidade de assegurar-se a perfeita distribuição da justiça, segundo Jorge Americano (apud Manoel Antônio Teixeira Filho 1994:62), sob o argumento de que

Se o Estado, em nome do princípio jurídico, me obriga a submeter-me à sua decisão, impõe-se logicamente que essa decisão seja justa, que corresponda àquela necessidade social ou individual que se propôs suprir ou corrigir. Daí concluir-se, em lógica pura, pela responsabilidade do Estado quando houve erro judiciário. Todavia, desde que se tranca ou suprime essa consequência inevitável, força será dar remédio por outro meio. E assim, além da revisão em matéria criminal, temos a ação rescisória em matéria cível.

Entretanto, a ação rescisória não se funda na justiça da decisão judicial, mas nos vícios que a maculam como prestação jurisdicional imparcial e consentânea com a pretensão de direito material posta pelas partes em juízo. Se a sentença injusta fosse causa de rescindibilidade, porque não se fundou na verdade real, porque o juiz interpretou mal a lei ou o contrato, porque não valorou corretamente as provas levadas aos autos do processo ou porque discrepou das expectativas dos litigantes, dentre outros, o processo não encontraria limites no tempo e, em vez de compor o conflito de interesses, tornar-se-ia fonte de instabilidade nas relações sociais e jurídicas. Assim, o valor justiça teria preeminência sobre os valores *segurança* e *certeza*, igualmente desejáveis pelo Estado-juiz que procedeu em conformidade com o *due process of law*, princípio-matriz do Estado democrático de direito.

Nesse sentido, sobra razão a Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:47), quando afirma que o ideal de justiça, que serve como fundamento da ação rescisória se calça “no fato de a sentença, como obra humana, revelar-se, em determinados casos, imperfeita ou contrária à lei -- cujas consequências ainda mais se agravariam com o trânsito em julgado”, porque uma sentença eivada de certos vícios não apenas retira o prestígio, a autoridade moral e a legitimidade das decisões do Poder Judiciário, mas também afeta os escopos políticos, sociais e jurídicos do processo como método estatal de composição de conflitos. Como o cidadão tem direito a um provimento imparcial, devem ser proscritas do mundo jurídico sentenças que abriguem agressão

certamente não é o caso. Haverá hipóteses em que alguma formalização específica seja menos importante, mas outras haverá em que aspectos da formalização são relevantíssimos, como é o caso da ‘motivação’ do ato”.

à lei, decorram de parcialidade do julgador ou estampem ofensa à coisa julgada, porque, acrescenta o renomado jurista (ibidem) “repugnaria à consciência jurídica e ao senso de justiça que sentenças contendo tais máculas não pudessem ser desfeitas.”

Temos por certo que estão no mesmo plano axiológico o ideal de justiça do indivíduo e a estabilidade das relações sociais e jurídicas desejadas pelo Estado. Com efeito, sempre que a natureza do vício causador da injustiça seja de tal ordem que apresente inconveniente maior do que o da instabilidade do julgamento, a ação rescisória responde ao dever do Estado e aos anseios do indivíduo, bem como garante a respeitabilidade do Poder Judiciário e o equilíbrio das relações sociais. Portanto, não é injustiça da decisão o fundamento político-jurídico da ação rescisória, pois, o dever do Estado é entregar a prestação jurisdicional prometida. Nesse diapasão tem-se as vibrantes palavras de Pontes de Miranda (1996:XXV):

Embora injusta a sentença, sentença prestou-se, irremediavelmente. Somente para algumas sentenças há a ação rescisória ou a revisão criminal. A ação rescisória apenas cria aos que tiveram sentença desfavorável, inclusa na classe das sentenças rescindíveis, a pretensão (nova pretensão de direito material, embora colocada em lei de processo) à propositura, dentro de prazo preclusivo, da ação de rescisão de sentença. Sentença houve, trântita em julgado; a prestação jurisdicional foi entregue: portanto, fora isso que o Estado prometera. Excepcionalmente, a lei, satisfeitos certos pressupostos, permite a rescisão.¹³⁸

De ordinário, a função do Poder Judiciário consiste em aplicar a norma legal ao caso concreto. Se, por tal arte, o julgador, em determinado caso concreto, mantém a relação de subsunção dos fatos à norma legal incidente, a sua sentença não será passível de ação rescisória, a despeito de eventual injustiça que ela tenha produzido, de vez que a injustiça da sentença, a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória. Aliás, o art. 485 do CPC, ao relacionar as causas que ensejam a rescindibilidade dos julgados não apenas deixa antever diminuta margem de possibilidade ao julgamento reputado injusto, mas apresenta evidente reserva ao parecer doutrinário que faz do direito à ordem jurídica justa, ao devido processo legal e à sentença imparcial, juridicamente perfeita, o fundamento político-jurídico, o móvel da existência dessa modalidade de remédio jurídico processual previsto em nosso ordenamento jurídico.

No sistema processual do CPC, a ação rescisória constitui-se remédio jurídico processual

¹³⁸ Cf. Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro, Forense, 1996, com atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Prólogo, pág. XXV.

específico para desconstituir a coisa julgada, enquanto qualidade (e não efeito) da sentença não mais sujeita a recurso. A própria Constituição Federal, que ordena o acatamento à *res judicata* (art. 5º XXXVI), prevê a ação rescisória (artigos 102, I, *j*; 105, I, *e*; 108, I, *b*), como antítese àquela garantia, deixando antever que a garantia jurídico-positiva da coisa julgada não tem o mesmo alcance e a mesma solidez das figura constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, que no dispositivo citado são antepostos ao instituto da coisa julgada. Consequentemente, segundo Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:20):

A existência, no ordenamento jurídico do nosso país, do princípio da obediência à coisa julgada, de um lado, e da ação rescisória, de outro, traduz a síntese feliz, a solução harmoniosa encontrada pelo legislador, com o objetivo de conciliar a preocupação em impedir que a possibilidade de intermináveis reapreciações das causas judiciais pudesse converter-se em fator de desestabilização das relações sociais, com a necessidade de evitar-se que sentenças eventualmente contrastantes com a norma legal pudessem colocar em risco a respeitabilidade dos pronunciamentos da jurisdição.

Depois dessas considerações, temos de afirmar que a ação rescisória tem como fundamento político a reação do ordenamento jurídico aos provimentos jurisdicionais eivados de vício, exarados ao arripio do Direito, isto é, da lei processual ou dos princípios constitucionais do processo, que impedem seja a prestação jurisdicional feita em consonância com o ideal de justiça e a fidelidade à pretensão de direito material. Embora o instituto da *res judicata* tenha a finalidade de impedir a reinstauração de conflitos de interesses objeto de sentenças trânsitas em julgado e de preservar estabilidade e a harmonia das relações sociais, bem como o prestígio do Poder Judiciário, há, entretanto, de se considerar que, como escreve Manoel Antônio Teixeira Filho, de forma incisiva e escorreita, “em alguns casos, a garantia da coisa julgada acabava se transformando em pretexto para tornar perpétuas determinadas falhas do julgador -- não raro, agressoras de normas legais, aí incluída a própria Constituição Federal”.

De lege ferenda, pensamos ser necessário -- mantendo o princípio da proibição de reexame das questões já decididas -- abrir a possibilidade para a ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, processada e julgada com subsídio nas normas dos arts. 485 a 495, do Código de Processo Civil, ou, quiçá, instituir uma disciplina própria para rescisão dos julgados nos Juizados Especiais Cíveis, com o fito de amoldá-la às especificidades desse microsistema processual. Tanto num como noutro caso, poder-se-ia introduzir modificações para limitar ainda mais o uso desse remédio jurídico processual nos Juizados Especiais Cíveis, tais como: a)

reduzir para seis ou quatro meses¹³⁹ o prazo preclusivo para ajuizamento da rescisória, de modo a atender o princípio da celeridade; b) declarar, expressamente, a vedação da ação rescisória contra sentença injusta, ou proferida com má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato; c) aumentar para 10% (dez por cento) o valor do depósito prévio, em dinheiro, pelo autor (como impõe o art. 488, II, do CPC), a reverter em benefício do adversário, caso a ação venha a ser declarada inadmissível ou improcedente, tanto em razão do valor da causa vertida nesses Juizados, quanto para evitar o manejo abusivo da rescisória, por incontida insatisfação ou mero capricho dos vencidos nas demandas judiciais.

Uma vez que nenhuma fórmula é capaz de conciliar a contento *celeridade processual* com *segurança e certeza jurídicas* -- dois valores antitéticos, mas essenciais ao Direito e à Justiça --, parafraseamos Manoel Antônio Teixeira Filho (1994:47), para defender que a admissibilidade da ação rescisória, nos Juizados Especiais Cíveis, se justifica, acima de tudo, pela necessidade imperiosa de reabilitar-se a verdade, de fazer-se prevalecer o império da lei e, em sentido mais amplo, de preservar-se o ordenamento jurídico, ainda que, para isso, tenham de ser ressuscitados antigos conflitos intersubjetivos de interesses. Nem mesmo os singulares princípios que informam os Juizados Especiais Cíveis podem sobrepor-se, por exemplo, à necessidade de rescindir-se determinada sentença proferida com violação à norma legal ou à coisa julgada (garantias constitucionais); emitida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; oriunda de prevaricação, concussão ou corrupção do julgador e o mais. A *res judicata* não pode ser convertida numa espécie de refúgio inexpugnável de atos capazes de provocar sérios abalos em nossas estruturas normativas, ou na própria respeitabilidade das decisões judiciais.

Vale lembrar, também, as iluminantes palavras de Pimenta Bueno (apud Manoel Antônio Teixeira Filho, 1994:47-8):

É sem dúvida de mister consagrar a autoridade da coisa julgada, mas não é menos essencial consagrar o império da verdade e da justiça, quando se patenteia que tal não se pode dele duvidar. Nas ciências morais poucas vezes é permitido levar as disposições humanas ao absoluto, sem que se cometam algumas e graves injustiças: convém evitá-las. Sustentar indistintamente a coisa julgada, ainda mesmo quando fosse claramente reconhecido que ela é filha formal do erro, ou, o que seria ainda pior, de uma criminoso fraude ou prevaricação, seria afrontar todos os princípios da razão, e da justiça eterna, e sacrificar a verdade palpitante à sutileza das fórmulas, sacrificar o fim aos meios; seria

¹³⁹ Melhor, a nosso ver, seria adotar o prazo de 120 dias (quatro meses), a exemplo do que se adota para o Mandado de Segurança, a teor do que prescreve o art. 18 da Lei nº 1533/51.

inverter a razão do estabelecimento dos tribunais de justiça e das normas tutelares do processo.

5. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 59 DA LEI Nº 9.099/95.

Repetindo o inteiro teor do art. 57 da Lei nº 7.244/84 -- a chamada Lei das Pequenas Causas --, o art. 59 da Lei nº 9.099/95 diz que “*Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei*”. Do estudo até aqui realizado já se pode concluir que a referida lei deixou o jurisdicionado sem remédio jurídico próprio para desconstituir as decisões de mérito, transitadas em julgado, proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, tanto no primeiro grau quanto no segundo grau de jurisdição (Colégio Recursal). As ações de invalidade (a *ação de nulidade* ou a *ação anulatória*) não são remédios jurídico-processuais apropriados para rescindir julgados agasalhados com o manto da coisa julgada material. Serve a ação de nulidade para decretar a invalidade de ato jurídico *stricto sensu* ou de negócios jurídico nulo, do qual se quer os efeitos que, normalmente, não os têm. Já a ação de anulação (ou anulatória) se destina a desconstituir (rescindir) os ditos *atos judiciais* -- atos jurídicos das partes e não do juízo, a despeito do adjetivo ‘judiciais’ -- que não dependem de sentença ou em que esta for meramente homologatória, porque os vícios que os maculam não são suficientes para retirar-lhes os efeitos que lhes são típicos, pois, existem, valem e são eficazes.

Ora, a nosso ver, a ação rescisória é o único remédio jurídico que o sucumbente dispõe para esgrimir contra a coisa julgada, a única via de ataque conferida ao cidadão para se contrapor às decisões (sentenças e acórdãos) ilegítimos. Daí porque aquela vedação merece análise da sua constitucionalidade, a fim de se poder determinar se se trata de uma mera limitação legal, permitida pelo ordenamento jurídico, ou se, realmente, atenta contra as garantias constitucionais do cidadão que, ao mesmo tempo, são princípios fundamentais do processo civil. É isto o que veremos a seguir, começando por discorrer sobre alguns conceitos necessários ou à compreensão ou a fundamentação da análise da constitucionalidade do citado art. 59 da Lei nº 9.099/95.

Em que consiste, então, a inconstitucionalidade¹⁴⁰ de lei ou de ato normativo do poder público? A resposta a esta questão pode ser dada a partir das diversas modalidades com que a doutrina classifica o fenômeno da inconstitucionalidade, e.g., inconstitucionalidade *formal* ou *material*, *por ação* ou *por omissão*, *parcial* ou *total*. Para nossos fins, são estes os tipos de inconstitucionalidade que interessa caracterizar.

Segundo a melhor doutrina, sob o ponto de vista material, a inconstitucionalidade consiste na relação de contrariedade normativa entre o conteúdo da lei ou do ato normativo e a Constituição formal¹⁴¹, isto é, com as normas constitucionais. Já sob o ponto de vista formal, a inconstitucionalidade decorre da desconformidade do processo de produção normativa fixado pela própria Constituição. Em síntese: em sentido formal ou material é inconstitucional a lei ou o ato normativo que guarda relação imediata de incompatibilidade vertical, expressa ou implícita, com qualquer dispositivo da Constituição. Nesse sentido, conforme ensina Clèmerson Merlin Clève (1995:30), “a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre os conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional).” Conclui, então, o citado autor (ibidem) “que a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”¹⁴².

¹⁴⁰ Celso Ribeiro Bastos (1994:341) ensina que: “A inconstitucionalidade nutre estreita semelhança com a ilegalidade. Em ambas as hipóteses, está-se a apontar a existência de um vício formal ou material que vitima o ato subordinado. O que distingue uma da outra é a qualidade do ato imediatamente ofendido. Se se tratar da Constituição, temos a inconstitucionalidade. Se se tratar da lei, temos a ilegalidade”. Note-se que há um vínculo hierárquico que ordena as normas do sistema jurídico. Desse modo, só se pode conceber uma relação de contrariedade se estiver presente a idéia de escalonamento, de subordinação, de adequação material e formal da norma de nível inferior à outra de nível superior.

¹⁴¹ Dentre outras classificações, costuma a doutrina classificar as constituições, segundo o seu conteúdo, em constituição material e constituição formal. Eis os conceitos apresentados por José Afonso da Silva (1994:42-3): “A *constituição material* é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, a constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais. A *constituição formal* é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos.”

¹⁴² Tratando dos diferentes tipos de inconstitucionalidade, Clèmerson Merlin Clève (op. cit. págs. 31-33) assim escreve: “A inconstitucionalidade orgânica, decorrente de vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo, consiste numa das hipóteses de inconstitucionalidade formal. Com efeito, diz-se que uma lei é

A inconstitucionalidade pode afetar total ou parcialmente a lei ou o ato normativo. Se o vício for tal que todo o ato seja contaminado, diz-se que a inconstitucionalidade é total. Se o vício incidir apenas sobre uma parcela do ato, a inconstitucionalidade é parcial. Em outras palavras, a inconstitucionalidade parcial pode decorrer de um vício que macule uma expressão ou um ou mais de seus dispositivos (artigo, parágrafo, inciso, alínea) com a pecha da ilegitimidade constitucional, seja no sentido formal, seja no sentido material¹⁴³.

Importa, também, distinguir se a inconstitucionalidade decorre da ação ou da omissão do Poder Público. A *inconstitucionalidade por ação* é aquela que decorre de atos legislativos ou administrativos de órgão do Poder Público praticados com ofensa de norma residente na Constituição. Resulta, portanto, de comportamentos positivos dos órgãos estatais de produção normativa. Já a *inconstitucionalidade por omissão* resulta da ausência de um comportamento, ou melhor, da não-materialização de ato legislativo ou administrativo exigido pela Constituição para a aplicabilidade concreta de suas normas ou preceitos. Destarte, a inconstitucionalidade por omissão resulta da inércia, de comportamento omissivo do órgão do Poder Público encarregado da produção normativa correspondente¹⁴⁴.

Vários são os sistemas de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, conforme a disciplina que lhe confere a Constituição de cada país, e varia desde a ausência absoluta de fiscalização, como na Inglaterra, até o sistema de fiscalização realizado, exclusivamente, ou por órgão judiciário (Estados Unidos, Brasil), ou por órgão extrajudiciário (a França, cuja função é atribuída ao Conselho de Estado), passando ainda por países que atribuem o controle da constitucionalidade a um Tribunal Constitucional situado fora da ordem judicial (Portugal, Alemanha, Itália, Espanha). Assim sendo, resumindo a lição de Clèmerson Merlin Clève (1995:57-62), conforme seja o modelo adotado, a fiscalização da

formalmente inconstitucional quando foi elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou seguindo procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita). Pode, então, a inconstitucionalidade formal resultar de vício de elaboração ou de incompetência. (...) A inconstitucionalidade material reporta-se ao conteúdo do ato normativo. Importa verificar se ele é compatível com o conteúdo da Constituição. Em não o sendo, o ato normativo será materialmente inconstitucional”.

¹⁴³ Celso Ribeiro Bastos (op. cit. pág. 342) assim caracteriza a diferença entre inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial: “A inconstitucionalidade total difere da parcial no sentido de que no primeiro caso ela recobre toda a lei, nada lhe sendo aproveitável. Na parcial, inversamente, o vício afeta apenas uma parte da norma ou mesmo tão-somente uma ou algumas das normas embutidas em um Diploma maior que comporte a eliminação da parte viciada sem desnaturação do restante”.

¹⁴⁴ Ver José Afonso da Silva (op. cit. págs. 48-9); Celso Ribeiro Bastos (op. cit. págs. 341-2); Clèmerson Merlin Clève (op. cit. págs. 40-3).

constitucionalidade pode ser definida: a) pelo parâmetro utilizado para verificação da compatibilidade do direito infraconstitucional em face da constituição; b) pelo seu objeto, ou seja, em face da ação ou omissão do Poder Público; c) pelo momento de sua realização, isto é, preventiva (*a priori*) ou repressiva (*a posteriori*); d) pela natureza do órgão exercente (*política ou jurisdicional*); e) em face do número de órgãos dotados de competência para realizar a fiscalização da constitucionalidade, podendo ser *difusa* ou *concentrada*; f) quanto ao modo de manifestação, ou seja, por via incidental ou principal; g) pelo modo de provocação do órgão jurisdicional, isto é, por via de ação ou de exceção.

No primeiro modelo (constitucionalidade definida pelo *parâmetro* utilizado), segundo Clèmerson Merlin Clève (1995:57)

a fiscalização levará em conta para a verificação da compatibilidade do direito infraconstitucional (1) toda a Constituição formal, incluindo aí os princípios e normas implícitos; (2) apenas alguns dispositivos da Constituição formal; (3) o bloco formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal (positivados ou não na Constituição). Em geral os vários sistemas de fiscalização vinculam-se apenas à Constituição formal (normas expressas e implícitas das primeiras derivadas). É o caso do Brasil e dos Estados Unidos.

Portanto, todos os dispositivos constitucionais, contenham eles regras, princípios ou preceitos programáticos servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos, pois, leciona o citado autor (1995:34) “a doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade. Preâmbulo, os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são normas jurídicas, e assim devem ser compreendidos”.

A um órgão exclusivo, ou a vários órgãos, pode a Constituição irrogar competência para exercer a fiscalização da constitucionalidade: quando monopolizada por um único órgão, como é o caso dos países que criaram Cortes Constitucionais, diz-se que o controle é *concentrado*; quando competentes são vários órgãos, diz-se que o controle é *difuso*. Quando, porém, se permite que o controle da constitucionalidade se realize tanto pelo modo concentrado quanto pelo difuso, tem-se um controle misto, ou *eclético*: é o que se adota no Brasil, onde coexistem o controle incidental pelo sistema difuso, realizado por via de exceção, sendo competentes Juízes e Tribunais, e o controle concentrado, realizado por via de ação, sendo competentes o STF, quando se tratar de atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal; pelos Tribunais de Justiça, no caso de atos normativos estaduais ou municipais em face da

Constituição Estadual.

A arguição da inconstitucionalidade pode se realizar por via incidental ou principal, ou ainda por via de ação ou de exceção¹⁴⁵. Na via incidental, ou concreta, a inconstitucionalidade do ato normativo só pode ser suscitada, incidentalmente, no curso de um caso concreto submetido à apreciação do Judiciário, configurando autêntica questão prejudicial, para qual está legitimado qualquer cidadão que exerce o seu poder de demandar ou de se defender em juízo. Por via principal, direta ou abstrata¹⁴⁶, as inconstitucionalidades são argüidas por via de ação, em processo autônomo, só consentida a certas pessoas ou órgãos, taxativamente arrolados na Carta Federal. Diferentemente da via incidental, a via principal independe de qualquer controvérsia prévia a respeito da constitucionalidade da lei ou ato normativo que impende impugnar. Já a provocação do órgão competente pode se ocorrer por via ação (*direta*) ou por via de exceção ou de defesa (*indireta*). Seguindo o ensinamento de Clèmerson Merlin Clève (1995:61):

A fiscalização incidental é desencadeada, em princípio, através de um mecanismo indireto de fundamentação que pode ser utilizado pelas partes (autor ou réu) para o fim de justificar a pretensão (autor) ou a resistência/defesa (réu). A questão da inconstitucionalidade, no caso concreto, pode ser suscitada não apenas pelas partes como por todos aqueles que, na posição de terceiros interessados, integram a relação processual. Igualmente, o Ministério Público pode suscitar referida questão. (...) A fiscalização por via principal é suscitada, como referido, por meio de uma ação autônoma, que tanto pode reconduzir-se a um controle abstrato de lei ou de atos normativos como a uma garantia concreta de direitos fundamentais.

¹⁴⁵ Acrescenta Clèmerson Merlin Clève (1995:61) que: “Não há uma correspondência necessária entre a via incidental (de exceção ou de defesa) e a fiscalização difusa, ou entre a via de ação (principal) e a fiscalização concentrada. A correlação é verdadeira no Brasil, onde a fiscalização difusa é, com efeito, suscitada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa) e a concentrada é provocada por via de ação (principal). Mas essa correspondência não é verdadeira em outros sistemas”.

¹⁴⁶ A fiscalização da constitucionalidade pode ser também classificada como abstrata, ou objetiva, e concreta, ou subjetiva. Segundo Nelson Nery Júnior (1996:200): “O controle concreto é feito em cada caso levado ao Poder Judiciário, tendo a inconstitucionalidade da lei como *causa de pedir*, isto é, fundamento do pedido, mas nunca o pedido em sentido estrito. A decisão judicial que proclamar ser inconstitucional a lei, fará coisa julgada apenas entre as partes. Quando proclamada *in concreto*, mas pelo STF, este remeterá o acórdão ao Senado Federal, que emitirá resolução suspendendo a execução da lei no país (CF, 52, X). Só a decisão do STF em ADIn faz coisa julgada *erga omnes* e retira da lei declarada inconstitucional toda a sua eficácia em todo o território nacional. Portanto, o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada, no caso concreto, inconstitucional pelo STF, podendo exercer o controle político daquela decisão judicial. O controle abstrato da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, contestado em face da CF, é feito por meio da ADIn ajuizada perante o STF pelos legitimados do CF 103. A declaração de inconstitucionalidade da lei proclamada pelo STF em ADIn faz coisa julgada *erga omnes*, retirando a eficácia em todo o território nacional. Por esta razão, não há necessidade de remeter-se o acórdão proferido em ADIn ao Senado Federal; só se remete o acórdão do STF que declarou inconstitucional a lei, em caso concreto (CF 52, X).”

Descritos os conceitos de direito constitucional necessários à compreensão e à análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, passamos a cotejar o conteúdo do art. 59, da Lei nº 9.099/95, com as normas-princípios¹⁴⁷ insculpidas na Carta Magna brasileira.

Recordemos, primeiro, o que diz o prefalado art. 59: “*Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei*”. Cotejamo-lo, agora, com as garantias da cidadania, viga mestra do ordenamento processual civil, em especial, que constituem os princípios da isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I), do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º LIII), do devido processo legal (art. 5º LIV, LV, LVI), da independência e da imparcialidade do juiz (arts. 95 e 96, que instituem as garantias da e as vedações a que estão sujeitos os membros da magistratura) e da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI). Esta operação é necessária, pois, segundo ensina Luís Roberto Barroso (1996:141):

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie

Ademais, acrescente o autor a seguinte assertiva:

os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (Barroso, 1996:142-3).

Primeiramente, o princípio da isonomia¹⁴⁸, constante do *caput* e inciso I, do art. 5º, da

¹⁴⁷ Segundo adverte Luís Roberto Barroso (1996:141), “É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”.

¹⁴⁸ A isonomia também é conhecida como princípio da igualdade, a qual está assim configurada na Constituição Federal de 1988, *verbis*: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Carta Federal, não consiste apenas na igualdade formal (igualdade perante a lei): presente está, também, a igualdade substantiva (igualdade na lei). Com isso, importa dizer que nem mesmo situações de fato, de qualquer natureza (sociais, econômicas, políticas, jurídicas) podem fundamentar qualquer diferença entre as pessoas em geral (inclusive entre os Poderes da República), seja quanto a direitos civis ou cívicos (disponíveis ou indisponíveis), seja quanto à pretensão à tutela jurisdicional (garantias processuais) devida pelo Estado como Nação politicamente organizada, a quem se irrogou o monopólio da distribuição da justiça, em substituição à autotutela (ação material). Ora, não permitir a ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, permitindo-a, entretanto, nas demais causas processadas e julgadas mediante os outros ritos procedimentais do ordenamento processual, significa instituir *um duo de justiças*: uma, a dos Juizados Especiais, para as causas de *pequeno valor* ou de menor complexidade; outra, para as causas complexas ou de valor econômico superior a quarenta salários mínimos. Em outras palavras, institui-se uma *justiça pobre* para os pobres, isto é, num paralelo com a medicina, uma justiça que prescreve uma terapêutica *homeopática caseira*; outra, a justiça dos abastados (não só dos ricos!), aquela que ministra uma terapêutica alopática, com todos os remédios apropriados ao diagnóstico da doença que se quer curar.

Já se disse que a menor complexidade não está ligada ao valor da causa, mas sim à matéria, à substância da *res deducta*. Sirva de exemplo uma demanda, cuja matéria disputada pelos litigantes, é a propriedade de uma fotografia de um ascendente sendo condecorado por ato de bravura na Primeira Guerra Mundial. Pergunte-se qual o valor econômico da foto em si mesma e a resposta será óbvia: írrito. Qual o valor da causa? A resposta variará conforme o grau de afetividade que o retrato tem para quem a reivindica, ou de acordo com o que a foto representa no acervo fotográfico, ou talvez, outro motivo, como o de querer vê-la exposta num museu... E o grau de complexidade causa? É diminuto: certamente não se irá além da prova testemunhal ou documental. Daí já se pode ver que não existe relação de necessidade entre o valor da causa e a complexidade que ela enfeixa. Supondo, no exemplo dado, que o autor demande o réu no Juizado Especial Cível -- aqui não vem à lume o fato de ser relativa ou absoluta a competência --, para reaver a fotografia que lhe emprestara (comodato verbal). A ação é julgada procedente, porque o réu, confirmando que, inicialmente, a obteve por empréstimo, não pôde provar fato modificativo da relação jurídica material alegada, porque perdera o documento comprobatório da compra posterior ao comodato que fizera com o autor. Transitada em julgado a sentença (ou o acórdão, que conheceu do recurso interposto, mas negou

provimento) como poderá rescindir o julgado, se agora, antes do prazo decadencial da ação rescisória, tem disponível *documento novo*, que se dele dispusesse, tempestivamente, teria obtido sentença a seu favor? Aqui a coisa julgada forra o devedor e, em vez de propiciar segurança jurídica, torna definitiva a lesão a direito do réu, que não dispõe de nenhum remédio jurídico para repará-la.

O exemplo também demonstra que o princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), na hierarquia de valores postos pela Constituição Federal, cede passo para o princípio da inafastabilidade da jurisdição, compreensivo, do direito à ação e à defesa, bem como ao princípio da ampla defesa (art. 5º LV), porque, dentre as três figuras do inciso XXXVI, não é à-toa que a coisa julgada é a última: contra ela pesa a rescindibilidade, enquanto não ocorrer o lapso temporal para ajuizamento da ação rescisória, prevista nos artigos. 102, I, *j*; 105 I, *e*; 106, I, *b*, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 83, XI, *e*, da Constituição do Estado de Santa Catarina, competência também originária, conferida ao Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação rescisória, em consonância com o que dispõe o § 1º, do art. 125, da Magna Carta. Portanto, por interpretação sistemática do inciso XXXVI com os citados artigos do Texto Fundamental, a coisa julgada só tem a mesma firmeza e a mesma imunidade do *ato jurídico perfeito* e do *direito adquirido* depois do transcurso do prazo de cabimento da ação rescisória.

Ademais, diz o inciso LV, do art. 5º, que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. As palavras em destaque dizem muito mais do que uma simples leitura possa indicar. *Meios* significa não só o conjunto de provas de que podem se valer as partes (até mesmo o juiz, em razão do seu poder instrutório, em face das questões a decidir) para agir em juízo, deduzindo suas razões, mas, sobretudo, o conjunto de poderes e faculdades exercíveis no processo, bem assim os remédios jurídico-processuais próprios às situações processuais e à tutela adequada no plano do direito material. Recursos inclui todos os remédios típicos para reexame da sentença, mas formas de impugnação das decisões judiciais: as ações autônomas e os recursos propriamente ditos. Aliás, esta também é a interpretação dada por Horácio Wanderlei Rodrigues (1996:36):

A defesa a que se refere esse dispositivo constitucional, quando garante a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, deve ser entendida como o conjunto de provas que ambas as partes podem praticar e juntar no processo, buscando convencer o julgador de que a sua argumentação é correta, e de recursos processuais das decisões proferidas,

sempre que uma das partes com elas não concordar. Essa atribuição de sentido à expressão *defesa*, como garantia de ambas as partes, impõe-se frente ao texto constitucional, que estabelece a ampla defesa como garantia dos *litigantes*, não apenas do réu. Nesse sentido, a garantia da ampla defesa inclui: (a) o direito às provas necessárias para a demonstração do direito alegado ou questionado, e que está previsto na expressão *meios* a ela inerentes; e (b) o direito aos *recursos* necessários e adequados, em sentido processual, para que as partes possam recorrer das decisões proferidas no processo. Como se lê expressamente no texto constitucional, esses meios e recursos são *inerentes* à ampla defesa, ou seja, inseparavelmente ligados a ela, indispensáveis (grifos do autor).

Por outro lado, este inciso LV está tão ligado ao princípio da isonomia que, se trocarmos a expressão *homens e mulheres*, constante do inciso I do art. 5º, por *litigantes e acusados em geral*, teríamos o mesmo comando: *os litigantes e os acusados em geral são iguais em direitos e obrigações...* Portanto, qualquer limitação ao direito à defesa, ofende o princípio da igualdade formal e substantiva.

Lancemos mão de outro exemplo para subsidiar a análise da constitucionalidade da vedação da ação rescisória dos Juizados Especiais Cíveis. Suponhamos uma ação de ressarcimento de danos causados em acidente de veículo em via terrestre, ajuizada pelo autor no Juizado Especial Cível, requerendo danos emergentes e lucros cessantes, restando o réu condenado apenas aos danos emergentes. Inconformado, o autor recorre da decisão e o Colégio Recursal reformou a sentença concedendo, também, lucros cessantes ao autor. Lembremos que, de acordo com o art. 512 do CPC, que tem aplicação subsidiária ao microsistema processual dos Juizados Especiais Cíveis, o acórdão proferido pelo Colégio Recursal substituirá a sentença recorrida, no que tiver sido objeto de recurso. Depois da execução da sentença, constatou-se que um dos juízes do Colégio Recursal era impedido (art. 134, V). Como, no caso, será possível reparar a lesão sofrida pelo réu, se não foi possível ajuizar tempestivamente os embargos à execução, com fundamento no art. 741, VII, do CPC? Não podendo ajuizar ação rescisória do julgado de segunda instância, por expressa vedação legal, o erro judicial consistente no impedimento que deveria o juiz declarar de ofício, conforma uma lesão irreparável, pois, como já vimos, a ação de nulidade não se presta para rescindir (desconstituir) decisões judiciais trânsitas em julgado; a ação de nulidade é remédio jurídico adequado à decretação de nulidade de atos jurídicos *stricto sensu* ou de negócios jurídicos, cominados com a sanção de nulidade, por norma de direito material, e a as decisões judiciais se regem por norma de direito processual.

Do exemplo, pode-se verificar a vedação afronta não só o princípio da ampla defesa (meios e recursos destinados à defesa do direito material das partes), como também fere o

princípio do acesso à justiça, que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), e o princípio do juiz natural (art. 5º LIII), cujo comando expressa que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Assim, a vedação da ação rescisória é, na verdade, negação de justiça por dois motivos: 1) porque o jurisdicionado tem o direito inalienável e indeclinável de ver seus conflitos de interesses julgados por juiz imparcial, sem a pecha do impedimento; 2) porque limita-se o direito de ação, o acesso ao Judiciário, para ver reparada a lesão e, portanto, como apregoa Nelson Nery Júnior (1996:137), “todo expediente destinado a impedir ou dificultar sobremodo a ação ou a defesa no processo civil constitui ofensa ao princípio constitucional do direito de ação”.

Ademais, só é efetivo¹⁴⁹ o direito ao acesso à justiça se ordenamento jurídico assegurar os remédios aptos a garantir uma tutela adequada ao plano do direito material. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (1993:126): “O princípio da inafastabilidade garante uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material”, de modo que essa garantia não pode ser suprimida por lei ordinária, justamente porque a esta cabe, apenas, regulamentar a garantia constitucional, sem lhe diminuir a extensão e significado¹⁵⁰. A este argumento Horácio Wanderlei Rodrigues (1996:37) acrescenta o iluminante comentário:

A inexistência de tutela adequada para uma determinada situação conflitiva, corresponde à negação da tutela pela qual o Estado se obrigou quando proibiu a autodefesa e assumiu o monopólio da jurisdição. Com a proibição da autotutela por parte do indivíduo, assumiu o Estado a responsabilidade pela adequada solução dos conflitos de interesses. Nesse sentido, essa garantia refere-se não apenas ao acesso à justiça, mas ao adequado acesso à justiça. Essa concepção atribui a ela a posição de principal garantia processual em nível constitucional. É a garantia de acesso à justiça a garantia maior, o principal dentre os direitos humanos, sem o qual nenhum outro pode ser legitimamente garantido dentro do estado democrático de direito.

¹⁴⁹ Para Luís Roberto Barroso (1996:220), “A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

¹⁵⁰ Nesse sentido, escreve Luís Roberto Barroso (1996:181): “Toda atividade legislativa ordinária nada mais é, em última análise, do que um instrumento de atuação da Constituição, de desenvolvimento de suas normas e realização de seus fins. Portanto, e como já assentado, o legislador também interpreta rotineiramente a Constituição. Simétrica à interpretação da lei conforme a Constituição situa-se a interpretação da Constituição conforme a lei. Quando o Judiciário, desprezando outras possibilidades interpretativas, prestigia a que fora acolhida pelo legislador, está, em verdade endossando a interpretação da Constituição conforme a lei. Mas tal deferência há de cessar onde não seja possível transigir com a vontade cristalina emanada do Texto Constitucional”.

Com efeito, os argumentos da doutrina acima expendidos permitem que afirmemos que a vedação da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis atenta contra a garantia constitucional do acesso à justiça, posto que retira do jurisdicionado o remédio apto a assegurar a tutela adequada para uma situação concreta de conflito, não solucionada pela decisão judicial viciada, porém, imunizada pela autoridade da coisa julgada. Portanto, é inconstitucional a lei infraconstitucional que fecha as portas do Poder Judiciário ao cidadão que sofreu lesão ou ameaça a direito.

E mais, a vedação da rescisória nos Juizados Especiais Cíveis também afronta o *due process of law* (art. 5º LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), nos aspectos *formal* e *substancial*, os quais são imanentes ao princípio, considerado sob uma perspectiva histórico-evolutiva, e, portanto, não se excluem da análise de qualquer situação jurídica veiculada no processo. No princípio do devido processo legal estão presentes duas dimensões: uma, a *formal*, (*procedural due process*) que constitui a garantia da regularidade do processo, em correlação com o direito ao contraditório e à ampla defesa e ao julgamento da causa por um órgão competente e imparcial (juiz natural); a outra, (*substantive due process*), constitui a garantia do acesso à justiça, no qual se incluem a existência de remédios jurídico-processuais adequados à solução do conflito de direito material, também em correlação com o princípio do contraditório e da ampla defesa, através do qual se busca uma sentença justa, proferida por um órgão competente e imparcial.

No processo civil hodierno, marcado pelas ondas renovatórias do direito e do acesso à justiça, em que se sobressai a instrumentalidade e a efetividade, a defesa dos direitos individuais e supraindividuais se realiza não só pela regularidade processual (caráter formal, igualdade perante a lei), mas também pelo controle das decisões legislativas, executivas e jurisdicionais. Da vertente substantiva do devido processo legal nasce o princípio da razoabilidade e da racionalidade. É por intermédio do *substantive due process*, como preleciona Luís Roberto Barroso (1996:199) “que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas dos atos do Poder Público em geral”, a cujo raciocínio acrescenta:

De toda a sorte, a cláusula enseja a verificação da incompatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente

previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade (Barroso, 1996: 200-1).

Em conclusão, segundo ensina Luís Roberto Barroso (1996:204): “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça”. Por isto, se a lei infraconstitucional for ofensiva a princípios expressos ou implícitos albergados na Constituição, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, pois atenta contra o quadro de valores em que se funda o Estado democrático de direito, ou seja, contra os princípios constitucionais de organização do Estado e do regime de governo, além de ofender os princípios destinados a resguardar situações jurídicas individuais ou transindividuais, como o são os princípios do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa¹⁵¹.

Do que acima dissemos, conclui-se que a Constituição é a fonte primária da produção normativa: no plano formal, é ela quem dita as competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores; no plano material, a Constituição subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras nela prescritos. Assim, qualquer ofensa aos seus princípios enseja a deflagração dos mecanismos destinados à proteção da Constituição, que, no direito brasileiro, tomou o signo do controle de constitucionalidade. Aliás, este é o conteúdo do princípio da supremacia da Constituição, através do qual se realiza a fiscalização da constitucionalidade formal e material das leis e dos atos normativos do Poder Público.

Em síntese, podemos dizer, como o faz com raro brilho Luís Roberto Barroso (1996:142-3), que “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios

¹⁵¹ Assim sendo, diante das duas vertentes (formal e substantiva) do devido processo legal, segundo postula Luís Roberto Barroso (1996:217), “abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana pretenderão extrair-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula”.

constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”. Por isso, tal como o autor, invocamos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (apud Barroso, 1996:143), que, forte e incisivo afirma:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico... Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais...

Inadmitindo a ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, na redação que deu ao art. 59, da Lei nº 9.099/95, o legislador infraconstitucional violou, além do princípio da igualdade material (isonomia na lei), os princípios fundamentais da jurisdição, do acesso à justiça e do devido processo legal, dos quais os princípios do direito à ação e à defesa, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, da imparcialidade e da independência do juiz são especificações e desdobramentos dos princípios fundamentais definidores de direito, que se irradiam não só internamente (no seio da própria Constituição), como também para os escalões normativos infraconstitucionais. Por isso, como diz Luís Roberto Barroso (1996:146), “na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”. Certeza e segurança jurídica, aliada à segurança das relações sociais, como expressão do escopo social e político da jurisdição -- pacificar com justiça --, só se ganha com a observância dos princípios constitucionais que exprimem o quadro de valores consagrados pelo constituinte na Lei Fundamental. Nesse sentido, cabe invocar as palavras de Clèmerson Merlin Clève (1995:34, nota 61):

É preciso dizer que a idéia de direito e de justiça que preside o direito brasileiro decorre do quadro de valores plasmados na Constituição.(...) Este quadro constitucional de valores identifica o conteúdo mínimo da lei. Nenhuma lei poderá contrariá-lo sob pena de inconstitucionalidade. (...) A liberdade do legislador encontra como limite a Constituição (com seu quadro de valores) e a idéia de direito e de justiça nela plasmada.

Finalmente, cabe perguntar: a) em que tipo de inconstitucionalidade incorre o art. 59 da Lei nº 9.099/95; b) como poder-se-ia argüi-la, e a quem compete responder à argüição de

inconstitucionalidade?

À luz dos conceitos descritos no início deste item, entendemos que o art. 59 da dita Lei encerra uma inconstitucionalidade material, de vez que não é a sua forma, mas seu conteúdo é que guarda relação de contrariedade com os princípios constitucionais já aventados. Não se trata de inconstitucionalidade formal em razão de ter sido o legislador obediente aos preceitos constitucionais de elaboração normativa. Portanto, não há vício formal ou orgânico, pois o legislador não violou nenhuma norma de competência nem qualquer procedimento configurados na Constituição, que regem o processo de elaboração das leis. Também não se trata de inconstitucionalidade por omissão, mas sim de inconstitucionalidade por ação, de vez que decorreu de ato positivo do legislador, que deu à luz uma lei em que um dispositivo (inconstitucionalidade parcial) é contestado em face das garantias constitucionais do processo civil.

Quanto à argüição da inconstitucionalidade, poder-se-ia fazê-la pelo sistema concentrado ou difuso ou por via de ação ou de exceção. Como já vimos, no sistema concentrado, a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público é privativa do Supremo Tribunal Federal, o que só é possível obter-se por via de ação, cujos legitimados estão taxativamente enumerados nos incisos I a IX, do art. 103, da Carta Federal. Para o cidadão só existe o sistema difuso, para cuja argüição está legitimada qualquer pessoa, por via de exceção, incidentalmente, ou seja, em processo onde as partes controvertem a *res deducta*, sendo qualquer juiz ou tribunal competente para cominar a sanção de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado em face da Constituição Federal.

Entretanto, um problema se apresenta ao sucumbente nos Juizados Especiais Cíveis, em face da vedação legal imposta pelo art. 59 da Lei nº 9.099/95: seguindo o *procedimento normal*, não há como suscitar, por via de exceção, a inconstitucionalidade do citado preceito. Um caminho, porém, se nos apresenta: ajuizar ação rescisória (atacando a sentença do juiz ou o acórdão do Colégio Recursal), no Tribunal de Justiça, inserindo, como pedido preliminar, a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273, *caput* e inciso I), para declarar a inconstitucionalidade do art. 59, e, no pedido principal, requerer a confirmação da declaração de inconstitucionalidade, se concedida, e o cabimento da ação rescisória, cumulando o pedido de *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium*. Negada a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal *a quo*, abre-se ensanchas para ajuizamento do recurso extraordinário ao Supremo

Tribunal Federal, com vistas obtenção da declaração da inconstitucionalidade e, conseqüentemente, possibilidade de procedência da ação rescisória que, afinal, será julgada pelo tribunal *a quo*. Vale lembrar, entretanto, que este procedimento é possível no plano teórico, e sua legitimidade só será alcançada por construção jurisprudencial.

Afinal, afigura-se-nos mais fácil, em face dos problemas operacionais que decorrem dos defeitos técnico-jurídicos da Lei nº 9.099/95, que, *de lege ferenda*, possa-se introduzir modificações legais visando à melhoria do microssistema dos Juizados Especiais, de vez que acoitamos o caráter revolucionário da lei, que prima pela oralidade em grau máximo, com vistas a propiciar aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional justa, célere, barata e segura, que assegure não apenas a segurança das relações jurídicas como também a segurança das relações sociais, a pacificação com justiça, escopo magno da jurisdição e do processo como instrumento de realização do direito material.

À GUIA DE CONCLUSÃO

A idéia de *crise* é uma idéia típica do Estado liberal-burguês nascente da Revolução Francesa. A burguesia, agora detentora do poder político e econômico, não conseguindo realizar substancialmente os ideais revolucionários (liberdade, igualdade e fraternidade), em face das reivindicações populares, fomentou a idéia de crise para justificar a desigualdade, que é imanente ao modo capitalista de produção. Nesse sistema, a única igualdade possível é a igualdade de todos perante a lei, cabendo ao Estado apenas garantir as liberdades públicas, para a proteção do indivíduo, renunciando a qualquer intervenção nas esferas econômica e social, que são de caráter puramente privado. Para tal desígnio, reserva-se-lhe o monopólio dos meios de coação física e jurídica, transformando-se no único ente com legitimidade para a produção legislativa, para dizer o direito e para aplicar as sanções pelo descumprimento da lei, perante a qual todos são formalmente iguais, não obstante existirem as desigualdades reais entre os indivíduos e as classes sociais.

Na atualidade, em rigor, a idéia de crise revela que os mecanismos de controle estatal (políticos, econômicos, sociais e jurídicos) não dão conta da realidade social complexa que caracteriza as sociedades de massas, nas quais o Estado, pela dinâmica social, perde a capacidade de impor soluções aos problemas e de garantir a ordem, a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, quer pela força dos meios de violência física (exército, polícia), quer pelo poder jurídico, isto é, pelo exercício do seu monopólio de produção legislativa e de distribuição de justiça. Portanto, da idéia de crise econômica ou de crise política, nasce a idéia de crise da justiça, fenômeno que nada tem de novo, pois é resultante da incapacidade do Estado, em qualquer de suas manifestações históricas, de assegurar a igualdade real na esfera sócio-econômica e de realizar a distribuição equânime das vantagens oriundas da produção social de bens materiais e culturais.

Ademais, a crise da justiça é um fenômeno há muito denunciado como oriundo da discrepância entre igualdade jurídico-formal e desigualdade econômica¹⁵². Como no mercado de

¹⁵² Segundo Boaventura de Sousa Santos (1997:167-8) o acesso à justiça não constitui um problema novo. “No princípio do século, tanto na Áustria como na Alemanha foram frequentes as denúncias da discrepância entre a procura e a oferta da justiça e foram várias as tentativas para a minimizar, quer por parte do Estado (a reforma do processo civil levada a cabo por Franz Klein na Áustria), quer por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis (por exemplo, os centros de consulta jurídica organizados pelos sindicatos alemães). Foi no entanto, no

bens, a justiça se dobra à lei da oferta e da procura: do lado da demanda, os consumidores de justiça; do lado da oferta, o Estado com seu aparato judicial, pronto a entregar a prestação jurisdicional devida. Entretanto, o acesso à oferta (acesso à justiça) é limitado por dois fatores: a) pela própria incapacidade do Estado de distribuir justiça com eficiência; b) pela incapacidade econômica, social e cultural do jurisdicionado de requerer a tutela jurisdicional dos seus interesses. Aí está a base do fenômeno da *litigiosidade contida*, isto é, a incapacidade do Estado de compor os conflitos de interesses dos indivíduos e classes sociais, em face a explosão de litigiosidade, característica das sociedades complexas conformadas pela civilização industrial, geradora de uma enorme quantidade de bens (materiais, culturais, ambientais), positivados pelo direito e carecedores da tutela estatal para a sua efetiva realização social e política.

É nesse contexto de conflitualidade social explosiva que o processo, como método estatal de solução de conflitos intersubjetivos de interesses, concebido como instrumento a serviço do direito material, torna-se o gargalo da jurisdição, incapaz de servir com eficiência à tarefa de distribuir justiça com segurança, celeridade e economicidade aos jurisdicionados. Em verdade, o processo torna-se o núcleo duro do sistema judicial, o centro em torno do qual opera a burocracia judiciária, composta de um corpo profissional posicionado à distância da realidade material em que se confrontam os atores sociais (indivíduos e classes), que só se movimenta quando os litigantes exercem, segundo procedimentos pré-constituídos, a pretensão à tutela jurídica, ou seja, o poder cívico de acionar a justiça, o direito processual à solução heterônoma dos conflitos de interesses. Da ciência dessa inadequação do direito processual com a realidade do direito material, tanto pelos consumidores dos serviços judiciários como pelos os operadores jurídicos e cientistas do direito, é que nascem os movimentos pelas reformas, propugnando maior abertura para o acesso à justiça, através da simplificação dos atos processuais, do reforço dos poderes do juiz na instrução e direção do processo, de maior participação das partes e de maior aproveitamento das formas de autocomposição, como a conciliação, a transação e a

pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros e de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou cidadãos, etc., etc.)”.

arbitragem, quer com a mediação de instituições sociais, quer com a mediação ou a intervenção judicial para aproximar e incentivar os litigantes a resolverem seus litígios sem a imposição da sentença, que é a solução heterônoma da lide.

A questão do acesso à justiça, objeto de pesquisas realizadas na Europa e nos Estados Unidos, cujo fastígio se dá a partir dos anos 60, com os estudos pioneiros de Mauro Capelletti, Boaventura de Souza Santos, Renato Trêves, dentre outros, teve repercussões no Brasil, passando a doutrina a trabalhar o direito processual com o instrumental da sociologia jurídica, preocupada com a eficácia dos mecanismos processuais e com a eficiência da máquina judiciária, instrumentos pelos quais se realiza o direito material. Somente e enquanto positivado, sem um instrumental tendente a lhe dar visibilidade e aplicabilidade concreta, sem um processo consistente com a realidade social onde ocorrem os conflitos jurídico-sociológicos, o direito material não passa de mera ficção, de declarações políticas írritas e vãs, de conteúdo vazio, exercendo apenas uma função mistificadora e encobrente da desigualdade real na lei, não obstante a igualdade formal perante a lei, apregoada como panacéia para a administração da justiça.

Manietada por longos anos de ditadura, que empobreceu a luta política, abafou os conflitos sociais e impediu a emergência de formas alternativas autônomas de solução de conflitos de interesses individuais e de classes -- afora as vicissitudes decorrentes da condição de sociedade periférica do sistema capitalista --, a sociedade brasileira, sem voz, viu cada vez mais reprimida a sua demanda por justiça, e o Judiciário viu a queda da sua legitimidade, o aumento de seu descrédito perante enorme parcela da população, não obstante seja, ainda, o portal da esperança de vários segmentos sociais, em especial das classes médias, que sempre fizeram da legalidade vigente a via normal de solução dos litígios, enquanto os estratos populares, os despossuídos e excluídos do sistema econômico e jurídico, buscavam formas próprias de juridicidade, a margem do controle estatal e do direito positivado, para solução de seus conflitos de interesses.

Consciente do vazio político-jurídico criado pela ditadura, a Constituinte de 1988 deu nova conformação ao direito brasileiro, em especial no tocante às garantias e direitos fundamentais da cidadania, criando as possibilidades para ampliar o acesso à justiça, quer através da tutela constitucional dos direitos, quer através de princípios dotados de elevada carga de normatividade e abstração conceitual, e de comandos específicos dirigidos à

instrumentalidade do processo como mecanismo de realização dos direitos, de justiça social e de participação política dos jurisdicionados. É neste contexto que se insere a reforma processual que vem sendo operada pontualmente, mediante leis editadas em 1993 e 1994, que alteraram muitíssimos dispositivos do Código de Processo Civil, instituindo novidades como a antecipação dos efeitos da tutela, o procedimento monitório, o novo procedimento sumário etc, e de leis especiais, como a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a Arbitragem, diplomas legais considerados revolucionários e inovadores, mesmo sem a tomada das correspondentes providências legais e administrativas de reaparelhamento do Judiciário e sem a necessária mudança conceitual do sistema de administração da Justiça.

No tocante à Lei nº 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, açodado pelas exigências de acesso à justiça, como meio de realização da segurança social e de solução da crise judiciária, o legislador acabou por ser afoito e por desconsiderar variáveis sociológicas importantes, internas e externas ao sistema judiciário, que estão na raiz do problema da crise da administração da justiça, tais como a estrutura material e humana dos órgãos judiciários de primeira instância da justiça comum, a inexistência de serviços de assessoria e de assistência jurídica permanente aos necessitados, bem como a existência de um processo de caráter individualista, da limitação da legitimidade processual e do interesse de agir, incompatível com a natureza dos conflitos ocorrentes nas sociedades de consumo, nos quais, no geral, não estão em disputa interesses individuais, mas, sobretudo, interesses transindividuais, coletivos e difusos, pelos quais se confrontam consumidores e fornecedores, inquilinos e proprietários, homens e mulheres, minorias marginalizadas e, inclusive, o cidadão contra o Estado.

Na verdade, foram outros os valores que inspiraram o legislador infraconstitucional a editar a Lei nº 9.099/95, quais sejam, informalizar a justiça das chamadas *pequenas causas* e simplificar o processo, dotando a jurisdição de um procedimento célere e econômico, centrado em princípios processuais como a oralidade, a imediação do juiz, a concentração dos atos processuais, incentivando ao máximo os institutos da conciliação, da transação e da arbitragem, e reduzindo ou eliminando remédios jurídicos recursais ou autônomos de impugnação das decisões judiciais. Aqui, novamente, o legislador foi afoito e incorreu em erros de técnica legislativa, editando uma lei preñe de defeitos técnico-processuais que lhe retiram eficiência e

eficácia como instrumento processual de aplicação do direito material e de composição de conflitos, sem contar que em vários momentos relegou a segundo plano as garantias processuais, sem as quais, em várias situações, tornar-se-á impossível a defesa do direito controvertido no processo, levando as partes a terem de se conformar com situações jurídicas causadoras de lesão irreparável a direitos ou ofensivas a direitos fundamentais da cidadania. Aliás, pensou o legislador que a legitimidade do Judiciário, a efetividade do direito material e a própria Justiça mais se realizam pela quantidade do que pela qualidade dos provimentos jurisdicionais. Em outras palavras, é melhor correr o risco de se proferir decisões injustas, defeituosas ou legalmente deficitárias, com celeridade e baixo custo, obtidos pela informalidade e simplicidade e sumarização da cognição judicial, imunizadas pela autoridade da coisa julgada¹⁵³, do que a submeter o jurisdicionado às delongas de um processo que prima pela certeza do direito, pela justiça da decisão e pelo acolhimento integral das garantias processuais do devido processo legal. Assim, entre a opção pelo acesso à justiça e o devido processo legal, prevalece a primeira mesmo que a custo de situações jurídicas que resultem em prejuízos a direitos dos litigantes que demandam a jurisdição do Estado para a solução dos seus conflitos de interesses.

No plano específico, várias são as deficiências da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: a primeira, a *vacatio legis* de apenas sessenta dias, tempo insuficiente para que os operadores jurídicos pudessem adaptar-se à compreensão e ao manejo das suas formas e os órgãos judiciários fossem aparelhados com os recursos humanos e materiais necessários à aplicação eficiente das suas normas e da nova concepção instrumental de materialização do direito substantivo e de acesso ao Poder Judiciário. Outra, os defeitos de elaboração que resultaram na má definição da competência, que ensejaram diatribes doutrinárias ainda não resolvidas, a dispensabilidade do advogado, das custas e despesas processuais e dos honorários de sucumbência, no primeiro grau de jurisdição, gerando o desinteresse dos advogados, bem como impedindo o juízo, em vários casos, de promover a realização de atos judiciais indispensáveis à solução do litígio, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, sem que, para tal, fosse excluído do microssistema processual o princípio da preclusão, além da

¹⁵³ Referindo-se ao ideal de verdade consentâneo com o processo civil moderno e do contraste entre os valores justiça e certeza, Dinamarco (1993:231) diz que: “O processualista moderno sabe que a verdade não constitui escopo processual e, no conhecimento, a sua descoberta é somente um passo importante acerca da vontade concreta do direito, ou seja, sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas. (...) O processualista moderno sabe também que a coisa julgada é autoridade que incide sobre os efeitos da sentença de mérito e que tem a sua própria configuração jurídica: ela não se define como ficção ou presunção de verdade, mas somente cria ‘a irrevocabilidade jurídica do comando, sem se preocupar em estabelecer se as premissas psicológicas das quais esse comando nasceu são premissas de verdade ou de mera verossimilhança’.”

atécnia da Lei Nº 9099/95 na regulamentação dos recursos cabíveis das sentenças de primeiro grau a cargo dos Colégios Recursais que, embora sejam órgãos de primeira instância, reservou-lhes a Constituição as funções típicas do duplo grau de jurisdição.

Ademais, deixa a lei um claro imperdoável relativamente à interposição do recurso extraordinário e do recurso especial, da competência originária, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: o primeiro destinado recorrer da decisão judicial, proferida em única ou última instância, que contrariar dispositivo da Magna Carta ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição Federal (CF/88, art. 102, III, *a, b e c*); o segundo, destinado a recorrer da decisão judicial, proferida em única ou última instância, que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência ou julgar válida lei ou ato de governo local em face de lei federal, ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, *a, b e c*).

Deste modo, as falhas do microsistema processual dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais esperam por modificações legislativas que, sabemos, requerem amplas articulações políticas, nem sempre possíveis em face dos interesses políticos das forças sociais e políticas representadas no Parlamento, ou por construção doutrinária e jurisprudencial, que exige longo processo de maturação e de eliminação de divergências, por si sós causadoras de estranhamentos e perplexidades dos jurisdicionados em face de decisões diferentes para situações semelhantes, que tanto confundem quanto trazem descrédito à função judicante do Poder Judiciário.

Ao longo deste trabalho tivemos oportunidade de demonstrar nosso inconformismo com a vedação da ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis, não obstante não haver restrição expressa para a rescisão dos atos judiciais que não dependem de sentença ou em que esta for meramente homologatória, que pode ser processada na forma do art. 486 do Código de Processo Civil. Entretanto, ficou também demonstrado que as ações de invalidade (ação de nulidade e a ação anulatória), afora os embargos do devedor (CPC, art. 741, I) se, por um lado, se prestam a desfazer, a rescindir ou desconstituir os atos jurídicos das partes, por outro não servem para atacar as decisões de mérito transitadas em julgado, revestidas da autoridade da coisa julgada, base do princípio da segurança jurídica e, portanto, da imutabilidade e da indiscutibilidade dos provimentos jurisdicionais.

Com efeito, diante de tão largo espectro de possibilidades, aberto pelo art. 485 do Código de Processo Civil -- viga mestra do sistema processual brasileiro, norma subsidiária para todos os processos especiais --, não há como imaginar que nos Juizados Especiais Cíveis não ocorram uma ou mais das hipóteses que ensejam cabimento da rescisão dos julgados. Afigura-se-nos insustentável que o órgão judicial -- tanto no primeiro grau, composto por juízes, árbitros, conciliadores, como nos Colégios Recursais --, não seja acometido de funcionamento irregular, ou não profira maus julgamentos, em virtude de inépcia, desatenção ou incúria, ou mesmo pressa no deslinde das questões de direito e de fato relevantes para a solução do litígio, ou não haja incorreção voluntária ou involuntária, ou violação da lei ou do direito dos contendores. O mesmo se diga das partes: não se pode pensar que elas jamais se sirvam da justiça para fraudar a lei e prejudicar terceiros, porque as causas que trazem a juízo ou não são complexas ou são de baixo valor econômico, tal que dispensa a higidez da prestação jurisdicional. Ou, como querem alguns: é melhor proferir uma decisão, correndo o risco de cometer *injustiça*, ou contendo erros ou defeitos, que, pelo menos, “aplaca as incertezas e elimina o estado anti-social de insatisfação, do que deixar perdurar o conflito angustiante, ou a litispendência extremamente aflitiva decorrente da espera do resultado final do processo, após instaurado”. Esta é a posição de Dinamarco (1993:270) embora diga, em candentes palavras, que a efetividade do processo e a instrumentalidade das formas “constitui expressão da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”, ou seja, o processo deve ser instrumento conducente “a eliminar insatisfações com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”

A vedação da ação rescisória, segundo o entendimento que expressamos, constitui afronta a valores político-jurídicos estampados na Constituição Federal, em especial os princípios da isonomia, da garantia da jurisdição, do devido processo legal, na sua vertente substantiva, o que nos permite dizer que o legislador gerou o art. 59 da Lei nº 9.099/95 sob a eiva de inconstitucionalidade material, de vez que nenhuma lei pode limitar o acesso à justiça, ainda que seja para atacar decisão judicial coberta com o manto da coisa julgada, sobre a qual pesam *errores in judicando* ou *errores in procedendo*. Visto que a vedação legal da ação rescisória atenta contra as garantias constitucionais do processo, propugnamos pela arguição da inconstitucionalidade: embora fechada a arguição por via incidental, temos como cabível o

ajuizamento da ação rescisória no Tribunal de Justiça e, pelo caminho da antecipação dos efeitos da tutela, requerido em preliminar (CPC, art. 273), obter-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 59, reafirmando, no pedido principal, o requerimento de ratificação da declaração de inconstitucionalidade, permitindo-se assim, o juízo rescindente e, se necessário, o conseqüente juízo rescisório, para ver julgada a matéria de fundo controvertida na relação jurídica processual, objeto do processo que tramitou no primeiro grau de jurisdição. Reconhece-se, todavia, que o procedimento proposto só é possível no plano teórico e, portanto, sua admissibilidade depende de construção jurisprudencial, a partir de casos concretos submetidos à apreciação dos Tribunais, que são os órgãos dotados de competência para o processo e julgamento da ação rescisória das sentenças proferidas no primeiro grau de jurisdição, inclusive, no caso dos Juizados Especiais Cíveis, também dos acórdãos proferidos pelos Colégios Recursais.

A par da necessidade das modificações já identificadas por parte da doutrina para aperfeiçoamento da Lei nº 9.099/95, propomos, *de lege ferenda*, a modificação do dito art. 59, conferindo-lhe nova redação, integrando a ação rescisória como remédio jurídico exercível no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, aproveitando dos dispositivos do Código de Processo Civil:

1. os pressupostos genéricos e específicos da ação rescisórias constantes do *caput*, dos incisos I a X, bem como as normas explicativas dos parágrafos 1º e 2º, art. 485.

2. as normas sobre legitimidade, constantes do art. 487, os requisitos da petição inicial constante do *caput* e incisos do art. 488, desprezando-se o parágrafo único deste artigo, em face do que dispõe o art. 8º da Lei nº 9.099/95.

3. fixar a competência do Tribunal de Justiça, ou dos Tribunais de Alçada, onde houver, para o processo e julgamento da ação rescisória, mantendo-se as demais normas processuais constantes dos arts. 489 a 494, de vez que são compatíveis com o princípio da instrumentalidade das formas que informam o processo civil.

4. alterar de 5% (cinco por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa o depósito a que alude o inciso II, do art. 488, do CPC, com vistas a inibir ou desestimular o sucumbente *caprichoso* ou *renitente* a valer-se do remédio heróico da rescisória.

5. modificação do prazo de propositura da ação rescisória, reduzindo-o para 120 (cento e vinte) dias, contados a partir do trânsito em julgado da decisão proferida nos Juizados Especiais Cíveis, em vez dos 02 (dois) anos previstos no art. 495 do CPC, de molde a compatibilizar o uso do remédio heróico da rescisória com o princípio da celeridade processual que informa o microsistema processual da Lei nº 9.099/95.

Decorridos menos de dois anos da edição da Lei nº 9.099/95, temos ciência de que alguns Juizados Especiais Cíveis estão a meio caminho do destino que sucedeu com o *finado* rito sumaríssimo do Código de Processo Civil, o qual foi alcunhado pelos críticos de *ordinaríssimo*. Se tal vem ocorrendo, deve-se a vários causas: a uma, já nos referimos, às deficiências do texto legal; a duas, pela falta de aparelhamento do Poder Judiciário e inadequação da divisão e organização judiciárias da Justiça comum; a três, a inadequação do processo como instrumento de solução *individual* de conflitos de interesses em contraste com a coletivização dos conflitos, típicos das sociedades de massas; a quatro -- mas não a derradeira --, a mentalidade formalista, a formação dogmática, o apego às velhas estruturas e a repulsa a mudança por uma grande parte dos operadores jurídicos e dos responsáveis pela administração da justiça.

Só por isso se vê que não é a vedação da ação rescisória -- nem mesmo a máxima limitação dos recursos, como ocorre na Lei nº 9.099/95 -- que irá dar maior celeridade ao microsistema processual dos Juizados Especiais. Não são estes remédios as nódoas da Justiça, ou os obstáculos à instrumentalidade das formas e à efetividade do processo, mas sim a *burocâncerocracia* em que se enredou o Judiciário, por culpa sua e do legislador, que faz do processo um instrumento a serviço do poder, um refúgio ou escudo para os fortes denegar justiça aos fracos ou fazer letra morta os direitos dispostos na leis. A instrumentalidade das formas e o processo como instrumento efetivo de composição de conflitos de interesses só será possível se houver a mudança de mentalidade dos juizes, a reformulação das estruturas jurídicas, ou seja, no ensino jurídico, na organização judiciária e na legislação material e processual. Se não, o *acesso à justiça* deixará de ser princípio ético-político fundante da cidadania e da jurisdição para ser tão somente uma ideologia encobrinte da desigualdade social que sustenta um Estado que, no curso da História, como diz Bernard Chantebout (1977:37), nada mais foi que um “mandatário infiel, poder delegado que se subtraiu à vontade de seus comitentes”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Malheiros, 1996.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 17.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. vol. X: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 1994.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. Vol. I e II. 3.ed. rev. aum. e atual. São Paulo, Ltr, 1995.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- CHANTEBOUT, Bernard. *Do Estado: uma tentativa de desmitificação*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977.

- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, RT, 1995.
- CUNHA, J. S. Fagundes. *Recursos e impugnações nos juizados especiais cíveis*. Curitiba, Juruá, 1996.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. vol. I e II, edição universitária. Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo, Saraiva, 1996.
- _____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil*. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1988.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*. São Paulo, RT, 1995.
- _____. *Da competência nos juizados especiais cíveis*. São Paulo, RT, 1996.
- FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à lei de pequenas causas*. São Paulo, Livraria de Direito, 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo, RT, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 1996.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo, Saraiva, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo, RT, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I, arts. 1º a 45. 5.ed. rev. e aum. com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III, arts. 154-281. 3.ed. rev. e aum. com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

- _____. *Tratado das ações*. Tomo I: ação, classificação e eficácia. 2. ed. São Paulo, RT, 1972.
- _____. *Tratado das ações*. Tomo II: ações declarativas. São Paulo, RT, 1974.
- _____. *Tratado das ações*. Tomo IV: ações constitutivas. São Paulo, RT, 1973.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo, Atlas, 1991.
- MONTENEGRO, César. *Dicionário de prática processual civil*. Vol. I e II. 13.ed. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 1996.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 26. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1995.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo, RT, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, RT, 1996.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação rescisória: enfoques trabalhistas - doutrina, jurisprudência e súmulas*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo, RT, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. 3. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2.ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo, Acadêmica, 1994.

_____. *Juizados especiais cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes*. *Gênese* (1), jan./abr. Curitiba, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo, Cortez, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. I, 17. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1994.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Teoria e prática da ação rescisória*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros, 1993.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo, Ltr, 1994.

_____. *A sentença no processo do trabalho*. 2.ed. São Paulo, LTr, 1996.

_____. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 8. ed. São Paulo, LTr, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo et alii. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo, Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

_____. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo, RT, 1993.

_____. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo, Saraiva, 1989.

VALLE, Christino Almeida do. *Teoria e prática da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro, Aide, 1990.