

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

GISLAINE JUST CIPRIANI

**AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA/
ACIDENTÁRIA E A COGNIÇÃO EXAURIENTE ENQUANTO INSTRUMENTO DE
APLICAÇÃO DA JUSTIÇA DAS DECISÕES**

CRICIÚMA

2012

GISLAINE JUST CIPRIANI

**AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA/
ACIDENTÁRIA E A COGNIÇÃO EXAURIENTE ENQUANTO INSTRUMENTO DE
APLICAÇÃO DA JUSTIÇA DAS DECISÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Maurício Colle de Figueiredo

CRICIÚMA

2012

GISLAINE JUST CIPRIANI

**AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA/
ACIDENTÁRIA E A COGNIÇÃO EXAURIENTE ENQUANTO INSTRUMENTO DE
APLICAÇÃO DA JUSTIÇA DAS DECISÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de pesquisa em Direito Constitucional, Processual Civil e Previdenciário.

Criciúma, 10 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maurício Colle de Figueiredo – Especialista - (UNESC) - Orientador

Prof. MSc. Maurício da Cunha Savino Filó - (UNESC)

Prof^a. Renise Terezinha Mellilo Zaniboni - Especialista - (UNESC)

Dedico este trabalho aos meus pais por terem me proporcionado a possibilidade de chegar até aqui, sempre cultivando o verdadeiro sentido da existência.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por iluminar e guiar meus caminhos para vencer mais essa etapa da minha vida.

Agradeço aos meus pais, Hermes e Tânia, por tudo sempre.

Aos meus irmãos, Felipe e Gustavo, por existirem e pela colaboração para que eu elaborasse este trabalho.

À Professora MSc. Geralda Magella de Faria Rossetto, cuja inteligência, cultura e vitalidade tem sido decisivas em minha formação.

Ao professor orientador Maurício Colle de Figueiredo pela paciência, profissionalismo e generosidade o qual me acolheu.

Aos professores MSc. Maurício Savino Filó e Renise Terezinha Mellilo Zaniboni, com muito carinho, que tão prontamente aceitaram o convite para integrarem à Banca.

Aos meus colegas e professores desta universidade pelos momentos engrandecedores nesses cinco anos juntos.

Ao funcionário da biblioteca Lauro Luís de Henrique, na pessoa de quem agradeço a todos os funcionários desta instituição.

Ao meu namorado, pela presença, paciência, apoio e incentivos, ajudando-me na conclusão do presente trabalho.

Aos amigos que, de uma forma ou de outra, sempre torceram pelo sucesso desta empreitada...

“[...] não sei, nem posso dizer, o que é a justiça, a justiça absoluta que a humanidade está buscando. Devo contentar-me com uma justiça relativa e só posso dizer o que é a justiça para mim. Uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante da minha vida, a justiça, para mim, é a ordenação social sob cuja proteção pode prosperar a busca da verdade. A ‘minha’ justiça, portanto, é a justiça da liberdade, a justiça da democracia: em suma a justiça da tolerância.” (LOSANO, em introdução à edição Italiana, de “O Problema da Justiça”, KELSEN, Introdução, XXXI, 2003).

RESUMO

O presente estudo tem como escopo examinar a ação rescisória em matéria Constitucional Previdenciária/acidentária e a cognição exauriente enquanto instrumento de aplicação da justiça das decisões. A expressão justiça, independentemente dos seus muitos conceitos, é utilizada neste a partir de três pontos, ilustradores das características de sua lexia. Assim, o conceito de justiça associa-se às ideias de segurança e verdade a qual pressupõe a revisão do julgado por instâncias e juízes experientes, possibilitando a ampla defesa e a segurança jurídica. Sem a observância de tais pressupostos dificilmente a justiça das decisões se estabelecem. Também, na dinâmica da relação processual o conceito de justiça confunde-se com o próprio conceito do processo, de uma ordem jurídica justa, adequada, razoável e célere, e, nesse contexto, instrumento de acesso de justiça das decisões. Por fim, recorre-se ao conceito kelseniano de uma justiça que se volta para a descrição do que de fato é valorado como justo, sem ser um juízo de seu próprio valor. Para atingir o objetivo firmado, divide-se o trabalho em três partes fundamentais: (a) primeiro propôs-se estudar os princípios, as normas e as regras; (b) sequencialmente, passa-se a examinar a ação rescisória, em seus aspectos gerais, concepções, fundamentos, competência e pressupostos; Por fim, (c) intenta-se estabelecer um paralelo entre as duas fontes de estudo, no caso a ação rescisória constitucional e a matéria previdenciária/acidentária, demonstrando que a cognição exauriente é instrumento representativo de justiça das decisões. A pesquisa se caracteriza como qualitativa, com emprego do método hipotético-dedutivo e por método de procedimento o descritivo e argumentativo, sendo, ainda, bibliográfica e documental, com emprego de livros, revistas especializadas, e jurisprudências. A título de consideração final, e pontuando a relevância de se estudar essa temática, tem-se a importância do processo enquanto instrumento de aplicação da ordem jurídica justa, cabendo finalizar com (Passos, 2001 apud Silva, 2008a), segundo o qual “não há um direito fora do processo de sua produção; só há direito que o processo produz”.

Palavras-chave: Processo. Ação Rescisória. Matéria Constitucional Previdenciária/acidentária. Cognição Exauriente. Justiça.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
AgRg Resp	Agravo Regimental no Recurso Especial
arts.	Artigos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
n.	Número
p.	Página
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A TUTELA JURISDICIONAL GARANTIDA PELO ESTADO E OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	14
2.1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS CONCEPÇÕES INTERPRETATIVAS.....	14
2.2 CONCEITUALIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS.....	18
2.2.1 Os Princípios	18
2.2.2 Normas: Aspectos destacados	20
2.2.3 As regras: Aspectos destacados	21
2.2.4 Colisão entre Princípios, Normas e Regras e as condições de aplicabilidade de um ou de outro.....	22
2.3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	25
2.4 PRINCÍPIO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	29
2.5 CONCILIAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES	29
2.6 MEDIAÇÃO	31
2.6.1 Mediados.....	33
2.6.2 Mediadores.....	33
2.7 ARBITRAGEM.....	33
2.7.1 Do Árbitro:.....	34
2.7.2 Do Procedimento:.....	35
2.7.3 Da sentença Arbitral:.....	36
2.7.4 Sentenças arbitrais estrangeiras:.....	36
3 AÇÃO RESCISÓRIA: ASPECTOS GERAIS.....	38
3.1 CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS ACERCA DA AÇÃO RESCISÓRIA.....	38
3.1.1 Natureza jurídica	43
3.1.2 O objeto da ação rescisória: a coisa julgada formal e a material	44
3.2 DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E PARA JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA	47
3.2.1 Legitimidade para propor a ação rescisória:.....	49

3.3 PRESSUPOSTOS E PRETENSÃO PROCESSUAIS PERTINENTES À AÇÃO RESCISÓRIA.....	50
4 O PROCESSO ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E A FUNÇÃO DA COGNIÇÃO EXAURIENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL EM FACE DAS AÇÕES RESCISÓRIAS EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA/ACIDENTÁRIA NA ESFERA DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	65
4.1 O processo enquanto instrumento de realização da justiça frente aos meios de revisão do julgado e a cognição exauriente judicial.....	69
4.2 A rescisória em matéria constitucional previdenciária/acidentária na esfera do Regime Geral de Previdência Social.....	73
4.2.1 Matéria Previdenciária-Acidentária - aspectos destacados	75
4.3 Ação Rescisória frente à injustiça que autoriza a quebra da coisa julgada.....	79
5 CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	87

1 INTRODUÇÃO

O presente tem o propósito de analisar a ação rescisória em matéria Constitucional Previdenciária/acidentária e a cognição exauriente enquanto instrumento de aplicação da justiça das decisões.

O estudo elegerá três pontos norteadores do trabalho, quais sejam, o exame da coisa julgada, do processo enquanto instrumento e o estabelecimento da ordem jurídica justa que na dinâmica das relações vão conceder ao Estado Democrático de Direito a marca necessária de uma perspectiva de segurança jurídica, que é muito importante ao construto da Justiça na sua vocação de distribuição das decisões.

No caso, a temática eleita recairá sobre a matéria Constitucional Previdenciária/acidentária que fora tomada neste por conta de sua abordagem qualitativa e quantitativa no foro e na doutrina, além de tratar-se de direitos sociais, vinculados ao direito constitucional, o que permitirá o contorno necessário à abordagem.

A título de esclarecimentos, presta os seguintes indicativos:

- a) a indicação jurisprudencial porventura citada neste será tomada de forma aleatória, sem a adoção de critérios estatísticos é obtida por meio de pesquisa com palavra-chaves e terá o condão de ilustrar este estudo.
- b) considerando a importância nesse estudo da problemática da justiça, a pesquisa elegeu o conceito de Kelsen o qual aborda a questão da Justiça através de três obras: O problema da Justiça (2003), A Ilusão da Justiça (2000) e O que é Justiça? (2001), que se encontram indicadas na referência, sendo que esta pesquisa encontrou nos ensaios do livro “O que é Justiça?”, a melhor aproximação com a proposta deste estudo, posto que tais ensaios “tratam dos problemas da justiça e de suas relações com o Direito, a filosofia e a ciência” (Prefácio, 2001, anotado pelo próprio autor em janeiro de 1957).

Assim, a despeito da expressão justiça, que detém significância no conjunto da análise, apresentação e disposição da problemática deste, convém seja

apontado quais os seus sentidos na linha aplicativa da pesquisa. Tem-se que, independentemente dos muitos conceitos que a palavra Justiça desperta, esta é utilizada neste a partir de três pontos, ilustradores das características de sua lexia. Assim, o conceito de justiça associa-se aos ideais de segurança e verdade que pressupõem a revisão do julgado por instâncias e juízes experientes, possibilitando a ampla defesa e a segurança jurídica. Sem a observância de tais pressupostos, dificilmente a justiça das decisões se estabelecem. Também, na dinâmica da relação processual o conceito de justiça confunde-se com o próprio conceito do processo, de uma ordem jurídica justa e adequada, razoável e célere, e nesse contexto, instrumento representativo de justiça das decisões.

Todos os três conceitos, conforme serão indicados no trabalho, concorrem igualmente para a delimitação de um conceito que se volta para o próprio sentido da ordem jurídica justa sem a qual a compreensão do justo, submetido à prestação da tutela jurisdicional, restará afastada da decisão do caso, ou equivalente à justiça em tese, e não a justiça do caso. É preciso ocupar-se com a autonomia do processo perante o direito material, o que equivale afirmar que o processo contém uma potência tal que garante um grau de resolatividade cujo fim é prestar a justiça.

Partindo dessas premissas iniciais, a pesquisa tem por objetivo avaliar se a ação rescisória em matéria constitucional Previdenciária, na perspectiva da cognição exauriente é representativa de instrumento de aplicação da justiça das decisões.

A despeito do cumprimento metodológico, é imperioso apontar que o trabalho partirá das seguintes hipóteses que foram apontadas desde a construção do projeto:

- a) Básica:** Se a prestação jurisdicional não chegar a um resultado justo, ainda assim é importante que a pendência judicial tenha caráter definitivo e imutável. (Coisa julgada). Sob a perspectiva de que a ação rescisória objetiva desfazer a coisa julgada, convém que a pendência judicial seja objeto de desconstituição visando potencializar a justiça das decisões;
- b) Secundária:** De forma diversa, no plano da pacificação social é importante a estabilidade das decisões. Porém, se a prestação

jurisdicional chegar a um resultado justo, não convém que esta seja desconstituída pela via da ação rescisória.

Além disso, esta pesquisa se caracteriza como qualitativa, com emprego do método hipotético-dedutivo. Utiliza por método de procedimento o descritivo e argumentativo, sendo, ainda, bibliográfica e documental, com emprego de livros, revistas especializadas, e jurisprudências.

Para atingir o objetivo firmado, o trabalho será dividido em três partes norteadoras da proposta em estudo. Primeiro, pretende-se estudar os princípios, as normas e as regras visando a fornecer uma base principiológica à matéria constitucional que, de igual sorte, irá servir de fundamento à matéria previdenciária/acidentária em seus principais aspectos, pontuando a sua compreensão na perspectiva da cognição exauriente.

Sequencialmente, propõe-se examinar a ação rescisória em seus aspectos gerais, concepções, fundamentos, competência e pressupostos extraíndo os aspectos tidos por mais pertinentes para a temática.

Por fim, intenta-se estabelecer um paralelo entre as duas fontes de estudo, no caso a ação rescisória constitucional e a matéria previdenciária/acidentária, demonstrando que a cognição exauriente é instrumento representativo de justiça das decisões.

Dentro desse contexto, a importância de estudar o tema requer examinar quais os instrumentos jurídicos devem ser utilizados para que se consiga chegar cada vez mais próximo da satisfação daquele que busca no Estado de Direito amparo legal visando a um tratamento justo.

2 A TUTELA JURISDICIONAL GARANTIDA PELO ESTADO E OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL.

Para iniciarmos o presente trabalho, investigar-se-á primeiramente, o fenômeno da interpretação no Estado Democrático de Direito voltada para a dinâmica das relações processuais com o objetivo de melhor entender os conceitos jurídicos de princípios, normas e regras a despeito de que o sentido de tais institutos será importante para a compreensão do conceito de justiça, e que, também, a seu modo, e enquanto proposta desse estudo, a noção de justiça seguirá apresentada nesse associada aos ideais de segurança e verdade, princípios basilares do Estado Democrático de Direito, igualmente comprometidos com o próprio conceito do processo, de uma ordem jurídica justa, adequada, razoável e célere, e, nesse contexto, instrumento de acesso de justiça das decisões.

Em segundo plano, faz-se *mister* diferenciar os princípios, as normas e as regras.

Logo após, no terceiro momento, se examinará a colisão entre princípios, normas e regras e as condições de aplicação de um ou de outro.

2.1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS CONCEPÇÕES INTERPRETATIVAS.

O Estado Democrático de Direito, ou, em outras palavras, o Estado regulamentado pelo direito disposto na dimensão de uma base cujo construto assenta-se na democracia, teve seu nascimento no século XIX, como forma de negação ao Estado formado e regido pelo poder absoluto, sob a coerção da polícia, predominante no século XVIII. Representativo de uma espécie com valores aludidos, ainda que, de modo sistemático, onde se objetivava promover a extinção de arbitrariedade na esfera estatal atuante entre os cidadãos. (FERRI, 2006).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CRFB/1988), emprega a expressão Estado Democrático de Direito de forma adequada, posto que qualifica o Estado, dando ênfase aos elementos constitutivos deste e à ordem jurídica. (SILVA, 2011, p. 119).

Como aduz Canotilho, (2003, p. 98), não se pode limitar apenas a um Estado de Direito, ou seja, aquele que possui uma constituição, e sim deve estar estruturado no “Estado Democrático de direito, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”.

Tal Democracia é realizada a partir de um processo social de convivência em uma sociedade livre, justa e solidária, onde o poder nasce do povo, e tem a finalidade de ser exercido sempre em proveito deste, seja de forma direta ou indireta (por representantes eleitos), com caráter participativo, através do processo de decisão concomitante a formação dos atos de governo, além de pluralista, respeitando a vasta gama de ideias, etnias e culturas, alargando as diversas possibilidades e formas de convivência em organizações onde há um enorme número de interesses divergentes. (SILVA, 2011, p. 119).

Contudo, “o direito, então imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular” e ajusta-se aos interesses coletivos. (SILVA, 2011, p. 119).

Ressalta-se, porém, que a CRFB/1988 não assegura a transição para o socialismo através do Estado Democrático de Direito, e sim, trabalha as perspectivas de realização social de modo amplo, com a prática dos direitos nela inscritos, direitos estes ditos sociais, e pela efetivação dos instrumentos oferecidos de cidadania, possibilitando a concretização de exigências de um Estado vinculado a justiça social. (SILVA, 2011, p. 120).

É no Estado Democrático de Direito que se destaca a importância da lei, de modo que esta não deve apenas regulamentar de forma normativa, como “lei de arbitragem”. Mais que isso, ela deve sair dessa esfera para atuar na realidade social, exercendo sua função transformadora - ao passo que impõem mudanças democráticas sociais e tutela a sobrevivência de valores já existentes na sociedade. (SILVA, 2011, p. 121-122).

O papel fundamental do Estado Democrático de Direito impera em minimizar as desigualdades sociais de cada região e instalar um regime Democrático a fim de cumprir com a realização da justiça social. (SILVA, 2011, p. 122).

O fenômeno da interpretação no Direito tem por finalidade compreender que qualificar princípios, normas ou regras requer, antes de tudo, determinados pré-

conceitos que existem anteriormente ao processo de interpretação. (ÁVILA, 2011, p. 27).

Na visão de Humberto Ávila, (2011, p. 31), a função da ciência do Direito não pode ser considerada apenas como mera descrição de fatos. Ela deve levar em conta também a existência de um significado intrínseco, independentemente do uso ou da interpretação. Isso porque, no momento da interpretação, deve-se levar em conta a existência de um significado já posto, seja a respeito de um texto, na comunicação de uma informação ou conhecimento, ou simplesmente na intenção do autor.

Diante disso, pode se dizer que a interpretação se caracteriza como um ato de decisão que constrói a “significação e os sentidos de um texto”. (ÁVILA, 2011, p. 32).

A respeito da referida concepção, refere Dworkin (2005, p. 217) que “[...] a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profundo e inteiramente político”.

O intérprete não traduz um significado único e correto. De outra monta, ele constrói formas ou versões de linguagem – vez que a linguagem não é algo pré-dado e sim se materializa no uso ou com o uso. Então o papel do legislador se coaduna em construir os significados. (ÁVILA, 2011, p. 32).

De mesma sorte, Miguel Reale busca desenvolver essa acepção ao passo que nos conduz a entender que, para conhecermos algo, é necessário ver a realidade bruta com a possibilidade de ser absorvido por sensações concomitante ao intelecto.

Assim, aduz Reale:

O conhecimento de algo não surge *ex nihilo*, como mera projeção subjetiva, mas representa um processo de interpretação da coisa que se lhe apresenta, havendo, pois, um ato hermenêutico da coisa para a qual a consciência intencional se dirige. (2000, p. 30-31).

Desse modo:

O conhecimento tem, portanto, sentido hermenêutico, de interpretação e desenvolvimento do que está insito no real, porque conhecer é conhecer

algo, sendo sua essência interior. Por outras palavras se não houvesse um a priori material no mundo das sensações, como pré - noção a ser esclarecida e determinada, o ato do conhecimento seria impossível. (REALE 2000, p. 40).

Com efeito, entende-se que algo é o que é até que se ofereçam novos fatos para serem interpretados por conta de estruturas preexistentes no processo de cognição que lhes fazem interpretar algo já existente.

Não sendo demais lembrar, têm-se algumas expressões que fazem parte do nosso dia a dia, na linguagem comunitária, tais como, mãe, vida, morte, são reconhecidas por membros de uma comunidade linguística que possuem as mesmas ideias, ou seja, a comunicação linguística esbarra-se em certos limites, predeterminados. (ÁVILA, 2011, p. 33).

Daí, podemos dizer que a interpretação é constituída de construção e reconstrução de sentido, de modo que esta se dá muitas das vezes a partir de significados preexistentes que foram construídos por uma determinada comunidade.

Nesse sentido, assevera Humberto Ávila:

Dai se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites á construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, a qual são incorporados núcleos de sentidos, que são por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. (2011, p. 33-34).

Com base no texto exposto, conclui-se que o Poder Judiciário e a ciência do Direito, na sua tarefa de interpretação no Estado Democrático de Direito, constroem significados, dentro dos limites já existentes na sociedade, de modo que o intérprete deve interpretar o texto constitucional com um olhar para os fins e os valores implícitos na linguagem constitucional. (ÁVILA, 2011, p. 35).

É de bem saber que os princípios foram utilizados como elementos que serviram como auxiliares na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Agora passaremos a diferenciar os princípios, as normas e as regras.

2.2 CONCEITUALIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS

2.2.1 Os Princípios

Ferreira conceitua princípio em diversas concepções, como veremos a seguir:

Princípio [Do lat *principiu.*] S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem (...) 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe (...) 6 . Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [“São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.”] (grifo acrescentado). (FERREIRA, 1986, p. 1.393, apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 46).

Posteriormente, à luz do pensamento do mesmo autor, encontra-se outra nota a respeito, dessa vez no plural. Destaque-se: “Princípios.(...)4.Filos Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior desta ciência deve estar subordinado”. (FERREIRA, 1986, p. 1.393 *apud* ESPÍNDOLA, 1998, p. 47).

Barreto fornece a seguinte tradução: “Etimologicamente, a palavra princípio de matriz grega e origem no latim *principium*, significa início, começo e poder, tendo tido grande importância em estudos políticos e filosóficos”. (BARRETO, 2006, p. 657).

A ciência do Direito foi além do conceito literal e ampliou o seu olhar, de modo a dar maior amplitude ao mundo jurídico, buscou usar os princípios como normas jurídicas, a qual se difere das regras. (BARRETO, 2006, p. 657).

Nesse sentido, têm-se várias distinções elencadas por diversas correntes entre as quais, podemos na doutrina dividir e optar por uma ou outra, a partir de autores que constroem “uma distinção gradual” e, de outra sorte, autores que “sugerem diferenças semânticas” de acordo com a lógica e a estrutura no que diz respeito a princípios e regras. (BARRETO, 2006, p. 657).

De acordo com a primeira corrente, a qual expõe uma visão gradual, os princípios são de modo geral como normas, e possuem alto índice integrativo. Assim, podem ser utilizados por diversas situações e, igualmente, atingir uma

população indeterminada de sujeitos em múltiplas ocasiões e formas subjetivas. (BARRETO, 2006, p. 657).

Na visão de Josef Esser, princípios são normas que contêm fundamentação para resolução de um caso concreto. (ESSER, 1999, p. 51 *apud* ÁVILA, 2011, p. 35).

Outrossim, Karl Larenz, conceitua princípios como normas de extrema importância para o ordenamento jurídico, de modo que criam fundamentos objetivando melhor interpretação e maior aplicabilidade do direito, decorrente de normas de comportamento, seja de forma direta ou indireta. (LARENZ, 1993, p. 474 *apud*, ÁVILA, 2011, p. 35).

Conforme precípua Canaris, os princípios possuem um conteúdo axiológico explícito, sendo necessária a presença de regras para sua complementação. (CANARIS, 1982, p. 50, 53 e 55 *apud* ÁVILA, 2011, p. 36).

Já com base na segunda corrente, não podemos deixar de expor os ensinamentos de Dworkin e Alexy.

Essas doutrinas sustentam que os princípios são normas que se caracterizam por seu modo de aplicação conforme ponderação, podendo ser aplicados em vários graus, permitindo ou proibindo algo. (BARRETO, 2006, p. 658).

Sustentam que “princípios são espécie do gênero norma de direito,” que atualmente se acrescenta uma nova espécie da categoria normativa que são valores jurídicos. (ESPÍNDOLA, 1998, p. 61).

Para Dworkin (2002, p. 36), denomina-se princípio um padrão de conduta que merece ser observado, não pelo fato de promover ou mesmo garantir certa situação econômica, política ou social desejável, mas por uma questão de justiça, visando à igualdade ou moralidade.

Segundo Alexy, (2008, p. 87), princípios são como regras as quais determinam um dever ser; porém, de espécies diferentes, que se distinguem pela sua generalidade. Assim, depreende-se que os princípios têm um grau de generalidade relativamente alto em detrimento das regras.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, é dizer, podem ser satisfeitos em graus variados. Ademais, na medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das

possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

Essa definição se apresenta através de possibilidades normativas e fáticas. Diz-se normativa pelo fato de aplicação dos princípios dependerem de outros princípios ou regras que se conflitam, e fáticas, porque é a partir dos fatos ocorridos que será determinado o princípio “como norma de conduta”. (ÁVILA, 2011, p. 38).

Os princípios por sua vez, distribuem clareza ao entendimento de situações jurídicas, por mais complicadas que estas possam se apresentar, no sistema normativo. (BONAVIDES, 2006, p. 259).

2.2.2 Normas: Aspectos destacados

Não se pode falar de princípios sem aferir um estudo sobre as normas e regras, é necessário abordar o papel desempenhado por ambos os preceitos no âmbito do Direito.

Falar em norma significa, antes de tudo, expor o tema da ciência jurídica, casado com a prática. Desse resultado, então, temos a ciência normativa. (MÜLLER, 2009, p. 16).

A norma apresenta-se como objeto do direito o qual o estudioso das ciências sociais aplicadas deve se atentar, interpretada como enunciado composto por designações que caracterizam um fato frágil como portador de sentidos jurídicos. (FERRI, 2006).

Norma é o sentido atribuído a qualquer disposição. Dessume-se que disposição é parte de um texto ainda a interpretar. De outro lado, norma é a parte de um texto interpretado. (KELSEN, 1998, p. 6).

As normas são disposições que garantem condutas subjetivas hora vantagens, hora de vínculos. Dito de outro modo, elas reconhecem pessoas ou entidades a possibilidade de realizar determinados atos, seja exigindo uma ação ou uma omissão em benefício de alguém. (SILVA, 2011, p. 91).

Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação a

outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas. (KELSEN, 1998, p. 26).

Como normatividade, tem-se o resultado da interpretação, o qual representa a norma jurídica, não podendo assim ser confundido como texto da norma. Afinal, este se difere por sua validade e consiste, de certa forma, em obrigação voltada ao seu destino, abrangida de comportamento e na obrigação remetida à autoridade que deverá interpretar ou utilizar-se integralmente em seu texto de norma jurídica. Ao final, ela se adequará ao caso concreto onde irá trabalhar exclusivamente um determinado comportamento a partir de métodos. (FERRI, 2006).

A expressão norma refere-se não ao ser de algo, e sim o dever ser, ou seja, ela existe para impor o modo de realizar determinada conduta. É dizer, elenca o modo a ser seguido na realização da prática de determinada conduta e adquire um sentido jurídico particular através da sua vinculação a outra norma que lhe seja superior. (FERRI, 2006).

Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido a conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade – sem sentido objetivo – da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade. (KELSEN, 1998, p. 9).

Da definição kelseniana extrai-se que a norma apresenta condições a serem observadas que se referem-se a pontos internos e externos de criação e realização da norma, quais sejam, a vigência (dizer que a norma é válida) e a eficácia (aplicação da norma em relação à conduta humana). (FERRI, 2006).

2.2.3 As regras: Aspectos destacados

Para conceituar regras, valemo-nos da contribuição de Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primeiramente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (2011, p. 78).

As regras têm natureza descritiva, pois descrevem objetos determináveis, como sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos. Outrossim, também possuem natureza de justificação, de modo que exige uma análise de correspondência entre a “descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos”. Por fim, podemos igualmente citar a natureza contributiva exercendo papel fundamental na solução de problemas, pois objetivam a decisão, visam a solucionar, mesmo que de maneira provisória, um problema já conhecido. (ÁVILA, 2011, p. 83-84).

As regras, na visão de Dworkin (2002, p. 39), têm o chamado efeito “*tudo ou nada*” no sentido de que se uma regra é válida, logo ela é aplicada e o mesmo se dá ao contrário, ou seja, se a regra é inválida logo não será aplicada. Vista desse ângulo, as regras são utilizadas para resolução de casos de acordo com a sua validade.

No mesmo sentido, Alexy, esclarece:

[...] as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (2008, p. 104).

Do texto acima transcrito, entende-se que as regras têm caráter definitivo, por se constituírem mandamentos definitivos. Logo, se enquadram no modelo anteriormente proposto, de Dworkin.

A cláusula de exceção apresenta-se como uma possibilidade de ação, tendo em vista a permissão no ordenamento jurídico pátrio da coexistência de regras, indicando ações contrárias. (FERRI, 2006). Assim, conclui-se que as regras têm seus conflitos solucionados através da validade.

2.2.4 Colisão entre Princípios, Normas e Regras e as condições de aplicabilidade de um ou de outro.

Conforme o critério de dissociação entre regras e princípios, alicerçado na ponderação, nos leva a um entendimento, a um outro critério, o qual chamamos de colisão. (ÁVILA, 2011, p. 123).

Destarte, quando dois princípios entram em conflito, estes mantêm a sua validade, concretizando uma hierarquia concreta e móvel entre eles. (ÁVILA, 2011, p. 123)

Diferentemente das regras, as quais, quando entram em conflito, se exige a invalidade de uma dessas ou se abre uma exceção para que se afaste o conflito. (ÁVILA, 2011, p. 123).

Portanto, se existir conflito entre duas regras, necessário se faz a declaração de invalidade de uma das regras ou a introdução no sistema de uma cláusula de exceção que preserve as duas regras no ordenamento jurídico. Deste modo, ela perde seu caráter definitivo. (ALEXY, 2008, p. 104-105).

Ressalta-se, porém, que nem todos os princípios possuem a mesma função, ou seja:

[...] há princípios que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, como os princípios republicano, federativo, democrático, do Estado de Direito, e há princípios que conformam o conteúdo e os fins de atuação estatal, como os princípios de Estado Social, da Liberdade e da propriedade. (ÁVILA, 2011, p.124).

Se os princípios dizem respeito a modos distintos de atuação estatal, a relação entre ambos não será de mera concorrência. Ao revés, o termo ideal a ser utilizado é o de complementação, de modo que estes não se equiparam entre si, mas se unem, em diferentes “formas – conteúdo e gênero- espécie”.

Logo, não há que se falar em conflito ou oposição e sim em completude. (ÁVILA, 2011, p. 124-125).

Ainda, necessário se faz informar que nem todos os princípios encontram-se no mesmo nível:

[...] há princípios que se igualam por serem objeto de aplicação, mas se diferenciam por se situarem numa relação de subordinação, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito relativamente aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da irretroatividade. Se um princípio é uma norma de execução ou concretização de outra, a relação entre elas não é de concorrência, mas de subordinação. (ÁVILA, 2011, p. 125).

De igual sorte, salienta-se, que os princípios não contêm a mesma eficácia entre eles:

[...] os princípios exercem várias funções eficaciais, como a interpretativa, em que um princípio será interpretado de acordo com outro, a integrativa, em que um princípio atuará diretamente suprimindo lacuna geral, e a bloqueadora, em que um princípio afastará uma norma legal com ele incompatível. Nesses casos, também não se pode falar em conflito horizontal, mas apenas em vínculos de conformidade de um princípio em relação a outro, ou em atuação direta de um princípio sem a interferência de outro princípio. (ÁVILA, 2011, p.125).

Com isso, entende-se que os princípios podem apresentar direções diferentes a seguir, de modo que tais direções não serão necessariamente conflitantes. Assim, não necessitarão de ponderação para sua aplicação.

Consequentemente, não será adequado imputar a eles o termo “dimensão de peso” – ao passo que eles tutelam uma estrutura que ordena e organiza certos elementos ou direcionam o modo de atuação e a forma de manifestação. Percebe-se que a sua função não é gradual, bem como não podem as suas características ser afastadas por ideias contrárias. (ÁVILA, 2011, p. 126).

A “ponderabilidade”, utilizada em sentido de afastamento, não é essencial e sim eventual dos princípios. Em outras palavras, assim como há no ordenamento jurídico pátrio princípios carecedores de ponderação, existem também princípios que são fechados a esse tipo de ponderação. (ÁVILA, 2011, p. 127).

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, prescreverem o meio para a realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos. (ÁVILA, 2011, p. 127).

E por todas as razões aqui expostas, casada com a diferenciação, aquilo que chamamos de conflito agora se visualiza, por justificação, atribuído pela característica da complementação aqui demonstrada.

Com base nos ensinamentos de Humberto Ávila, podemos distinguir as espécies normativas do seguinte modo:

[...] natureza da descrição normativa (as regras descrevem condutas, não permitidas, obrigatórias ou permitidas, e os princípios estados ideais a serem promovidos ou conservados); natureza da justificação (as regras exigem um exame de correspondência conceitual, centrado na sua finalidade subjacente, entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, e os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que ser promovido); natureza da contribuição para a decisão (as regras tem pretensão de decidibilidade, pois visam a dar uma solução provisória para um problema conhecido, e os princípios pretensão de complementariedade, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema). (2011, p. 130).

Destaca-se, contudo, que a diferenciação entre as espécies normativas dão outro contorno ao que antes chamávamos de conflito. Agora, passamos a entender de outra forma, e concluímos por termo adequado com base na força normativa que estes abarcam, utilizarmos a expressão justificação, por uma série de critérios alhures enumerados. O afastamento é critério contingente e em certos casos desnecessário.

2.3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica está intimamente ligado ao Estado Democrático de direito, ao passo que se considera essencial a este por ele conferir-lhe sustentação ao ordenamento jurídico pátrio, juntamente aos princípios da legalidade, irretroatividade das leis, do devido processo legal e seus subprincípios. (YOSHIDA, 2012, p. 116).

Ao longo da história, o homem vem buscando um equilíbrio espiritual, social, econômico e jurídico. Para atingir tal desiderato, foram criadas as leis como forma de exteriorização de “vontades” na procura de uma sociedade melhor, ou por que não segura?

Como se vê, para Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Os antropólogos que se dedicam ao estudo do fenômeno jurídico mostram que o Direito, em suas mais diferentes expressões, esteve presente em todas as comunidades humanas, por mais rudimentares que elas tenham sido. Pode se afirmar, sem temor de erro, que o Direito, enquanto expressão do justo (*ius*), é um fenômeno cultural que nada tem haver com o Estado. Ao contrário do que dissera o positivismo, não foi o Estado que inventou o Direito, mas o contrário, o direito que deu vida ao Estado. (2008, p. 280a).

Diante de tais anseios, surgiram certas ambiguidades, tais como a problemática no que concerne o direito adquirido ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A CRFB/1988, em seu preâmbulo, elenca “a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, não obstante em seu artigo 5º “caput”, introduz os direitos fundamentais a “inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 2011 A).

Quando falamos em segurança, logo associamos as noções gerais de “garantia, proteção, estabilidade, de situação ou pessoa em vários campos, dependendo do adjetivo que qualifica”. (SILVA, 2011, p. 778).

A segurança é um *otimum* que decorre do atendimento da juridicidade, da constitucionalidade em prol da concretização dos direitos.

A segurança jurídica pode ser definida como um conjunto de garantias de estabilidade e certeza dos negócios jurídicos de modo que as pessoas possam conhecer as consequências de suas condutas em relação a determinadas situações já anteriormente analisadas pela legislação, independentemente de futuras modificações de lei posterior. (SILVA, 2011, p. 778).

Tendo como pilares basilares, a certeza, a previsibilidade e a estabilidade do direito, embora em determinadas situações o resultado alcançado não esteja atrelado com o ideal de justiça em particular. (LUZ, 2006, p. 20).

Desse modo, a segurança jurídica é imposta com o objetivo de manter um ordenamento jurídico estável ao passo que não se permitem “surpresas” porque é esperada a garantia de uma ordem jurídica que se faz presente no Estado Democrático de Direito, e que detem o *múnus* de concretizar as promessas da Constituição. E em respeito a essa certeza, conforme refere Luz (2006, p. 24), a lei será sempre mantida; por conseguinte a ordem, o que nos chama a atenção para as questões de justiça e igualmente para as questões de direito, notadamente as submetidas à tutela jurisdicional.

Em outras palavras:

A lei nova não pode retroagir para atingir direitos subjetivos em relação à *facta praeterita* e *facta pendentia* nas situações caracterizadas como ato

jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, institutos garantidores da segurança jurídica./Direito Fundamental ao Estado de Direito, desde seus primórdios. (YOSHIDA, 2012, p. 114).

Cumpra-se destacar que esses institutos não devem somar para que ocorra legitimação de situações contrárias ao direito posto, que andem em desconformidade ao que é devido a cada um de direito, de onde decorre a importância da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Assim, paulatinamente também tem singular sentido ao princípio da segurança jurídica. Não é por acaso que o texto constitucional reserva lugar de destaque a tais institutos conforme consta do artigo 5º XXXVI, da CRFB/1988.

Segundo o princípio da segurança jurídica, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, artigo 5º, XXXVI, da CRFB/1988. (BRASIL, 2011 A).

Em uma interpretação literal da lei, quando o artigo estabelece “não prejudicará”, refere-se a situações em que a lei não poderá ser modificada por lei nova. Por exemplo, no âmbito previdenciário, uma lei nova que for editada posteriormente à CRFB/1988 não deverá retroagir e causar dano material ao segurado que já gozava de benefício consagrado em virtude de lei velha. Sob a égide de violar a legalidade, princípio sustentador do Estado Democrático de Direito. (BULOS, 2008, p. 230-231).

Já o direito adquirido trata-se de um instituto polêmico, de modo que não há entendimento pacífico na jurisprudência. Com efeito, há quem considere a linguagem constitucional lacônica, pelo fato de não ter no dispositivo o que são direitos adquiridos. (BULOS, 2008, p. 231).¹

¹No sentido acima exposto, Bulos, (2008, p. 231-232) exemplifica a polêmica jurisprudencial pela citação de dois julgados interessantes, senão vejamos: “Para uns, a noção de direito adquirido pode ser extraída da própria Lei de introdução do Código Civil (art.6º,§ 2º). Há julgados do pretório Excelso corroborando este argumento: “Embora a Constituição mencione a garantia do direito adquirido, o conceito da expressão é regulado pela Lei de Introdução ao Código Civil. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegada violação operaria por via reflexa” (STF, AI 135.632, rel. Min. Celso de Mello, BDA, dez.1995, p.773).

Outros afirmam que a interpretação constitucional não se condiciona a lei ordinária. Por isso, o conceito deve ser concretizado a partir da exegese “independente” da Constituição. Com o auxílio da doutrina jurídica, seria fixado o sentido e a extensão da norma protetiva do direito adquirido. Mas se fica a seu cargo dizer o que é direito adquirido, então nada vale a exigência constitucional” (O direito adquirido e o seu problema conceitual, RT.284:24).

No que pertine ao ato jurídico perfeito, o artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei de Introdução do Código Civil assim tipifica: “§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. (BRASIL, 2011, C).

Com efeito, o ato jurídico perfeito é aquele que atende às promessas contidas no texto constitucional e que foi a seu tempo submetido ao crivo da tutela Jurisdicional e do qual se espera uma eficácia de forma a produzir efeitos.²

Por seu turno, a coisa julgada, assim como os institutos acima referidos, tutela a segurança jurídica de forma objetiva, fazendo com que as decisões judiciais sejam definitivas e imodificáveis. Destaca-se a estabilidade das decisões. (MARINONI, 2008, p. 67).

Bulos (2008, p. 237) refere-se à coisa julgada como uma qualidade dos efeitos do julgamento. E acrescenta, “consiste no fenômeno processual da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença colocada em abrigo dos recursos definitivamente preclusos e dos efeitos produzidos pela decisão judicial”.

Analisando por esse viés, a lei deve estar impregnada nas relações litigiosas com o objetivo de se adequar aos seus preceitos, independentemente de o resultado auferido gerar a estabilidade.

Contudo, assevera Luz (2006, p. 22): “Essa segurança dada pela lei, em sua generalidade e abstração, pode, porém, por vezes acarretar choques com a realidade concreta, podendo não coincidir com o ideal de justiça em particular”. Faz-se necessária, então uma tentativa de aproximação entre segurança e justiça, de maneira que uma não sacrifique a outra, uma vez que o direito busca a segurança e na medida do possível a justiça.

Não é demais destacar que a finalidade do direito consiste não somente na segurança jurídica por conta da previsibilidade de direitos e obrigações de cada pessoa bem como na justiça concebida objetivando o tratamento igual de casos semelhantes, mas também na eficácia equitativa. (PERELMAN, 2005, p. 637).

²De outra sorte, com Meirelles, há que se fazer uma distinção entre ato jurídico perfeito e ato consumado. Considera-se ato jurídico perfeito “aquele que reúne todos os elementos necessários à sua exequibilidade ou operatividade, apresentando-se apto e disponível para produzir seus regulares efeitos”. Bem como explica “Ato consumado é o que produziu todos os seus efeitos, tornando-se, por isso mesmo, irretroatável ou imodificável por lhe faltar o objeto” (2005, p. 174–175).

2.4 PRINCÍPIO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

O Direito tem por escopo, e assim acredita-se, a efetiva pacificação social, juntamente com todo o aparato do poder judiciário. Para tanto, partimos do pressuposto de que a pacificação social somente será efetiva ao passo que for percebida pelo próprio usuário. (AZEVEDO, 2009, p. 11).

Desse modo, podemos dizer que é insuficiente resolver apenas a lide processual. Dito de outro modo, é necessário que a resolução seja integral do conflito, - lide sociológica, para alcançar a pacificação social. Aquilo que é exposto pelo advogado (inicial, contestação) ao processo não basta, uma vez que é necessário conhecer os reais interesses que motivaram e proporcionaram o conflito, e uma vez identificados estes necessitam ser resolvidos. (AZEVEDO, 2009. p. 55).

Aos profissionais das ciências sociais aplicadas, ou seja, os profissionais do direito são lhes apresentados diversos conflitos que fazem parte do cotidiano das pessoas. Esses conflitos modificam as formas empregadas, conferindo maneiras diferentes de solucionar tais litígios com o objetivo de alcançar o que pretende de maneira única, à luz de cada caso concreto, para uma solução pacífica.

Com o passar dos anos, e desde que os seres humanos começaram a viver em sociedade, a busca incessante pelo direito sempre foi um dos aspectos importantes para a justiça entre os cidadãos.

Diante das dificuldades de se levar a justiça para todos de forma estruturada, houve a necessidade do surgimento de métodos extrajudiciais visando à pacificação social. Dentre eles, passa-se a expor sinteticamente os Institutos da Conciliação, Mediação e Arbitragem.

2.5 CONCILIAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES

Conforme refere Saad, (2000, p. 11) a palavra *Conciliar*, provém do latim “*conciliatio*”, de “*conciliare*”, sendo entendida como harmonizar, compor, ajustar.

Com base no artigo, 277, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, quando se tratar de direito disponível, o juiz poderá nomear conciliador para substituí-lo fisicamente nas audiências.

Convém salientar que o conciliador atuará somente nas audiências conciliatórias, embora tenha critérios a seguir às regras de atuação no procedimento conciliatório se distanciam “do formalismo”. (MACEDO JUNIOR; ANDRADE, 2005, p. 37-45).

Dentre os critérios utilizados, destacam-se os seguintes:

- O conciliador deve conversar com cortesia, respeitando a dignidade das partes envolvidas;
- Deve deixar as partes á vontade, para poderem falar, com confiança;
- Deve saber ouvir, para mostrar seu interesse;
- Deve tentar falar a mesma língua que as partes;
- Deve deixar os envolvidos contarem as suas versões, sem com isso perder o impulso da audiência;
- Deve tentar saber dos anseios das partes, deles retirando o acordo;
- Deve tentar soluções práticas que tragam menos dispêndios possíveis;
- Deve tentar soluções que resolvam mais rapidamente o “problema de fundo”, etc.
- Deve transcrever apenas o essencial, de tudo quanto foi dito em audiência;
- Não deve adiar os atos, tentando resolvê-los de imediato, junto com as partes;
- Não deve constranger as partes;
- Não deve investigar a culpa do fato noticiado (MACEDO JUNIOR; ANDRADE, 2005, p. 37-45).

O conciliador se aproxima das partes colocando-as cara a cara, com a finalidade de conformação e ajuste visando alcançar suas vontades em comum para que os interessados possam se adequar às suas necessidades, de forma que não haja vencedor e vencido, mas sim, um acordo pacífico entre ambos.

Registre-se que o instituto da conciliação é previsto no Código de Processo Civil, no procedimento sumário, no artigo 277, que aduz:

Art. 277. O juiz designara audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias, citando-se o réu com antecedência mínima de 10 (dez) dias sob a advertência prevista no §2º deste artigo, determinado o comparecimento das partes [...].

§1º. A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.[...] (BRASIL, 2011 C).

Já o artigo 331 prevê o procedimento ordinário:

Art. 331 Senão ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias,

para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§2º. Se por qualquer motivo não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§3º. Se o direito em litigio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do § 2º. (BRASIL, 2011 C)

Reza o artigo 125, do Código de Processo Civil:

Art. 125. O juiz dirigira o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

[...]

IV: tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (BRASIL, 2011 C)

Podendo determinar a qualquer tempo o comparecimento delas (art.342, CPC).

Como pressupostos da conciliação, a celeridade demonstra-se como uma de suas estruturas basilares, pois as condições devem ser feitas num período intermediário, não superior a um mês e meio. Afinal, antes desse tempo, os ânimos ainda estariam exaltados, tempo impróprio para as partes entrarem num acordo. Outrossim, com o passar desse tempo, as partes teriam a ideia de que a conciliação é também demorada como é o Poder Judiciário. (MACEDO JUNIOR; ANDRADE, 2005, p. 37).

O instituto da conciliação vem reduzindo satisfatoriamente as pilhas de processos que esperam o despacho do juiz e permite maior satisfação, rapidez e eficiência, embora o processo de conciliação passe pelo juiz que ratifica a vontade das partes. Por derradeiro, gera pelas partes cumprimento destes acordos.

2.6 MEDIAÇÃO

Segundo Clovis Górczski,(1999, p. 32), [...] a mediação é um processo que se faz recair, na própria responsabilidade dos participantes, a tomada da decisão que influenciará suas vidas. Em outras palavras, é um processo que confere autoridade sobre si mesma a cada uma das partes.

Conforme, Moraes:

Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição Estatal tradicional onde este poder é delegado aos profissionais do Direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais. (1999, p.146).

Quanto ao objeto, José Luis Bolzan Moraes e Adriano Luís Araújo expõem que:

Problemas relativos às questões do cotidiano, tais como, discordâncias entre membros de instituições de ensino ou lazer, discussões familiares e entre vizinhos e conflitos sobre o meio ambiente têm sido as principais matérias levadas à discussão através da mediação, muito embora seja permitido qualquer conflito que venha a interessar às partes a sua discussão desta forma. (1999, p. 162).

Seguindo o raciocínio desse autor, as três principais características da mediação são: privacidade, economia de tempo e gastos, e oralidade. (MORAIS; ARAÚJO, 1999, p. 147-148).

a) Privacidade

O processo de mediação deve ser realizado em local fechado, onde as partes possam resolver o conflito existente. Registre-se que, se houver consentimento das partes, será permitido à publicidade do processo. (MORAIS; ARAÚJO, 1999, p. 147).

b) Economia de tempo e gastos

Diferentemente dos processos judiciais, que na maioria das vezes são lentos, a mediação ocorre em curto espaço de tempo, o que acaba gerando uma economia temporal. Conseqüentemente, ocorre uma economia financeira, pois quanto mais alongar o processo, mais gastos existirão para a resolução do conflito. (MORAIS; ARAÚJO, 1999, p. 147).

c) Oralidade

Por ser um processo informal, para a resolução de conflitos, as partes possuem liberdades para debater a melhor solução para o caso.

2.6.1 Mediados

Os mediados são pessoas que possuem conflitos, problemas, como ditos *alhures*, passíveis de possível solução através da mediação.

2.6.2 Mediadores

Segundo Juan Carlos Vezzulla:

[...] o mediador é um terceiro neutral. Conduz, sem decidir. É neutral em tudo quanto dele se espera, em termos de intervenção na decisão. E nesta, condição, deve fazer com que as partes envolvidas participem activamente nesta condição na busca das melhores soluções para os seus interesses, pois ninguém sabe mais que elas próprias para decidir sobre si mesmas. (2001, p. 40).

Desse modo, entende-se que a mediação representa um grande salto, na resolução de conflitos com a ilustre presença do mediador e de seus argumentos persuasivos.

2.7 ARBITRAGEM

A arbitragem, explica Scavone Junior:

(...) pode ser definida como um meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do arbitro, um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral. (2008, p. 19).

De acordo com esse autor, devem-se destacar cinco vantagens que esse instituto representa em relação à justiça normal:

- a) O processo arbitral pode ser especializado, pois há a possibilidade de se escolher por árbitros que tenham um conhecimento específico sobre o assunto a ser discutido;
- b) O processo arbitral é rápido e veloz;
- c) É também irrecorrível, pois a sentença do árbitro equivale a uma sentença com trânsito em julgado;
- d) O processo é informal, não precisando, se for da vontade das partes obedecer aos procedimentos legais, caso seja de interesse das partes o procedimento a seguir será utilizado os estabelecidos na Lei nº 9.307/1996;
- e) O processo arbitral é também confidencial, ao contrário do processo judicial onde via de regra os processos são de natureza pública.

Conforme o artigo primeiro da Lei nº 9.307 de 1996, a arbitragem aos litígios de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que são passíveis de alienar ou transacionar, como por exemplo, os contratos civis ou comerciais, excluem-se nesse caso os direitos pessoais, pois estes são indisponíveis.

A preferência pela arbitragem advém da cláusula contratual, chamada de compromisso arbitral ou cláusula promissória, conforme dita o parágrafo 4º que diz: “A cláusula compromissória é a convecção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. (BRASIL, 2011 E)

Porém, é importante que não se confunda o compromisso com a cláusula compromissória. No primeiro caso, tem-se por objetivo a renúncia a jurisdição ordinária, visando a questões que por ventura possam surgir, por consequência da execução de um contrato, já no segundo caso, ideia de compromisso esta ligada a questões já existentes. (MORAIS; ARAÚJO, 1999, p. 200).

Através da cláusula arbitral, ambas as partes encontram-se obrigadas a instituir o processo de arbitragem, caso uma das partes se recuse a isso, a parte interessada poderá em juízo requerer a citação da parte contrária para lavrar o compromisso de arbitragem, lembrando que a cláusula é requisito formal de validade. (MORAIS; ARAÚJO, 1999, p. 202).

2.7.1 Do Árbitro:

O árbitro, ou os árbitros, devem ser pessoas capazes, segundo estabelece o artigo 13, da Lei de arbitragem, estes também devem ter a confiança de ambas as partes.

No exercício de sua profissão, o árbitro é equiparado a um juiz de fato e de direito por esse motivo é que sua sentença não necessita de homologação do poder judiciário (art.18, Lei nº 9.307/1996).

Assim como os magistrados, eles devem permanecer equidistantes das partes, sendo imparciais. Além disso, devem ser discretos mantendo o sigilo daquilo de que tem conhecimento bem como devem também ser competentes, demonstrando conhecimento e experiência sobre a matéria que submete a eles. (SCAVONE JUNIOR, 2009, p. 105).

Para a segurança das partes, as regras de impedimentos (art.14 da Lei nº 9.307/1996) ou suspeição, conforme o Código de Processo Civil, se aplicam aos árbitros (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p. 111-112). Podemos citar como exemplo, o impedimento em casos de haver grau de parentesco com uma das partes.

2.7.2 Do Procedimento:

Segundo o artigo 21, da Lei de Arbitragem, o procedimento a ser adotado será aquele que foi estabelecido pelas partes na própria cláusula compromissória ou em documento anexo, podendo seguir as regras de um órgão especializado, ou um órgão arbitral institucional sendo permitido até mesmo serem criadas livremente suas próprias regras procedimentais. (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p. 129).

Em todo o procedimento, assim como na justiça comum, deverá ser respeitado os princípios constitucionais, alguns desses em evidência, como o princípio do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro, bem como o princípio do livre convencimento do árbitro. (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p. 131-132).

Ao início do processo em si, cabe ao árbitro ou aos árbitros, tentar conciliar as partes. (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p. 135).

Não se faz obrigatório durante o procedimento que as partes sejam representadas por advogado devidamente autorizado; entretanto, é de livre escolha delas designar seu representante.

A presença do advogado é facultada, em respeito ao artigo 21, § 3º da Lei de Arbitragem: “[...] § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado,

respeitada, sempre a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral”. (BRASIL, 2011 E).

Assim como em um processo normal no processo de arbitragem se faz necessário o convencimento do árbitro através de provas tanto documentais como testemunhais. (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p. 156).

2.7.3 Da sentença Arbitral:

Em consonância ao artigo 26, da Lei de arbitragem, a sentença deve conter os seguintes requisitos obrigatórios: o relatório, a fundamentação, o dispositivo, local e data em que foi proferida. O prazo será aquele estipulado pelas partes, e, em não havendo, no caso de omissão o parágrafo único do artigo, 23 da referida Lei, determina que será de seis meses, podendo ser prorrogado. (GORCZEVSKI, 1999, p. 84).

A ausência de qualquer dos requisitos acima citados implica nulidade da sentença, conforme artigo, 32, inciso III da Lei de Arbitragem. (SCAVONE JÚNIOR, 2009, p. 25).

Importa salientar o disposto no artigo 31, da Lei nº 9.307/1996:

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. (BRASIL, 2011 E).

Como se observa do transcrito no artigo acima mencionado, a sentença proferida pelo árbitro gera efeitos não somente pelas partes, mas também aos seus sucessores, e constitui já de imediato, caso seja, uma sentença condenatória, em título executivo sem a necessidade de passar pelo crivo do poder judiciário.

A sentença arbitral, se em contrário não acordarem as partes, não é cabível de recurso. (MORAIS; ARAÚJO, 1999, p. 211).

2.7.4 Sentenças arbitrais estrangeiras:

A sentença Arbitral Estrangeira é definida pela Lei nº 9.307/1996, em seu artigo 34, parágrafo único, como aquela que foi proferida fora do território nacional

brasileiro, para que tenha validade como título executivo deve ser homologada pelo STJ, obedecendo ao preceito do artigo 105, alínea, i, da CRFB/1988, a qual declara a competência do Superior Tribunal de Justiça para homologar as sentenças que foram proferidas fora do território nacional, não sendo possível nesse caso a análise de mérito.

Anteriormente, era de competência do Supremo Tribunal Federal a homologação, com fulcro no artigo, 35 da Lei de arbitragem. Porém, com a edição da Emenda Constitucional 45/ 2004, essa competência transferiu-se para o STJ.

Após a regulamentação da Lei 9.307/1996, a arbitragem ganhou um papel de grande relevância representando, a partir de então, uma menor intervenção jurisdicional e maior flexibilidade e tramitação célere, o que desencadeou inovações como o crescimento de Câmaras de arbitragem.

3 AÇÃO RESCISÓRIA: ASPECTOS GERAIS

O presente capítulo propõe examinar os aspectos gerais da ação rescisória, notadamente seus pressupostos, objetivos e considerações. Sabe-se que a respectiva ação tem por objetivo principal a desconstituição da sentença de mérito, nos moldes em que contido na regra processual, na doutrina e na jurisprudência.

Assim, em breve síntese, e sem a intenção de esgotar as suas várias possibilidades, tem-se que o CPC, elenca nove situações³, dentre as quais destacam-se, independentemente de sua importância, tais como, ofender a coisa julgada; violar literal disposição de lei; 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; e fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Para tanto, o presente capítulo está dividido em três tópicos, em número de três subcapítulos. Primeiramente, serão aprendidos os desdobramentos da ação rescisória, ou seja, seu conceito, natureza jurídica e seu objeto, destacando-se a distinção entre a ação rescisória e o recurso cível. Após, será estudada a legitimidade e competência da ação rescisória. Ao final, serão examinados os pressupostos processuais necessários ao ajuizamento da ação rescisória.

3.1 CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS ACERCA DA AÇÃO RESCISÓRIA

As decisões judiciais de forma geral podem ser revistas, tanto na própria relação judicial, através de recursos, quanto fora da relação processual que fora estabelecida no curso da ação, por meio de ação própria (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 642), no caso, recorre-se à ação rescisória que é o objeto do presente estudo.

Quando se fala em discutibilidade da decisão, há de se ter em consideração duas situações, quais sejam: uma referente à matéria já analisada, no caso a coisa julgada material, a qual o Código de Processo Civil se ocupou de

³Referidas requisitos serão melhor analisados no capítulo de nº 03 da presente, dispensando, portanto maiores considerações neste ponto.

conceituar como sendo “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, disposto no artigo 467, do *codex* processual; duas, pela existência de coisa julgada formal, a qual decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que a sentença foi proferida, seja pela impossibilidade interposição de recursos, porque a lei não mais admite, ou porque se esgotou o prazo, ou mesmo porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda por renúncia à sua interposição. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 595).

Destaca-se que há possibilidade de formação da coisa julgada material nos casos previstos no artigo 269 do CPC, ou seja, quando há resolução de mérito, a respeito do pedido. Caso contrário, se não for decidido o mérito na decisão, dito em outras palavras se houver extinção do processo sem julgamento de mérito, nos casos do artigo 267 do CPC, estará configurada a coisa julgada formal (ALVIM, 2008, p. 617-618).

Necessário se faz conceituar, ainda que de forma genérica, a expressão sentença de mérito, visto que mais adiante retomaremos o conceito. Porto, (2009, p. 41), afirma: “identifica-se a sentença de mérito como aquela que enfrenta as razões de suporte substancial da demanda, disciplinando em definitivo, a relação controvertida, desde que transitada em julgado”.

Contudo, a expressão sentença deve ser interpretada de forma extensiva, também abrangendo os acórdãos e as decisões interlocutórias, as quais tenham repercutido o mérito. (ALVIM, 2008, p. 951).

De fato, a coisa julgada visa a tornar firme e imutável a decisão proferida, guardando relação de simetria com o pedido formulado na peça vestibular, decorrendo do princípio da segurança jurídica, visto que em determinado momento, após o decurso do prazo e exaurido os meios de impugnações das decisões, a matéria discutida adquire solidez. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 245).

Com efeito, há situações excepcionalíssimas em que manter indiscutível uma decisão judicial, por respeito à coisa julgada, pode ocasionar contradição ao nosso ordenamento jurídico pátrio, indo contra os princípios do direito e

configurando por assim dizer uma representativa de injustiça (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 663).⁴

Desse modo, tornou-se necessário pensar em mecanismos que auxiliem a progressão do processo, permitindo uma classificação simples, distribuída e racional da atividade jurisdicional, possibilitando que a demanda atinja mais rapidamente seus objetivos. Daí a importância do instituto da ação rescisória.

A ação rescisória é capaz de superar a coisa julgada, conferindo à decisão a reapreciação da sentença que antes seria indiscutível, e admitindo, por consequência se necessário for, à revisão do julgado. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 663).

A ação rescisória é remédio processual fundamental, sua função é bastante nobre, pois tem o propósito de retirar do ordenamento vigente as decisões judiciais que transitaram em julgado e estão produzindo seus efeitos no mundo fático, causando algum tipo de vício grave, que não foi identificado no decorrer do processo. Portanto, essa ação é indispensável, pois retira do mundo jurídico a coisa julgada viciada que produz ou poderá produzir efeitos no âmbito do direito. (RODRIGUES, 2010, p. 542).

Dessa forma, a ação rescisória é um instituto processual que tem por finalidade um julgamento correto, sanando todo e qualquer vício de procedimento ou vício de julgamento, para que se possa chegar o mais próximo possível do objetivo de se fazer justiça, na medida em que cada indivíduo receba o lhe for seu de direito. Dizer isso não significa dizer que o julgado se volta simplesmente contra a injustiça da sentença ou a mero reexame de provas, e sim que este instrumento processual ataca a ilegalidade praticada de algum modo. (OLIVEIRA, 2008, p. 46-47).

Nas palavras de Coqueijo Costa:

⁴Indica os casos que dizem respeito a investigação de paternidade, onde, por exemplo, o pai não detém a condição paterna biológica, que é confirmada anos depois da ação transitada em julgado. Casos como o ora indicados, levou à produção de inúmeras discussões acadêmicas, doutrinária e jurisprudencial. Cita-se o caso do livro Coisa Julgada inconstitucional, 2008, que tivera por organização (COORDENAÇÃO) Carlos Valder do Nascimento; José Augusto Delgado e outros (Humberto Theodoro Júnior, Juliana Cordeiro de Faria, Cândido Rangel Dinamarco), onde os autores apresentaram a bem sucedida problemática que culminou por centenas de ações Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico/ Desconstituição de Coisa Julgada, cujo efeito pretendia a declaração de desconstituição da coisa julgada.

A ação rescisória tem por escopo fazer com que o interesse de justiça prevaleça sobre o interesse de segurança. Se a sentença, imutável embora, mostra-se tisonada por vícios fundamentais, justifica-se que o ordenamento jurídico preveja um remédio específico para repará-la: é a ação rescisória. A sentença deve ser justa, mas precisa ser certa. Daí a coisa julgada cobrir os defeitos da sentença, passível esta, entretanto, de corte pela rescisória, assim o autor demonstre, no prazo preclusivo para a sua proposição, um dos vícios que maculam. (1993, p. 21)

A coisa julgada tem o escopo de garantir a estabilidade das relações jurídicas, independentemente de acobertar sobre o seu manto a injustiça, daí a ação rescisória que urge reparar o dano de tal maneira que supere a necessidade de segurança tutelada. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 768).

Nesse momento, torna-se necessário discorrer sobre a distinção entre a ação rescisória e o recurso.

Ovídio A. Baptista da Silva, pontua:

[...] Ação rescisória (art. 485 do CPC), em verdade, é uma forma de ataque a uma sentença *já transitada em julgado*, daí a razão fundamental de não se poder considerá-la um recurso. Como toda ação a rescisória forma uma nova relação processual diversa daquela onde fora prolatada a sentença ou o acórdão que se busca rescindir. (2005, p. 448).

A ação rescisória é um remédio processual para a prestação jurisdicional já entregue, enquanto o recurso é o para a prestação apenas apresentada. (COSTA, 1993, p. 20).

Como pontua Zaiden Geraige Neto (2010, p. 41), a ação rescisória é uma forma de ataque à sentença transitada em julgado, e por isso não se confunde com o recurso. Igualmente as outras ações, forma nova relação processual diferente daquela em que foi anteriormente julgada e busca-se rescindir. Portanto, conclui o autor, não é recurso contra a decisão prolatada, e sim, ação autônoma de impugnação, onde se pretende invalidar o que transitou em julgado.

O recurso é uma fase processual, tem sua origem no decorrer do processo e objetiva a reapreciação parcial ou total de ato jurídico recebido pelo recorrente como diverso do pretendido, cabível nas decisões ainda não transitadas em julgado, dentro de um único processo. (OLIVEIRA, 2008, p. 51).

Assim, quando um recurso é interposto, tem-se o prosseguimento do feito no mesmo processo em que se prolatou a decisão impugnada. (CÂMARA, 2007, p. 38).

Enquanto a ação rescisória, diferentemente do recurso, é ação autônoma a qual visa “romper, cindir a sentença detentora de ato jurídico viciado”. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 768).

Nos dizeres de Pontes de Miranda: Sendo recurso que se interpõe, sendo ação que se propõe, tem - se a oportunidade de correção do julgado, por fim, conclui ele “o homem é o que é, porque sabe mais do que os outros animais, corrigir-se”. (2002, p. 137).

Câmara, (2007, p. 30), define a ação rescisória como ação autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitada em julgado, com eventual rejuízo da matéria já apreciada.

O referido autor explica que tal ação não se confunde com o recurso, na medida em que inicia um processo autônomo que tem por finalidade desconstituir o provimento jurisdicional transitado em julgado. E acrescenta, como se pode ver o Código de Processo Civil brasileiro, não incluiu o título da rescisória entre os recursos elencados a partir do artigo 496, a ação rescisória está em título diverso aos recursos. Não obstante, o artigo 485, “caput”, esclarece que a sentença de mérito já transitada em julgado pode ser rescindida, presente um dos pressupostos enumerados no referido artigo. (CÂMARA, 2007, p. 30).

As ações autônomas de impugnação são cabíveis contra decisões transitadas em julgado ou não, porém não é demais lembrar que o ponto principal da ação autônoma não é se a decisão transitou ou não em julgado, e sim se esta deu origem a um novo processo, enquanto que os recursos são meio de impugnação de decisões proferidas no mesmo processo. (ALVIM, 2008, p. 946).

Como bem define Pontes de Miranda:

[...] A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal da coisa julgada: quebrada essa muralha de eficácia formal, lá está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se abre; o juízo rescisório não é reinstalação, mas volta a vida, ressurreição. Não se constrói a casa, que se fechara; abre - se a porta (= destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa. (2002, p. 178).

Contudo, o Estado recupera a prestação jurisdicional que foi entregue, desconstituindo-a, ao passo que as partes voltam a seu estado anterior como se nada estivesse sido decidido e restabelece a relação processual para reconstruir juridicamente a solução da lide.

Como dito, alhures, dois são os tipos de remédios processuais para atacar pronunciamentos de mérito: os recursos e as ações autônomas de impugnação. A distinção básica entre eles é que os recursos não criam uma nova lide, tampouco uma nova relação processual, ao revés nas ações autônomas de impugnação, necessário se faz a criação de uma nova relação processual e, por conseguinte uma nova lide. A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação que tem por finalidade rescindir a decisão transitada em julgado, e, eventualmente em determinados casos se pugna pelo rejuízo da causa. (RODRIGUES, 2010, p. 545-546).

3.1.1 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do instituto, no entendimento de Francisco Antônio de Oliveira (2008, p. 49), a ação rescisória possui natureza jurídica de ação constitutiva – negativa, tem por objetivo desconstituir a sentença já transitada em julgado – coisa julgada material, pressuposto indispensável para propositura da ação.

Quando julgada procedente, desconstitui aquilo que anteriormente foi julgado. Constituindo assim novo entendimento acerca dos fatos apresentados, produzindo seus efeitos dali em diante – *ex nunc*, ou seja, ela não retroage. Caso a ação rescisória seja julgada improcedente, será meramente declaratória e seus efeitos serão *ex tunc*.

De outro modo, caso o processo seja extinto sem resolução de mérito – coisa julgada formal, tem-se a possibilidade de propor nova ação, vez que o seu mérito não foi enfrentado.

Nesse ponto da matéria, não há discussão, posto que a doutrina não diverge a respeito. Trata-se de interpretação da expressão pelo instituto tão consagrada “ação desconstitutiva”, (constitutiva negativa), que tem por objeto precípua o desfazimento da coisa julgada material. Podendo, se for o caso – disse isso porque depende do pedido a ser apreciado no *judicium rescissorium*, ter natureza declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental. (BUENO, 2011, p. 361).

Conclui Greco Filho, (2003, p. 405), a ação rescisória possui natureza constitutiva negativa, porque modifica o mundo jurídico, desfazendo a sentença transitada em julgado, podendo conter também outra eficácia quando a parte pede novo julgamento em substituição do rescindindo.

Conforme já dito em outro momento, há duas espécies de coisa julgada, são elas, formal e material. Constitui-se coisa julgada formal, no momento em que esgotadas as vias recursais não mais será possível à reapreciação do ato decisório dentro da mesma relação processual.

Contudo, se a decisão revestida de coisa julgada formal contiver matéria de mérito, opera-se também a coisa julgada material, a qual torna indiscutível tal decisão em outro processo, ou seja, a lide se dá por resolvida constituindo caráter definitivo. Com efeito, conclui-se que a coisa julgada material pressupõe a existência de coisa julgada formal, onde a estabilidade da decisão judicial advém da ausência de impugnação, porém o oposto não é verdadeiro. (BARIONI, 2010, p. 17-18).

3.1.2 O objeto da ação rescisória: a coisa julgada formal e a material

Na definição de Pontes de Miranda, (2002, p. 138), o objeto da ação rescisória é a própria sentença rescindenda, ao passo que ela ataca a coisa julgada formal. Em consequência, explica o autor, não há que se falar em ação rescisória de sentença que pode ser revogada ou reformada, por lhe faltar a coisa julgada formal. Tampouco seria de sentença inexistente, pois não se rescinde o que não é, desnecessário seria desconstituir, bastaria a declaração de inexistência, nem de sentença nula, porque se visaria o menos quando se tem o mais.

Theodoro Júnior, (2011, p. 719), coaduna do mesmo entendimento, refere o autor, não se trata de sentença nula nem anulável, mas de sentença válida e eficaz – vez que se encontra coberta pela coisa julgada e por isso ela pode ser rescindida.

Contudo, há discussão doutrinária quanto à rescindibilidade da sentença, mas precisamente nas sentenças nulas e anuláveis.

A respeito refere Michele Cristina Souza Colla de Oliveira,

As sentenças nulas são aquelas prolatadas diante de algum vício de cunho processual, ou seja, um *erro in procedendo*, que representa no processo alguma mácula não solucionada pelo juiz de ofício, a qual tem o condão de invalidar todo o processo, passando a sentença prolatada a padecer de nulidade. (2012).

Enquanto que as sentenças anuláveis: “[...] são as sentenças sem fundamentação”, qual seja, a sentença que, embora viciada ou sem fundamentos, existe como ato processual, produzindo todos os efeitos que lhes são inerentes até que seja anulada. (FAZZALARI, 2006, p. 439-442), vez que a inexistente, não se diverge, coaduna-se do mesmo entendimento.

Como bem dispõe Teresa Arruda Alvim Wambier:

[...] as sentenças inexistentes podem ser objeto de ação declaratória e não se deveriam atacá-las por meio de ação rescisória, pois esta tem caráter desconstitutivo, e o que se desconstitui é a coisa julgada, que nestes casos, não se terá formado. A solução tecnicamente adequada seria uma ação de declaração de inexistência da sentença proferida em processo a que esteve ausente o réu ou um dos réus por não ter sido citado. Basta, neste caso, declarar-se a inexistência. Desnecessário é desconstituir-se a coisa julgada, pois a sentença inexistente, à diferença da nula (art. 485 do CPC), não passa em julgado. (2008, p. 472).

Percebe-se, contudo, que a sentença inexistente difere-se da nula. São fenômenos distintos.

Para Barbosa Moreira, (1974, p. 101), a sentença carente de elemento essencial, como por exemplo, o dispositivo, ou ainda prolatada em “processo” no qual ausente pressuposto de existência, refere aqui a ação instaurada mediante órgão não investido de jurisdição, é, simplesmente inexistente, e deverá ser declarada por qualquer juiz, sempre que alguém a proponha sem necessidade ou por impossibilidade do pedido de desconstituir, isto porque “não se desconstitui o que não existe”, todavia, há casos em que a sentença pode existir e ser nula, destaca se aqui a sentença *ultra petita*, (a que julga além do pedido do autor). Via de regra, após o trânsito em julgado, a nulidade transforma se em rescindibilidade.

Nesse aspecto, Teresa Arruda Alvim Wambier, preleciona:

Referir-se à rescindibilidade da sentença significa dizer-se que o modo de se a impugnar é a ação rescisória. Quando se diz que a sentença é nula, está-se referindo ao vício de que padece. Portanto, pode-se dizer que sentenças nulas são rescindíveis sem incorrer em nenhum tipo de imprecisão. (2008, p. 480).

No mesmo sentido, têm-se as contribuições de Francisco Antônio de Oliveira (2008, p. 51): difere-se a sentença nula de inexistente, a sentença inexistente é diferente da sentença nula, a nulidade e anulabilidade podem ser rescindidas, enquanto que a inexistente não se rescinde. Sentença rescindível é aquela que apesar de viciada com erros de procedimento ou de julgamento, possui força de coisa julgada a qual lhe confere executividade.

Assim, explica o referido autor, o objeto da ação rescisória é a desconstituição da coisa julgada. Se inexistente a coisa julgada, inexistente base para propor a rescisória. (OLIVEIRA, 2008, p. 60).

Em outras palavras, o objeto da ação rescisória consiste em sentença de mérito, sobre a qual pesa a autoridade de coisa julgada material. (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 752).

Entende-se por sentença de mérito, a qual, na análise do julgador, adentrou na matéria de fundo, no conteúdo, decidindo pela procedência ou improcedência do pedido para a entrega da prestação jurisdicional. (OLIVEIRA, 2008, p. 77).

As sentenças de mérito, atacáveis via ação rescisória podem ser proferidas tanto no processo principal, quanto em outros que não sejam principais, bem como nas demandas incidentais propostas. Sendo essas ações previstas por lei ordinária ou por leis esparsas que sejam de processo civil as quais possam gerar sentenças rescindíveis. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 699).

Alexandre Freitas Câmara entende que:

[...] o objeto do processo será sempre a pretensão de desconstituição do provimento de mérito transitado em julgado. Eventualmente, porém a tal pretensão outra se cumulará: a de rejuízo da matéria decidida no provimento que se quer desconstituir (2007, p.30).

Considera-se, portanto, que a ação rescisória tem por finalidade desconstituir o julgado e, uma vez existente provimento de mérito já transitado em julgado, a decisão torna-se esta apta para ser rescindida pela ação rescisória.

Ainda há de se ressaltar que as sentenças terminativas não são passíveis de ação rescisória, isso porque essas sentenças não possuem resolução de mérito,

apenas fazem coisa julgada formal, não cumprindo aí o requisito essencial que dispõe o artigo 485, do Código de Processo Civil. (ALVIM, 2010, p. 990).

Colhe-se da doutrina que o momento de formação da coisa julgada, ocorre quando não mais for possível a interposição de recurso, seja porque os recursos não tenham sido interpostos, e por isso se deu o trânsito em julgado, ou porque não haja mais recursos a serem interpostos, como é o caso da ação que chegou ao Supremo Tribunal Federal, e isso serve tanto para a coisa julgada formal, quanto para a material. Dito isso, sintetiza o autor, a coisa julgada formal ocorre sempre, mas nem sempre, tem-se coisa julgada material, visto que a última só se forma a partir da sentença de mérito. (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 598).

Na definição de Pontes de Miranda:

Ação rescisória só se propõe contra sentença que transitou em julgado, isto é, de que não cabe, ou não mais cabe recurso. Nada tem com o ter o autor interposto, ou não, os recursos que a lei lhe permitia [...]. (2002, p.166).

Nesses termos, tem-se a súmula 514, do Supremo Tribunal Federal:

Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos. (BRASIL, 2012 I).

Em breve síntese, tem-se que o objeto, da ação rescisória é a sentença de mérito transitada em julgado, elemento essencial para a propositura da ação.

3.2 DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E PARA JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Faz-se necessário estabelecer desde logo, a diferença entre jurisdição e competência, para que se possa melhor compreender o conceito deste último que, apesar de vinculado àquele, em muito se difere. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 112).

Jurisdição explica o referido autor, “é a função do Estado, decorrente de sua soberania, de resolver os conflitos”, ao tempo que são apresentados, na via judiciária para aplicação de uma solução prevista no sistema jurídico. Com efeito, o exercício da atividade jurisdicional é distribuído aos diversos órgãos da jurisdição.

Daí tem-se a competência, “instituto que define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão dessa função encarregado”. Cumpre destacar que a competência diz respeito ao órgão jurisdicional e não ao agente. Ainda cabe esclarecer que esse órgão, quando investido da jurisdição, a exerce integralmente. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 112).

O Estatuto Processual, nada dispõe a respeito da competência para o julgamento da ação rescisória⁵. É, na CRFB/1988, que se encontram disciplinadas as regras acerca da competência, nos termos do artigo 102, I, j, confere a competência ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, “a ação rescisória de seus julgados”, bem como o artigo 105, I, e, disciplina a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar “as ações rescisórias de seus julgados”, da mesma forma, estatui o artigo 108, I, b a competência originária dos tribunais Regionais Federais conhecerem das “ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”. (CÂMARA, 2007, p. 41).

Esclarece Greco Filho, (2009, p. 446), a competência para julgar a ação rescisória é dos tribunais e, via de regra, quando há rescisão de sentença, o órgão competente será o mesmo órgão competente para julgamento da apelação que poderia ter sido interposta; se a rescisão é de acórdão, é competente o próprio tribunal que o proferiu.

Alerta, o autor, “somente quando o tribunal conhece o recurso, dando-lhe ou não provimento, é que a decisão é sua”. Caso o recurso não seja conhecido, a decisão será do juiz ou tribunal recorrido, local que será pertinente intentar a ação. (GRECO FILHO, 2009, p. 446).

Recebida a petição inicial, devidamente protocolizada, “registrada e autuada, será distribuída pelo Presidente do Tribunal para um juiz, desembargador ou ministro que será o relator”, após será encaminhada a uma das Câmaras, Turmas, Grupos ou Seções a que pertencer o relator. (OLIVEIRA, 2008, p. 166).

⁵Insta destacar que o CPC fornece garantia para que sentenças que foram proferidas por juízes incompetentes possam ser objeto da ação rescisória, conforme previsto no art. 485, II, CPC.

3.2.1 Legitimidade para propor a ação rescisória:

Podem estar no polo da ação rescisória, tanto o(s) autor(es) como os réu(s) que foram partes no feito principal. Nesse caso, ambos podem ser autores ou réus da ação rescisória, ou mesmo podem inverter a posição que ocuparam anteriormente.

A legitimidade das partes refere Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 124), diz respeito à aptidão para ocupar a posição de demandante ou demandado em um determinado caso concreto. Qualquer pessoa capaz tem aptidão para demandar em juízo – capacidade processual.

De acordo com o autor:

Como regra geral, a legitimidade é atribuída aos sujeitos da relação jurídica de direito material deduzida no processo. Em outras palavras, aquele que comparece em juízo e afirma sua condição de sujeito da relação jurídica de direito material que pretende ver examinada no processo tem legitimidade ativa; aquele que o demandante aponta como sendo o outro sujeito da relação jurídica de direito material tem, então, legitimidade passiva. É isto que se costuma chamar de legitimidade ordinária. Excepcionalmente, a legitimidade é atribuída por lei a quem não é (nem e alega que seja) sujeito da relação de direito material deduzida no processo. É a legitimidade extraordinária. (CAMARA, 2007, p.124).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 487, diz:

Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:

I – quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular;

II – o terceiro juridicamente interessado;

III – o Ministério Público:

A) se não foi ouvido no processo, em que era obrigatória a intervenção;

B) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei. (BRASIL, 2011 C).

O inciso I, do art. 487, aponta como primeiro legitimado aquele que foi parte no processo, autor ou réu, do processo o qual se prolatou a sentença, e depois disso sentiu-se prejudicado. Equipara a esses qualquer sucessor a título universal ou singular. Podendo ainda ser o litisconsorte ou o assistente. Também o revel. (COSTA, 1993, p. 107).

Importante, ainda, referir que à revelia não exclui a legitimidade ativa para a rescisória. (OLIVEIRA, 2008, p. 84).

Ademais, os terceiros juridicamente interessados, são legitimados à rescisória, porque, apesar de a sentença operar entre as partes, há a possibilidade de seus reflexos atingirem o direito de estranho. Para tanto, é necessário que este demonstre o interesse jurídico e não meramente de fato, ou seja, deverá demonstrar que foi por conta da decisão prejudicado, ou que já interveio na ação em momento anterior. (COSTA, 1993, p. 109–110).

Também o Ministério Público tem legitimidade para propor ação rescisória ou para se manifestar quando determina a lei.

De acordo com Coqueijo Costa, (1993, p. 110-111), tem legitimação para a rescisória, quando parte, ou quando não foi parte em processo que se prolatou a decisão rescindenda, em dois casos, quais, sejam:

a) “se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção” (art.487, III, a) como custos legis. Disso advém, inexorável, a nulidade do processo desde o instante em que a intervenção do órgão do ministério Público era imprescindível [...].

b) “quando a sentença” rescindenda “é efeito de colusão das partes a fim de fraudar a lei” (art.487, III, b). Aqui, pouco importa haja intervindo ou não o Ministério Público no processo anterior. Se interveio, o fez como fiscal da lei, e não como parte, pois nesta qualidade poderia ajuizar a rescisória com espeque no art.485, III, b. Coíbe-se a fraude ou o dolo processual bilateral contra o órgão jurisdicional. Face a isso, o Ministério Público é parte legítima ativa para pedir a rescisória. (1993, p. 110-111).

Na definição de Francisco de Oliveira, (2008, p. 84-85), “a legitimação passiva não esta prevista expressamente. Logo, está condicionada ao que dispõe o art. 3º do CPC: necessidade de interesse e legitimidade para propor a ação e contestar ação”.

3.3 PRESSUPOSTOS E PRETENSÃO PROCESSUAIS PERTINENTES À AÇÃO RESCISÓRIA

Os pressupostos necessários para que se possa interpor a ação rescisória, hão de ser representados por três requisitos, anotados pela regra processual, são eles: a sentença com resolução de mérito transitada em julgado conforme artigo, 269 do CPC - sentenças definitivas onde se encerra a temática dando resolução da matéria discutida, e configurando o caso em tela em um dos incisos do artigo 485, do CPC, e, também, de acordo com o artigo, 495 do CPC,

tem- se o prazo para a propositura dessa ação, que é de dois anos a partir do trânsito em julgado.

O artigo 485, “caput” fala da sentença de mérito, ocorre que o termo sentença ali empregado é posto em sentido amplo, onde se entende sentença, por provimento judicial. (CÂMARA, 2007, p. 55).

Com efeito, percebe-se que o provimento ali contido, deverá ter atendido a uma condição essencial, deve este ter se manifestado sobre objeto da ação, e, ainda transitado em julgado.

A ação rescisória é cabível mediante a constatação de casos extraordinários, expressamente enumerados em lei, através do artigo 485 do CPC, são eles:

Artigo 485. A sentença de mérito pode ser rescindida quando: 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 atos ou de documentos da causa. (BRASIL, 2011 C).

Conforme se extrai do artigo 485, inciso I, do CPC, será rescindível a sentença de mérito quando “se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.

Os três defeitos constituem tipos penais, em que pode inserir se o servidor público (neste caso o juiz) e que, por sua gravidade certamente não podem ser chancelados pela incidência da coisa julgada. (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 654).

A prevaricação se concretiza no momento em que o juiz, “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (art. 319 do CP). (BRASIL, 2012 B).

A concussão consiste na exigência “para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes, de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida” (art. 316 do CP). (BRASIL, 2012 B).

Por último, a corrupção que, para legitimar a ação rescisória, deve ser passiva, constante no artigo 317 do CP (BRASIL, 2012 B), importa em, “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”, percebe-se que, ao contrário do que acontece na hipótese de concussão, aqui o juiz se restringe a solicitar ou receber a vantagem ilícita, ou de aceitar a promessa, não de exigir. Entretanto em todos os três casos, a conduta reprovante do magistrado, além de configurar um delito, afeta a seriedade da prestação jurisdicional. Então configurando o crime, possibilita se a revisão da decisão prolatada, por meio da ação rescisória. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 654).

Todavia, do ponto de vista da doutrina, conclui se, segundo a maioria dos autores, deve ser dada interpretação larga, abrangendo as inúmeras fraudes que podem ser praticadas pelo julgador, não restringindo apenas a esses três tipos penais, porquanto já é cediço que no campo penal o que impera é impossibilidade de interpretação extensiva ou analógica. Visto que os tipos penais devem ser interpretados sempre restritivamente. Mas deve se sopesar que esse inciso seja interpretado de forma ampla, flexível a ponto de englobar todas as possibilidades de tramoias ou fraudes teoricamente praticadas pelos magistrados. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 700).

O segundo inciso, do artigo 485 do CPC, se refere ao impedimento e à incompetência do juiz.

Temos aqui dois conceitos distintos, o primeiro diz respeito à figura do juiz, enquanto que o outro trata do órgão jurisdicional.

O impedimento veda o juiz de atuar no processo e invalida os seus atos, sem que para isso haja oposição ou recusa das partes, diferentemente da suspeição que impede a atuação do juiz apenas quando alegada pelos interessados ou acusada pelo julgador *ex officio* (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 724).

A ocorrência de impedimento pode se dar nos casos relacionados nos artigos 134 e 136 do CPC respectivamente. ⁶

Quanto à incompetência, é necessário se distinguir a competência absoluta da incompetência relativa. Sendo que a relativa pode ser derogada tanto por acordo das partes (foro de eleição, art.111), quanto por prorrogação em virtude de ausência da oposição da exceção declinatória no prazo legal (art.114). A incompetência absoluta por sua vez, se apresenta como inderrogável pela vontade das partes. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 724).

Entende-se, porém, que a incompetência relativa e a suspeição não ensejam motivos para cabimento de ação rescisória. Somente a incompetência absoluta cumpre esse papel. Por serem derogáveis através do interesse das partes, não são motivos para a propositura desta ação, ao passo que na incompetência absoluta tais vícios são inderrogáveis. (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 754).

Vale lembrar que a competência absoluta tem seu fundamento nas regras de natureza cogente, ligadas à matéria ou à hierarquia e ressaltar que a expressão incompetência do juiz, são características do juízo, ou seja, do órgão jurisdicional que o juiz ocupa, e não da pessoa do julgador, embora tenha sido a expressão mal utilizada. (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 755).

O inciso III do dispositivo prevê que haverá possibilidade de interposição da ação rescisória quando do provimento de mérito resultar dolo da parte vencedora, em relação à parte vencida, ou for fruto de colusão entre as partes com objetivo de fraudar a lei. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 701).

6Art.134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I- de que for parte;

II- em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III- que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV- quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V- quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI- quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art.136.Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Conforme nos ensina Câmara, (2007, p. 68), o dolo que se refere o inciso três do artigo 485, é o dolo processual que se concretiza quando uma das partes, (no caso a parte vencedora) agi sem obediência ao dever de lealdade e boa fé, influenciando no convencimento do julgador para obter o resultado que seja favorável. Note que o dolo que vicia a sentença e a torna rescindível é o dolo que induz a erro o julgador.

Segundo o autor, a causa da rescindibilidade, decorre da violação do dever de lealdade processual expresso no artigo, 14, II, do Código de Processo Civil. (CÂMARA, 2007, p. 68).

É indispensável, para êxito da rescisória, que haja nexos de causalidade entre o dolo (violação do art.14, II, do CPC), e o resultado extraído da decisão, ou seja, o procedimento concreto adotado pelo vencedor deve intencionalmente, modificar o convencimento do julgador. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 724).

Em se tratando da colusão das partes com o objetivo de se fraudar a lei, cabe ao julgador impedir que as partes se sirvam do processo capciosamente, com a finalidade de conseguirem resultado contrário à ordem. Caso o julgador perceba no curso do processo que as partes estão praticando atos simulados ou de alguma forma conseguindo fim proibido por lei, deverá ele obstar aos objetivos das partes (art.129). Sabe se, porém, que nem sempre o julgador consegue impedir que os fraudadores alcancem o fim colimado. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 725).

Da observação precisa de Câmara, extrai se que:

Não se pode deixar de dizer, para concluir este tópico que a colusão se distingue do dolo por ser sempre bilateral, de ambas as partes, enquanto que o dolo é unilateral, da parte vencedora (em detrimento da vencida). Em ambos os casos, porém a manifestação da vontade estatal, afirmada pelo juiz, é viciada, razão pela qual deve-se ter por rescindível o provimento judicial transitado em julgado, que não pôde, em razão do induzimento de ao erro do magistrado, atuar corretamente a vontade do ordenamento jurídico (2007, p. 71-72).

Uma vez, demonstrada a colusão poderá a parte interessada se valer da ação rescisória para sanar o vício existente.

O inciso IV, do artigo 485, do CPC, prevê a possibilidade de se intentar ação rescisória, por ofensa à coisa julgada.

Existe coisa julgada quando se intenta novamente ação que já foi decidida por sentença a qual não cabe mais recurso, artigo 301, § 3º, 2ª parte. (OLIVEIRA, 2008, p. 257).

Na definição do Código de processo Civil, a coisa julgada material possui caráter de que se reveste a sentença, não mais sujeita a recurso, tornando a imutável e indiscutível, artigo 467, e, por conseguinte, a sentença vem ter força de lei nos limites da lide e das questões ali resolvidas, é o que se extrai do artigo 468. Decorrido o trânsito em julgado, institui se aos órgãos do poder judiciário, a impossibilidade de novamente decidir sobre questões que já foi objeto de sentença. (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 725).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart assim, entendem:

[...] em havendo a propositura de uma segunda demanda, idêntica a outra, cuja decisão transitou em julgado, mesmo que essa segunda ação seja julgada (sem observância da coisa julgada formada anteriormente), a “coisa julgada” nela formada ofende a coisa julgada anterior. Por isso, este segundo julgamento, embora possa transitar em julgado, estará sujeito a desconstituição. (2011, p. 665).

Todavia, esse não é o problema principal, os problemas mais comuns que surgem, decorrem de casos em que há coisa julgada em uma determinada matéria, e posteriormente se forma coisa julgada da mesma matéria, e se escoo o biênio decadencial, tornando impossível de se interpor a ação rescisória. Podem subsistir essas duas coisas julgada talvez até contraditórias? Qual delas é válida? Ou elas depois de escoado o prazo para interpor à rescisória se transformam em decisão inatacável? (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 702).

No entendimento de Eduardo Arruda Alvim:

Se, no entanto, tiver decorrido o prazo para propositura da ação rescisória, subsistindo os dois provimentos jurisdicionais com o trânsito em julgado, haverá de prevalecer o primeiro deles, em que se estiver formado a coisa julgada. Isto porque, sendo a coisa julgada pressuposto processual negativo, a segunda demanda, em nosso sentir, não chegou sequer a se formar (validamente), encontrando se, esta segunda decisão, maculada do vício de inconstitucionalidade (art. 5º, XXXVI)⁷. (2010, p. 1001).

Já Humberto Theodoro Junior, tem outro posicionamento à respeito:

⁷Art. 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: [...] XXXVII - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...] (BRASIL, 2012 A)

É que, sendo contraditórias, não se haverá de admitir ambas como operante. Também, sendo de igual teor, inadmissível será tê-las como válidas para condenar, por exemplo, duas vezes a parte a cumprir a mesma prestação. Dentro do código a solução somente pode ser uma: apenas a última sentença transitada em julgado representara a solução definitiva da lide. Ela é válida e somente deixaria de sê-lo se tempestivamente rescindível. Como não foi, nem mais poderá ser rescindida, sua validade reconhecida pela lei faz com que a última definição da lide ocupe o lugar da que se adotou no primeiro julgado, que, no conflito, perderá irremediavelmente, toda sua eficácia. (2011, p. 725–726).

Nessa parte, da matéria a doutrina se divide. Alguns autores argumentam que vale a segunda coisa julgada, por analogia ao direito constitucional, sustentam que é como se fosse à retroatividade da lei, ao passo que lei posterior revoga a lei anterior, dizem que existindo duas coisas julgadas, e escoado o tempo esta não foi desconstituída, ela passou a valer. Outros entendem que vale a primeira coisa julgada e não a segunda. A fundamentação a favor dessa posição é de índole constitucional, por irretroatividade das leis, esses sustentam que se a lei não pode retroagir quando ofender o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, de igual sorte não poderá ser ofendida pela coisa julgada posterior. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 702).

Por força do dispositivo no inciso V do art. 485 do CPC, é rescindível o provimento de mérito transitado em julgado quando este “violar literal disposição de lei”.

Embora nos pareça em um primeiro momento controverso, esclarece se que a interpretação meramente literal, é incapaz de revelar o verdadeiro sentido da norma legal. (CÂMARA, 2007, p. 79).

Para tanto, prossegue o autor, “deve se considerar rescindível o provimento judicial que ofende o direito em tese, isto é, o correto sentido da norma jurídica”. (CÂMARA, 2007, p. 80).

Nesse sentido, a jurisprudência *in verbis* melhor esclarece:

AÇÃO RESCISÓRIA — VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - RÉTROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA — ACOLHIMENTO DA TESE PELO STF DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RÉTROATIVIDADE.
Entendimento pacificado na jurisprudência do Colendo STF de declarar inconstitucional a retroatividade da Lei n. 9.032/95 para elevar o percentual do benefício acidentário de 40% para 50%, afastando a exegese da

aplicabilidade da lei mais benéfica em matéria previdenciária e adotando o princípio do tempus regit actum. Decisão rescindenda que violou o comando mandamental da tutela do ato jurídico perfeito e da majoração do benefício previdenciário sem a indicação da fonte de custeio (art. 195 § 5º da Constituição da República). Acolhimento do iudicium recidens e, no novo julgamento da causa, julgou-se improcedente a pretensão de elevação do percentual do benefício de 40% para 50%, como constou do acórdão da Egrégia 7ª Câmara Cível deste TJRJ (BRASIL, 2012 J).

Note-se pela jurisprudência que a decisão rescindenda afronta dispositivo constitucional, motivo este que conforme, o artigo 485 inciso V, do CPC, torna rescindível a decisão por conta do vício nela contido. Daí a desconstituição da decisão de primeira instância pela via rescisória.

Ademais, extrai-se o julgado de ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo INSS, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, visando à rescisão do acórdão proferido nos autos do AgRg Resp n. 1.014.174/SP, da relatora Ministra Jane Silva, abaixo transcrita:

“AGRAVO INTERNO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. AUXÍLIO-ACIDENTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB O MANTO DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL.

1 - A análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição da República, sendo defeso o seu exame em âmbito de recurso especial.

2 - Consoante entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça, o aumento do percentual do auxílio-acidente, estabelecido pela Lei n.º 9.032/95 (lei nova mais benéfica), que alterou o § 1º, art. 86, da Lei n.º 8.213/91, tem aplicação imediata a todos os beneficiários que estiverem na mesma situação, sem exceção, não importando tratar-se de casos pendentes de concessão ou já concedidos, em virtude de ser uma norma de ordem pública, o que não implica em retroatividade da lei, posicionamento que não sofreu qualquer alteração. 3 - Agravo ao qual se nega provimento”. (BRASIL, 2012 F).

Como aduz Vicente Greco Filho:

A violação de lei para ensejar a rescisão, deve ser frontal e indubitosa. Se a lei comportava mais de uma interpretação razoável não incide o dispositivo, se a sentença optou por uma delas. [...] “Lei”, no texto, não é apenas a lei em sentido formal: é a norma jurídica em sentido amplo, desde as normas constitucionais até os demais atos normativos que deveriam ter sido aplicados e não foram. É necessário, porém, que a violação da norma jurídica tenha sido relevante no resultado da demanda e possa sua correta aplicação modificar o julgamento. Não importa, também, se a lei é de direito material ou é de direito processual. A violação literal de lei de processo vicia o julgamento e torna, em tese, a sentença rescindível [...]. (GRECO FILHO, 2009, p. 448-449).

A respeito importante ressaltar o conteúdo da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal:

“Não caberá ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. (BRASIL, 2012 H).

Por conta dos argumentos expostos, conclui - se que se o julgador tiver se embasado em uma determinada corrente de interpretação, não será, pois a sua decisão objeto de ação rescisória pelo inciso V do artigo 485 do CPC.

Nos termos do disposto no artigo 485, VI, do CPC, o provimento de mérito é rescindível sempre que “se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória”. (BRASIL, 2011 C).

Este inciso trata especificamente de ajuizamento da Ação Rescisória fundada em decisão induzida a erro por conta da prova falsa.

No que tange a falsidade, esclarece Alexandre de Freitas Câmara:

Qualquer que seja o meio de prova falso é de se admitir a ação rescisória. Assim, por exemplo, pode ocorrer de se ter provimento baseado em documento falso. Pode ainda ter sido falso o depoimento da testemunha. Enfim, qualquer que seja a natureza da prova, sua falsidade, - se era fundamento essencial do provimento judicial de mérito – levará a sua rescindibilidade. (CÂMARA, 2007, p. 91).

Todavia, se o provimento de mérito puder sobreviver, mesmo sendo comprovada a prova falsa, ou seja, se puder ser conservada, não há o que se falar em desconstituição da coisa julgada (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 666). Visto que é necessário que a falsa prova seja fundamental para o convencimento do julgador.

Por fim, consoante infere Vicente Greco Filho:

A falsidade da prova deve ser apurada em processo criminal, por exemplo, um processo por falso testemunho ou falsidade documental ou provada na própria ação rescisória. O prazo de dois anos da rescisória, todavia, torna praticamente impossível a prova em criminal, que pode demorar mais que isso. Assim, a regra geral é a prova na própria ação rescisória. (2009, p. 449).

Isso ocorre porque é preciso que a ação penal tenha transitado em julgado para tê-la como pressuposto para a ação rescisória.

No caso do inciso VII, do artigo 485, do CPC, poderá ser rescindido o provimento de mérito quando, “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”.

Nas lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery extrai se:

Por documento novo deve entender-se aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso. O documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão. (2007, p. 783).

Registre-se “nenhuma outra prova poderá ser produzida, no processo da ação rescisória”, além do próprio documento, para corroborar na formação do convencimento do julgador a cerca da forma de como deve ser rejuogada a lide original. (CÂMARA, 2007, p. 101). O que poderá ocorrer explica o referido autor, é a produção de provas a respeito das razões pelas quais o documento não constava nos autos na ocasião do processo original. Isso somente é admitido se documento novo e nada mais. (CÂMARA, 2007, p. 102).

O artigo 485, inciso VIII do CPC, fala que será objeto de ação rescisória a decisão quando “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”.

A confissão ocorre quando uma das partes admite a verdade de um fato mesmo que este seja favorável à parte contrária e contrário a seu interesse (art. 348, CPC). “Requer capacidade do confitente, ânimo de confessar, e fatos que são objeto da lide”. (COSTA, 1993, p. 88).

Importante se faz que a confissão seja o motivo do fundamento da decisão para que, após o trânsito em julgado, possa ser rescindível. (CÂMARA, 2007, p.105).

A desistência por sua vez, extingue o processo, sem resolução do mérito, quando o autor desistir da ação (CPC, art. 267, VIII). Não é, pois esta a sentença a que se refere o disposto no artigo 485, inciso VIII, isso porque a rescisória exige o julgamento de mérito na decisão rescindenda, o que não ocorre na desistência que trata o artigo 267, inciso VIII, por se referir à desistência da instância e não do pedido. (COSTA, 1993, p. 91).

Por certo, quando o legislador se refere à desistência, teria ele querido dizer, renúncia visto que somente esta, da direito ao autor de embasar sua pretensão. Posto que nesse caso se tem a resolução de mérito. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 638).

Neste sentido, Coqueijo Costa, esclarece:

[...] Não é a mera renúncia de direito processual, mas de direito material. Claro que o direito deve ser rescindível; a renúncia poderá ser parcial ou total, prosseguindo o processo na parte não renunciada; e devem as partes ter a indispensável capacidade para renunciar. A forma há de ser sempre a escrita e a renúncia não se presume, nem pode ser tácita. A lide fica composta com o ato de uma das partes e o juiz sentença o mérito (ou, para alguns homologa em sentença que examina a validade da renúncia). A renúncia processual da ação (desistência da ação) pode depender do consentimento do réu (se decorrido o prazo para a resposta, CPC, art.267 § 4º), só produzindo efeitos depois de homologada por sentença (CPC, art. 158, parágrafo único). A renúncia de direito material nunca se subordina ao assentimento do réu, pois a lide finda e se compõe a seu favor, e não haveria interesse dele a ela se opor. (1993, p. 91).

A transação consiste em negócio jurídico de direito material e constitui o ato jurídico. O acordo de vontade é regulado pelo direito material, e após a sua homologação, possui eficácia no mundo jurídico. Ela, por sua vez, extingue o processo com julgamento de mérito, produzindo efeito material e processual, através dela “previne - se ou se termina litígio, mediante concessões mútuas”. (COSTA, 1993, p. 92).

Cumprido destacar, nos casos em que há sentenças “meramente homologatórias” e não serão rescindíveis. Como por exemplo, no caso da sentença prolatada em jurisdição voluntária, (não faz coisa julgada), ou nos casos de processos contenciosos em que a homologação se dá por conta da desistência de ação, hipótese que não julga o mérito. (CÂMARA, 2007, p. 112).

É, pois perfeitamente possível, a rescisão, quando a sentença for homologatória e nela tenha sido julgado o pedido do autor.

Por fim, o artigo 485, inciso IX, CPC, prevê a rescindibilidade do provimento de mérito, quando “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

A partir da leitura do parágrafo primeiro do referido artigo, extrai-se o conceito de erro, conforme segue: “Há erro, quando a sentença admitir fato

inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”. (BRASIL, 2011 C).

E determina, no corpo do texto do parágrafo segundo, [...] “que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”. (BRASIL, 2011 C).

Trata se de erro de percepção, de modo que o julgador visualiza algo inexistente, ou deixa de ver algo que existe e está ali exposto nos autos, e não de interpretação onde existe uma prévia apresentação da matéria. (OLIVEIRA, 2008, p. 284).

Para Coqueijo Costa, (1993, p. 98-99), alguns requisitos, devem ser observados, quais sejam: que o erro trate de fato não apreciado, e, que a decisão seja fundada neste, bem como seja ele apurável mediante exame dos documentos já apresentados, sem a necessidade de quaisquer outras provas, que não exista controvérsia sobre o fato, nem tampouco pronunciamento judicial a respeito dele.

Contudo, percebe-se que o erro de fato para que se configure necessita de nexos causal, com o resultado obtido, ou seja, se o julgador não tivesse a percepção equivocada, outra seria a sua decisão. (CÂMARA, 2007, p. 121).

O prazo para propor ação rescisória, é único. Através dos tempos, ele veio sofrendo alterações, sendo inicialmente de 30 anos, posteriormente reduzido para cinco e hoje é de dois anos. (COSTA, 1993, p. 162).

A respeito, do assunto o Estatuto Processual assim dispõe:

Art.495 – O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão. (BRASIL, 2011 C).

Extraí – se do referido artigo que a ação rescisória, como regra geral, deve ser proposta dentro do lapso temporal de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão rescindenda. (WAMBIER, 2008, p. 487).

Contudo, não é demais repisar que há casos em que a identificação do momento do trânsito em julgado, e, conseqüentemente o início do prazo para a propositura da ação rescisória não encontra-se tão evidente. (ALVIM, 2008, p. 974).

Registre-se, porém, que, quando se recorre da sentença em parte, tem-se a coisa julgada em momentos diferentes, formando-se por etapas. Nesses casos, o prazo para a ação rescisória igualmente se contará separadamente para cada parte

do julgamento da causa. Ocorrendo a situação exposta, haverá a possibilidade de haver mais de uma rescisória sobre a mesma sentença, é o caso da decisão em ação com capítulos distintos, sobretudo, quando o recurso parcial estiver esperando para ser decidido e o prazo decadencial estiver próximo a escoar em relação ao capítulo da sentença já decidido. (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 743).

Fala-se ainda, em momentos diversos, para propor ação rescisória, quando as partes são intimadas em momentos distintos, bem como contam com prazos diferenciados para interposição de recursos, como ocorre quando parte da demanda é a Fazenda Pública e particulares. Evidentemente no caso em tela, o trânsito em julgado não ocorrerá igualmente para todos os envolvidos na relação, por isso o prazo para ajuizamento da demanda se dará a partir do término do prazo para interposição de recurso de cada uma das partes, ou seja, salvaguardara a situação de cada interessado. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 743).

Quanto ao prazo previsto no artigo 495, é de dois anos, decadencial e não se interrompe nem se suspende como acontece no prazo prescricional. (ALVIM, 2008, p. 974).

Outrossim, é o entendimento de Theodoro Junior:

O prazo assinalado para o exercício do direito de propor a rescisória é decadencial e não prescricional, conforme se depreende da emenda que o Congresso introduziu no projeto do Min. Buzaid, para substituir a expressão “prescreve” por “extingue-se” no teto do art.495. (2011, p. 742).

Discorrendo sobre o tema, refere Oliveira:

Cuida - se de prazo decadencial e que tem início no dia seguinte ao trânsito em julgado. Na sua contagem é de observar-se a regra geral do artigo 184, §§ 1º e 2º, do CPC, computando-se o prazo com exclusão do dia do vencimento, devendo os dias, do início e do término, coincidir com dias úteis. (2008, p. 148).

O prazo é decadencial, por isso não se suspende nem se interrompe, porém se o último dia coincidir com dia em que não há expediente forense nem plantão de protocolo para receber a petição, prorroga-se o prazo adiado para o primeiro dia útil, tendo em vista que não seria impossível atendê-lo. (GRECO FILHO, 2009, p. 445).

Como aponta, Pontes de Miranda:

No art. 495, o prazo é preclusivo, dito extintivo [...].
 [...] Extinguem – se o direito à rescisão, a pretensão à rescisão e a ação à rescisão. Trata-se de direito potestativo extintivo (ou, digamos, formativo extintivo), só exercível em ação (de direito processual). Nem se suspende nem se interrompe. Se ocorre o despacho dentro do prazo, conforme resulta da regra jurídica do art.220, que remete ao art.219, a eficácia é à data do despacho em que se pediu a citação (art.219,§ 1º).Citação fora do prazo para ser feita é ineficaz para se ter como proposta a ação de rescisão. A citação, ou, se ela é eficaz, o despacho há de ser feito no prazo preclusivo. Daí a ocorrência excepcional: despacho no ultimo dia do biênio, citação nos dez dias do art. 219, § 2º, ou noventa dias (§3º), se houve prorrogação. (2002, p. 355).

Segundo Eduardo Arruda Alvim, (2008, p. 974), “a citação válida, impede a ocorrência da decadência do direito, sendo que seus efeitos retroagem à data do despacho que ordenar a citação”.

Nesse sentido, o entendimento do STJ, cristalizado na súmula 106:

Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência. (BRASIL, 2012 G).

Contudo, já está pacificado que não se verificará a decadência prevista no artigo 495 do Estatuto, uma vez constatada a demora por motivos relativos à deficiência judiciária. (GERAIGE NETO, 2010, p. 91).

Depreende se, do exposto, que a decadência ocorrerá extinguindo o direito do autor, caso este omitir se em providenciar a citação do réu nos prazos previstos. (OLIVEIRA, 2008, p.148).

Muito já se falou sobre alargar o prazo para se interpor à ação rescisória em privilégio da Fazenda Pública, inclusive a medida provisória nº 1.577, aumentou o prazo de dois para quatro anos, porém não derogou o artigo 495 do CPC. (MIRANDA, 2002, p. 360).

Conforme ainda Pontes de Miranda:

O prazo maior, de quatro anos, beneficia a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, as autarquias, não importa a sua natureza, e as fundações instituídas pelo poder público, seja este federal, estadual, municipal. Não assim as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas por particulares, ou algum território, que venha a ser criado. A ação rescisória dessas pessoas continua a submeter-se ao prazo decadencial do art.495. (2002, p. 360).

Em síntese, conforme pontua Zaiden Geraige Neto, (2010, p. 91), em análise literal do disposto no art.495, do CPC, o dia de início da fluência do prazo para o ajuizamento da ação rescisória é o trânsito em julgado da decisão que se visa rescindir.

Por fim, quem tinha o direito de exercer a pretensão de ação e não o fez, teve seu prazo precluso.

4 O PROCESSO ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E A FUNÇÃO DA COGNIÇÃO EXAURIENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL EM FACE DAS AÇÕES RESCISÓRIAS EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIA/ACIDENTÁRIA NA ESFERA DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Insta destacar a importância das características norteadoras do Estado de Direito, posto deter fundamentalidade a função do processo⁸ enquanto instrumento realizador da justiça.

De pronto, esclareça-se que o processo é representativo do conjunto produtor do direito e, nesse sentido, tem-se que “não há um direito fora do processo de sua produção; só há direito que o processo produz”. (PASSOS, 2001 apud SILVA, 2008a, p. 01).

Para tanto, registre-se que as peculiaridades do Estado de Direito, encontra-se construídas em torno do pressuposto de uma ideal separação entre o Estado e a Sociedade, ou na ideologia das três separações⁹ (NOVAIS, 2006, p. 60) e, com base neste construto, conforme conclui Novais, somente haverá Estado de Direito “quando o objetivo de protecção da liberdade e direitos fundamentais do cidadão mobiliza na sua prossecução e garantia o empenhamento do Estado”. (2006, p. 73).

Assim, na dimensão apontada por Calmon de Passos (2001 apud SILVA, 2008a, p.01), o processo, e na perspectiva do presente trabalho, o processo civil detém uma fundamentalidade tal para a realização da justiça, de onde decorre que referida função irá comprometer positivamente a função exauriente judicial para a mesma vocação de realização da justiça.

Em prol de um pacto de realização da justiça, o que importa acima de tudo, conforme aponta Dinamarco (1996, p. 309), é o assentamento “desse novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro”, e o papel que

8 A catalogação do processo em suas divisões clássicas (civil, administrativo, penal, trabalhista, etc.) no presente capítulo deixaram de merecer a ênfase didática da academia, em função de que a doutrina brasileira, encabeçada por Ovídio Araújo Baptista da Silva, tem referido a expressão “processo” sem a vinculação com a sua denominação “processo civil”. A título de exemplo, indicamos as obras PROCESSO E IDEOLOGIA (2008), JURIDISÇÃO, DIREITO MATERIAL E PROCESSO (2008), o que também tem sido seguido pela doutrina, conforme Luiz Guilherme Marinoni – confira Teoria Geral do Processo (2006), Cândido Rangel Dinamarco (A Instrumentalidade do Processo, 1996) e outros.

9 A separação dos três poderes, conforme consta no texto constitucional no título IV, capítulo I, da separação dos poderes, Poder Legislativo, arts. 44 a 75, no capítulo II, do Poder Executivo, arts. 76 a 91, no capítulo III, do Poder Judiciário, arts. 92 a 126.

os institutos processuais não de lançar sobre a própria técnica processual, inclusive no que se refere à dupla função da instrumentalidade do processo, cuja base assenta-se na “efetividade do processo” e em seu nome 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”, (1996, p. 270), que não é outra senão, através do processo, fornecer a justiça uma “ordem jurídica justa” (1996, p. 309) que suporte o modelo do processo civil moderno de agente pacificador do Estado de Direito, ou conforme referido na introdução deste, fornecedor de um direito que o processo produziu. E este mundo do direito, senão advier de um processo fiel à ordem de justiça, será igualmente injusto posto que, rememorando a lição de Calmon de Passos, “só há direito que o processo produz”. (PASSOS, 2001 apud SILVA, 2008a, p.1).

Imbuída desse compromisso, estabelecido do justo, é preciso que se vislumbre o processo enquanto força ativa cuja orientação esteja disposta a enaltecer o fio condutor de uma ordem e cuja vocação aspire e consiga despertar a força normativa que dará efetividade ao direito buscado, ao meio proposto, fiel da balança de um processo que tem, de um lado, a Constituição, “Lei Maior” onde estão “os princípios que inspiram, regem e disciplinam o processo” e de outro, o próprio processo, elo que o vincula a constituição e onde “repousa a segurança dos cidadãos e a paz social, na qual o legislador busca diretrizes e o jurista encontra os alicerces da ordem jurídica”. (TEIXEIRA, 1993b, p. 80).

Dito isso, é significativo esclarecer de que forma a sua distribuição no processo de conhecimento, execução e cautelar, cada um a seu modo, dão conta da ordem jurídica justa, e de igual sorte, dar suficiente segurança ao cidadão e prestar ordem ao Estado de Direito.

No caso do presente estudo, a abordagem recorre, sobretudo, à figura da coisa julgada e da cognição, como meio de estudar a ação rescisória na perspectiva da prestação da tutela jurisdicional. Para tanto, a coisa julgada foi apresentada em conjunto com a ação rescisória.

Nesta parte, passamos a apresentar o papel da cognição exauriente como meio de estabelecimento da justiça das decisões. Logicamente que se reservará um subcapítulo para as considerações do conjunto (ação rescisória, cognição exauriente

e coisa julgada), sendo que a matéria previdenciária/acidentária fora eleita como recorte da pesquisa, de onde decorre a importância dos princípios¹⁰ examinados na pesquisa, enaltecendo a vinculação destes com o estudo e também destes com a função constitucional segundo a problemática colocada na pesquisa.

Ainda a despeito da Justiça das decisões é significativo inferir qual o sentido apresentado no presente trabalho. Além das muitas e milhares de considerações que o tema desperta e do muito já dito e escrito, o estudo toma a lição de Kelsen (2001) para apresentar a sua abordagem a qual no desenvolvimento do presente trabalho.

Importa esclarecer o seguinte, no contexto do presente. Uma é a Justiça Constitucional, que vem garantida pelo escopo político da Democracia e de onde advém o pacto constitucional representativo da própria Constituição. A outra é a Justiça que decorre de uma ordem jurídica justa e esta é garantida pelo escopo do processo, instrumento que pertence à ordem jurídica. Kelsen (2001)¹¹ aborda ambas, mas não as distingue, qual seja, Kelsen apresenta uma justiça humana a partir de uma justiça divina.

Anota-se, conforme consta da introdução,

Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade". Ao que Pilatos perguntou: "O que é a verdade?" Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz.

Dessa forma, emerge da pergunta de Pilatos – o que é a verdade? – através do sangue do crucificado, uma outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: o que é a justiça?

Nenhuma outra questão foi tão apaixonadamente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso;

10 A essência de um princípio, no campo do Direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positiva. Em consequência, ele não possui uma normatividade própria que implique tornar-se possível a sua aplicação imediata e autônoma. Não há condição, por exemplo, de se receber o pedido de qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sua sustentação, simplesmente, em um princípio. Há de se indicar a norma positiva que clarifique e delimite a pretensão, tornando concreta a atuação jurisdicional. (DELGADO, 1993, p. 69).

11 Kelsen aborda a questão da Justiça através de três obras: O problema da Justiça (2003), A Ilusão da Justiça (2000) e O que é Justiça? (2001), que encontram-se indicadas na referência, sendo que esta pesquisa encontrou nos ensaios do livro "O que é Justiça?", a melhor aproximação com a proposta deste estudo, posto que tais ensaios "tratam dos problemas da justiça e de suas relações com o Direito, a filosofia e a ciência" (Prefácio, 2001, anotado pelo próprio autor em janeiro de 1957), além de conferir um sentido fundamental a proposta do trabalho consoante demonstrado.

sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor. (KELSEN, 2001, p.1).

No desfecho da obra a questão ainda persiste, mas há uma indicação ali disposta que merece anotação sob o condão de dar conforto, ainda que indagativo, ao questionamento do que é justiça. Sendo assim, conveniente novamente apresentar a lição de Kelsen:

“São Paulo diz: Que todas as pessoas estejam sujeitas às autoridades governantes. Pois não há nenhuma autoridade, exceto a de Deus e as que existem foram instituídas por Deus. Portanto, quem resiste às autoridades resiste ao que Deus instituiu, e os que resistem incorrerão em julgamento. Pois os governantes não são um terror para a boa conduta, mas para a má. Não queres ter medo do que tem autoridade? Então faze o que é bom e receberás sua aprovação, porque ele é servo de Deus para o teu bem” (Romanos 13, 1 ss). (2001, p. 254).

Assim, aponta Kelsen (2001, p. 255) que a ciência não opera e não pode operar com base em pressuposições metafísicas, ou de pressuposições de uma entidade ou de um fato, ou da experiência humana possível, especialmente além da razão humana.

Ponderando a respeito da questão posta, Kelsen anota que a conclusão de que os homens devem obedecer ao Direito positivo porque Deus assim ordena não é uma resposta final a justificativa de validade do Direito positivo, posto que, como a validade de uma norma pode advir apenas de uma norma superior, o verdadeiro significado de Paulo deve ser compreendido segundo a perspectiva de que os homens devem obedecer aos mandamentos de Deus, que ordenou a obediência ao direito Positivo. Ocorre nem Deus nem o indivíduo podem emitir uma norma autorizando eles mesmos, porque Deus é autoridade suprema e tal hipótese metafísica é aceitável apenas do ponto de vista de uma religião e mesmo assim contestável porque não pertence ao questionamento original do cristianismo. (2001, p. 256).

Kelsen conclui que, segundo a ciência do Direito, devemos obedecer às cláusulas se elas forem pressupostas como hipótese da ordem coercitiva, estabelecida com fundamento nela e “efetivamente obedecida e aplicada por aqueles cuja conduta regulamenta”, qual seja, “se for considerada uma ordem

válida, obrigatória para esses indivíduos, e se as realizações entre esses indivíduos forem interpretadas como deveres, direitos e responsabilidades legais, não como meras relações de poder”, finalizando que, “isso será oportunizado se for possível distinguir o que é legalmente certo e legalmente errado, em especial o uso legítimo e ilegítimo da força. Essa é a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva, a razão final para a sua validade, vista do prisma de uma ciência do Direito positivo”. (2001, p. 256).

Em síntese, a indagação kelseniana produz uma resposta para a ciência do Direito a partir de uma norma fundamental, segundo uma ordem positiva que se ocupa de sua validade, e aplicada à compreensão da Justiça fornece a norma fundamental que disposta ao presente estudo, há de ser tomada segundo a perspectiva de validade da ordem jurídica justa.

4.1 O processo enquanto instrumento de realização da justiça frente aos meios de revisão do julgado e a cognição exauriente judicial.

O caráter instrumental do processo, idealizador da ordem jurídica justa, qual seja, de uma ordem que se faz efetiva, predisposta “o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível” (DINAMARCO, 1996, p. 310) e que atenda precipuamente aos anseios inseridos na Carta Magna e na esfera do processo, que se faz medido pelo *due process of law* e que atenda ao desiderato de uma ordem garantidora de direitos.

A essa finalidade atende o processo em sua função de ajustar-se à estrutura normativa “como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, por exigência do devido processo constitucional, sem exigência de espécie alguma”. (DIAS, 2006, p. 569). No Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional merece destaque primordial e esta “somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo e a declaração final do Estado, decorrente do poder de cumprir o dever de prestá-la, quando e se provocado por qualquer um do povo ou mesmo por qualquer órgão estatal”. (DIAS, 2006, p. 570-571).

O que poderá significar, nesse campo particular da esfera jurídica, o conceito da cognição exauriente, especialmente tendo em conta a acentuada marca de disposição para o conflito e a histórica relação destes contra o arbítrio e a tentativa de ambas as partes no anseio de buscar e valer os direitos?

Na perspectiva de sua resposta ou de suas muitas respostas, apresentamos as considerações seguintes com o fito de estabelecer uma proposta de resposta coerente com a dinâmica do processo.

Sendo assim, a indispensável equanimidade cobrada, conquistada e que persiste no anseio dos militantes na esfera jurídica ainda carece de reconhecimento, tanto quanto possível se possa assegurar a um resultado do processo de um mínimo de “juízo de justiça e de certeza”. (SILVA, 1993, p.155).

Neste sentido, continua SILVA:

É da índole de todo o instrumento processual, por melhor que ele seja e por mais afinado com as exigências e expectativas sociais emergentes num dado momento histórico, produzir alguma parcela de injustiça. A esperança de Chiovenda de criar-se um processo dotado de tal perfeição que desse, sempre, ao autor o vitorioso tudo aquilo que lhe viesse a ser reconhecido como seu direito, na realidade é um sonho inatingível. Resta, portanto, o consolo de sabermos que o processo civil, em sua história milenar, concebeu e plasmou institutos e técnicas capazes, se não de reparar de todo as inevitáveis injustiças que ele próprio produza, ao menos idôneas para reduzi-las a limites toleráveis. (1993, p. 154).

De igual sorte, a marca do conflito não poderá obstaculizar o resultado do processo, enquanto meio e instrumento de satisfação do direito. Bem por isto é deveras importante anotar que a efetividade que passa a ser traduzida a partir de uma cognição dita exauriente não passa unicamente pela vastidão da lide levada a termo na relação processual posto que uma e outra não consegue satisfazer a integralidade do direito submetido ao fenômeno da jurisdição.

Sobre isso aponta SILVA que

“Sempre que o legislador procura atender a esta segunda opção, privilegiando a efetividade do direito em detrimento de uma justiça definitiva, a lide – como conflito existente fora do processo e, portanto, como uma categoria apenas sociológica – entrará na relação processual como uma lide parcial, como uma lide onde nem todo o conflito possível poderá ser tratado, naquele instante, pelo julgador” (1993, p. 155).

Ocorre que a denominação “lide parcial” inexistente como categoria peculiar ao processo. Toda lide é uma lide total. O processo não compreende a lide que não a integral (SILVA, 1993, p. 155). Portanto, o que ocorre ao processo não é a sua integralidade, mas parte desta, de onde decorre que remanesce uma “controvérsia efetivamente existente fora do processo”. (SILVA, 1993, p. 155).

Assim é significativo inferir que a cognição exauriente há de ser traduzida no curso da relação do processo, frente à “lide parcial” de que socorre a lição ovidiana, e, portanto, uma e outra, tanto a cognição exauriente, tanto quanto a lide integral, padecem ambas do “mal de sua parcialidade”. Porém, o processo não suporta uma cognição que não seja ampla, posto que outorga o exercício de uma ampla defesa e igual amplo contraditório, que também submetem-se ao devido processo legal.

Na doutrina brasileira, a despeito da cognição tem-se o reconhecido estudo de Kazuo Watanabe (1987). A despeito de suas indicações tem-se que “a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). (2000, p. 111).

Mediante a cognição exauriente é que podemos chegar mais próximo de uma decisão adequada e com isso efetivar de forma suficiente o bem tutelado. Nesse sentido, para se ter melhor compreensão, quanto ao assunto em questão, têm-se os ensinamentos de Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium* do julgamento do objeto litigioso do processo. (1987, p. 41).

No mesmo sentido, assevera Zavascki:

A cognição exauriente é instrumento importante para alcançar em maior grau possível a justiça das sentenças. Os conflitos sociais somente serão inteiramente eliminados, no plano jurídico, quando esgotados todos os mecanismos de cognição, seja no sentido vertical seja no sentido horizontal. (2001, p. 46).

Significativo também as indicações de Flach (2009, p. 80), onde este pondera que o plano horizontal indica a extensão da cognição, valendo dos elementos objetivos do processo, tais como questões meritórias e processuais,

sendo, nesse caso, a cognição plena ou limitada. No vertical, a cognição é dita exauriente (completa) ou sumária (incompleta). E conclui que,

Haverá cognição sumária quando o juiz puder decidir antes de trilhado inteiro o caminho do contraditório. Nessa hipótese, pode o juiz decidir com base em verossimilhança em caráter provisório, remetendo-se o exercício do contraditório para momento posterior ou mesmo em demanda diversa (contraditório eventual). (FLACH, 2009, p. 80).

A cognição existe em todas as espécies de tutela, ou seja, no processo de conhecimento, nas cautelares e também na execução.

O que cumpre sinalizar é que uma tal solução ao processo demanda o cumprimento de duas finalidades, no caso a segurança do cumprimento de uma cognição tal que satisfaça o “interesse” da ordem jurídica e uma efetividade que tenha o dom de premiar a justiça das decisões. Uma e outra se complementam e tem o condão de dar conta do compromisso da entrega da tutela jurisdicional pretendida pelos demandantes e controlada pelo Estado.

Nesse sentido, quando uma e outra não atingem tal desiderato, ou tendo atendido privilegiou a efetividade do direito em detrimento de uma justiça, de que nos remete Ovídio Araújo Baptista da Silva (2008, p. 155a), remonta a importância da revisão do julgado, cuja situação jurídica instalada estará a impor situações¹², que importam a revisão do julgado, tais como, por exemplo, ofender a coisa julgada; violar literal disposição de lei; 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; e fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, de onde decorre, no caso do presente trabalho, o destaque fundamental da ação rescisória para situações que tais.

Em sede de conclusão, para que ocorra uma atividade cognitiva, dos planos horizontal e vertical é necessário a existência de provas, suficientes para dirimir a controvérsia, daí a importância de juízos de certeza.

Se houver insuficiência de provas tanto o juiz enquanto a parte, devem buscar a via ordinária ou ação própria. Se ainda houver violação da matéria constitucional, bem como coisa julgada ainda que prestada sob o condão da cognição exauriente e persistindo o inconformismo da parte, resta-lhe o caminho da

12 Ver nota de nº 3, deste.

ação rescisória.

4.2 A rescisória em matéria constitucional previdenciária/acidentária na esfera do Regime Geral de Previdência Social

Inicialmente cumpre afirmar que todas as possibilidades previstas no artigo 485 do CPC, em tese, são passíveis de decisões justas ou injustas, ou simplesmente portadoras de prestação de tutela jurisdicional de por termo a relação jurídica. No caso da decisão injusta, significativa no contexto do presente estudo, insta destacar que o conceito de aplicação da (in)justiça das decisões tem lugar quando não se consegue atribuir a entrega do direito na ordem jurídica, com um mínimo de estabelecimento de aplicação da justiça justa, o que não implica a busca de uma decisão única, mas o estabelecimento de que o

Estado terá de visar, como núcleo essencial dos seus fins, a realização dos direitos; o que não será contudo suficiente, pois não seria Estado de Direito aquele que deliberada ou involuntariamente se desviasse daquele objectivo, pelo menos na medida em que a sua realização esteja objectivamente ao seu alcance. (NOVAIS, 2006, p. 26).

É preciso esclarecer que a efetiva garantia de proteção dos direitos, é, portanto, ponto de chegada, mas nunca plena ou absolutamente alcançada (NOVAIS, 2006, p. 26). Não há, portanto, a intenção de obter uma única justiça justa, mas desempenhar uma tarefa condizente com o modelo interpretativo sem se dar conta dos muitos modelos de direito que poderão ser produzidos.

Como explica Habermas (1997, p. 29) “Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá ‘dissolver-se’ num grande número de interpretações e de interpretes”.

Toda comunidade que visa a submeter-se a uma aplicação constitucional de forma única está predestinada a eventuais críticas que possam surgir. E as discordâncias devem ser analisadas com rigor sendo elas também únicas.

Conforme refere Kelsen:

O verdadeiro sentido da assim - chamada forma judiciária e sua utilidade para o processo diante de uma autoridade que atue como guardião da Constituição, certamente não será compreendido se não contemplar o fato sociológico básico de onde se origina a instituição do processo litigioso,

como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal e em particular naquela de um guardião da Constituição tomam parte interesses constantes, e toda decisão versa sobre conflitos de interesse, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos; de modo que um processo de caráter litigioso, se para outras coisas, serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses. (KELSEN, 2003, p. 266).

A cada dia se tornam mais necessárias as regras jurídicas em prol de uma convivência harmônica em sociedade, e por ser incerta sua interpretação ou intenção corremos o risco de novos conflitos de interesses. Quando à insatisfação de interesses e especialmente quando este decorre da resistência de alguém e gera tensão aos litigantes ou até mesmo na sociedade devemos eliminá-los para alcançarmos a paz social, objetivo do Estado Democrático de Direito. (MARINONI, 2008, p. 31).

Como aduz Machado (2010), Direitos de *status positivus* que foram assegurados e os indivíduos passaram a poder exigir do Estado prestações específicas, materializadas em políticas públicas.

Os conflitos levados à presença da tutela jurisdicional têm como fim último, em prol de sua resolução, a missão de cumprir com a pacificação social. De outro modo, estabelecem – se os conflitos, ao invés de cumprir com a harmonia na convivência das relações humanas submetidas à esfera do Poder Judiciário e, portanto, resta a tarefa de prestar o direito conferindo-lhe “operatividade diante das novas exigências democráticas e de socialidade, sem lhe limitar as possibilidades de abertura aos estágios de evolução que tais exigências potencialmente comportam”. (NOVAIS; ARAUJO, 2006, p. 27).

Na esfera da disciplina previdenciária/acidentária, a ação rescisória ocupa fundamental importância para a resolução dos impasses de situações que se encontram configuradas no CPC. Agora passamos a estudar a temática como meio de analisar a ação rescisória na dinâmica das relações processuais estabelecidas a partir de questões previdenciárias/acidentárias tendo como pano de fundo a problemática estabelecida a partir do exame do processo enquanto instrumento realizador (ou não) da justiça.

4.2.1 Matéria Previdenciária-Acidentária - aspectos destacados

Conforme a legislação ora vigente, acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (SETTE, 2007, p. 201).

Assim, entende-se que o acidente de trabalho é um evento danoso sofrido por empregado ou segurado especial em função das suas atribuições laborais. De modo que o simples acidente de trânsito não se considera acidente de trabalho, frisa-se, a lei considera acidente de trabalho o evento desencadeado em função do trabalho dos segurados empregados, ou segurados especiais (SETTE, 2007, p. 201).

No mesmo sentido, explica Sergio Pinto Martins:

O acidente de trabalho, em princípio, é aquele que decorre do exercício do trabalho. Não se pode considerar, portanto, acidente do trabalho o proveniente de acidente de trânsito que nada tenha a ver com o trabalho (2005, p. 433).

Importa destacar a definição de acidente do trabalho conforme consta na Lei 8.213/1991 (BRASIL, 2012 D), pertinente ao enquadramento e/ou equiparação ao acidente do trabalho, conforme também está previsto na regra previdenciária.

Art.19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 2012 D).

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, (2011, p. 570), a definição acima exposta conferida pela Lei nº 8213/91, em seu artigo 19, é insuficiente para conceituar o que de fato seja o acidente de trabalho. É certo, que o conceito em epígrafe cumpre a finalidade de indicar as pessoas que têm direito à proteção acidentária. Dito de outro modo, a lei melhor especifica quem faz jus ao benefício acidentário: os empregados – inclusive os temporários, os trabalhadores avulsos e os segurados especiais, também os médicos-residentes, por força de

legislação especial, que rege a atividade, a Lei, nº 6.932/81, com as alterações dadas pela Lei nº, 8.138/90. Já os empregados domésticos, estes restaram excluídos de tal proteção visto que a CRFB/1988, em seu artigo 7º, parágrafo único, não lhes estendeu a regra contida no inciso XXVIII; assim como os contribuintes individuais, os quais não têm amparo legal para o recebimento do benefício acidentário, apenas poderão gozar de auxílio doença conforme a lei previdenciária não importando as sequelas deste decorrente.¹³

Extrai-se, porém, que o auxílio acidente é devido ao trabalhador empregado (CRFB/1988, art. 7º, inc. XXVIII), ao trabalhador avulso por extensão constitucional (art. 7º, XXXIV, CRFB/1988) e ao segurado especial conforme disposição do art. 19 da Lei 8213/1991. Restando excluídos da proteção o empregado doméstico, o contribuinte individual e o facultativo.

Nesse sentido, importa esclarecer quem são os segurados abrangidos pela cobertura acidentária:

Art.11.São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado (...)

VI - como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento;

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (BRASIL, 2012 D).

¹³Art. 7, São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...] XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e avulso.

Ainda em sentido, de insatisfação da norma legal, expressa, Sérgio Pinto

Martins:

Seria melhor conceituar o acidente de trabalho como a contingência que ocorre pelo exercício de trabalho a serviço do empregador ou pelo exercício de trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho nesse conceito há que se destacar o gênero próximo, que é a contingência, e a diferença específica que diz respeito ao restante da definição (2005, p. 433).

Verifica-se, contudo que acidente de trabalho é o infortúnio sofrido pelo segurado que decorre tanto em função das atividades laborativas do empregado a serviço da empresa, quanto pelo trabalho exercido pelo segurado especial.

Nas palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

O acidente é um fato violento, no sentido de que produz violação à integridade do indivíduo. É da violência do evento que resulta lesão corporal ou a perturbação funcional que torna o indivíduo incapaz, provisória ou definitivamente, ou lhe cause a morte. O acidente que não gera danos à integridade do indivíduo não integra, portanto o conceito (2011, p. 571).

Com efeito, para caracterização do acidente de trabalho é indispensável a existência de nexos causal entre o trabalho, o evento (acidente do trabalho) e a lesão ou efeito (morte do segurado ou incapacidade para o labor) (SETTE, 2007, p. 201).

Na ausência dessa relação tríplice de causalidade, não há que se falar em acidente de trabalho. Embora ocorra lesão, necessário se faz que o segurado permaneça incapacitado para as suas atividades profissionais para que haja direito à prestação acidentária (MARTINS, 2005, p. 433).

O acidente de trabalho pode acontecer durante a prestação de serviços ou no percurso para o trabalho considerando nesse caso a ida e volta, o que a doutrina chama de acidente *in itinere*, ou ainda, a doença profissional que se deu por conta do ambiente de trabalho, ou do exercício das atividades prestadas e por isso se equipara ao acidente de trabalho (SALEM; SALEM, 2005, p. 31).

Conforme sintetizam, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

[...] a caracterização do acidente de trabalho impõe tenha ele sido causado pelo exercício da atividade laborativa. Exclui-se, portanto, o acidente ocorrido fora do âmbito dos deveres e das obrigações decorrentes do trabalho. Não é necessário, neste aspecto, que o fato tenha ocorrido no

ambiente de trabalho, mas tão somente em decorrência do trabalho. Daí se conclui que os acidentes de trajeto e os sofridos em trabalhos externos também devem ser considerados como integrantes do conceito. (2011, p. 571).

Percebe-se que a consolidação das lesões é pressuposto indispensável para que o segurado perceba o benefício. E esse possui natureza indenizatória para compensar o segurado que teve sua capacidade laboral reduzida por conta de acidente.

A lei fala em acidente de qualquer natureza, não se importando que determinado acontecimento tenha se dado, no trabalho ou fora dele. Entretanto, a mera ocorrência de acidente não enseja o benefício, é preciso que em decorrência da circunstância, após a consolidação das lesões, permaneça a redução da capacidade para o trabalho, que antes do ocorrido o segurado detinha.

O auxílio acidente será pago mensalmente de forma vitalícia, ou seja, será percebido enquanto o segurado viver, e este corresponderá a 50% do salário de benefício. Devido ao seu caráter personalíssimo, em caso de falecimento os dependentes não poderão requerer o pagamento (MARTINS, 2005, p.447).

O benefício será devido ao segurado a contar do dia seguinte da cessação do auxílio doença, podendo ser pago cumulativamente com o recebimento de salário ou qualquer remuneração diversa de aposentadoria. Isso porque o parágrafo primeiro do artigo 86 da Lei nº 8.213/91 veda tal cumulação, expondo que o auxílio acidente é devido até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado (MARTINS, 2005, p. 447-448).

Em se tratando de reabertura de auxílio-doença requerido por motivo de acidente de trabalho ou de qualquer outra natureza, que esteja o segurado percebendo prestações a título de auxílio acidente, o mesmo deverá ter seu benefício de auxílio acidente suspenso até o momento de encerramento do primeiro, sob o argumento de que uma única causa – no caso o acidente, não deve ensejar dois benefícios previdenciários (ALENCAR, 2009, p. 403).

A percepção de auxílio acidente não implica afastamento do local de trabalho. O segurado poderá continuar laborando e recebendo sua remuneração frente ao empregador. Tendo em vista que o auxílio acidente consiste em uma renda a título de indenização pelo mal ocorrido. Daí o porquê, de o valor percebido poder

ser inferior a um salário mínimo sem que com isso ofenda dispositivo constitucional (ALENCAR, 2009, p. 396).

Sobre a competência para processar e julgar matéria previdenciária/acidentária referente a acidentes ocorridos no trabalho, ou em decorrência dele, bem como as doenças profissionais é da esfera estadual. Outrossim, sendo acidentes de qualquer natureza devem ser apreciados no âmbito da justiça federal, de forma que não há qualquer controvérsias sobre a matéria que trata de “infortúnios laborais”, ao passo que o acidente do trabalho há de ser apreciado diante da justiça estadual, segundo inferido no art. 109, I, da CRFB/1988 e art. 129, II da Lei 8.213/1991.¹⁴

4.3 Ação Rescisória frente à injustiça que autoriza a quebra da coisa julgada

A tutela jurisdicional garantida pelo Estado encontra na Constituição os institutos adequados a sua plena realização, tais como a cognição exauriente que visa a justiça das decisões e a coisa julgada que pressupõe estabilidade nas sentenças.

A decisão justa associa-se às ideias de segurança e verdade a qual pressupõe revisão do julgado por instâncias e juízes experientes, possibilitando a ampla defesa e a segurança jurídica. Sem a observância de tais pressupostos dificilmente a justiça das decisões se estabelecem.

Segundo Kelsen considerar a justiça, assim como a injustiça como qualidade de normas, somado ao aspecto de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas, conferem o sentido de avaliar uma norma através de outra norma e, por esse prisma elaborar um juízo no qual a norma do direito positivo será justa quanto corresponder à norma de justiça. Em resumo, a

¹⁴ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I - [...]

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento a Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho–CAT.

norma do direito é justa quando corresponde à norma ou será injustiça quando não corresponde à norma de justiça (2003, p. 5).

A ação rescisória em seu campo de atuação também pode ser lida através do campo de aplicação de que nos remete Kelsen, da norma de justiça lida pela norma de direito justa e vice-versa, conforme dito em outro momento (2003), qual seja, enquanto instrumento de rediscussão do que foi decidido, instala por assim dizer, uma possibilidade de reanalisar o pacto de lei que fora assinalado pelo Estado entre as partes. Por isso mesmo é significativo o seu papel no estabelecimento da justiça, da pacificação social e da segurança jurídica. Seu papel é, em síntese, marca do estabelecimento do Estado democrático de direito, de ordem jurídica justa e de segurança interpartes.

Entretanto, a um problema, quando se admite a relativização da coisa julgada com a existência de injustiças, na qual cumpre o papel de violar os princípios e direitos fundamentais prejudicando assim a segurança jurídica. (DIDIER, 2007, p. 505-506).

No mais das vezes, a questão da injustiça ou do estabelecimento da justiça das decisões, no âmbito das ações que visam à desconstituição da coisa julgada, tem proporcionado na doutrina conclusões diferentes, quando se tem como pano de fundo o binômio suso referido (justiça *versus* injustiça). Veja-se,

Ovídio Baptista Da Silva critica o condicionamento da intangibilidade da coisa julgada proposto por Humberto Theodoro Jr. e por José Delgado à inexistência de “grave injustiça” (proposto por este) ou “séria injustiça” (proposto por aquele) na decisão. Parece-lhe impróprio relativizar a coisa julgada nos casos em que a decisão cometer “grave” ou “séria” injustiça. A injustiça da decisão, sustenta, jamais será argumento para se aniquilar a coisa julgada. Lembra que Humberto Theodoro Jr. diz que só o Direito justo é absoluto, e questiona: o que seria o Direito justo senão o Direito positivo? Poderiam nossos juízes descobrir Direito justo além ou contra o contido nas leis? E, admitindo-se essa hipótese, como as causas chegariam em grau de recurso para a Corte Superior em razão de violação de dispositivo de lei? De mais a mais, indaga, o que seria uma “grave” ou “séria” injustiça que autorize a quebra da coisa julgada, como disposto por Humberto Teodoro Jr. e por José Delgado? E o que seria uma sentença “absurdamente lesiva” ao Estado, que justifique o desrespeito à coisa julgada, tal como dito por Dinamarco? E uma “sentença abusiva”, que por ser não sentença, permitiria o afastamento da coisa julgada, na forma como põe Cândido Dinamarco, seguindo o quanto dito por Theodoro Jr.? Admitindo-se esses amplíssimos critérios de relativização da coisa julgada sugeridos pelos ditos processualistas, diz o autor, nada restaria da coisa julgada. Negar coisa julgada que transgrida princípios é questioná-la com base em premissa impalpável e difícil de ser visualizada, afinal princípios são normas

abertas, “cuja aplicação obedece a uma escala de otimização, estranha á incidência das regras legais”. (DIDIER, 2007, p. 505-506).

Ademais, há discussão na doutrina quanto à representatividade de meio recursal ou não, e de onde acorre a doutrina, visando equacionar a relação que daí decorre. Se nova relação ou não, o importante é a marca que ela confere ao Estado de Direito, qual seja, no viés da presente pesquisa, desveladora de segurança nas relações processuais. Sem ela, certamente o Estado de Direito, deveria muito aos seus cidadãos, enquanto participes nas relações processuais.

Sobre a questão, refere Pontes de Miranda: “A técnica legislativa adota a ação, em vez do recurso, porque entende que o prazo para a propositura deve ser maior, e não convém deixar por tão longo tempo ou para sempre sem coisa julgada formal a decisão”. (MIRANDA, 1998, p. 137).

A ação rescisória tem por objetivo desconstituir a coisa julgada material, quando esta possui vícios constantes no rol do artigo 485 do CPC, (BRASIL, 2010 C), para evitar que tais vícios se perpetuem em nosso ordenamento jurídico pátrio. Os pressupostos necessários para que se possa interpor a ação rescisória, hão de ser representados por três requisitos, anotados pela regra processual, quais sejam, a sentença com resolução de mérito transitada em julgado conforme artigo, 269, CPC, (BRASIL, 2010 C), sentenças definitivas onde se encerra a temática dando a resolução da matéria discutida, e configurando o caso em tela em um dos requisitos do artigo 485, do CPC (BRASIL, 2010 C); e, também, de acordo com o artigo, 495 do CPC (BRASIL, 2010 C), tem-se o prazo para a propositura desta ação, que é de dois anos a partir do trânsito em julgado.

Para que ocorra a coisa julgada material, *mister* se faz que a sentença declare a existência ou inexistência de um direito, se assim não fizer, se o juiz não o declarar por falta de provas ou por faltar-lhe alegações das partes ou se existirem e forem essas insuficientes a sentença não será válida a gerar a imutabilidade que é característica peculiar da coisa julgada. É de suma importância conhecer os fatos no sentido de cognição exauriente para que se possa fazer prevalecer à norma jurídica e conseqüentemente imunizá-la como coisa julgada material. (MARINONI, 2008, p. 645).

A coisa julgada não pressupõe verdade, tampouco constitui imposição da verdade. Podemos dizer de forma geral que está se ocupa primeiramente a dar

estabilidade às decisões judiciais fazendo lei entre as partes e por consequência as relações sociais, uma vez que, a partir de um julgado, abre-se precedente a muitos outros casos que possuem a mesma linha de raciocínio. (MARINONI, 2008, p. 645).

De igual sorte, na esfera das relações estabelecidas no *interprocessual* tem-se dois pontos de compreensão. Um deles, representado pela coisa julgada formal, qual seja, sujeita a revisibilidade da sentença, o outro, submetido à técnica legislativa, também, submetida ao princípio da coisa julgada formal. Qual dentre eles convém o pressuposto de rescisão? Ora, a admissão da ação rescisória tem íntima relação com a possibilidade de reformabilidade da coisa julgada, se presentes os requisitos, de tempo (02 anos) e as do art. 485, CPC, qual seja, a sentença transitada em julgado e a violação a literal disposição de lei.

Ademais, “Considerando o exame anteriormente feito, a respeito da função da verdade no processo, e partindo-se das premissas ali lançadas tem-se como razoável considerar que o instituto da coisa julgada representa critério de justiça para o processo civil”. (MARINONI, 2008, p. 646).

Para que se possa examinar com um mínimo de objetividade a questão ora posta, os mecanismos processuais precisam fornecer uma nova chance de utilizar os meios mais apropriados para que o processo sirva - em favor daquele que teve o direito lesado - todos os meios inerentes à plenitude de defesa. No dizer de Silva, (1993, p. 151), novos preceitos constitucionais, que afastarão a constituição de processos condenados por violação do devido processo legal, ou por ofensa ao princípio da plenitude da defesa, de onde decorre a importância da ação rescisória para o contexto do estudo ora em debate.

Assim, a ação rescisória enquanto instrumento confirmatório de direito, mediante a cognição exauriente, tem a seu modo o sentido reafirmativo do estabelecimento de aplicação da justiça das decisões.

No dizer de Baracho, (2008, p. 45), ação tem caráter intrinsecamente constitucional dentro do processo, desde que, além de estar vinculada ao pressuposto da garantia, tem a finalidade de proteção jurisdicional que se efetive no direito à jurisdição.

O CPC apresenta em seu artigo 485 (BRASIL, 2010 C), nove situações dentre as quais destacam-se, ofender a coisa julgada; violar literal disposição de lei;

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; e fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Cada um de tais enunciados comporta diferentes atribuições mediante um único meio, que é a garantia de interposição da própria rescisória e todas as situações são portadoras em tese de, dependendo da condução de provas, da demonstração da verdade, e do arranjo dos fatos, o resultado da prestação da tutela jurisdicional poderá conferir ou não um grau de injustiça, de tal forma que a ação rescisória poderá ser lançada como um meio de discutir a prestação de tutela que fora oportunizada.

Em breve síntese, tem-se que as decisões judiciais, em tese, comportam revisão, na própria relação judicial, através de recursos, quanto fora da relação processual, por meio de ação própria. Com efeito, há situações que foram submetidas ao processo e delas decorrem, onde manter indiscutível uma decisão judicial, por respeito à coisa julgada, pode impor violação aos princípios do direito e, portanto, são configuradoras de injustiça.

A rescisória é uma ação portadora de mecanismo processual que tem por objetivo um julgamento, certo e adequado, eliminando os vícios de procedimento ou de julgamento para que, através dela, possa-se aproximar ao máximo de uma ordem justa.

5 CONCLUSÃO

Os conflitos sociais terão caráter definitivo e imutável quando esgotados todos os meios de cognição exauridos, ou seja, quando não se tiver como exaurir o assunto a ser discutido. A matéria ora posta que bem poderia ser representativa de várias decisões muitas vezes, em vez de eliminar conflitos, muitos outros são estabelecidos. Conceder decisões justas é aproximar-se ao máximo dos ideais de segurança e verdade, as quais pressupõem uma análise detalhada visando conferir um plano de cognição, mínima ou máxima – nesse caso tem-se a cognição exauriente.

Consoante fora apresentado, a ação rescisória enquanto instrumento de desconstituição do que anteriormente fora decidido, detém a tarefa de fornecer uma possibilidade de reanalisar o pacto de lei que fora entregue pelo Estado entre as partes. Por isso mesmo é significativo o seu papel no estabelecimento da justiça, da pacificação social e da segurança jurídica. Seu papel é, breve síntese, marca do estabelecimento de uma ordem jurídica justa e de segurança interpartes.

No mais das vezes, a questão da injustiça ou do estabelecimento da justiça das decisões, no âmbito das ações que visam à desconstituição da coisa julgada, tem proporcionado na doutrina conclusões diferentes, quando se tem como pano de fundo o binômio suso referido (justiça *versus* injustiça).

Ademais, há o compromisso com a ordem jurídica justa, sem a qual se esbarra na tarefa da justiça, a qual no controle da segurança, pressupõe um mínimo de cognição ampla, exauriente e submetida ao *due processo of law*. Por isso, referir-se à decisão justa é aproximar-se ao máximo dos ideais de segurança e verdade o que exige um estudo aprofundado do objeto a ser conhecido. É esgotar as limitações ao direito posto ou adquirido estabelecido em lei processual ou material, normalmente quando impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional contra qualquer forma de negação da justiça.

Se as decisões violam o direito, igualmente violam o princípio da segurança jurídica, e da inafastabilidade do controle jurisdicional, previstos no artigo 5º inciso, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (BRASIL, 2010 A).

Para atingir o objetivo firmado, o trabalho foi dividido em três partes

fundamentais: (a) primeiro propôs-se estudar os princípios, as normas e as regras; (b) sequencialmente, passou a examinar a ação rescisória, em seus aspectos gerais, concepções, fundamentos, competência e pressupostos; Por fim, (c) foi estabelecido um paralelo entre as duas fontes de estudo, no caso a ação rescisória constitucional e a matéria previdenciária/acidentária, demonstrando que a cognição exauriente é instrumento representativo de justiça das decisões. Além disso, esta pesquisa se caracterizou como qualitativa, com emprego do método hipotético-dedutivo.

Fiel à proposta do presente estudo, a pesquisa revelou a importância do processo enquanto instrumento de aplicação da ordem jurídica justa que se presta a serviço da justiça e de sua aplicação na esfera do Estado Democrático de Direito a partir da compreensão de aplicação da norma fundamental aplicada na dinâmica do processo em confronto com a noção da justiça e da perspectiva de sua validade no espaço da ordem jurídica justa.

Conforme fora indicado ao longo do último capítulo concorrem em igual sentido para a delimitação de um conceito que se volta para o próprio sentido da ordem jurídica justa sem a qual a tarefa do justo restará afastada da decisão do caso submetido a prestação da tutela jurisdicional. O equivalente à justiça em tese, e não à justiça do caso. Trata-se da autonomia do processo perante o direito material, o que equivale afirmar que o processo contém uma potência tal que garante um grau de resolutividade cujo fim é prestar a justiça.

Nesse caso, tem-se que a matéria Constitucional Previdenciária/acidentária fora escolhida como pano de fundo para a presente pesquisa, e tal se deu sob a justificativa de dar qualidade ao estudo, considerando que se trata de temática que vincula os direitos sociais ao direito constitucional, e consequentemente os submete ao tratamento do processo.

Dentro desse contexto, a importância de estudar o tema, conforme fora apresentado, cuidou de examinar os instrumentos jurídicos que porventura possam ser utilizados para que se consiga cada vez mais a satisfação daquele que busca no Estado Democrático de Direito amparo legal visando a um tratamento justo que coadune com o modelo estabelecido de justiça valorado pela sociedade, segundo a perspectiva kelseniana.

A respeito da expressão justiça, independentemente dos muitos conceitos possíveis, o estudo traduziu o conjunto de tais conceitos a partir de três aspectos. Assim, o conceito de justiça associa-se às ideias de segurança e verdade a qual pressupõe a revisão do julgado por instâncias e juízes experientes, possibilitando a ampla defesa e a segurança jurídica. Sem a observância de tais pressupostos dificilmente a justiça das decisões se estabelecem.

Na dinâmica da relação processual, o conceito de justiça confunde-se com o próprio conceito do processo, de uma ordem jurídica justa e adequada, razoável e célere, e nesse contexto, instrumento de acesso à ordem jurídica justa e dos mecanismos que garantem a sua validade, fiel à noção da própria justiça.

Por fim, o trabalho recorreu ao conceito kelseniano de uma justiça que se volta para a descrição do que de fato é valorado como justo, sem ser um juízo de seu próprio valor e que segundo o conceito de Kelsen (2001, p. 256), na esfera da ciência do Direito devemos obedecer às cláusulas se elas forem pressupostas como hipótese da ordem coercitiva, estabelecida a partir de seu fundamento e “efetivamente obedecida e aplicada por aqueles cuja conduta regulamenta”, isto é, “se for considerada uma ordem válida, obrigatória para esses indivíduos, e se as realizações entre esses indivíduos forem interpretadas como deveres, direitos e responsabilidades legais, não como meras relações de poder”.

Em síntese, a indagação kelseniana produz uma resposta para a ciência do Direito a partir de uma norma fundamental, segundo uma ordem positiva que se ocupa de sua validade, e aplicada a compreensão da Justiça fornece a norma fundamental que, no estabelecimento do presente estudo, há de ser tomada segundo a perspectiva de validade da ordem jurídica justa, no anseio de prestar um contributo ao processo, segundo o estabelecimento de instrumento de aplicação da justiça das decisões.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4. ed., rev. atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito processual civil**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, André Gomma. (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília/Distrito Federal: Ministério da Justiça, 2009.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARRETTO, Vicente Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10 ago. 2011. A

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 11 out. 2012. B

_____. **Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2011. C

_____. **Lei Federal nº 8213 de 24 de julho de 1991**: Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis>. Acesso em: 10 nov. 2012. D

_____. **Lei Federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**: Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 nov. 2011. E

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO INTERNO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. AUXÍLIO-ACIDENTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB O MANTO DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL. Relator Gilson Dipp. 23 mar 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>> Acesso em 07 nov. 2012. F

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 106, de 03 de junho de 1994**: Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar>>. Acesso em: 31 out. 2012. G

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 343, de 13 de dezembro de 1963**: 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 out. 2012. H

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 514, de 03 de dezembro de 1969**: Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 out. 2012. I

_____. **Órgão Especial de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Ação Rescisória – Violação de literal disposição de lei – retroatividade de lei mais benéfica – acolhimento da tese pelo STF da inconstitucionalidade da retroatividade. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003B8CDC7513AD058B6C73A51DDEBBB9B5AA7DAC3571364>>. Acesso em 01 de nov. 2012. J

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. 5. v.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed., rev. e atual. até a EC n. 56/2007 São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2003.

COSTA, Conqueijo. **Ação rescisória**. 6. ed. Rev. e atual. São Paulo: Ltr, 1993.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: _____ **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito**. In. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A.(Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; SARNO, Paula Braga; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual civil**. Bahia: jusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRI, Caroline. **A interface entre direito e moral segundo a perspectiva de Robert Alexy**. Florianópolis. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 01 nov. 2011.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção temas atuais do direito processual civil, v. 15).

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Néilson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.(coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GERAIGE NETO, Zaiden. **Ação rescisória: o lento caminhar do direito escrito, comparado às rápidas transformações das sociedades contemporâneas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORCZEWSKI, Clovis. **Formas alternativas para a resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil.** Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 17. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v.

_____. **Direito processual civil brasileiro.** 20. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A ilusão da justiça.** Tradução Sérgio Tellaroli; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. - 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é Justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** Tradução Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional.** Tradução Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O problema da Justiça.** Tradução João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário.** 13. ed. Rev. Atual. São Paulo: Conceito, 2011.

LUZ, Valdemar Pereira da. **As imperfeições legislativas e suas consequências: O problema da insegurança jurídica.** Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

MACEDO JUNIOR, Francisco Luiz.; ANDRADE, Antônio Marcelo Rogoski. **Manual de conciliação.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional.** Disponível em <www.portalciclo.com.br> acesso em 20 nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 7. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Processo de conhecimento.** 8. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Processo de conhecimento**. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. e atual São Paulo: Dialética, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed., Tomo VI: arts. 476-495. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan de; ARAUJO, Adriano Luís de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v.5

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra. Edições Almedina, S/A, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Ação rescisória: enfoques trabalhistas: doutrina, jurisprudência e súmulas**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Michele Cristina Souza Colla de. Sentenças nulas e inexistentes: Conceituação, análise, abrangência e repercussões no direito processual civil moderno. **AmbitoJuridico.com.br**. Rio Grande, out., 2011, XIV nº 93. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10440&revista_caderno=21> Acesso em 09 nov. 2012.

PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comissões de conciliação prévia**. São Paulo: LTR, 2000.

SALEM, Diná Aparecida Rossignolli; SALEM, Luciano Rossignolli. **Acidentes do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Job Thomson, 2005.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de arbitragem**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito previdenciário avançado**. 3. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A plenitude de defesa no processo civil. In: _____ **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1

_____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008a.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2008b.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993a.

_____. O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania. In: _____ **As Garantias do Cidadão na Justiça**, São Paulo: Saraiva, 1993b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Atual até a Lei n.11.441, de 04 de jan. 2007. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3 v.

_____. **Curso de direito processual civil**. Atual até a Lei n.11.694, de 12 de jun. De 2000. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 2 v

_____. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 3 v.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática, guia para utilizadores e profissionais. [S. L.]: Ágora, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 3 v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 3 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed., refor. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE. Kazuo. **Da cognição do processo civil**. São Paulo: Editora RT, 1987.

_____. **Da cognição do processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2000.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. . Ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada e meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 17, n. 66 , p.113-152, jun. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Ação rescisória em matéria constitucional**. Porto Alegre. out./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em 01 nov. 2011.