XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA COMO REQUISITOS NEGATIVOS AO INTERESSE DE AGIR E AS MODIFICAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LA LITISPENDANCE ET LA CHOSE JUGÉE COMME ÉLÉMENTS NEGATIFS AU L'INTÉRÊT D'AGIR ET DES MODIFICATIONS DU NOVEAU CODE DE PROCEDURE CIVIL.

Petruska Canal Freitas
Catarina Gordiano Paes Henriques

Resumo

A litispendência e a coisa julgada são consideradas pela doutrina tradicional pressupostos processuais negativos, entretanto, neste trabalho os dois institutos deverão ser analisados à luz das condições da ação, especialmente do interesse de agir. Sustenta-se que as condições da ação não foram extintas pelo Novo Código de Processo Civil. Esse posicionamento se faz necessário, pois não há como atribuir interesse processual a um demandante que ajuíza ação que já está em curso ou que propõe demanda idêntica a outra cuja decisão se reveste da autoridade da coisa julgada. Existe um flagrante impedimento para a formação da relação jurídica processual da segunda demanda, mesmo que tal vício só seja percebido posteriormente, isso porque tal impedimento encontra-se num plano anterior ao processo. Dessa forma, é flagrante que, se o vício encontra-se no plano da existência, o remédio a ser usado nesses casos além da ação rescisória, é a ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual.

Palavras-chave: Litispendência, Condições da ação, Relação jurídica processual, Novo código de processo civil.

Abstract/Resumen/Résumé

Il est nécessaire la présence et labsence de quelques éléments pour permetre le personnne d obtenir la protetion jurisdicionelle. Sans cette règle, le procès ne peut pas se développer correctment. Entre les elements qui doivent être absents, il y a la litispendance et la chose jugée. Ils sont considérés par la doctrine traditionnelle, hypoyhèses négatifs qui ne peuvent pas être présents pendent le procès. Par contre, cette article va analyser ces deux institutes de procedure à la lumière des conditions de l'action, en particulier dans l'intérêt d'agir. Cette position est nécessaire, parce quil n'existe pas intérêt dagir quand quelquun provoque la justice pour la deuxième fois, si il y a déjà une demande judiciaire pareille. Il ny a pas d intérêt, aussi, quand la persone provoque la justice pour obtenir une décision identique à une autre décision qui est déjà complètmant julgée. Il y a un obstacle à la formation de la relation juridique de la deuxième demande.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Litispendance, Conditions de l'action, Relation juridique, Le noveau code de procedure civil

Introdução

Pretende-se, neste artigo, demonstrar que a litispendência e a coisa julgada são mais do que pressupostos processuais negativos extrínsecos, são requisitos negativos à existência concreta do interesse de agir e, por isso são pré-processuais.

Primeiro serão analisadas as condições da ação segundo a doutrina tradicional, seguida da crítica de J.J. Calmon de Passos, bem como da mudança de pensamento de Liebman. Após os institutos serão analisados sob a ótica do novo Código de Processo Civil. Com isso, ficará demonstrado por que a litispendência e a coisa julgada devem ser vistas por esse filtro e, como consequência, será abordada a ação declaratória de inexistência de relação jurídica ao invés somente da ação rescisória para combater problemas envolvendo o tema. O que torna de alta relevância a discussão, pois, se aceitarmos o pensamento como será exposto, haverá solução, mesmo após o prazo da ação rescisória, para duas sentenças contraditórias revestidas da autoridade da coisa julgada que maculem o ordenamento jurídico.

É de extrema importância esse novo olhar sobre a litispendência e sobre a coisa julgada, pois não há como atribuir interesse processual a um demandante que ajuíza ação que está em curso ou que demanda tutela já pacificada pela coisa julgada material. O remédio, então, não seria somente a ação rescisória, mas também a ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual.

1. Direito de Ação

1.1. Conceito de ação

O conceito de ação desenvolveu-se ao longo dos tempos antes de ser amplamente aceito como direito subjetivo público exercido contra o Estado em face de outrem, postulando-se tutela ou provimento jurisdicional.

A teoria imanentista ou clássica, desenvolvida desde o Direito Romano, vinculava a existência da ação à existência de um direito material. O direito substancial, além de trazer consigo as regras para o seu exercício, fazia surgir, quando lesado, o direito de ação.

Mais tarde, direito material e direito de ação se dissociam, dando margem ao surgimento da ação como direito autônomo concreto e depois como direito autônomo abstrato.

Para a primeira teoria (direito autônomo e concreto), a ação é um direito à tutela jurídica; só teria havido ação caso o pedido tivesse sido julgado procedente. Para a segunda (direito autônomo e abstrato), o direito de ação é direito à resposta de mérito, deixando valer o acesso à justiça. Enrico Liebman, a partir dessa teoria, cria a teoria abstratista eclética, onde confirmava o direito de ação como direito a uma sentença de mérito, ao passo que exigia alguns requisitos para o exercício de tal direito, que foram consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes. Sem as condições da ação, não há que se falar ação em sentido estrito.

Tem-se hoje, então, que o direito de ação é um instituto jurídico per si, que serve ao direito material, porque se materializa no preenchimento das condições para obtenção de uma sentença de mérito e não deve ser confundido com a garantia constitucional de demandar, consistente com o poder de agir em juízo reconhecido a todos (SIQUEIRA, 2008, p.35). Segundo MARINONI (2008, p. 176), "a antiga ideia de que a ação e o direito material constituem uma coisa só atualmente não merece sequer cogitação".

E avança o referido doutrinador, no sentido de que o direito de ação também abrange o direito de participar adequadamente do processo, mediante a apresentação de alegações e de produção de provas em prazo racional, e de influir sobre o convencimento do juiz (MARINONI, 2011).

É importante frisar que as condições da ação são analisadas abstratamente *ab initio*, sem a necessidade de produção de provas, de acordo com a Teoria da Asserção. Caso após a instrução, se verifique a ausência de alguma condição da ação, proceder-se-á a sentença de improcedência e não o indeferimento de plano ou a extinção sem julgamento de mérito.

No próximo tópico estudaremos as condições da ação em cotejo com as modificações do Novo Código de Processo Civil.

1.2. Condições da ação

a) Possibilidade jurídica do pedido

Pedido juridicamente possível é aquele que perfaz uma pretensão que não afronta o ordenamento jurídico. Em relação a este tema, despacho de citação, o professor da Universidade Federal do Espírito Santo, Marcelo Abelha Rodrigues[2], sustenta que tal

[2] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

pronunciamento judicial não deveria ser considerado um despacho, em virtude da ocorrência de uma análise prévia das condições da ação, pois:

> […] o despacho corresponde ao pronunciamento judicial desprovido de qualquer grau intelectivo, sem qualquer grau de análise, porque destinado apenas ao impulso do processo, e, por isso, considera-se inapto a causar prejuízo às partes (RODRIGUES, 2008, p.139).

Então, se o ordenamento jurídico, de forma abstrata, não veda expressamente o pedido formulado na petição inicial, este pedido é juridicamente possível. De forma inversa, temos o sistema penal, pois só haverá crime se houver previsão expressa na lei, devido ao princípio da tipicidade.

O autor, citando Nelson Nery Jr., elucida que a possibilidade jurídica deve englobar não só o pedido, mas a causa de pedir, pois, uma cobrança de dívida, por exemplo, embora seja juridicamente possível, não o será se a causa de pedir for fundada em dívida de jogo. Ainda, esclarece que todas as condições da ação precisam ser consideradas nesta análise para não se admitir absurdos jurídicos como uma ação de usucapião contra a Fazenda Pública. Neste caso, "pode existir interesse e legitimidade, mas haverá a impossibilidade jurídica da demanda, precisamente no seu elemento subjetivo, já que a causa de pedir e o pedido são admitidos no sistema[3]". Assim, a análise das três condições da ação se mostra imperativa, já que a ilicitude pode estar na pessoa ou no fundamento jurídico.

Liebman, posteriormente, reformulou o seu próprio entendimento e afirmou que a possibilidade jurídica do pedido estaria contida no interesse de agir. No seu livro de processo civil (Manuale di diritto processuale civile), excluiu a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação. Esse fato ocorreu em razão da vigência de uma nova lei na Itália que permitia o divórcio, vez que o único exemplo de impossibilidade jurídica que ele afirmava era a impossibilidade jurídica do pedido à pretensão do divórcio. Entretanto, o Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria concebida inicialmente ao nominar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, pareceu retirar da possibilidade jurídica do pedido a qualidade de uma condição da ação, pelo que não mais a menciona como um caso de extinção do processo sem resolução do mérito ao lado da ilegitimidade e da falta de interesse (art. 485, VI).Nesse sentido, a impossibilidade jurídica do pedido levaria à improcedência do pedido, com análise do mérito (DIDIER, 2011). Justifica-se esse posicionamento porque se a causa de pedir ou o pedido são vedados pelo ordenamento

[3] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

jurídico não deverá ser reconhecido o direito alegado pela parte, e não há sentido em proferir uma sentença extintiva, sem que lhe recaiam os efeitos da coisa julgada material, já que não poderá reformular seu pedido nos mesmos moldes futuramente (CUNHA, 2011).

Em contrapartida, Freitas Câmara sustenta que a impossibilidade jurídica seria uma espécie de falta de interesse de agir, não justificando o julgamento de mérito com a consequente improcedência do pedido. Além disso, considerar a impossibilidade jurídica do pedido como falta de interesse de agir apenas confirma a teoria da asserção, amplamente aceita pela doutrina (CÂMARA, 2011).

b) Interesse de agir:

Antes de adentrarmos nos tema, uma breve diferenciação entre interesse material e processual é necessária. O interesse material é decorrente de uma relação substancial com outrem (exemplo: sublocatário como assistente simples e locatário como assistido) e o interesse processual é a necessidade-utilidade da prestação jurisdicional, é o objeto do presente estudo, uma condição da ação.

A doutrina tradicional costuma analisar o interesse de agir através do binômio necessidade-adequação; o autor só terá como alcançar a sua pretensão por meio do ajuizamento de uma ação (necessidade), observando, pois o procedimento adequado (adequação).

Destarte, uma dívida vencida poderia ser cobrada em juízo, mas uma dívida vincenda, não, porque o devedor ainda pode pagá-la, ausente, então, a necessidade. Da mesma forma, agora com relação à adequação, o autor seria "carecedor da ação" quando não pudesse obter, por meio de uma ação de reparação de danos, o resultado restituição da posse.

Ao mesmo tempo em que o particular afirme a utilidade em liberar o Poder Judiciário da inércia, o Estado também precisa concordar com esse particular no sentido de que sua necessidade concreta pode ser satisfeita. Como aponta Marcelo Abelha,

> A técnica processual adequada corresponde, na verdade, ao ônus que possui o jurisdicionado de se valer das ferramentas processuais adequadas (processo, procedimento e provimento) criadas e previstas pelo legislador processual para a hipótese reclamada. (RODRIGUES, 2008, p. 141).

A inadequação, como esclarece o professor, ocorre por fenômeno processual, enquanto a falta de necessidade pressupõe indícios de cognição, para a constatação do conflito de interesses. Afirma ainda que:

> Enquanto a necessidade põe o juiz em contato om o direito material, a adequação o põe em contato com o direito processual, qual seja, o uso adequado das regras de processo estabelecidas pelo legislador. Isso tem repercussão na decisão proferida pelo magistrado e conduz, na verdade, à dissociação entre esses dois aspectos do interesse, para colocar a cerificação da necessidade da tutela dentro de aspectos atrelados ao mérito e a verificação da adequação da tutela dentro dos pressupostos do processo (Abelha Rodrigues, 2008. Pág. 141).

Diferenciando o interesse de agir do pedido juridicamente impossível, tem-se que o primeiro está no plano concreto e segundo, no abstrato.

Através da lente do interesse processual, pode-se fazer uma releitura de alguns pressupostos processuais extrínsecos, o que terá espaço num tópico próprio. Entretanto, cabem aqui algumas considerações.

A litispendência, a coisa julgada, como se verá adiante, são consideradas pressupostos processuais negativos extrínsecos, pois, para que o processo se desenvolva sadiamente, é necessário que tais pressupostos não estejam presentes, daí porque são chamados de negativos. E extrínsecos porque são verificados fora da relação jurídica processual; são verificados após a constituição da relação jurídica processual e impedem o desenvolvimento válido do processo, dando margem a uma sentença de extinção sem resolução do mérito.

Entretanto, não há como atribuir interesse processual a um demandante que ajuíza ação que está em curso (litispendência), que demanda tutela já pacificada pela coisa julgada material ou que ingressa pela quarta vez com pretensão já extinta três vezes (perempção). Ausente está a necessidade concreta da parte autora. Não é lógico encarar esses institutos como pressupostos processuais a serem analisados após a constituição da relação jurídica processual, pois trata-se de elementos anteriores à formação do processo triangular, no mesmo sentido que as condições da ação, que são pré-processuais. Dessa forma, os institutos litispendência, coisa julgada e perempção deveriam ser analisados em conjunto com as condições da ação, ou seja, estariam ligados mais ao exercício da ação do que aos pressupostos extrínsecos, analisados após a constituição da relação jurídica processual.

Em suma, os pressupostos citados no parágrafo anterior devem ser encarados como requisitos negativos à existência concreta do interesse de agir, pois são pré-processuais, assim como as condições da ação, como se constatará adiante. Assumir um novo posicionamento acerca do tema facilitará o desenvolvimento do trabalho e as conclusões que possam advir desse entendimento.

c) Legitimidade das partes

Em síntese, são partes legitimadas aquelas que vão sofrer os efeitos da sentença. Parte autora é quem pede e a parte ré é em face de quem se pede.

Arruda Alvim (1990, p. 384) acrescenta que o autor estará legitimado quando for o possível titular do direito pretendido em relação àquele que considera réu, dentro de uma relação jurídica. A palavra "possível" confirma o que foi dito alhures acerca da Teoria da Asserção.

Mas nem sempre os nomes constantes nos autos de um processo corresponderão aos autores e réus, bem como poderá haver algum caso em que a demanda carecerá de autor ou réu. Exemplificando, o representante está nos autos de um processo, mas não é parte; na Jurisdição voluntária não há partes, mas sim, interessados; nos processos de inventário não há parte autora e o juiz pode agir de ofício; na separação consensual não há réus, bem como na ADI, ADC ou na investigação de paternidade com pai falecido sem herdeiros (esta por não ser ação patrimonial, não poderá ser proposta em face do espólio).

No tocante à legitimidade extraordinária, que deverá ser autorizada por lei, o autor demanda em nome próprio, direito alheio. Como não se trata de tema central deste trabalho, será exposta através de exemplos:

- Condomínio tradicional: O titular de fração ideal pode defender o bem integralmente, quando será legitimado ordinário na sua fração e legitimado extraordinário em relação às outras partes.
- Alienação de coisa litigiosa: O réu originário, o alienante será substituto processual do adquirente, pois defende um bem que já transferiu a terceiro que não é parte, mas é atual interessado na defesa da coisa.
- Decorrência da lei: Pode ser expressa ou implícita, decorrendo do sistema, como a parte que recorre para elevar honorários do seu advogado.
- Interesses coletivos: Não há coincidência entre a titularidade do interesse e a sua defesa judicial.

Importante ressaltar que a ilegitimidade das partes pode ser examinada a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

Para finalizar este tópico, vale repetir as palavras do mestre Liebman:

> [...] a legitimação para agir é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propõe e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que

> afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo. Tudo quanto se disse até aqui prevalece em casos normais e refere-se à legitimação ordinária. Todavia, em casos expressamente indicados na lei, pode ser reconhecida ao terceiro uma legitimação extraordinária, que lhe confere o direito de perseguir em juízo "um direito alheio"(RODRIGUES, 2008, p. 147)
> .

1.3. Crítica de Calmon de Passos

O ilustre jurista J.J. Calmon de Passos (PASSOS, 1989), já criticava a conceituação das condições, a repartição da ação em condições, quando se impõem requisitos para o exercício de uma ação.

Para o autor, a repartição gera a obrigatoriedade de se encarar a ação como concreta, e não abstrata. Do jeito que está posto na atualidade, com condicionamentos e termos do direito substancial, há que se validar o caráter concreto do direito de ação. Para ser encarado no plano abstrato, dever-se-ia desvincular ação do direito material, ignorando tais condicionamentos. O meio termo seria inconsistente, insustentável.

Seriam requisitos da ação aqueles que se referem aos pressupostos que informam a relação jurídica processual, quais sejam, um órgão legalmente investido de jurisdição, um sujeito capaz e a postulação. Seriam suficientes para se obter o pronunciamento judicial, que é o direito do exercício do direito de ação.

Mas, segundo Liebman, a ação não é concreta, é abstrata e segue algumas condições, pois o juiz deverá decidir unicamente com base nos elementos objetivos do curso do processo. Calmon de Passos afirma que a ação deixa, então, de ser um poder conferido para a tutela do direito e se torna o direito a um pronunciamento do juiz acerca de uma hipótese; "deixou de ser o poder de provocar um pronunciamento do juiz sôbre o direito que se tem, para se fazer o poder de provocar um pronunciamento do juiz sôbre o direito que se afirma" (PASSOS, 1989, p. 60).

Logo, mesmo que se afirme em abstrato, fatos que permitam a tutela em concreto e depois se perceba a impossibilidade em concreto, terá havido ação. Do contrário, se em abstrato se afirme ter direito a fatos que não permitam tutela em concreto, o autor será carecedor de ação. Essa conclusão, segundo o autor, não é explicada satisfatoriamente por Liebman:

> Não basta que ele afirme ser a ação o poder de provocar o pronunciamento do juiz sobre determinada hipótese de direito. Cumpria-lhe, também, demonstrar não ser atividade jurisdicional a que o juiz desenvolve quando de seus pronunciamentos de conteúdo meramente processual, bem como não ser exercício do direito de ação o

> poder de provocar a atividade jurisdicional pura e simplesmente, antes que o poder de provocar o pronunciamento do juiz sobre o mérito. Nisso falhou o grande mestre, comprometendo, a nossos olhos, irremediavelmente, sua teoria do direito de ação (PASSOS, 1989, p. 60).

Dessa forma, as decisões do juiz acerca das condições da ação são decisões de mérito, fazendo parte do rol das decisões propriamente jurisdicionais.

Exemplificando, há duas ações de usucapião, na primeira, o autor afirma possuir, sem justo título, uma determinada área há oito anos, enquanto na segunda, o autor aduz que possui a área há mais de dez anos. No primeiro caso, o juiz indeferirá a petição inicial por inépcia; nas palavras de Calmon de Passos, a pretensão é juridicamente impossível. No segundo caso, a petição seria apta e, caso se provasse que o autor não tem direito ao alegado, a ação seria julgada improcedente, mesmo que essa improcedência seja decorrente da impossibilidade de ligar os fatos à vontade da lei. Não há, para o autor, diferença substancial entre as decisões, uma de indeferimento e a outra de mérito, visto que,

> O exemplo põe a olho nu a inconsequência da posição liebmaniana, quando trata de modo diverso situações substancialmente idênticas. O que haveria capaz de distinguir uma de ôutra hipótese? Apenas a circunstância de que na primeira havia manifesta improcedência da pretensão, uma improcedência verificável *prima facie*, enquanto na segunda essa improcedência somente se veio a configurar ao final de longa indagação probatória. Um e outro pronunciamentos, entretanto, substancialmente se equivalem, inclusive no alcance que devem ter no campo da coisa julgada material (PASSOS, 1989, p. 62).

O mesmo ocorreria com o pedido de cobrança. Se o autor alegar que a dívida é derivada de jogo do bicho, o pedido será juridicamente impossível, entretanto, se ele mascarar a causa de pedir, alegando um contrato de mútuo, receberá um pronunciamento judicial de mérito.

Conclui o grande jurista que, se a ação é um direito abstrato, não pode ser disciplinada por elementos do direito substancial e que a possibilidade jurídica não é condição da ação; o que existe no ordenamento jurídico deveria ser chamado de “improcedência *prima facie*”, que deriva dos próprios termos em que o autor põe a sua pretensão, sendo a decisão que aprecia, uma decisão de mérito, logo, passível de apelação.

Apesar de não ter prevalecido tal entendimento há época, agora ganha força com o novo Código de Processo Civil, que não mais nomina “condições da ação” a legitimidade de partes e o interesse de agir. Didier Jr sustenta a extinção dessa categoria, ao colocar a legitimidade extraordinária e o interesse de agir ao lado dos pressupostos processuais e a

impossibilidade jurídica do pedido e a legitimidade ordinária como análise de mérito (DIDIER, 2011).

Concordamos, no entanto, com Alexandre Freitas Câmara, para quem as condições da ação permanecem no novo Código de Processo Civil a despeito de não serem a sim nominadas, porque não podem ser confundidos os exames de admissibilidade referente ao processo e à ação. (CÂMARA, 2011).

2. Litispendência e coisa julgada como requisitos negativos ao interesse de agir

2.1. Pressupostos processuais e sua classificação

Para que o processo possa validamente conduzir o jurisdicionado à tutela pretendida, faz-se necessário que determinados elementos estejam presentes e outros, ausentes. A esses elementos dá-se o nome de pressupostos processuais, cuja não observância dessa regra acarretará na extinção do processo sem resolução do mérito, em virtude do seu desenvolvimento irregular.

É de costume doutrinário se fazer uma classificação, que será aqui demonstrada, ressaltando-se, entretanto, a nova lente que deve incidir na análise de alguns pressupostos, como a litispendência e a coisa julgada.

Como **pressupostos de existência**, tem-se a demanda, a jurisdição e a citação. A demanda relaciona-se com a petição inicial, condição *sine qua non* para se pedir algo contra o Entrado, em face de outrem. Não se poderá formar posteriormente uma relação jurídica processual sem pedido inicial para romper a inércia da Justiça. A jurisdição diz respeito ao juízo que recebeu a demanda inicial, que deve ter condições jurídicas para dizer o direito no caso concreto; do contrário, como um juiz aposentado, não se estaria legalmente investido de jurisdição. Em que pese existir processo com a propositura da ação, só haverá a triangularização processual com a citação e, portanto, possibilidade de efeitos atingindo o réu, bem como "processo suscetível de conduzir ao efetivo exercício da função jurisdicional"(RODRIGUES, 2008, p. 165).

No plano da validade dos pressupostos, pode-se fazer uma subdivisão, entre os **pressupostos processuais de validade positivos e negativos**. Entre os positivos, encontramos capacidade postulatória, petição inicial apta, competência do juízo e capacidade

processual; entre os negativos, encontramos litispendência, coisa julgada, convenção arbitral e perempção.

Os **pressupostos processuais positivos** são:

- Capacidade postulatória: imperativo legal que obriga a parte postular em juízo somente através de advogado, sob pena de nulidade, salvo permissão legal.
- Juízo competente e juiz imparcial: referem-se à competência absoluta e à ausência de impedimento. O descumprimento desses pressupostos abre prazo para a ação rescisória, como se verá, contudo, o termo inicial da contagem se dá no momento em que o vício se tornou conhecido e não do trânsito em julgado da sentença.
- Capacidade processual: qualidade subjetiva da pessoa, refere-se aos poderes abstratos anteriores ao processo, diferente da legitimidade *ad causam*, condição da ação. Algumas pessoas precisam ser assistidas ou representadas para defender seus interesses em juízo, quando relativamente ou absolutamente incapazes. Há, também, integração da capacidade, que ocorre com as outorgas matrimoniais para as ações reais imobiliárias.
- Petição inicial válida: a petição inicial deve seguir as regras dos artigos 282 e 286 do Código de Processo Civil, sob pena de indeferimento caso o autor não possa sanar possíveis vícios no prazo estabelecido pelo juiz.
- Citação válida: responsável pela integração do réu no processo. Não basta que a citação exista, deve seguir algumas regras para que seja válida (artigos 225, 219, 385, 215, 274 etc do Código de Processo Civil). Ressalta-se que, por mais que formalidades e a ciência do réu sejam indispensáveis, o comparecimento espontâneo dele supre a ausência de citação.

Quanto aos **pressupostos processuais negativos**, são eles a litispendência, a coisa julgada, a perempção e a convenção de arbitragem. No próximo item os dois primeiros serão abordados isoladamente, por fazerem parte do tema central deste trabalho.

A perempção é a impossibilidade de obtenção da satisfação da tutela pretendida ao se exercer o direito de ação quando se deu causa à extinção do processo por três vezes por abandono de causa. Entende-se que esse pressuposto também deve ser analisado à luz das condições da ação, pois, assim como ocorre com a litispendência e a coisa julgada, o autor carece de interesse processual, no caso da perempção, ao ingressar em juízo pela quarta vez, tendo dado causa à três extinções por abandono.

A convenção de arbitragem é matéria de alegação preliminar na contestação e causa de extinção sem resolução de mérito. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, através da cláusula

compromissória ou do compromisso arbitral. Optando por essa via alternativa, não poderão recorrer ao judiciário. Há quem sustente que a arbitragem só será pressuposto negativo se já existir instituição do Juízo Arbitral, quando o processo será extinto sem resolução do mérito, antes disso, deve ser tratada como impedimento que se opõe à continuidade do processo.

2.2. Novo olhar sobre a litispendência

Primeiramente, deve-se refazer o conceito de litispendência; refazer porque o Código de Processo Civil não foi feliz na sua redação.

Traduzindo o vocábulo litispendência, o resultado é a "pendência de uma lide", ou seja, uma situação jurídica de pendência de uma demanda que acompanha a relação jurídica processual e nasce para o autor com a propositura da inicial e para o réu, com a citação válida. Vale esclarecer que o estado de pendência não se modifica em virtude de alterações no processo, salvo nos casos de extinção; a suspensão do processo, a litigiosidade da coisa ou a interrupção da prescrição não suspendem ou alteram a pendência.

Ocorre que o Código de Processo Civil apresenta a litispendência como fenômeno de duplicidade de demandas idênticas. O seu artigo 301, §3º não acertou em vincular a "repetição da demanda em curso" ao vocábulo litispendência que, como se viu, significa lide pendente. O correto seria o artigo trazer a denominação duplicidade de litispendências, vez que se trata de duas vezes uma lide pendente. Tal expressão foi reproduzida no novo Código de Processo Civil, em seu art. 337, § 3º.

Basta uma lide estar em curso para estar pendente. Estado de pendência é uma situação jurídica de espera da tutela jurisdicional que nasce com o processo e tem fim junto com ele e essa observância diz respeito ao interesse público. É dizer que:

> O primeiro passo foi dado na longa escalada até a obtenção da paz social, que vem com a coisa julgada material. A lide pendente é a lide ainda não julgada, porém aguardando a sê-lo. (...) a existência do estado de pendência de uma determinada lide é por si só motivo que exclui a possibilidade de o jurisdicionado repetir a demanda em juízo, por absoluta falta de interesse processual, porque fere a economia processual e também porque constitui risco à formação de decisões contraditórias acerca da mesma lide. (RODRIGUES, 2008. P. 263).

Empreendendo-se o novo olhar, pode-se concluir que o artigo 219 do CPC traz um equívoco ao afirmar que a citação válida "induz litispendência", pois a citação não é um simples indutor do estado de pendência, como se viu acima, a citação válida produz o estado

de pendência em relação ao réu. O porquê do equívoco encontra-se no CPC de 1939, onde a citação se completava com a “acusação em audiência”, logo, a citação, por ter sido formada por dois momentos, no primeiro momento apenas induzia a litispendência.

E se a litispendência começa em momentos diferentes em relação aos litigantes, é defeso ao autor propor demanda idêntica a que está em curso, mesmo antes da citação, já que, para ele, a litispendência começa antes. Entretanto, como a litispendência termina com o fim da relação jurídica processual, o momento do seu fim é igual para autor e para o réu. É com o trânsito em julgado que autor e réu deixam de ser atingidos pela litispendência, em decorrência da preclusão máxima.

Posto isso, erroneamente poderia se afirmar que, se a litispendência deixa de existir com a preclusão máxima, então, simetricamente, equivale à coisa julgada, é a coisa julgada que ainda não ocorreu. Mas não é sempre assim.

Uma diferença está no instituto. Litispendência é instituto ligado diretamente ao direito processual, enquanto a coisa julgada, ao direito material. Outra está nos efeitos: apenas as partes do processo sofrem os feitos da litispendência, enquanto a os efeitos da coisa julgada podem atingir quem não foi parte no processo. (RODRIGUES, 2013, p. 370).

Há também uma diferença relativa ao trânsito em julgado, que põe fim do estado de litispendência. A ação rescisória deve ser proposta a partir do trânsito em julgado, e não quando houver coisa julgada.

Por ser matéria de ordem pública, a duplicidade de litispendências pode e deve ser conhecida de ofício pelo juiz. Também, por esse motivo, a duplicidade pode ser alegada pelo réu a qualquer momento, entretanto, o ideal é que ocorra na contestação, em sede de preliminar, evitando o pagamento pelas custas de retardamento. Oposta a objeção de litispendência, cumpre analisar a competência para o julgamento.

Se as demandas idênticas tiverem sido distribuídas para o mesmo juízo, este será o competente para julgar a objeção. Em sendo juízos diferentes, competente será o que receber a arguição de duplicidade, julgando, então, se os elementos da primeira demanda são iguais aos da demanda que está sob seu comando. O critério para determinar qual demanda prosseguirá é o da prevenção, entretanto, melhor seria se o critério fosse o do estágio processual mais avançado, primando-se, assim, pela economia processual.

Após essa explanação, pode-se afirmar que a duplicidade de litispendências não é só pressuposto processual negativo, mas sim, requisito negativo do exercício do direito de ação, ligado ao interesse de agir.

A doutrina tradicional aceita a classificação da litispendência como pressuposto processual negativo ou de validade extrínseco, conforme explicado. O Superior Tribunal de Justiça também já deixou claro em inúmeros julgados o seu posicionamento, como se exemplifica a seguir:

> "1. A **litispendência** (repropositura de ação que está em curso), assim como a coisa julgada, constitui **pressuposto processual negativo** que, uma vez configurado, implica na extinção do processo sem "resolução" do mérito (artigo 267, inciso V, do CPC)". 2. A configuração da **litispendência** reclama a constatação de identidade das partes, da causa de pedir e do pedido ("tríplice identidade") das ações em curso (artigo 301, § 1º, do CPC)". (...). (RMS 26891 / SE, 2011).

Entretanto, é de se seguir a corrente que enquadra a litispendência, bem como a coisa julgada e a perempção, como requisitos negativos do interesse processual de agir, pois não há como atribuir interesse processual a um demandante que ajuíza ação que já está em curso. Quando uma demanda está em curso, não há necessidade de se repeti-la. Existe um flagrante impedimento para a formação da relação jurídica processual da segunda demanda, mesmo que tal vício só seja percebido posteriormente, isso porque tal impedimento encontra-se num plano anterior ao processo, junto com as condições da ação.

Há julgados, contudo, que aproximam esses dois institutos, interesse de agir e litispendência, porém o resultado ainda é a extinção do processo sem a resolução do mérito:

> "PROCESSUAL CIVIL. SFH. QUITAÇÃO DE CONTRATO. LITISPENDÊNCIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.
> 1- A parte autora requereu a declaração de quitação de débitos relativos ao contrato de mútuo, pelo SFH. 2- Considerando que a parte autora pretendeu discutir questões pertinentes ao mesmo contrato de mútuo habitacional, que está sendo discutido nos autos do processo nº 970041880-4, não há interesse processual para o ajuizamento de nova demanda. 3- Detectada a litispendência entre as ações, nos termos do art. 301, § 3º, CPC, deverá o novo processo ser extinto sem julgamento de mérito". (TRF, 200951020056012/ AC. 2011. Des. Raldenio Bonifacio Costa).

Trata-se de descumprimento de pressuposto de existência; presente a duplicidade de litispendências, não há necessidade de propor nova demanda, por não haver interesse processual. Em não havendo interesse processual, não há preenchimento de todos os requisitos para o exercício do direito de ação. O instituto litispendência não deveria ser analisado após a constituição da relação jurídica processual, pois é anterior à formação do processo, no mesmo sentido que as condições da ação, ambos pré-processuais.

Dessa forma, a litispendência deve ser encarada como requisitos negativos à existência concreta do interesse de agir, pois é pré-processual, assim como as condições da ação, com consequências jurídicas que serão analisadas no tópico posterior.

2.3. Novo olhar sobre a coisa julgada

Acolhida no Brasil por questões políticas e jurídicas, a coisa julgada, indispensável à ordem pública e à segurança jurídica, relaciona-se com as decisões judicias (e não administrativas). O conceito trazido pelo Código de Processo Civil encontra críticas na doutrina, por dizer que seria a "eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Essa conceituação não identifica a "substância coisa julgada", mas sim, o momento da sua formação, que diferem.

Ao contrário de autores como Alexandre Freitas Câmara(CÂMARA, 2006), que conceitua a coisa julgada como situação jurídica e discorda de alguns pontos da teoria Liebmaniana acerca do assunto, atualmente, tal instituto é visto como uma qualidade dos efeitos da sentença que tem necessária imutabilidade que as tornam estáveis, convergindo para as conclusões de Liebman.

Como se asseverou, momento de formação e coisa julgada em si não se confundem, por isso deve-se distingui-los. O momento de ocorrência, de fato, é a não possibilidade de recurso ordinário ou extraordinário. Quanto à autoridade, é fenômeno de ordem pública e política, que proíbe reexame de matéria já decidida, sendo a ação rescisória a única forma de extingui-la do mundo jurídico. Mas há casos, porque há previsão legal, em que pode haver relativização da autoridade de uma sentença de mérito, bem como autoridade em uma sentença que não aprecia o mérito.

Quanto às condições da ação, estas deveriam estar mais próximas do mérito do que da questão processual. Em que pese a vontade da lei ter sido no sentido de lhe atribuir a coisa julgada formal, deveria ter lhe emprestado a autoridade da coisa julgada material. Nesse sentido, "seria ilógico admitir que se pudesse exigir a repropositura de demanda extinta por falta de possibilidade jurídica do pedido se a situação permanece exatamente a mesma" (RODRIGUES, 2008).

Ainda dentro do conceito, pode a coisa julgada ser formal ou material. A preclusão máxima dá contorno à coisa julgada formal, pelo que se torna imutável e estável a relação jurídica processual que chegou ao fim, de forma que nenhum ato processual pode ser

praticado. Diz-se que é endoprocessual, porque diz respeitos somente às partes que compõe a relação jurídica em que a sentença foi proferida. Há Impossibilidade de se modificar a decisão, por não existirem mais recursos, ou esgotados ou por perda de prazo, daí porque assemelha-se com a preclusão. Pode estar presente em todos os tipos de sentença ou acórdão, que analisam o mérito ou não, na jurisdição voluntária ou contenciosa.

A coisa julgada material consiste não mais na impossibilidade de modificação da sentença, mas na projeção externa dos seus efeitos, que impede a mesma ação, já decidida em caráter definitivo. Trata-se de segurança jurídica para que a questão seja definitivamente resolvida. Tem como óbice os três elementos identificadores da ação, mas caso um deles seja modificado, a ação pode ser proposta. Tal instituto exige sentença de mérito que aprecie a pretensão em juízo. Para alguns autores, ela surge com o trânsito em julgado, embora a eficácia possa estar centrada antes. Quanto ao momento de formação, a coisa julgada material se forma após o esgotamento de todos os recursos. Da mesma forma como ocorre com o exercício de ação, a coisa julgada é anterior, é pré-processual. Destarte, quando ocorre a extinção do processo por força da coisa julgada, há constatação de que o óbice do direito de demandar é retroativo, ou seja, encontra-se no momento da preclusão máxima da lide, antes da sentença terminativa, porque tem sede na razão de existência da lide e guarda relação com o direito material.

Em regra, a coisa julgada não depende do que ocorreu na lide. Circunstâncias externas não podem interferir na sentença e esta não pode obrigar terceiros fora da relação processual. Do ponto de vista coletivo, esse entendimento é insuficiente, pois trata-se de uma complexidade de sujeitos e direitos. Em sede de ação civil pública e ação popular não haverá coisa julgada material quando houver improcedência por insuficiência de provas. Só haverá coisa julgada material se for de procedência ou improcedência por outro motivo que não seja a insuficiência. Esta regra impede a coletividade atingida não seja prejudicada pelas partes de má-fé que figuram no processo. A essa exceção dá-se o nome de coisa julgada *secundum eventum litis*.

A imutabilidade dos efeitos da sentença, conforme se expôs, deve persistir enquanto a situação fática que a ensejou permanecer inalterada. Com a superveniência de alguma mudança fática, a parte poderá se valer da teoria coisa julgada *rebus sic standibus* e pedir a revisão do que foi estatuído na sentença. Regra geral, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, salvo tratando-se de relação jurídica continuativa em que sobreveio modificação no estado de fato ou de direito. A referida coisa julgada tem origem na teoria da

imprevisão, advinda da glosa "*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic standibus intelliguntur*".

Quanto ao sujeito e ao objeto, a coisa julgada encontra limites, os denominados limites subjetivos e objetivos. Na formação do processo, o autor fixará os limites subjetivos da lide ao indicar a sua pretensão e em face de quem demandará.

No tocante aos limites objetivos, apenas a parte dispositiva faz coisa julgada e não pode mais ser discutida. Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva, bem como a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não fazem coisa julgada. A apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente também não são revestidos da autoridade da coisa julgada material, exceto se for decidida de por ação declaratória incidental. Da mesma forma, a coisa julgada só alcança as partes do processo, não abrangendo terceiros. Um exemplo: determinada sentença criminal condena um empregado por ato ilícito contra outrem. Ele ajuíza ação no cível contra o patrão, que pode discutir ainda a culpa do empregado, mesmo que a sentença criminal tenha transitado em julgado, pois não pôde se defender nela, não integrava a relação jurídica processual anterior.

Assim como ocorre com a litispendência (e por isso deve-se aproveitar tudo que foi dito nesse sentido), a coisa julgada também deve ser encarada como um elemento negativo à existência do interesse de agir. Não há necessidade concreta e adequação do provimento resultando em utilidade, não há interesse processual no agir do demandante que propõe uma ação que já tenha sido decidida e revestida da autoridade da coisa julgada.

A existência de duas coisas julgadas conflitantes no ordenamento jurídico é assunto que tem estreita ligação com o exposto. No artigo 485, IV, o Código de Processo Civil (reproduzido pelo art. 966, IV do CPC de 2015), acaba por admitir a existência de coisas julgadas contraditórias, com impossibilidade de combate, se o prazo decadencial bienal já tiver chegado ao fim. Como se sabe, o remédio apto para dirimir esse conflito, segundo a legislação atual e a doutrina tradicional é a ação rescisória.

Exemplificando: um réu tem contra si uma determinada tutela jurisdicional transitada em julgado, mas ingressa em juízo com a pretensão de obter um resultado contrário em face do autor vencedor. Primeiramente, necessário esclarecer que pode haver identidade de pretensão material quando as partes não ocupam o mesmo lugar. O réu, em ação autônoma, pode pedir tutela contrária do autor na lide que foi julgada primeiro. Neste caso, o réu da primeira demanda poderá obter o mesmo resultado que teria na sua demanda independente, qual seja, a o pedido contrário do autor, logo existe uma pendência de pretensão material, em que pese não se tratar de mesmo autor e mesmo réu e mesmo pedido principal.

Entretanto, se considerarmos a coisa julgada como requisito negativo ligado às condições da ação, faltará interesse processual ao autor em relação à demanda que já alcançou o trânsito em julgado. E mesmo que a duplicidade de demandas seja ignorada pelo réu e pelo juiz, o prazo da ação rescisória pode escoar, pois tal impugnação não será mais necessária, vez que a ação declaratória de inexistência, que não se sujeita a qualquer prazo é o remédio recomendado neste caso. Esse entendimento torna mais coerente a relação do ordenamento jurídico com a existência de duas coisas julgadas, que é de repulsa, tema que também será abordado a seguir.

3. Ação Rescisória e Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica Processual

Enquanto não há trânsito em julgado, a sentença deverá ser impugnada por meio do recurso adequado. Após esse momento, para cada situação existe uma ação correspondente, e serão analisadas algumas delas nas suas particularidades.

A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação para desconstituir sentença de mérito transitada em julgado; não é considerada recurso. Entretanto, quando o vício desaparece com o encerramento do processo, não cabe a rescisória, pois exige-se que a nulidade seja absoluta e se prolongue para além do processo. O prazo se inicia quando não couber mais recurso do último pronunciamento judicial.

Seu cabimento é mais amplo do que comumente se imagina, podendo servir de remédio nos seguintes casos:

- Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, mesmo que ele não tenha sido condenado pelo crime.
- Impedimento do juiz ou absoluta incompetência do juízo, ainda que a nulidade não tenha sido suscitada no curso do processo;
- Dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes para fraudar a lei;
- Ofensa à coisa julgada
- Violação literal de disposição de lei;
- Prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou na ação rescisória;
- Documento novo ignorado ou de que não se pôde fazer uso, capaz de assegurar pronunciamento favorável;

- Fundamento capaz de invalidar confissão, desistência ou transação (infeliz a palavra transação, pois cabe ação anulatória);
- Erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa.

Quanto ao procedimento, de forma resumida, quando tratar de sentença, a rescisória será proposta perante o tribunal que teria competência para julgar recursos, se acórdão, será perante o mesmo tribunal, só que composto por mais desembargadores. Deve haver depósito de caução de 5% sobre o valor da causa a título de multa, sob pena de indeferimento, que fará jus à devolução em casos de procedência ou improcedência não por unanimidade. O Ministério Público e os beneficiários da justiça gratuita não precisam de caução, bem como INSS e demais pessoas jurídicas de direito público.

O Ministério Público deve intervir em todos os processos de ação rescisória, ainda que não tenha intervindo no processo originário, pois há interesse público na lide. Cabe agravo interno ou regimental contra o indeferimento da rescisória e como pode haver pedido de tutela antecipada nos casos de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Em relação à citação se o réu for revel, não haverá presunção dos fatos alegados na inicial, pois já existe sentença transitada em julgado. Finalizando, o Tribunal rescinde a sentença e promove novo julgamento.

Vale frisar que são admitidos embargos de declaração e embargos infringentes, bem como recurso especial e recurso extraordinário e mais, pode ocorrer ação rescisória contra ação rescisória, temas que não serão aprofundados por não guardarem relação direta com o presente trabalho.

Sobre ação anulatória ou declaratória de nulidade, a utilização deve ser empregada contra atos judiciais que não dependem de sentença ou que a sentença seja homologatória. Importante ressaltar que, quando for o caso de sentença homologatória, não deve ser proposta a ação rescisória, mas sim a ação anulatória ou declaratória de nulidade. Também não se admite a ação rescisória contra: sentenças meramente extintivas, sem resolução de mérito; decisões nos processos de jurisdição voluntária; decisões referentes às relações continuativas; contra sentenças de improcedência por insuficiência de provas na ação civil pública; decisão em ação cautelar ou em execução. Quanto às decisões interlocutórias, na decisão que adquire força de verdadeira sentença de mérito, se examina um dos pedidos pelo mérito é possível ação rescisória.

Em suma, quando o processo ou a sentença estiver eivado de nulidade absoluta, a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos (até as nulidades absolutas têm prazo para serem conhecidas). Entretanto, há vícios mais graves que maculam o processo ou a

sentença e que não podem ser sanados com o transcurso do tempo. Surge, então, a inexistência jurídica, que enseja a ação declaratória de inexistência, também conhecida como *querela nulitatis insababilis*.

A ação declaratória de inexistência deve ser proposta quando se tratar da questão discutida neste trabalho, quando o processo careça de pressuposto processual de existência.

Em que pese esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido ação rescisória nesses casos, pelo princípio da fungibilidade, desde que dentro do prazo decadencial de dois anos. Mas também há casos da ação declaratória:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. REVISÃO ENTENDIMENTO CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ.
> 1. O Tribunal de origem, amparado na análise das provas dos autos, entendeu que o objetivo desta ação declaratória é o reconhecimento da inexistência da relação jurídica de depósito em face do recorrido, e isso já foi discutido com o julgamento do pedido na ação de depósito promovida anteriormente pelo Banco do Brasil S.A., o que afasta o interesse de agir dos recorrentes. Alterar a decisão que reputa existente ou inexistente o interesse de agir, no caso, esbarra inevitavelmente na Súmula 7/STJ. (...) (AgRg.noAg998808/MS. Agravo regimental no agravo de instrumento. Nº 2007/0290893-5 Min. Luis Felipe Salomão).

Após as classificações, fica claro perceber a opção legislativa em atribuir a ação rescisória como remédio para o conflito de coisas julgadas e litispendência. Entretanto, como se vem evidenciado ao longo deste trabalho, trata-se de uma escolha incoerente do legislador, em decorrência de institutos como a coisa julgada e a litispendência serem pré-processuais.

Destarte, esse novo olhar (falta de interesse processual quando se propõe demanda que já transitou em julgado ou que está em curso), resolve-se o problema das coisas julgadas conflitantes exposta no tópico anterior, vejamos.

Como se trata de matéria de ordem pública, tanto o juiz pode reconhecer e o réu pode alegar a existência da coisa julgada, caso contrário, dará margem a um segundo julgamento de mérito que também transitará em julgado, assim como o anterior e em ofensa a este. Em regra, deve-se remediar através da ação rescisória, que tem prazo bienal e decadencial, logo, ultrapassando-se os dois anos, é impossível que seja admitida, tendo o sistema jurídico que conviver com as duas coisas julgadas contraditórias.

Se a coisa julgada for analisada não como pressuposto processual negativo, mas sim com requisito negativo à existência concreta do interesse de agir, pré-processual, o ordenamento jurídico poderia se livrar dessa contradição, vez que a segunda coisa julgada não teria se formado, pois a relação jurídica processual seria inexistente, nem teria sido

constituída. E como não deve ser usada a rescisória, cabe à parte que perdeu no segundo processo (“segunda coisa julgada”) se valer da ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual.

É evidente que a segunda pretensão é carecedora de ação, pois falta interesse processual do autor ao de forma idêntica a que já tenha se revestido da coisa julgada. O processo é juridicamente inexistente, faltou requisito indispensável ao exercício da ação, o interesse processual, logo a relação jurídica não teria se constituído. Dessa forma, contra sentença inexistente, o ideal não seria optar pela ação rescisória, , mas pela ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual, isenta de limitação temporal.

E ainda que se opte pela ação rescisória, pelo princípio da fungibilidade, poderia ser aceita como *querela nullitatis insanabilis* mesmo depois de decorrido o prazo decadencial de dois anos, até mesmo porque seria caso de nulidade da sentença e não de anulabilidade (SIQUEIRA, 2008. P. 468).

4. Conclusão

A partir da teoria, abstratista eclética, de Liebman, o ordenamento jurídico brasileiro exige alguns requisitos para o exercício do direito de ação, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes. Sem as condições da ação, não há que se falar ação em sentido estrito.

Para o autor, a repartição gera a obrigatoriedade de se encarar a ação como concreta, e não abstrata. Do jeito que está posto na atualidade, com condicionamentos e termos do direito substancial, há que se validar o caráter concreto do direito de ação. Para ser encarado no plano abstrato, dever-se-ia desvincular ação do direito material, ignorando tais condicionamentos. O meio termo seria inconsistente, insustentável.

Para que o processo possa validamente conduzir o jurisdicionado à tutela pretendida, faz-se necessário a presença e a ausência de determinados elementos, os chamados pressupostos processuais. A não observância dessa regra acarretará na extinção do processo sem resolução do mérito, em virtude do seu desenvolvimento irregular.

Entretanto, o presente trabalho demonstrou que, caso as regras atinentes à litispendência e à coisa julgada sejam descumpridas, outras serão as providências, vez que esses institutos, em verdade, são requisitos negativos do interesse de agir; trata-se de descumprimento de pressuposto de existência. Presente a duplicidade de litispendências, não

há necessidade de propor nova demanda, por não haver interesse processual. Em não havendo interesse processual, não há preenchimento de todos os requisitos para o exercício do direito de ação. O mesmo ocorre com a coisa julgada; não há necessidade concreta e adequação do provimento resultando em utilidade, não há interesse processual no agir do demandante que propõe uma ação que já tenha sido decidida e revestida da autoridade da coisa julgada.

Esses institutos não deveriam ser analisados após a constituição da relação jurídica processual, pois são anteriores à formação do processo, pois estão atrelados com mais força ao exercício da ação do que aos pressupostos negativos ou extrínsecos. No mesmo sentido que as condições da ação, são pré-processuais.

O remédio, então, não seria somente a ação rescisória, mas também a ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual, pois não se trata de desatendimento a pressuposto processual, mas sim ao descumprimento de algum pressuposto processual de existência.

Dessa forma, a contradição de duas coisas julgadas presentes no ordenamento jurídico poderia ser sanada através da ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual, mesmo após o prazo bienal decadencial da ação rescisória. Isso porque a segunda coisa julgada não chegou sequer a ter se formado, pois a relação jurídica processual seria inexistente, nem teria sido constituída.

O processo hipoteticamente apresentado é juridicamente inexistente, lhe faltou um requisito imprescindível ao exercício da ação, o interesse processual, óbice à constituição da relação jurídica.

5. Referências Bibliográficas

ARRUDA ALVIM. José Manuel de. **Tratado de Direito Processual Civil**. Vol. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo** | vol. 197 | p. 261 | Jul / 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. E Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo |** vol. 198 | p. 227 | Ago / 2011

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista de Processo** | vol. 197 | p. 256 | Jul / 2011.
MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008.

_____. O Direito de ação com direito fundamental (consequências teóricas e práticas. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil** | vol. 2 | p. 273 | Out / 2011.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Em torno das condições da ação- a possibilidade jurídica.** Revista de Direito Processual Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva 1961.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Prolongamento da litispendência, recursos e duração (ir)razoável do processo: a quem interessa retardar a tutela jurisdicional? *In* **Recursos e a duração razoável do processo,** OLIVEIRA, Bruno Silveira (coord) ... [et al]. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STJ, RMS 26891 / SE
Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=litispend%EAncia+pressuposto+processual+negativo&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4. Acessado em: 19 de julho de 2013

STJ, AG 998808. Agravo Regimental no Agravo de instrumento. 2007/0290893-5. Min. Luis Felipe Salomão.
Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp. Acessado em 23/07/2013

TRF, AC 200951020056012. Des. Raldenio Bonifacio Costa.
Disponível em: http://trf-2.jusbrasil.com/jurisprudencia/23480853/ac-apelacao-civel-ac-200951020056012-trf2. Acessado em 19 de julho de 2013