

2

DA COISA JULGADA E AS SUAS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO

2.1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Romano foi o precursor do instituto da coisa julgada.¹ O desenvolvimento da *justitia* na Roma Antiga se deu em três fases: *legis actiones*, *formular* e *extraordinaria cognitio*. Já no início, na fase das *legis actiones*, os pretores concebiam a basilar necessidade de finalização dos conflitos e estabilização

¹ Na Roma Antiga já se conhecia a autoridade da coisa julgada. “Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur* (fr. 6, Dig. De except. Rei iud. 44,2). Explicação tão simples, realística e chã, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas. Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminante na emanção de um ato de vontade (*a pronuntiatio iudicis*) que condena ou absolve, ou seja, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só pode divisar na exigência social da segurança no gozo dos bens.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. I, p. 182).

das relações entre as partes.² A legislação romana previa dispositivos para afastar a indesejada repositura da mesma demanda entre as mesmas partes.³

As civilizações posteriores acabaram por copiar esse modelo como opção político-legislativa, reconhecendo, em última análise, que a positivação da coisa julgada é essencial à própria concretização da justiça.⁴

2.2 COISA JULGADA

A coisa julgada, a dita “imutabilidade do comando emergente de uma sentença”,⁵ possui suas raízes na própria Constituição Federal (art. 5º, XXXVI). Tem por finalidade proporcionar mais segurança às relações jurídicas decididas em juízo, a partir da imutabilidade do pronunciamento jurisdicional definitivo exarado em determinado processo, garantindo aos cidadãos a vedação da rediscussão, alteração ou desrespeito, quer pelas partes, quer pelo próprio Poder Judiciário.

Em termos legais, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, § 3º, da LINDB). Segundo os termos do Código de Processo Civil de 2015 (art. 502), a seu turno, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Assim, define-se coisa julgada como a imutabilidade que incide sobre o dispositivo da decisão de mérito (art. 489, III, do CPC/2015). É um *plus* que adere à sentença, uma qualidade ou efeito produzido externamente por se terem operado as condições definidas pelo comando legal.⁶

² Neste campo, inclusive, existem estudos sérios sobre a estabilização da própria tutela antecipada, quando concedida em cognição exauriente, sugerindo mudança no sistema positivo vigente. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Erico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 206, p. 13-59, abr. 2012. p. 13).

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 32.

⁴ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 301, 2002. p. 26.

⁵ “Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos quaisquer que sejam, do próprio ato.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 54).

⁶ “O que transita em julgado é apenas a declaração que o magistrado faz na sentença de que tal ou qual preceito de lei incidiu, transformando-se na ‘lei do caso concreto’.” (SILVA, Ovídio

Saliente-se que a coisa julgada é fenômeno processual conhecido como autoridade da coisa julgada, que se opera quando a decisão não se sujeita à remessa necessária (art. 496 do CPC/2015) e não cabe mais recurso (art. 502 do CPC/2015, c/c art. 6º, § 3º, da LINDB), tornando-se definitiva. A coisa julgada é, assim, um marco processual e, ao mesmo tempo, um marco material, pois atua no mundo empírico.⁷

Note-se que é a declaração *lato sensu* contida na sentença que está acobertada pela autoridade da coisa julgada, e não o seu conteúdo ou seus efeitos decisórios.⁸

A coisa julgada, nessa acepção, atrai o estudo do sistema recursal. Isso porque a sentença meritória de primeiro grau transita materialmente em julgado quando não impugnada pelo recurso cabível, uma vez expirado o prazo legal para impugnação recursal. Mas isso não é uma prerrogativa exclusiva das sentenças. Tecnicamente, as decisões interlocutórias, em determinadas situações, também podem atingir o *status* de coisa julgada material. Quando ocorrer a situação de cabimento do recurso e a parte se conformar com o resultado da decisão, não o interpondo, também se configurará a hipótese de trânsito em julgado. Além disso, antes de configurada a coisa julgada, os meios de impugnação dos pronunciamentos judiciais decisórios, por excelência, são os recursos (art. 994 do CPC/2015). A viabilidade recursal está sujeita aos pressupostos de admissibilidade para dar acesso ao juízo de mérito.⁹ Por sua vez, passada em julgado a decisão judicial, fecham-se as portas aos recursos e se opera a sua imutabilidade.¹⁰

Assim, o trânsito em julgado de uma decisão deverá ocorrer em dado momento, para segurança jurídica e estabilização do conteúdo decisório. Todavia, o sistema jurídico positivo contempla uma gradação dessa preclusão, não sendo

Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 470).

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I, p. 483.

⁸ “A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade [dos efeitos], e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*; e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 19-20).

⁹ NERY JR. NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 252.

¹⁰ Nesse sentido é que se diz que a imutabilidade da sentença é fenômeno que atua como fator de equilíbrio social. (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 694).

igualitária para todos os conteúdos decisórios. Dessa forma, difere a classificação da coisa julgada: todas as decisões são predispostas a operar efeitos da coisa julgada formal, porém somente as decisões de mérito podem chegar a alcançar os efeitos da coisa julgada material.¹¹

2.2.1 Coisa julgada formal e material

Todas as decisões tendem a transitar em julgado e, *ipso facto*, geram um efeito específico, qual seja, a preclusão para interposição de recurso.¹² Não importa o seu conteúdo, se definitivas (decidem o mérito da demanda), se terminativas (extintivas do processo sem análise de mérito, ensejando a repropositura posterior uma vez sanado o vício) ou se interlocutórias com mérito (*v.g.*, julgamento antecipado parcial do mérito, art. 356 do CPC/2015).

Esse fenômeno é conhecido como coisa julgada formal ou efeito preclusivo da coisa julgada, que opera a imutabilidade do efeito formal da decisão dentro do próprio processo (endoprocessual), marcada pelo decurso dos prazos para interposição de recurso ou pelo esgotamento das vias recursais. A seu tempo, todas as decisões farão coisa julgada formal, no caso de estarem vigentes e ausente a possibilidade de impugnação endoprocessual.¹³

Note-se que até mesmo quanto às decisões interlocutórias se opera o efeito da preclusão, por ser coisa já decidida e de que não cabe mais recurso.

Todavia, só a decisão de mérito estará apta a transitar em julgado formal e materialmente.¹⁴ E mais, é só ela que desafia a ação rescisória. É a decisão de

¹¹ “A ação rescisória é uma exceção à coisa julgada, não à segurança.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007. p. 138).

¹² “A opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano consiste em, primeiro, submeter a sentença a reexame perante órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fora ela pronunciada.” (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 189).

¹³ A coisa julgada formal é o efeito de todas as decisões judiciais, inerente a sua firmeza ou ausência de possibilidade impugnatória via recurso algum. (FERNÁNDEZ-NESPRAL, Juan. *Diccionario de derecho procesal civil*. Alemá-Español. Deutsch-Spanisch. Neuwied/Kriftel: Luchterhand, 2002. p. 239).

¹⁴ “A Constituição Federal estabelece no art. 5º, XXXVI, a intangibilidade da coisa julgada pelo legislador como uma das garantias fundamentais, tendo em vista o respeito ao princípio da segurança jurídica.” (STJ – REsp 604.880/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 11.06.2007, p. 347).

mérito que tem força para fazer lei entre as partes, nos limites da questão principal expressamente decidida. (art. 503 do CPC/2015). É a decisão de mérito que, uma vez alcançada pela coisa julgada material, torna imutáveis seus efeitos materiais, que se projetam até mesmo para fora do processo, ou seja, operando efeitos endoprocessuais e extraprocessuais, impedindo, assim, o reexame da lide em qualquer outro processo.

Nesse particular, a coisa julgada pode ser classificada em: a) formal (imutabilidade da sentença, quanto ao aspecto da irrecorribilidade do conteúdo decisório dentro do mesmo processo, ante a falta de meios de impugnação ou recursos possíveis – é fenômeno que se limita à preclusão ou eficácia¹⁵ preclusiva endoprocessual, admitindo-se a repropositura da ação, no caso de extinção sem julgamento do mérito); b) material (imutabilidade do dispositivo decisório, operando-se a preclusão tanto no mesmo processo como em outro, vedando-se a repropositura da ação, uma vez solucionado o mérito, seja pela procedência ou improcedência) – saliente-se, ainda, “transitando em julgado o despacho liminar negativo, constituir-se-á em regra a coisa julgada formal, e por exceção coisa julgada material, se o indeferimento se houver fundado em razão do mérito”;¹⁶ e c) coisa soberanamente julgada (coisa julgada material de que não caiba mais impugnação via ação rescisória uma vez transcorrido o prazo bienal *in albis* ou pela improcedência da ação rescisória).¹⁷

Em regra, reserva-se às sentenças terminativas (processuais) apenas a coisa julgada formal¹⁸, intraprocessual, podendo a ação ser reproposta ante a ausência

¹⁵ Importa aqui diferenciar os planos de validade (existência), vigência (qualidade ou aptidão para produção de efeitos) e eficácia (refere-se à efetiva produção de efeitos técnicos, jurídicos ou sociais; respectivamente relacionados à apresentação ou aparência, aos requisitos legais ou desencadeamento do cumprimento pelos destinatários) normativa da decisão judicial. (CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, p. 730).

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 19. ed., e 29. ed., 2012, p. 26.

¹⁷ Na ação rescisória não se vê o prolongamento da litispendência (como é de acontecer quando da impugnação de uma decisão por meio de recurso), o que decorre da sua natureza jurídica, com a formação de uma nova relação processual. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V, p. 104).

¹⁸ No mesmo sentido, observe este julgado: “Agravado de instrumento – procedimento de inventário – inconformismo manifestado contra sentença de extinção – trânsito em julgado – arguição de nulidade – rejeição – inconformismo que deveria ter sido manifestado no momento oportuno por meio de recurso de apelação – pedido posterior de prosseguimento do feito – inadmissibilidade – coisa julgada formal – recurso conhecido e desprovido. – Cuida a hipótese de Agravo de Instrumento interposto contra o pronunciamento judicial que indeferiu o pedido de reconsideração da sentença que extinguiu o feito sem exame do mérito em razão da inércia da Inventariante

de decisão de mérito.¹⁹ O principal efeito da coisa julgada apenas formal é que a ação poderá ser reproposta uma vez que o autor “arrume” o entrave no processamento da ação, não necessitando, em regra, de ação rescisória para sua desconstituição. Para isso, deverá estar extinto o processo, sob pena de se configurar a litispendência²⁰ (art. 337, inc. VI, do CPC/2015).

Em verdade, via de regra, não há o que desconstituir, se na espécie não se chega a um pronunciamento meritório. Em outras palavras, quando se trata de decisão terminativa – art. 485 do CPC/2015 –, em princípio não se pode falar em cabimento de ação rescisória ante a falta de interesse de agir (não há prejuízo à parte, pois essas ações podem ser repropostas), e, mais, elas não fazem coisa julgada material.

Como se sabe, é cabível ação rescisória apenas contra as decisões de mérito, em razão de que nelas se opera a coisa julgada material. Contudo, com a entrada em vigor do CPC/2015, foram exibidas duas exceções a essa máxima, em que, nos termos do art. 966, § 2º, a despeito de a decisão transitada em julgado não ser de mérito, poderá ser ajuizada ação rescisória nos casos em que houver o impedimento de: (a) nova propositura de demanda e (b) admissibilidade do recurso correspondente.

Para caber a ação rescisória na primeira modalidade, é relevante que a decisão “tenha adquirido estabilidade (como regra, com o trânsito em julgado da decisão, seja essa decisão de mérito, ou não), impeça-se a nova propositura da demanda”.²¹

em dar andamento ao feito em 02/04/2009, e por estar o mesmo inserido na Meta 2, do CNJ – Pretensão da Agravante de anulação da sentença terminativa – Decisão que desafiava recurso de Apelação. Preclusão do direito da Agravante de impugnar a sentença nos mesmos autos. Coisa julgada formal – Manutenção da decisão agravada – Conhecimento e desprovemento do recurso”. (TJRJ, AI 00518430920178190000, Rio de Janeiro, São Gonçalo, 2ª Vara Cível, Relator Caetano Ernesto da Fonseca Costa, julgado em 04.04.2018, 7ª C.C., publicado em 10.04.2018).

¹⁹ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 92.

²⁰ Sobre o tema da litispendência, veja esta ementa explicativa: “Processual civil. Propositura de demandas idênticas. Litispendência. Nos termos do art. 337, §§ 1º e 2º do NCPC (art. 301, §§ 1º e 2º do CPC/73), ‘Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada’ e ‘Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido’. Caso em que o segurado intentou duas ações com identidade de partes, pedido e causa de pedir. Extinção do processo pelo reconhecimento da litispendência. extinto o processo pela litispendência. apelação prejudicada. unânime”. (TJRS, AC 70076679729, Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 24.05.2018, Décima Câmara Cível, *Diário da Justiça* 19.06.2018).

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1373.

Aqui, mencionada decisão não é “mais recorrível no *mesmo* processo” e “impede a propositura da *mesma* demanda”.²² Ou seja, há a impossibilidade de ser ajuizada a demanda nos mesmos termos já propostos, contudo, sanado o vício, ela poderá ser novamente protocolada.

Hipóteses que impedem a nova propositura da postulação se revelam por aquelas “previstas no art. 486, § 1º, I e também as de coisa julgada ou perempção”.²³

O artigo acima citado se refere aos casos de litispendência e àqueles previstos no art. 485, incs. I, IV, VI e VII, do CPC/2015 (como indeferimento da petição inicial, ausência de legitimidade e interesse de agir das partes), em que para o ajuizamento de nova demanda há a necessidade de que a parte viciada seja reparada.

Ressalte-se que também impedem o novo ajuizamento de demanda a coisa julgada e a perempção, presentes no inc. V do art. 485 do CPC/2015. Porém, nesse caso, não é possível corrigir o vício existente e protocolar nova postulação.

A título de exemplo, “a decisão que reconheça a ausência de legitimidade da parte, de acordo com a dicção legal, não resolve o mérito (art. 485, VI, do CPC/2015), mas impede a nova propositura da mesma demanda (cf. art. 486, § 1º do CPC/2015)”.²⁴

Além disso, “a decisão que equivocadamente reconhece a existência de litispendência ou de coisa julgada, por exemplo, não constitui decisão de mérito, mas impede a sua discussão em processo posterior”.²⁵

Já quanto à segunda exceção, esta incide quando o recurso “não é conhecido, de forma equivocada, cabe ação rescisória para desconstruir a decisão que não o conheceu”. Tal pronunciamento, equivocado, não admite nova discussão da questão. Por essa razão, “há decisão impeditiva, cujo óbice pode ser removido mediante a propositura de ação rescisória”.²⁶

²² “(...) feita pelo inciso I, do § 2º do art. 966, que quer viabilizar o contraste, pela ação rescisória, daquela decisão que, não sendo mais recorrível no *mesmo* processo, impede a repropositura da *mesma* demanda. (...) O inciso I do § 2º do art. 966 quer, nesse sentido, viabilizar o controle, por ação rescisória, de decisão que extingue o processo sem resolução de mérito por falta de interesse de agir ou por ilegitimidade de uma das partes (art. 485, VI), por exemplo, *sem* que haja qualquer alteração dos elementos da demanda.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 629).

²³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 554.

²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1373.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1021.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1021.

A propósito, a coisa julgada formal (eficácia preclusiva endoprocessual) é um pressuposto lógico da coisa julgada material (imutabilidade da sentença dentro e fora do processo que recebeu o *decisum merita*). Só ocorrerá o trânsito em julgado na modalidade material se a decisão judicial já constituir-se revestida também da coisa julgada formal.

A coisa julgada material, de ordinário, petrifica o resultado da “decisão” de mérito. Não obstante, a decisão judicial em que já se operou a coisa julgada material ainda poderá ser impugnada por meio da ação rescisória. Assim, apresenta-se o meio clássico de impugnação das decisões materialmente transitadas em julgado, qual seja, a ação rescisória (art. 966 do CPC/2015), que pode veicular também a impugnação da sentença inconstitucional²⁷ (arts. 525 e 910 do CPC), bem como a impugnação com base na existência de erro material (art. 494, I, do CPC/2015).²⁸

Pode acontecer, ainda que momentânea, a conformação com o resultado da decisão ou a perda do prazo recursal, levando a parte a não esgotar os recursos ou mesmo a não interpor qualquer recurso contra uma decisão que lhe seja desfavorável, abreviando a finalização do processo por renúncia, ainda que tácita, aos instrumentos de resistência conferidos pelo direito ao duplo grau de jurisdição.

As decisões com conteúdo no art. 487 do CPC/2015 são aptas ao trânsito em julgado material. Todavia, não se pode negar a importância do estudo das decisões que não transitam em julgado materialmente. Assim, dentro do estudo da coisa julgada, também ganha especial importância o cabimento de outros meios de impugnação, a exemplo da ação anulatória contra ato levado a juízo pelas partes e que recebera a chancela por homologação do Poder Judiciário. Visando a parte desconstituir um acordo, não haverá cabimento da ação rescisória, e sim será caso de ação anulatória²⁹ (art. 966, § 4º, do CPC/2015). A *querela nullitatis*³⁰ também se

²⁷ Em épocas não tão distantes, não era admitida a hipótese. Veja-se a seguinte ementa: “A violação da lei que autoriza o remédio extremo da rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo. Por isso que pretender rever a decisão transita sob o argumento de que em recurso outro o egrégio STF deu diversa solução a caso idêntico é transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais”. (STJ, AGRAR 1.819/SC, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJU 30.09.2002, p. 147).

²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 481.

²⁹ A ação rescisória “não se confunde de modo nenhum com a ação anulatória de ato das partes praticado no processo, prevista no art. 966, § 4º, CPC: a ação anulatória de ato processual tem por finalidade desconstituir atos processuais das partes.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1020-1021).

³⁰ CARBONE, Vincenzo; BATÀ, Antonella. *Le notificazioni civile*. Commento articolo per articolo con giurisprudenza e dottrina. IV edizione. Aggiornato con il D. Lgs. n. 169/2007 “correttivo riforma fallimentare”. Milan: Wolters Kluwer Italia – IPSOA, 2007. p. 465.

inclui nos meios de impugnação à coisa julgada, mas, a rigor, não se trata de revisão da coisa julgada material.³¹ Portanto, antes mesmo do estudo da ação rescisória, importante também é conhecer como se opera a coisa julgada de mérito e pontuar quais decisões não se sujeitam a ela.

Anote-se, por fim, que só é atingida pela imutabilidade a parte dispositiva da decisão de mérito (sentença *lato sensu*), ou seja, a conclusão do raciocínio lógico realizado pelo magistrado, a decisão propriamente dita.

2.2.2 Decisão de mérito para cabimento da ação rescisória

As formas de impugnar os comandos judiciais “podem ser classificadas em recursos e ações autônomas”. A ação rescisória está enquadrada nesta última modalidade, pois “as ações autônomas de impugnação se caracterizam por formar relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão impugnada”.³²

A alteração exibida pelo Novo CPC na redação do art. 966, que prevê as hipóteses que podem se submeter à rescisória, isso é, “a mudança do termo ‘sentença’ por ‘decisão’ não foi ocasional. O propósito é evidente: permitir o ajuizamento de ação rescisória contra qualquer tipo decisão de mérito: decisão interlocutória, sentença, decisão de relator, acórdão. Não importa a espécie de decisão: tendo transitado em julgado, é rescindível”.³³

No mesmo sentido, “decisão de mérito apta à coisa julgada pode ser interlocutória, sentença, decisão unipessoal de relator ou acórdão. Não por acaso aos arts. 502 e 503 falam em ‘decisão’, que é gênero”.³⁴

³¹ A *querela nullitatis insanabilis*, de fato, não restou abolida: é genuína criação do nosso direito estatutário, deixando no sistema dos meios de impugnação judicial marcas duradouras e profundas, permitindo reconhecer os elementos deste instituto, ainda hoje. “La querela di nullità in realtà non è stata abolita: essa, geniale creazione del nostro diritto statutario, ha lasciato nel sistema dei mezzi di impugnazione tracce durevoli e profonde, che permettono, riconoscendo e riaccostando gli elementi di questo istituto oggi dispersi in nome eterogene e distanti, di ritrovare e di ricostruire la sua fisionomia: come fanno gli archeologi, che mettendo insieme frammenti recuperati da diversi campi di scavo, riescono con pazienza a far rivivere la statua.” (CALAMANDREI, Piero. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. VI, 1951. p. 112).

³² MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1405.

³³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil nos tribunais*: recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 423.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações provatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2. p. 539.

É forçoso concluir que todas as sentenças são aptas a produzir a coisa julgada formal (seja com base nos arts. 485 ou 487, ambos do CPC/2015, uma vez que se trata de estabilizar a relação jurídica dentro do processo em que é proferida a decisão), mas nem todas atingirão o *status* de coisa julgada material, a exemplo das decisões meramente homologatórias de acordo entre as partes.

Naturalmente, a decisão de mérito (art. 487 do CPC/2015, que estabiliza a relação jurídica para fora do processo, impedindo a rediscussão da matéria no processo em que é proferida a decisão e fora dele, mesmo em outro processo) estará apta também a produzir a coisa julgada material.

As hipóteses que se submetem ao cabimento da ação rescisória estão dispostas no art. 966 do CPC/2015. Há inclinação da jurisprudência para que o autor indique em qual das hipóteses seu pedido é embasado, porém, em sendo o caso de indicação equivocada, deverá o magistrado oportunizar que aquele preste os devidos esclarecimentos a fim de que solucione o empasse.³⁵

Mas não é só; note-se que nenhum óbice representará o ajuizamento e processamento de ação rescisória para desconstituição do provimento judicial que apresenta a resolução de mérito da causa de origem, como aquele que somente extingue o processo sem resolução do mérito, dadas as exceções trazidas pela legislação processual atual.

A locução “decisão de mérito” na redação do art. 966, *caput*, do CPC/2015 possui abrangência mais alargada que o seu sentido literal, significando “decisão definitiva”, aí incluídas as decisões sem resolução de mérito que produzam efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos e, como exposto anteriormente, em que não se possa renovar a ação. E há um exemplo marcante dessa aplicação. No caso do art. 486, § 2º, do CPC/2015, isso fica evidente, pois condiciona o despacho de nova inicial à comprovação do pagamento ou, ao menos, do depósito das custas e dos honorários de advogado. No caso concreto, essa exigência pode estar além das possibilidades do autor.³⁶ Nessa

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1021-1022.

³⁶ “Direito processual civil. Ação rescisória. Sentença terminativa. Art. 485, *caput*, do CPC [de 1973] – O equívoco cometido na redação do referido artigo, o foi na compreensão de que os processos extintos sem resolução do mérito (à exceção daqueles em que se acolheu a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada, art. 267, V) poderiam ser renovados, na forma do art. 268, do CPC, daí que não haveria interesse de agir em ação rescisória movida contra sentença ou acórdão que não fosse de mérito. No entanto, sabe-se que a renovação da ação não permite rediscutir todos os efeitos produzidos pela ação anteriormente extinta. Exemplo disso está no próprio art. 268, do CPC, que condiciona o despacho da nova inicial à prova do paga-

linha, também se tem como cabível a ação rescisória apenas para discutir a verba honorária, por exemplo, com esteio na prevaricação do juiz (art. 966, I, do CPC/2015).³⁷ Seja como for, uma vez pretendendo o autor da ação rescisória atacar qualquer desses efeitos, abre-se a porta para o enquadramento no art. 966 do CPC/2015, sendo cabível a ação rescisória.

Ainda, se admitida a produção de coisa julgada material em decisão parcial de mérito (art. 356 do CPC/2015, por exemplo),³⁸ mesmo que interlocutória, então caberia ação rescisória.³⁹⁻⁴⁰

mento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Para estes casos, onde não houve sentença ou acórdão de mérito, o único remédio é a ação rescisória.” (STJ – REsp 1.217.321/SC, Rel. originário Min. Herman Benjamin, Rel. para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 18.10.2012).

³⁷ Todavia, não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária, por violação literal aos arts. 82, § 2º, e 85, do CPC/2015, se a parte apenas discorda do resultado da avaliação conforme os critérios legalmente estabelecidos. “A ação rescisória na hipótese do art. 485, V, do CPC [de 1973] (violação literal de disposição de lei) é cabível somente para discutir violação a direito objetivo”, afastando a rediscussão de questões de alto grau de subjetividade. Precedentes do STJ: REsp 886.178/RS, DJe 25.02.2010, e REsp 894.750/SC, DJe 01.10.2008.

³⁸ A literalidade do art. 966 do CPC/2015 prevê o cabimento de ação rescisória em face de decisão de mérito transitada em julgado. Nessa linha, por questões lógicas, estende-se a interpretação do dispositivo para abranger outros julgamentos (acórdão, decisão monocrática do relator) com o mesmo conteúdo meritório; mas esse raciocínio não é unânime, justamente porque o dispositivo não trata da decisão interlocutória. Contudo, é possível decisão interlocutória com conteúdo de mérito. Alguns exemplos: 1) exclusão de litisconsorte dos autos, em razão da prescrição; 2) tutela antecipada deferida; 3) indeferimento parcial da petição inicial, em reconhecimento da prescrição/decadência; dentre outros. Nesses casos, diante de uma decisão interlocutória com conteúdo meritório, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo o cabimento de ação rescisória. Isso porque o conteúdo do ato judicial tem mais relevância sobre seu *nomen juris*. O que importa, então, é o conteúdo do ato judicial. Nesse sentido se posiciona a jurisprudência do STJ: AR 1.649/SP, 1ª Seção (Rel. Min. Denise Arruda, relator para o acórdão Min. Luiz Fux, DJe 12/05/2010); RESP 685.738/PR, 3ª Turma (Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 03/12/2009).

³⁹ Sobre a estabilização da coisa julgada na tutela antecipada, doutrina especializada orienta proposta de melhoria na redação do art. 300 do CPC/2015, admitindo hipótese de a medida antecipatória adquirir força de coisa julgada nos limites da decisão proferida. Nesse sentido, sobre a coisa julgada parcial sob a ótica do processo civil, nas ações individuais, vale consultar: AMORIM, José Roberto Neves. *Coisa julgada parcial no processo civil*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 112 e ss.

⁴⁰ Vide também, sobre a coisa julgada progressiva: DIAS, Jean Carlos. A proteção à coisa julgada parcial no processo civil brasileiro. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genedit, n. 34, p. 723-724, out./dez. 2004.

A conclusão que se extrai é a de que, em regra, sustentável o trânsito em julgado material, então caberá ação rescisória.⁴¹

Julgado o mérito, o momento de formação da coisa julgada material e o da coisa julgada formal poderão ser concomitantes, no mesmo instante. Aliás, a decisão de mérito, no atual sistema processual, pode ocorrer mesmo sem citação do réu,⁴² conforme a hipótese do art. 332 do CPC/2015.⁴³ Mas essa concomitância não é regra.

Observe-se que, “ainda que o recurso não tenha sido conhecido, ou tenha sido julgado prejudicado, [para efeitos rescisórios] somente se considera transitado em julgado o feito quando dessa decisão – que não conhece do apelo ou o julga prejudicado – já não couber nenhum recurso. Não se pode confundir coisa julgada material, trânsito em julgado formal e preclusão. O trânsito em julgado formal da decisão ocorre em meio ao processo por força da preclusão, quando a parte não recorre de todos os fundamentos da decisão. A coisa julgada material é a eficácia da sentença que a torna imutável, quando não mais sujeita a qualquer recurso. Enquanto a sentença ou o acórdão mantiver-se passível de recurso parcial ou total, não estará resolvida a demanda e não ocorrerá a coisa julgada material, que somente se consubstancia quando encerrada a lide pela sentença que não comporte mais recurso ordinário ou extraordinário”.⁴⁴

⁴¹ A desfecho igual conduzem as explanações do seguinte aresto: “a coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide. – Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial. – Consoante o disposto no art. 495 do CPC [de 1973], o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. – Embargos de divergência improvidos”. (STJ – EREsp 404.707/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, DJ 11.04.2005).

⁴² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 48, out./dez. 1987. p. 33.

⁴³ A constitucionalidade do art. 285-A do CPC/73, correspondente ao art. 332 do CPC/2015, foi enfrentada pela doutrina. (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 80-83; RAMOS, Glauco Gumerato. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006. p. 375-377; ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *As novas reformas do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-81).

⁴⁴ Este é o trecho do voto condutor do julgado precedente, assim ementado: “A Corte Especial firmou a posição de que o termo *a quo* do prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória é o dia seguinte ao do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. 2. A Corte Especial editou o verbete da Súmula 401, segundo a qual: ‘O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial’ (DJe de 13.10.09). 3. Há frontal violação ao art. 97 da CF/88 quando o aresto rescindendo

Em suma, é o vício contido na produção do dispositivo da decisão de mérito que se denuncia na ação rescisória e, via reflexa, pode atingir a invalidação da decisão e alcançar o eventual rejugamento. Veja-se que nem sempre haverá rejugamento; como acontece na ação rescisória fundada em ofensa à coisa julgada, o caso já estará julgado. Seria ilógico admitir o rejugamento; é uma exceção.

2.2.3 Coisa julgada material em decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito

O CPC/2015 prevê em seu art. 356 a possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito para o caso em que um ou mais pedidos estejam aptos a serem julgados imediatamente. Isto ocorre quando eles forem incontroversos, não dependendo de qualquer dilação probatória, ou quando as provas já produzidas nos autos são suficientes para a resolução das questões.⁴⁵

Como há o julgamento de apenas parte da lide, o pronunciamento do juiz se dará por meio de decisão interlocutória e o processo seguirá seu curso até a prolação de sentença, momento em que haverá a resolução das questões pendentes e o fim da lide.

Note-se que há possibilidade de ocorrer a declaração da prescrição⁴⁶ em favor de um dos corréus. Por isso que o tratamento é justamente “decisão”, e não

não submete à reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, limitando-se a afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF. 4. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF por se tratar de interpretação controvertida de matéria constitucional. 5. O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não deve ser solucionado em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF. 6. Procedência do pedido”. (STJ – AR 3747/RS, Rel. Ministro Castro Meira, 1ª Seção, julgado em 10.11.2010, DJe 22.11.2010).

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 453.

⁴⁶ “Enquanto a prescrição atinge as pretensões de natureza condenatória, a decadência incide sobre as pretensões de natureza constitutiva. (...) No Código Civil de 2002, as diferenças entre os dois institutos residem nos seguintes pontos: i) somente haverá prazo prescricional se a lei assim tratar (arts. 205 e 206), não podendo as partes proceder a qualquer tipo de alteração nos prazos legais (art. 192); ii) a decadência comporta divisão, podendo decorrer da lei (decadência legal) ou da fixação pelas partes para o exercício do direito potestativo (decadência convencional). Aqui, por óbvio, a fixação do prazo se sujeitará à vontade das partes (art. 211); iii) a fluência dos prazos de decadência legal é imune a obstáculos de impedimento, de suspensão ou de

simplesmente “sentença”, pois existem decisões interlocutórias de mérito que não colocam fim na demanda. A decisão é formalmente interlocutória, mas possui conteúdo de sentença definitiva de mérito.

Convém destacar que, durante este escrito, quando se falar em sentença, referir-se-á à decisão de mérito *lato sensu*, podendo-se enquadrar perfeitamente em uma decisão interlocutória, ou mesmo em um acórdão, desde que tenha conteúdo de mérito, na forma do art. 203, § 1º, c/c o art. 487, ambos do CPC/2015.⁴⁷

Entretanto, como ainda será melhor exposto em tópico específico, o julgamento antecipado parcial do mérito com base no art. 356 do CPC/2015 (pedido incontroverso) não produzirá a coisa julgada material.⁴⁸⁻⁴⁹ Isso porque qualquer

interrupção (art. 207), enquanto a prescrição possui a regulação de hipóteses que impedem e suspendem o prazo prescricional (arts. 197, 198, 199, 200 e 201) assim como permite a interrupção do lapso temporal do instituto (arts. 202, 203 e 204); iv) não é possível a renúncia da decadência legal (art. 209), ao passo que a prescrição é perfeitamente renunciável (art. 191) sendo a última, por tal passo, sempre disponível.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (*ex vi* art. 741, parágrafo único do CPC). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2008. p. 321-349. p. 347). V. tb.: MAZZEI, Rodrigo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gume-rato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006. p. 427.

⁴⁷ Essa situação pode ocorrer, por exemplo, no caso de dois fiadores contratuais em contrato de locação, um se responsabilizando pelos locativos de um período determinado e o outro pelo restante da duração do contrato. Sobrevindo a execução, uma vez prescrito o primeiro período, poderá ser extinta a ação em face de um dos corréus, por decisão interlocutória, continuando a ação em face do outro réu. Essa decisão, embora interlocutória, tem conteúdo de mérito, sendo, portanto, apta ao trânsito em julgado material. Essa hipótese é mais frequente nas ações criminais, em face da possibilidade de diferentes prazos prescricionais para corréus com participações distintas no crime e respectivas penas igualmente distintas, interferindo nas diferenças da contagem prescricional. *Vide*, a exemplo, a seguinte ementa: “Furto qualificado – Recursos do Ministério Público e dos réus. Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas. Prova robusta a admitir a condenação de um corréu. Penas e regime de cumprimento fixados adequadamente. Recursos não providos – De ofício, reconhecida a prescrição em relação ao outro corréu, declarada extinta a punibilidade deste, prejudicada a análise de seu recurso”. (TJSP – Apelação 125-79.2006.8.26.0576, Rel. Des. Christiano Kuntz, São José do Rio Preto, 7ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 10.05.2012, registro 16.05.2012).

⁴⁸ Em sentido contrário: “O que se tem, repita-se, é uma cisão do julgamento do mérito, o que nos leva a considerar que, em verdade, o que se tem na hipótese é provimento que deve ser considerado como sentença parcial”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. III, p. 373).

⁴⁹ Também em contrário ao aqui defendido: opera-se a coisa julgada nas decisões consubstanciadas no art. 356 do CPC/2015, sendo admissíveis sentenças parciais. (MITIDIERO, Daniel.

das hipóteses do art. 356 será sempre tutela antecipada, sujeita, portanto, à confirmação por sentença ao final do processo.⁵⁰

É somente essa sentença (proferida ao final do processo de primeira instância) que, solucionado o mérito da causa, terá o condão de transitar em julgado, findos os recursos cabíveis ou os prazos recursais, nunca a decisão interlocutória.⁵¹

2.2.4 Cabimento da ação rescisória para as decisões que não resolvem o mérito

O sistema processual encampa exceção à regra de que apenas é cabível ação rescisória contra decisões que resolvem o mérito. Entendendo de modo diverso ao CPC/1973 (que restringia o cabimento da ação rescisória às decisões definitivas), o legislador, ao redigir o CPC/2015, dispôs, no art. 966, § 2º, incs. I e II, que, apesar de a decisão não resolver o mérito, poderá ser rescindida quando houver o impedimento de nova propositura de demanda ou de admissibilidade de recurso.

Com relação à primeira exceção (art. 966, § 2º, inc. I, CPC/2015), essa se dá quando ocorre uma das hipóteses contidas no art. 486 do CPC atual. Esse dispositivo, por sua vez, em seu § 1º, faz menção aos casos de litispendência e aos presentes nos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 do CPC/2015 (indeferimento de petição inicial; ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido

Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 47).

⁵⁰ Não há coisa julgada material nos casos da tutela em referência porque há um provimento judicial sobre parte do mérito, todavia sem a capacidade de pôr termo ao processo. Assim, conclui-se: “Melhor, portanto, a nosso sentir, manter o antigo e prestigiado princípio da unidade da sentença, cujo rompimento demandaria norma indubitosa... entendemos que a melhor solução... será manter sob o caráter de antecipação propriamente dita a antecipação de tutela das parcelas ou pedidos não contestados, portanto sem a formação de coisa julgada, subsistindo a possibilidade de sua alteração ou revogação na pendência da demanda. A decisão interlocutória será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 64).

⁵¹ “No direito brasileiro, a coisa julgada (material ou simplesmente formal – ao contrário do que pode parecer à vista do teor literal do art. 467 [do CPC/2015], que só àquela se refere) jamais se constitui enquanto a decisão comporte algum recurso, seja qual for. Esse ponto é importante para determinação da natureza da execução instaurável, por força de autorização legal, na pendência de recurso contra a decisão, inclusive do extraordinário. Tal execução é sempre provisória: arts. 521, 2ª parte, e 475-I (introduzido pela Lei 11.232).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 122).

e regular do processo; ausência de legitimidade ou de interesse processual; acolhimento de alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência), uma vez vedada a repropositura da ação nas hipóteses ali definidas, nos exatos termos já propostos, ou seja, sem a correção dos vícios que culminaram na extinção do processo sem a resolução do mérito. E, em seu § 2º, dispõe que, para haver o despacho da nova ação, deverá ser comprovado o pagamento ou o depósito das custas e honorários advocatícios.

Ressaltando que a coisa julgada e a perempção (art. 485, inc. V, CPC/2015) também impedem a propositura da mesma demanda, porém, não há como sanar o vício existente, de modo a autorizar o novo ajuizamento da postulação. Justamente por essa razão é que o cabimento da ação rescisória se revela congruente, já que, assemelhando-se aos casos das sentenças definitivas, não há a possibilidade de ser postulada novamente a demanda.

Além disso, vale frisar que, como já exposto anteriormente, para que a ação rescisória seja cabível na modalidade em questão, é importante que a decisão tenha adquirido estabilidade, não podendo ser recorrível no mesmo processo e impedindo a propositura de demanda idêntica. Em outros termos, se o erro antes verificado for solucionado, a demanda poderá ser novamente protocolada.

No mesmo sentido, em que pese “as decisões terminativas não façam coisa julgada material, e, portanto, via de consequência, não impeçam nova propositura da demanda (CPC/2015, art. 486, *caput*), existem várias decisões sem resolução de mérito que impedem a parte de simplesmente repetir a demanda nos moldes em que anteriormente proposta, na medida em que sua repropositura pressupõe a correção do vício ensejador da decisão terminativa”.⁵²

Já no que concerne à segunda exceção, isto é, o impedimento de admissibilidade de recurso respectivo (art. 966, § 2º, inc. II), esta é vislumbrada quando não há o conhecimento, equivocadamente, do recurso interposto. Esse pronunciamento, que não tem cunho decisório, não permite a nova discussão do mérito. Nesse contexto, a ação rescisória é cabível para desconstruir aquela decisão viciosa.⁵³

A excepcionalidade aparece incontornável na *ratio* do interesse processual no ajuizamento da ação rescisória, e, desse modo, abre-se o cabimento. Realmente,

⁵² MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC doutrina selecionada*: v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 247.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1021.

não haveria sentido em vedar o acesso à justiça quando, por exemplo, a sentença, nesses moldes, foi exarada por motivo escuso, como o caso de corrupção do magistrado.⁵⁴ Percebe-se a coerência do legislador em ter incluído as sentenças terminativas (mesmo que de forma restrita) no rol de cabimento da ação rescisória, pois, em decorrência da impossibilidade de ser proposta demanda idêntica, o saneamento de eventuais vícios que se enquadrem em algum dos incisos do art. 966 do CPC/2015 poderá se dar com o ajuizamento da rescisória.

2.2.5 Natureza jurídica da coisa julgada

A partir do art. 502 do CPC/2015, os operadores do direito se debatem sobre se a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo decisório seriam um efeito,⁵⁵ uma nova situação jurídica⁵⁶ ou uma qualidade aderente à sentença. Não há consenso; as correntes variam entre essas três naturezas jurídicas da coisa julgada. Seria um efeito que se produz após consolidada a coisa julgada, seria a transmutação de uma situação em outra (produção de nova situação jurídica)⁵⁷ ou um mero atributo ou qualidade da própria sentença de mérito, que desde o início foi o objetivo das partes, o alcance dessa autoridade.⁵⁸

⁵⁴ Não obstante o presente trabalho se circunscreva ao processo civil, salientamos a referência doutrinária ao acerto do enunciado n. 412 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho: “Pode uma questão processual ser objeto de rescisão desde que consista em pressuposto de validade de uma sentença de mérito”. (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 829).

⁵⁵ Há quem aponte a indiscutibilidade e imutabilidade da conclusão da sentença, enquadrando fenômeno como efeito do trânsito em julgado. Nesse sentido *vide* a lição de Botelho de Mesquita. (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor*. Coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2).

⁵⁶ Pela ocorrência de uma modificação do estado jurídico-substancial, criando uma nova situação jurídica, *vide*, com proveito, as lições de Barbosa Moreira. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, n. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 215). *Vide* também: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. esp. n. 2.6, p. 44-55.

⁵⁷ A coisa julgada alcança o conteúdo dispositivo da sentença, onde está declarada a tutela jurisdicional. (TESHEINER, Maria José. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 72 e 89).

⁵⁸ “A autoridade da coisa julgada ou imutabilidade da sentença nada mais é que um atributo a ela conferido. [V. RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Pádua: Cedam, 1987, n. 2. p. 216-219. Esse é um dos motivos pelo qual se sustenta a tutela inibitória como outra categoria, distinta das demais tradicionalmente conhecidas.] No momento em que aquilo

Resta insofismável que a coisa julgada material produz efeitos *intra* e *extra*-processuais, porque ao mesmo tempo gera o efeito de tornar imutável o comando da decisão prolatada dentro do processo e, por outro lado, impede a rediscussão da decisão em outro processo. Mas seria correto afirmar que a coisa julgada é um efeito da sentença?⁵⁹ Constata-se, pois, que a sentença de mérito, em face da ausência de suspensividade recursal, que já estava apta a produzir efeitos, passa a agregar um qualificativo de reforço na produção desses efeitos: a imutabilidade, comumente chamada de coisa julgada.⁶⁰ Mas um maior aprofundamento na análise da questão acaba por apontar a negação da coisa julgada como efeito da sentença.

A natureza jurídica da coisa julgada como atributo ou qualidade inerente à sentença é forte no argumento de que, no momento em que ocorre a coisa julgada, ela cria uma presunção de saneamento das anulabilidades, das provas etc., não sendo mais passíveis de discussão os efeitos processuais no mesmo processo (eficácia preclusiva da coisa julgada – art. 508 do CPC/2015) ou em outro (eficácia preclusiva *pamprocessual*) porque houve a preclusão dos vícios.⁶¹

Não há necessidade de nenhuma outra declaração judicial; a decisão meritória é predisposta a alcançar o desiderato da coisa julgada. Não há transmutação de uma coisa em outra, tampouco seria produção de efeitos; não se trata de desdobramento iniciado no ato sentencial.

A ideia de atributo ou qualidade da própria sentença de mérito fica tanto mais forte quando verificado que, após os dois anos do trânsito em julgado material, apenas pelo decurso do prazo não será mais possível atacar a decisão

que foi decidido na parte dispositiva da sentença se torna indiscutível, independentemente de seu conteúdo, há o fenômeno da coisa julgada. Assim é que a coisa julgada é essa qualidade (ou atributo) consistente na imutabilidade que a lei atribui ao conteúdo constante da parte dispositiva (conclusão) da sentença em decorrência do trânsito em julgado.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*, p. 322).

⁵⁹ “Após o trânsito em julgado da sentença o processo esgota a sua finalidade, não se podendo admiti-lo como instrumento a qualquer iniciativa das partes” tendente à cognição de novas questões ou regramento de questões continuadas. (TRF1 – AG 33136 MG 96.01.33136-0, Rel. Juiz Alexandre Vidigal, julgamento em 23.04.1999, 4ª Turma, DJ 14.05.1999, p. 263).

⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 41. No original: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza* (ed altri scritti sulla cosa giudicata). Milano: Giuffrè, 1962. p. 39.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I, p. 573.

pela ação rescisória. Formar-se-á então a decisão meritória soberanamente julgada, atributo ou qualidade que já estava potencializada desde o início, na própria decisão, sendo que eclode o seu estado de latência pelo mero decurso do prazo.⁶²

A coisa julgada constitui-se em um pressuposto processual⁶³ negativo (art. 485, V, do CPC/2015)⁴⁴ e é matéria de ordem pública e garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF). Não é, propriamente, a coisa julgada um efeito da decisão de mérito não mais sujeita a recurso (art. 502 do CPC/2015), mas um modo de manifestação e produção dos efeitos da própria decisão acobertada pelo trânsito em julgado material. Daí que a natureza jurídica da coisa julgada há mesmo de ser um atributo da própria sentença de mérito, ou seja, uma qualidade marcada pela lei, que fixa, diante da inexistência de recursos cabíveis, a imutabilidade da decisão pelo transcurso do tempo.⁶⁴

2.3 LIMITES OBJETIVO E SUBJETIVO DA COISA JULGADA

Trata-se, aqui, de distinguir “quem” (limite subjetivo) e “o quê” (limite objetivo) é atingido pela autoridade da coisa julgada material, ou seja, determinar os limites subjetivos da coisa julgada importa em conhecer quem será atingido pelo comando da coisa julgada material; por sua vez, fixar os limites objetivos da coisa julgada significa saber qual o objeto e o alcance da imutabilidade e indiscutibilidade operada pelo trânsito em julgado da sentença.

O sistema positivo veda a repropositura da ação que teve sentença materialmente transitada em julgado.⁶⁵

⁶² “Coisa soberanamente julgada” é expressão já consagrada na doutrina. (NERY JR. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 50).

⁶³ Os pressupostos processuais podem ser assim classificados: os que se referem à demanda, aqueles atinentes às partes e, por último, os atrelados ao juiz. Por sua vez, considerando os pressupostos processuais relativos à demanda, podem ser intrínsecos ou positivos, que dizem respeito à própria demanda (à constituição do processo nos planos da validade e da existência) e extrínsecos ou negativos – referindo-se à inexistência de impedimentos fáticos à eficácia da relação processual. (LUTZKY, Daniela Courtes. *Pressupostos processuais*. Dissertação (Mestrado) – Direito processual civil – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002. p. 62).

⁶⁴ O pressuposto processual negativo é assim chamado porque constitui óbice à sua formação do processo. (MARCATO, Antonio Carlos. *Da extinção anormal do processo*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 18, abr./1980. p. 75).

⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 54.

Mas como analisar se realmente a sentença transitou em julgado? Naturalmente, dessa questão se extrai o estudo dos limites da coisa julgada e, em especial, a importância do critério para verificação, qual seja, a chamada teoria das três identidades (ou teoria *tria eadem*, adotada pelo Código Processual Civil brasileiro): duas ou mais demandas serão idênticas quando tiverem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Para efeito dos limites da coisa julgada, destacam-se o estudo daqueles que podem ser atingidos pelo comando da decisão de mérito (partes e terceiros) e o do pedido que vincula o dispositivo da sentença.⁶⁶

Quanto ao limite objetivo da coisa julgada, a imutabilidade e a indiscutibilidade atingem apenas o dispositivo da decisão de mérito. Assim, não é a totalidade da decisão que pode ser atingida pela coisa julgada.⁶⁷ Dentre as três partes de uma decisão judicial de mérito (relatório, fundamentação e dispositivo),⁶⁸ em regra, o relatório e a fundamentação não passam em julgado – art. 504 do CPC/2015. Essa prerrogativa é restrita apenas ao dispositivo ou comando da decisão; excepciona-se, porém, quanto à fundamentação e sua relação de prejudicialidade⁶⁹ com o dispositivo da sentença. Nesse caso, a questão prejudicial decidida em sede de ação declaratória incidental (arts. 433 e 503, § 1º, do CPC/2015) também será acobertada pela coisa julgada material.⁷⁰ Não sendo esse o caso, os

⁶⁶ MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1474.

⁶⁷ NERY JR. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 52.

⁶⁸ O conteúdo do dispositivo vincula os elementos relevantes do relatório e da fundamentação das decisões. O processo civil admite relatório remissivo e também a fundamentação sucinta, pois “o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão”. (STJ – REsp 126.0443/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, julgado em 26.06.2012, DJe 02.08.2012).

⁶⁹ “A questão prejudicial deve ter idoneidade para, em tese, figurar como questão principal. A essa conclusão pode-se chegar a partir da parte final do inc. III do § 1º do art. 503 do CPC/2015: o juízo deve ter competência (absoluta) para dispor sobre a questão, caso veiculada como principal (isso é, caso se peça a prolação de decisão de mérito a respeito da questão). Deve-se indagar, p. ex., sobre a possibilidade de fazer pedido de decisão declaratória sobre a questão. Se negativa a resposta, a questão prejudicial não será alcançada pela coisa julgada.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 813).

⁷⁰ Estudos atuais apontam a tendência da jurisprudência europeia a ressuscitar antiga tese alemã (Zeuner – 1959) que defende a extensão dos efeitos objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, independentemente de pedido ou ação declaratória incidental. (BONTÀ, Silvana Dalla.

fundamentos não vinculam casos futuros, podendo, preenchidos os requisitos, ser reanalisados pelo Poder Judiciário.

Desse modo, o art. 503 do CPC/2015 é claro em destacar que a coisa julgada incide “nos limites da questão principal expressamente decidida”. “Limites da lide” quer significar o objeto da disputa judicial, a pretensão deduzida ou o mérito do processo.⁷¹ A questão principal decidida representa a correspondência entre esse mérito (o pedido) e o deferido, ou seja, o dispositivo da sentença. Trata-se da aplicação do princípio da congruência, que arregimenta essa correlação ou correspondência nos atos decisórios.

Por isso é que se diz que a sentença faz coisa julgada nos limites objetivos do pedido. Desse modo, entende-se que a sentença faz coisa julgada nos limites do objeto do processo, isto é, nos limites do objeto do processo ou do pedido fixado no dispositivo da sentença (art. 503, c/c art. 504, ambos do CPC/2015). Uma vez acobertado o julgado de mérito sob o manto da coisa julgada, ocorre a estabilização jurídica da decisão e não poderá, em regra, ser renovada a pretensão de julgamento perante o Poder Judiciário, sendo vedada a submissão a novo julgamento da mesma questão, entre os mesmos atingidos. Por outro lado, constatada que a fundamentação não transita em julgado,⁷² será notadamente irrelevante querer renovar a pretensão processual com base em fatos ou argumentos não deduzidos em juízo. A coisa julgada repele todas as questões ou defesas que poderiam ser

Una ‘benefica inquietudine’. Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane. In: *Il giusto processo civile*, 2011, v. 6, t. 3, p. 891-928).

⁷¹ *Streitgegenstand* é a expressão alemã para disputa ou objeto do processo. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. I, p. 400).

⁷² Note-se que a “profunda diferença entre essa preclusão de questões e a coisa julgada manifestava-se igualmente na diversa resistência que uma e outra apresentam ao sobrevir uma lei interpretativa. A coisa julgada resiste, ainda quando fundada numa interpretação diferente da imposta pela lei interpretativa, porque, uma vez reconhecido ou desconhecido pelo juiz o bem da vida, este resultado deve permanecer intacto para sempre, independentemente das razões de fato e de direito que orientaram o juiz ao operar a atuação da lei, operação que, desde então, se encerra, sem deixar vestígio dos motivos que a determinaram. Outra diferença entre a preclusão de questões no curso do processo e a coisa julgada é que a última se funda sobre a preclusão de todas as questões aptas a contrastar o bem deduzido em juízo, e, pois, não somente das questões propostas e decididas, mas também das que se poderiam ter proposto e não se propuseram (o que impropriamente se denomina julgado implícito). Pelo contrário, a preclusão no curso do processo não exclui senão a questão decidida, assim como todas as questões secundárias em que ela se possa subdividir (por exemplo: recusada numa interlocutória a exceção de prescrição, são preclusas todas as questões concernentes à existência da prescrição). Com essas advertências é que se deve acolher o aforismo vulgar *tantum iudicatum quantum disputatum*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1, p. 382).

deduzidas e impõe, assim, a eficácia preclusiva temporal da coisa julgada – art. 508 do CPC/2015.⁷³

Ressalve-se, contudo, a relação continuada (arts. 505 e 533, ambos do CPC/2015, c/c o art. 1.699 do CC), em que “é possível nova decisão sobre questão relativa à ‘mesma lide’, quando tratar-se de ‘relação jurídica de trato continuado’”, pois não se opera a coisa julgada sobre prestações futuras. Em verdade, “nesse caso, opera-se a coisa julgada, *mas em correspondência ao pedido e à causa de pedir* realizados. Em se tratando de relação de trato continuado, o que pode suceder é que se alterem as circunstâncias que informaram a causa de pedir levada a juízo, na primeira ação. Assim, tendo-se alterado a causa de pedir, será possível a prolação de nova sentença, mas, tendo em vista que a *causa petendi* é outra, *outra também será a ação*”.⁷⁴

Já quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, as pessoas que estarão sujeitas à coisa julgada, de ordinário, são as partes. A legislação veda, em regra, a produção de efeitos jurídicos em face de terceiros, não podendo a coisa julgada prejudicá-los (art. 506 do CPC/2015).

Haverá casos em que os citados, não sendo propriamente partes, mas apenas interessados, suportarão efeitos da coisa julgada – art. 506 do CPC/2015. Nesse sentido, um terceiro não é atingido diretamente pela coisa julgada material, mas essa autoridade pode atingir o terceiro indiretamente, por seus efeitos. De fato, nem sempre os efeitos da coisa julgada se restringem às partes (os protagonistas do conflito); os destinatários podem ser inúmeros, porque a sentença é um ato relacional, “não vive isolada no mundo jurídico, ressoando possível que uma decisão reste por atingir a esfera jurídica de pessoas que não participaram do processo”.⁷⁵

⁷³ A perda da faculdade de praticar um ato processual (preclusão) comporta três espécies: temporal, lógica e consumativa; dependendo se marcada pelo decurso *in albis* do prazo legal ou judicial para a prática do ato; se delineada pela prática de um ato incompatível com a faculdade que se perde; e, por último, se caracterizada pela consumação do ato, ou seja, quando a faculdade desaparece pelo próprio exercício da faculdade. (MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 665). Sobre a preclusão consumativa, *vide* a seguinte ementa: “A matéria debatida no presente recurso é objeto de anterior agravo de instrumento (n. 0109506-91.2012.8.26.0000), não podendo ser conhecida nessa oportunidade, dado o fenômeno da preclusão consumativa. Recurso não conhecido, prejudicado o agravo regimental, v.u.”. (TJSP – Agravo Regimental 0119620-89.2012.8.26.0000/50000, 34ª Câmara de Direito Privado, Desembargador Gomes Varjão, j. 27.08.2012).

⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 816.

⁷⁵ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1859.

A exigência da oportunidade de participação no processo é essencial para o atendimento do princípio do contraditório e a formação regular da coisa julgada material. Ora, hoje é possível que a procedência de investigação de paternidade nos idos dos anos de 1970 possa ser revista em ação proposta por um terceiro com o fito de relativizar a coisa julgada firmada entre as partes primitivas, mas é fato que não houve coisa julgada contra o terceiro que não participou do processo.⁷⁶

Assim, a sentença produz eficácia *erga omnes*, e os terceiros citados na ação não poderão discutir a matéria decidida em outros processos, ainda que experimentalmente prejuízos decorrentes da sentença. Todavia, não haverá coisa julgada contra o terceiro que não participou de nenhum modo da lide.

Não havendo o crivo do contraditório, a coisa julgada não poderá ser op-nível contra quem não participou do processo.⁷⁷ Essa assertiva poderia levar a entender que nos casos de legitimação extraordinária (quem, por disposição legal, atua em nome próprio na defesa de interesse alheio) não haveria coisa julgada, mas há. É que o substituto processual faz as vezes do substituído, operando-se igualmente a coisa julgada. Também o sucessor entre vivos ou *causa mortis* passa a ocupar a posição jurídica do sucedido, inclusive com os efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, nos limites da força dos bens ou direitos recebidos.

Mesmo antes do contraditório, há que perquirir desde logo se o terceiro tem interesse jurídico no objeto da lide, pois somente quem tenha interesse jurídico (interesse conflitante com a decisão, representando um real prejuízo jurídico) poderá intervir no processo para se opor à formação da coisa julgada e, por conseguinte, evitar ser atingido por ela. Nesses casos, o terceiro, que não é parte, mas é titular de uma relação jurídica substancial relacionado com a decisão a ser proferida, poderá ser afetado pela coisa julgada. Não se trata de interesse meramente econômico ou de capricho do interessado, mas a legitimação do terceiro se dá pelo interesse jurídico: o potencial da sentença para atingir a esfera dos direitos titulados pelo terceiro, causando incompatibilidade destes com a tutela jurídica reconhecida na sentença.⁷⁸

⁷⁶ Não há coisa julgada contra terceiro (*Boletim AASP* 1541/151).

⁷⁷ Para formação da coisa julgada, o contraditório, via de regra, deve ser observado. “Sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer e, nele, defender seu interesse importa em barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer.” (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, p. 302).

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I, p. 492.

Aliás, sob o enfoque dos limites subjetivos da coisa julgada, há de se perquirir: para quem a imutabilidade do comando da sentença vai produzir efeitos? Consoante o art. 506 do CPC/2015, os limites subjetivos da coisa julgada somente se operam entre as partes envolvidas na demanda, não prejudicando estranhos à lide. Mas o terceiro juridicamente interessado poderá insurgir-se contra a autoridade da coisa julgada, pois sofre os efeitos da indiscutibilidade e imutabilidade e da sentença. O terceiro poderá inclusive intentar a rescisória quando comprovar que injustiça da decisão (decisão contrária à lei ou às provas dos autos) lhe afeta diretamente.⁷⁹ É o que resulta de causas complexas,⁸⁰ em que o emaranhado de relações possíveis informa que o direito nem sempre pertence exclusivamente aos demandantes e demandados.⁸¹

Em suma, haverá nulidade da segunda sentença sobre o mesmo mérito e em face dos mesmos destinatários, uma vez não desconstituída a primeira sentença e violada a garantia da coisa julgada. Essa é a orientação que define os limites da coisa julgada, mas há casos em que poderá haver flexibilização da coisa julgada ou mesmo ausência da coisa julgada na primeira decisão, valendo a segunda decisão sobre a primeira.⁸²

⁷⁹ Aliás, bons *insights* nesse campo são colhidos a partir da doutrina estrangeira. (GILLES, Peter. Truth and efficiency in civil proceedings: on deconstruction of the truth postulate by mainstream german doctrine of civil procedure. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 206, p. 135-147, abr. 2012. p. 135).

⁸⁰ Causa é “todo contencioso judicial, ainda que envolvendo processo de dúvida cartorária, desde que haja litígio entre os interessados”. Para efeitos processuais, “a divergência assume natureza de causa”. Nessa esteira, adotando-se um sentido mais alargado, um processo é sempre tendente a comportar uma pluralidade de causas, na medida em que caminha em seu desenvolvimento. (CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira. *Aspectos constitucionais, legais, regimentais e sumulares dos recursos excepcionais*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 13).

⁸¹ “A definição de questão jurídica *sub judice* muitas vezes gera efeitos que extravasam os limites subjetivos da lide e acabam por atingir outras relações jurídicas de terceiros, seja porque se trata de relação jurídica derivada, seja porque a sentença acabou por deliberar, incorretamente, sobre direito que não pertence com exclusividade às partes.” (BARIONI, Rodrigo. Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores. In: NERY JR. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo civil*. São Paulo: RT, 2010. p. 41).

⁸² Assim sintetiza a doutrina, com referência em julgados precedentes: “se o juiz profere duas sentenças no mesmo processo, a segunda é nula, ainda que da primeira não tenham sido regularmente intimadas as partes; e seu prazo para recorrer só tem início quando se dá a intimação regular da primeira sentença (JTAERGS 71/174)”. (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 556, art. 463:5).

2.4 COISA JULGADA NAS DEMANDAS COLETIVAS

A coisa julgada nas ações coletivas⁸³ diferencia-se dos feitos do plano individual. O principal motivo é porque se opera a legitimação extraordinária para a propositura da ação.⁸⁴ Assim, a procedência imutável nas demandas coletivas produzirá o seu efeito substancial, porém adicionada a isso estará a cláusula *secundum eventum litis*, ou seja, a coisa julgada se dará conforme o resultado do processo.⁸⁵ E isso ocorre na ação popular (art. 18 da Lei n. 4.717/65), na ação civil pública (art. 16 da Lei n. 7.347/85), no mandado de segurança coletivo e na ação coletiva de consumo (direitos difusos e coletivos – art. 103 do CDC), que vinculará os jurisdicionados no caso de ações procedentes ou improcedentes; a coisa julgada material se opera e produzirá efeitos *erga omnes* (menos na ação coletiva de consumo, que tutela interesse coletivo; o efeito da decisão será limitado ao grupo ou categoria de classe – *ultra partes*), salvo se a sentença de improcedência for por falta de provas, caso em que ocorrerá a figura da coisa

⁸³ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 202.

⁸⁴ SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 205, p. 231-248, mar. 2012. p. 235.

⁸⁵ “Vem do direito comum a regra de que a coisa julgada não pode prejudicar os terceiros: *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*. Mas, em função de exigências práticas, na mesma época, firmou-se o entendimento que levou a estender a coisa julgada a alguma categoria de terceiros, admitindo-se que a sentença pronunciada entre os interessados principais também obrigasse os que tinham interesse secundário. O mais célebre tratadista da matéria foi Alexandre Tartagno, em seu comentário à Lei Saepe. Mais tarde, por obra de Savigny, tomou força o conceito de uma espécie de representação dos interesses do terceiro por obra da parte; conceito que foi posteriormente especificado por outros na figura da representação *in utilibus*, para beneficiar e não prejudicar os terceiros. (...) Liebman, na famosa teoria que distingue entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada, sustentou que a eficácia natural da sentença, como ato de potestade do Estado, atinge a todos; mas que a autoridade da coisa julgada só alcança as partes. Os terceiros juridicamente prejudicados poderão opor-se à autoridade da coisa julgada. A teoria mereceu ampla acolhida no Brasil e vem hoje consagrada, embora numa dicção imperfeita, no art. 472 do CPC [de 1973]: ‘A sentença faz coisa julgada entre as partes, entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros’. A imperfeição, salientada por Barbosa Moreira, consiste na circunstância de que os efeitos da sentença são reconhecidamente capazes de atingir a esfera jurídica dos terceiros. Mas o que o Código quer dizer é que a coisa julgada (e não a sentença) fica restrita às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, e assim tem sido interpretada a norma legal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 126, ago. 2005. p. 9).

julgada formal com a criação de requisito especial de admissibilidade da nova demanda.⁸⁶

A coisa julgada coletiva *erga omnes* está limitada à competência territorial do juízo prolator da decisão.⁸⁷⁻⁸⁸

Na ação coletiva de consumo, caso o pedido que vise tutelar os direitos individuais homogêneos (art. 103 do CDC)⁸⁹ seja julgado procedente, ocorrerá o fenômeno da coisa julgada material, cujo efeito será *erga omnes*.⁹⁰ No caso de improcedência, fará coisa julgada material apenas entre as partes, permitindo a propositura de

⁸⁶ As demandas de interesse público possuem especificidades, como a imprescritibilidade relativa à reparação de danos e ao ressarcimento ao erário. São sopesados os interesses metaindividuais de relevância social e sem um titular específico. (SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 220).

⁸⁷ O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIn 1.576-1, reafirmou que a decisão *erga omnes* é limitada pela competência territorial do juízo prolator da decisão. *Vide* Lei n. 7.347/85 – Art. 16. “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. (ZUFELATO, Camilo. O STJ, os limites territoriais da coisa julgada na ação civil pública e o foro competente para o ajuizamento das respectivas ações indenizatórias individuais: o restabelecimento do que nunca poderia ter sido alterado, ou ainda, juízes *vs.* legislador. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 204, p. 283-316, fev. 2012. p. 300 e ss.).

⁸⁸ “A solução da questão tem repercussão, p. ex., em relação ao tema atinente à necessidade ou não de reunião de ações coletivas, para julgamento conjunto. Como decidiu o STJ, ‘a verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. [...] As ações que têm por objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença’ (STJ, Resp 642.462/PR, 2ª T., j., 08.03.2005, rel. Min. Eliana Calmon). Assim, caso entenda que os efeitos da decisão proferida alcançarão apenas uma determinada comarca e não devem ser reunidas as causas que tramitem em comarcas diversas”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 819-820).

⁸⁹ LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 206, p. 167-190, abr. 2012. p. 189.

⁹⁰ “Em ações coletivas relacionadas à proteção dos interesses individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes*, produzindo efeitos *in utilibus* em relação ao titular do direito individual (isto é, somente em caso de procedência do pedido, cf. art. 103, III, do CDC)”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 819).

nova ação por terceiros. Verifica-se que, nesse tipo de ação coletiva, a sentença nela proferida nunca prejudica terceiros que não integraram a relação processual, subsistindo o direito à ação individual, mesmo após o julgamento da ação coletiva.⁹¹

2.4.1 Coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*

A formação do processo pressupõe a relação trilateral (autor, réu e juiz), e, assim, em todos os processos em que formada a coisa julgada material, serão atingidas as partes do referido processo. É de senso comum que a coisa julgada se produz entre as partes, independentemente do resultado da demanda, seguindo o fato da participação como parte na relação processual. Assim, a coisa julgada se opera, se formada a relação processual, tanto para quem venceu a demanda como para aquele que a perdeu.⁹²

Todavia, esse efeito da coisa julgada material não é automático em todos os processos. Existem processos em que o resultado ou a insuficiência de provas impede e inibe a formação da coisa julgada. Assim, diz-se que a coisa julgada pode ocorrer conforme o resultado da lide (*secundum eventum litis*), seja pela procedência ou pela improcedência (por qualquer motivo, com exceção de alguns casos de insuficiência de provas), o que a lei determinar. Observe-se, ainda, que pode ocorrer a coisa julgada conforme o resultado da prova (*secundum eventum probationis*) nos casos de direitos coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).⁹³

⁹¹ Parece também interessante lembrar o conceito de coisa julgada no mandado de segurança individual (Súmula 304 – STF). O tema envolve a análise da concessão ou não da segurança pretendida pelo autor e também a composição ou não do direito líquido e certo ao mérito do *writ*. Se a sentença proferida no mandado de segurança for no sentido da concessão da segurança, a coisa julgada material se impõe. Quanto à sentença que denega a segurança, há que se verificar as suas três formas. Quando o julgador nega a segurança por falta de requisito essencial para apreciação do mérito (sentença terminativa), por óbvio ocorrerá tão somente a coisa julgada formal. Se, porém, for denegada a segurança por inexistência do direito, a sentença atingirá a coisa julgada material. No caso da sentença denegatória da segurança por inexistência de direito líquido e certo, apesar de algumas correntes doutrinárias em contrário, a posição que se verifica majoritária é a defendida por Alexandre Câmara, em que o direito líquido e certo compõe o mérito do mandado de segurança, logo acarretará a produção da coisa julgada material. (FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança* – individual e coletivo – aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 67).

⁹² RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Notas sobre a coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 207, p. 43-82, maio 2012. p. 44.

⁹³ Trata-se do chamado direito coletivo, sinônimo de direito transindividual, metaindividual, supraindividual. Direito difuso é aquele pertencente a vários indivíduos indeterminados, mas ligados por circunstâncias de fato entre pessoas indeterminadas, ainda que não exista vínculo jurídico

A coisa julgada *secundum eventum litis* aparecerá ou não de acordo com o resultado da demanda. O elemento diferenciador será o dispositivo legal que prevê que tal resultado, seja pela procedência ou improcedência, não alcançará o *status* de coisa julgada material. Assim é nos processos em que a coisa julgada *erga omnes* (ou *ultra partes*) incide na procedência de pedido relativo a direitos individuais homogêneos. Na eficácia *erga omnes*, decorrente da procedência do pedido, há impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado; mas a coisa julgada coletiva não beneficiará aquele que propôs ação individual e nela não requereu a suspensão do processo – art. 104 do CDC.

Por sua vez, em se tratando de demandas em que se discutem direitos difusos e coletivos, a prova do fato interfere na formação da coisa julgada, pois somente se constituirá em face da exigência de um grau de elevada certeza ante a adequação do material probatório, o que se revelará com o esgotamento das provas. Assim, seja procedente ou improcedente, diante da insuficiência de provas, não se formará a coisa julgada. Note-se que não será necessário que a decisão expresse a falta ou não de provas: a insuficiência de provas será conclusão que se extrai diretamente do conjunto probatório.⁹⁴

co entre eles, mas seu objeto tem natureza indivisível – por exemplo, qualidade do ar, danos ambientais de grandes proporções. Nos direitos coletivos *stricto sensu*, há uma relação jurídica de natureza indivisível, ligando seus titulares entre si pela formação de um grupo de pessoas anteriormente à lesão (determináveis dentro do *affectio societatis* categoria ou classe de pessoas ou pela relação do grupo com o *ex adverso* comum). São exemplos tutela judicial requerida pela OAB para benefício dos advogados, Ministério Público na defesa de interesses de contribuintes de ICMS, pedido judicial de *recall* em veículos. Por fim, a *mens legislatoris*, inspirada nas *class actions for damages* (ações coletivas por danos) do *common law* americano, avançou além da definição de direitos coletivos das categorias precedentes e fez nascer uma ficção concebida em nova categoria de direitos coletivos (os coletivamente considerados a partir apenas de uma origem comum, em decorrência da própria lesão ou ameaça de lesão, em relação jurídica formada *post factum*) a qual chamou de direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC). Por meio dessa modalidade, por compor sujeitos determináveis ou determinados e objeto divisível, permite-se a proteção coletiva dos direitos e lesões decorrentes de massificação das relações jurídicas. São exemplos de aplicação da tutela individual homogênea: cobrança da taxa do cartão de crédito com valores de lesão diferenciados de acordo com o tempo de utilização do cartão, familiares que tiveram entes mortos em acidente aeronáutico. O direito coletivo encontra amparo no microsistema coletivo do Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 e ss. do CDC).

⁹⁴ Em virtude de critérios políticos, é perfeitamente possível que exista a coisa julgada material, mas que não seja dotada da autoridade que possui no campo do processo individual. “A tutela jurisdicional coletiva, portanto, nada mais é que um conjunto de normas processuais diferenciadas (espécie de tutela jurisdicional diferenciada), distintas daquelas aplicáveis no âmbito da tutela

A tutela que envolver direitos difusos e coletivos *stricto sensu* formará coisa julgada *erga omnes*. No caso em que se pretende, por exemplo, a condenação da pessoa jurídica a prover medidas que mantenham a poluição por gás carbônico em níveis aceitáveis, segundo as normas relativas ao meio ambiente, a tutela envolverá direitos difusos e coletivos indivisíveis por natureza, razão pela qual a coisa julgada que se formará terá efeitos *erga omnes*, pois abrangerá a satisfação do interesse de todos os membros da coletividade. Excetua-se, porém, diante da possibilidade de se renovar o pedido, o caso de improcedência por insuficiência de provas, em que não se formará a coisa julgada, podendo o mesmo legitimado ou outro propor novamente a demanda com fundamento em novas provas. Trata-se da coisa julgada *secundum eventum litis*.⁹⁵

No caso de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada *erga omnes* somente ocorre em benefício, nunca em prejuízo. Assim, nesse contexto, aplica-se a regra de que a procedência confere a coisa julgada para dar acesso imediato à liquidação e execução da sentença pelos titulares dos interesses, e, em contraponto, a sentença de improcedência não gera a coisa julgada material a atingir o direito individual, abrindo a possibilidade de ajuizamento de ações individuais,⁹⁶ salvo se o titular do direito interveio, por exemplo, como assistente litisconsorcial, na ação coletiva – as partes são atingidas pela coisa julgada –, caso em que estará abrangido pela coisa julgada formada pela improcedência na ação coletiva. O transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva – ou seja, coisa julgada coletiva para beneficiar as preten-

jurisdicional individual. Institutos processuais como a competência e a coisa julgada recebem na tutela coletiva um tratamento diferenciado, variando o grau de distinção do tratamento recebido pelos mesmos institutos no CPC.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 7).

⁹⁵ Esse regime de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis* tem sua importância na adequação da tutela coletiva na proteção aos direitos e garantias fundamentais. Por hipótese, admitamos que, em ação popular, haja conluio entre o demandante e um governante que tivesse praticado um ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, na qual o demandante, propositadamente, não apresentasse provas suficientes para demonstrar a veracidade de suas alegações. A sentença que rejeitasse o pedido, por sua vez, faria coisa julgada *erga omnes*, impedindo que qualquer outro membro da coletividade, ainda que com base em novas provas, impugnasse aquele ato. Por essa razão, mais que demonstrável a utilidade desse sistema aqui escrito. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I, p. 480).

⁹⁶ “Julgado improcedente o pedido, caberá ao litigante prejudicado propor a ação individual, observando as restrições referidas nos arts. 103, § 2º, e 104, do CDC”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 819).

sões individuais – tem previsão no art. 103 do CDC e contribui para a celeridade na solução de demandas que envolvam questões de massa. O mesmo ocorre com a eficácia da coisa julgada penal em reparação civil, permitindo-se a liquidação e execução no âmbito do processo civil, revelando-se a ampliação do objeto da demanda.

2.5 DECISÕES NÃO SUJEITAS À COISA JULGADA MATERIAL QUE DESAFIAM AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE, *QUERELA NULLITATIS* OU AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA

A sentença é ato decisório judicial tendente a se estabilizar, pacificando o caos vivenciado quando da instauração da demanda judicial.⁹⁷ Todavia, alguns pronunciamentos judiciais não são, propriamente, decisórios. Veja-se que um acordo proposto pelas partes, uma petição de desistência, a juntada de uma declaração de renúncia válida e mesmo o reconhecimento do direito pela parte contrária ou provimento judicial em procedimento de jurisdição voluntária⁹⁸ são situações que,

⁹⁷ “Dentre os vários fatores que tornam fascinante o tema avulta a circunstância de que a coisa julgada permite abordagens sob critérios diversos, tais: a) o sociológico; b) o político; c) o Jurídico, propriamente dito. (...) a) Sob o enfoque sociológico, verifica-se que a propositura de uma ação judicial, se atende ao propósito saudável de prevenir o embate direto e privado das posições antagônicas (exercício arbitrário das próprias razões; justiça privada; retaliações), acarreta, inobstante, um reflexo social (não querido, mas inevitável), consistente num certo ‘estado de perturbação’, difuso na comunidade. (...) b) Sob o prisma político, verifica-se que ao Estado interessa que as controvérsias entre os administrados sejam solucionadas: *interest reipublicae ut sit finis litium*. (...) c) Sob a ótica jurídica, propriamente dita, a formação da coisa julgada atende, basicamente, a dois propósitos: um relativo aos sujeitos da lide; outro concernente à relação jurídica processual. (...) a coisa julgada incorpora ao *status* jurídico do beneficiário o bem de vida assegurado pela decisão tornada imutável. Assim, se antes pairava dúvida sob certa relação jurídica ou documento, a certeza sobre esse assunto, decorrente da imutabilidade do julgado, constitui-se num *plus* a reforçar a posição jurídica do beneficiário, antes infirmada pela controvérsia.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, *collateral estoppel* e eficácia preclusiva *secundum eventum litis*. *Revista dos Tribunais*, v. 608, jun./1986. p. 23).

⁹⁸ Nos casos de jurisdição voluntária não há lide, não há decisão de mérito, então não é cabível ação rescisória. Todavia, pode ser que no caso concreto haja lide, então se abre caminho ao cabimento da ação rescisória. Veja-se a seguinte ementa: “Firmado pelo Tribunal estadual, com base nos fatos da causa e no desenvolvimento do processo de rerratificação promovido pela construtora ré, que o mesmo tomou forma contenciosa, não se cuidando de mero exercício de jurisdição voluntária (...). A retificação de registro, ao teor do art. 213 e seu parágrafo 2º, da Lei n. 6.015/1973, deve ser precedida da citação dos confrontantes, caso do autor da ação, cuja escritura informa ser titular de lote na mesma Quadra alterada, sustentando, na rescisória, que a modificação foi promovida exatamente em detrimento de seu imóvel. Correta, pois, a desconstituição da sentença

muito embora possam gerar a tal pacificação social, não se enquadram perfeitamente na definição de ato decisório. A aparência de “decisão” se desfaz na análise mais aprofundada da essência do julgado proferido. Na homologação de uma transação,⁹⁹ desistência, renúncia, no reconhecimento do pedido, na administração de interesses privados pelo Poder Judiciário (pronunciamento do juiz na jurisdição voluntária) ou quando se sustentar um ato processual necessário e não ocorrido (por exemplo, ausência de citação),¹⁰⁰ em qualquer dessas hipóteses não há o ato próprio do Poder Judiciário, o de dizer o direito, ou seja, de decidir o mérito de uma pretensão resistida pelo réu (art. 487 do CPC/2015). Nesses casos, não subsiste a resistência da pretensão, ainda que possa ter existido anteriormente, por ocasião do ajuizamento da ação. O Estado-juiz apenas homologa a manifestação que traduz o querer ou a vontade de uma ou das partes existentes na relação processual.

Nessa esteira, não há que se falar em vício do ato judicial, senão do ato ou fato que lhe deu causa, elaborado pelas partes ou por terceiros, quando comissivo,

singular no processo de rerratificação, ante a sua patente nulidade. Recurso especial não conhecido”. (STJ – REsp 103.120/ES, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, julgado em 01.09.2005, DJ 24.04.2006, p. 399).

⁹⁹ “Transação, que pode ser definida como a faculdade concedida às partes de prevenirem ou terminarem o litígio (o mesmo que demanda, lide, pendência, questão), mediante concessões recíprocas. Tem ela as seguintes características: a) um litígio surgido ou por surgir; b) a intenção de pôr-lhe fim; c) a existência de concessões mútuas. A transação, no atual Código Civil, acuradamente, é considerada um contrato (bilateral ou sinalagmático, com concessões mútuas e necessariamente oneroso), e não um modo de extinção de obrigação. Aliás, fê-lo acompanhando os melhores Códigos, como o francês, o italiano e o espanhol.” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. Comentário ao art. 840. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 675).

¹⁰⁰ O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou para aplicar a fungibilidade da ação rescisória com o caso de *querela nullitatis*: “Ao extinguir a presente ação rescisória sem resolução de mérito, o acórdão ora embargado fundou-se no não cabimento de ação rescisória para declarar nulidade de julgado por ausência de citação. Decidiu-se, assim, que a desconstituição do acórdão (...) somente poderia ser postulada pelo autor por meio de ação declaratória de inexistência de citação, denominada *querela nullitatis*. (...) 3. Apesar de imprópria a ação rescisória intentada (...) o aproveitamento desses atos na eventual ação declaratória de inexistência de citação não apresenta prejuízo para qualquer das partes. Por tal razão, permite-se a aplicação ao caso dos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento racional dos atos processuais, que norteiam o sistema das nulidades no direito brasileiro, incidindo as normas insertas nos arts. 244 e 249, §§ 1º e 2º, do CPC [de 1973]. (...) 7. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes”. (STJ – EDcl nos EDcl na AR. 569/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 24.08.2011, DJe 30.08.2011).

mas também se abre a hipótese da impugnação do ato omissivo ou não realizado. Daí a competência para apreciar a ação declaratória de nulidade ou anulatória permanecer com o juízo de primeira instância, no local da prática do ato a ser impugnado, seguindo o procedimento comum.¹⁰¹ Ou no juízo de segunda instância, para as hipóteses em que possuir competência originária.¹⁰²

Comumente se vê nos tribunais o debate quanto à ausência de citação. Por se tratar de matéria de ordem pública, há quem diga que a suscitação desse vício seria imprescritível, e, por conseguinte, a parte poderia a qualquer tempo denunciar o vício, dada a sua natureza, pois nunca se convalidaria.¹⁰³ Essa conclusão rasa é perigosa, pois as matérias processuais são, em regra, cogentes (de ordem pública), e tal leitura deporia contra o princípio da segurança jurídica.¹⁰⁴

Destarte, na inexistência do processo, mesmo obtida por ação declaratória de inexistência ou *querela nullitatis*, não se pode falar em prazo prescricional ou mesmo em imprescritibilidade.¹⁰⁵ A natureza jurídica desse prazo é outra. Trata-se,

¹⁰¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Ação anulatória: diferenças com a ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 207, p. 423-432, maio 2012. p. 428.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 579.

¹⁰³ “Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da 3ª Turma do STJ, ‘Resultando provado que se a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição’ (REsp 12.511, DJ de 4.11.91).” (REsp 89.768/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, 3ª Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 21.06.1999, p. 149). No mesmo sentido: “o ato nulo não convalesce e a ação para anulá-lo é imprescritível”. (TJRJ – Apelação Cível 2006.001.61112, 18ª Câmara Cível, rel. Desembargadora Cássia Medeiros, julgado em 15.08.2009).

¹⁰⁴ Em sentido contrário, a doutrina aponta a existência da prescrição no prazo de 10 (dez) anos: “Estabelecendo, pois, como regra, a prescritibilidade dos direitos, sejam eles reais ou pessoais, o legislador brasileiro deixou claro que a regra consagrada é, em essência, que nenhum direito sobrevive à prescrição *longi temporis* (20 anos no Código anterior e 10 anos no Código atual). Esta prescrição ‘não respeita a vulnerabilidade do ato nulo’, como adverte Caio Mário da Silva Pereira e, portanto, escoado o tempo máximo da lei, do momento em que poderia ter sido proposta a ação de nulidade, está trancada a porta, e desta sorte opera-se a consolidação do negócio jurídico, constituído embora sob o signo do desrespeito à ordem pública”. Em suma, a pretensão de recuperar o negócio jurídico nulo se extingue, como qualquer outra pretensão, no prazo prescricional fixado genericamente pela lei, com prazo máximo de 10 anos – art. 205 do CC – o que é plenamente aplicável ao art. 966, § 4º, do CPC/2015. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. I, p. 429-430).

¹⁰⁵ Vejam-se notas da doutrina, *in verbis*: “Poderia supor-se, entretanto, que o fato de estarem tais

a rigor, da submissão ao prazo decadencial quadrienal, conforme o art. 966, § 4º, do CPC/2015, c/c o art. 178 do CC.¹⁰⁶ Todavia, se veiculado o pedido via ação rescisória, não seria indicada a extinção do feito por carência de ação, no caso em que se puder dar aproveitamento ao feito, harmonizando-o com o resultado pretendido pela parte e protegido pelo direito.¹⁰⁷

atos insertos no processo excluísse a possibilidade de serem anulados por ação autônoma. É essa suposição que o art. 486 [do CPC/73] vem afastar. Quanto aos atos que constituam objeto de sentença ‘meramente homologatória’, a importância do dispositivo consiste em deixar claro que, apesar do invólucro sentencial que os cobre, podem ser diretamente impugnados, sem necessidade de rescindir-se – usada a palavra, aqui, na acepção técnica – a decisão homologatória. A ação dirige-se ao conteúdo (ato homologado), como que atravessando, sem precisar desfazê-lo antes, o continente (sentença de homologação). Insista-se em que não é a sentença, mas o ato homologado, que constitui o objeto do pedido de anulação – o que não quer dizer que a eventual queda do segundo deixe de pé a primeira”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, p. 158).

¹⁰⁶ O traço característico da prescrição é a sua incidência sobre um direito subjetivo (daquele que pode ensejar a pretensão sobre a violação de um direito e, eventualmente, um dever a ele correlato, que pode encontrar obstáculo na pretensão resistida), enquanto a decadência é um direito potestativo (que não possui um dever jurídico que lhe seja contraposto e ao qual, portanto, não se pode resistir). De fato, existem mecanismos processuais para interrupção apenas da prescrição. Clóvis Beviláqua concebia que a prescrição extingua o direito do seu titular realizar a postulação em juízo. Mas logo se viu o erro dessa assertiva, pois a ação é um direito público subjetivo, pois dirigido ao Estado. Assim, Caio Mário da Silva Pereira, com base na doutrina italiana, verificou que a prescrição envolve a perda do próprio direito subjetivo, uma vez expirado determinado lapso temporal. Na evolução conceitual, levou à clareza contida no art. 189 do Código Civil de 2002. A prescrição abrange somente a perda da pretensão (*anspruch*), nela o que se extingue pelo decurso do prazo “é o poder de se exigir uma prestação, um comportamento de outrem”. Frise-se, por sua vez, a decadência é a perda de um direito potestativo. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1921. p. 423; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p. 405 e TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 354).

¹⁰⁷ O julgador deve sempre ficar atento para oportunidade de aproveitamento do processo ajuizado, porque a inexistência, categoria da nulidade, é alegável a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Assim, “partindo-se da premissa de que vícios dessa natureza possam ser reconhecidos em qualquer processo, não parece correto – não, ao menos, *a priori* – concluir sempre e invariavelmente pela carência da ação rescisória aforada nessas hipóteses, por falta de interesse de agir. É que o interesse processual há que ser legítimo, isto é, há que considerar também a perspectiva do Estado. Sob essa ótica, o reconhecimento da inexistência ou da grave invalidade, ainda que pudesse ser fundamento para outros remédios ou vias processuais, pode e deve ser feito de forma útil – aí o cerne do interesse – ao ensejo do julgamento da própria rescisória. Em hipóteses como essa, a extinção do processo sem julgamento do mérito contraria o próprio interesse público, na medida em que remanesce a incerteza acerca da existência ou validade (e, a partir daí, eficácia) de dado ato judicial. De outro lado, não haverá – não, ao menos, em princípio – risco de julgamento fora dos limites do pedido, porque, em hipóteses

Em continuidade da análise, o art. 800, parágrafo único, do CPC de 1939, reproduzido na dicção do art. 486¹⁰⁸ do CPC/73 e, posteriormente, no art. 966, § 4º, do CPC/2015,¹⁰⁹ trata da ação anulatória¹¹⁰ para desconstituir ato das partes que contenha vício insanável (nulidade), desde que dentro do prazo para declaração de nulidade dos atos civis em geral – quatro anos do ato ou fato. Frise-se que, muito embora o ato seja levado a juízo e seja ele eventualmente o motivo da finalização do processo, foi praticado pelas partes, daí se qualificar a decisão como meramente homologatória.¹¹¹

Note-se que não há diferença, para esse desiderato, entre um acordo reduzido a termo na ata de audiência e um acordo assinado pelos respectivos advogados, protocolizado em cartório ou via eletrônica,¹¹²⁻¹¹³ por termo nos

como as ora cogitadas, o que quer o demandante é mesmo o reconhecimento do vício; o que coincidirá com o resultado, se procedente a demanda. Portanto, quando se reconhece vício de inexistência ou de certos casos de invalidade, dizer que descaiba – por desnecessária – a ação rescisória não significará necessariamente dizer que o processo instaurado pelo aforamento dessa demanda há que se extinguir sem julgamento do mérito. Em suma, nesses casos não se deve julgar o autor da rescisória carecedor de ação porque cabível seria uma demanda meramente declaratória, podendo e devendo o mérito ser apreciado”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória* – juízo rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 268).

¹⁰⁸ O art. 966, § 4º, do CPC/2015 refere-se ao mesmo tratamento das nulidades do direito material. (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, p. 354).

¹⁰⁹ MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória*: art. 486 do CPC. São Paulo: RT, 1999. v. 41, p. 101.

¹¹⁰ MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querela nullitatis e sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 37.

¹¹¹ BARBOSA MOREIRA ensina que, “apesar do invólucro sentencial que os cobre, podem ser diretamente impugnados, sem necessidade de rescindir-se – usada a palavra, aqui, na acepção técnica – a decisão homologatória”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 187).

¹¹² FERREIRA, Cristiano de Oliveira. O processo eletrônico sob a ótica da instrumentalidade técnica e do acesso qualitativo da atividade jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 207, p. 435-456, maio 2012. p. 435.

¹¹³ Aliás, o uso da tecnologia para dinamizar os procedimentos é uma tendência não somente do sistema processual brasileiro, a exemplo da Alemanha. (GILLES, Piter; PFEIFFER, Thomas. Civil Court proceedings, teletechnology and “e-procedural law” on the beginnings of an electronification of civil proceedings in Germany and its codification in the german code of civil procedure. In: *Neue Tendenzen im Prozessrecht. Deutsche Landesberichte und weitere deutsche Beiträge zur Weltkonferenz für Prozesrecht* in Salvador/Bahia, Brasilien, 2007. p. 153).

autos.¹¹⁴ A despeito, é possível o cabimento da ação rescisória no caso de sentença homologatória de acordo, com base no art. 487, III, *b*, do CPC/2015, quando houver interesse na impugnação de parte decisória, pois o juiz pode não atuar somente com mera homologação, devendo adentrar aspectos decisórios. Esse caso é comumente utilizado na parte não homologada e decidida pelo Juízo, como no exemplo em que as partes colocam no acordo a liberação de impostos e custas e, por outro lado, o juízo homologa o acordo com restrições, condenando uma das partes ao pagamento deles. A parte condenatória tem cunho decisório e desafia a ação rescisória.¹¹⁵

Observe-se que a impugnação de vício de nulidade pode vir veiculada nas razões de recurso, abrindo-se ao respectivo relator no tribunal a oportunidade para concessão do efeito suspensivo. A depender de provas, poderá o relator, antes do julgamento colegiado, determinar a baixa do processo em diligência para produção da prova. Ainda, poderá o tribunal, nessa hipótese, simplesmente anular a decisão, determinando que a instância *a quo* refaça o julgamento.¹¹⁶

Tudo isso pode ocorrer antes do trânsito em julgado. Após o trânsito em julgado, todas as nulidades são sanadas, e apenas os vícios rescisórios poderão dar ensejo à retomada do mérito da causa, mas em processo distinto, instaurado pela ação rescisória.¹¹⁷

¹¹⁴ O Código Civil, em seu art. 842, empresta os efeitos de sentença ao acordo firmado pelas partes, seja por instrumento público ou particular. O desfazimento desse acordo é possível nas hipóteses do Código de Processo Civil de 2015, segundo o art. 966, § 4º, *in verbis*: “§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”. O termo “rescindido” pode gerar confusão de entendimento jurídico da norma, razão pela qual melhor teria sido o legislador utilizar “anulados”. Na procedência da ação, não haverá rescisão, mas apenas anulação do ato. Para melhor aprofundamento, recomenda-se a leitura da doutrina. (MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória*: art. 486 do CPC, p. 43).

¹¹⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173.

¹¹⁶ Veja o conteúdo da seguinte ementa: “Previdenciário. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Conjunto probatório. Necessidade de nova perícia. Contraditório. Ampla defesa. Anulação da sentença. Reabertura da instrução processual. Uma vez constatada a insuficiência da perícia diante do conjunto probatório e em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, deve ser anulada a sentença a fim de possibilitar a reabertura da instrução, com a realização de nova perícia.” (TRF-4, AC 50003751820164047012 PR, Relator Danilo Pereira Junior, julgado em 27.02.2018).

¹¹⁷ No julgamento da ação rescisória também há casos em que não cabe ao Tribunal proferir novo julgamento, devendo o processo ser retomado perante o juízo *a quo*, realizando a devida instrução,

O ajuizamento da ação anulatória contemplando apenas pedidos rescisórios gera o indeferimento da inicial. Pedido errado não pode ser corrigido, *ex officio*, pelo magistrado.¹¹⁸

Por fim, importa atinar que o ajuizamento incidental de ação anulatória¹¹⁹ também pode gerar a suspensão do processo principal em fase de execução, sempre quando deferida a tutela provisória sob esse desiderato; mas essa não é a regra, pois os efeitos da demanda anulatória, de ordinário, devem tomar força após o trânsito em julgado da sentença confirmatória da anulação.

Nesse sentido, dadas as características distintas, a coisa julgada formal ou material não impede o ajuizamento da ação anulatória.¹²⁰

2.6 IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA COM BASE NA EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL

São diversos os tipos de erro no âmbito forense: erro evidente, erro de direito, erro de fato, erro de cálculo, *error in judicando* e *error in procedendo* etc. Inclui-se entre eles o erro material, consubstanciado em um ato decisório involuntário

ormente quando é o caso do vício restar configurado na própria instrução. Vide a esse respeito: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 261.

¹¹⁸ Neste sentido, veja-se o seguinte precedente: “Petição inicial contendo causa de pedir e pedido rescisórios, e não anulatórios, como pretendem fazer crer os agravantes. Impossibilidade de reconversão em ação anulatória. Decisão que determinou a redistribuição dos autos ao Tribunal não impugnada e, portanto, preclusa. Agravantes carecedores de ação quanto ao pedido rescisório. Decisão mantida. Recurso não provido”. (TJSP – Agravo Regimental 0202274-36.2012.8.26.0000, Rel. Carlos Alberto Garbi, 5º Grupo de Direito Privado, julgado em 30.10.2012, registro 01.11.2012).

¹¹⁹ “Subsiste em nosso direito, como último resquício da *querela nullitatis insanabilis*, a ação declaratória de nulidade (...). Todos os vícios processuais, inclusive os da sentença, uma vez transitada em julgado, passaram a ser relativos, e, desde que cobertos pela *res iudicata*, somente são apreciáveis em ação rescisória, específica à desconstituição do julgado. Um deles, porém, restou indene à transformação da *querela nullitatis* em ação rescisória: a falta de citação inicial, que permaneceu como nulidade *ipso iure*, com todo o vigor de sua conceituação absoluta de tornar insubsistente a própria sentença transitada em julgado.” (FABRÍCIO, Adroaldo. Réu revel não citado, querela *nullitatis* e ação rescisória. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 42, 1987. p. 24).

¹²⁰ É consolidado no Superior Tribunal de Justiça que “o avençado pelas partes em acordo judicial, homologado pelo juiz sem nenhum conteúdo decisório é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC [de 1973]”. (REsp 143.059/SP, DJ 03.11.1997). (AgRg no REsp 909.075/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 03.05.2007, p. 232).

e caracterizado por descuido, equívoco ou engano.¹²¹ O erro material deve ser notório, fazendo-se perceber à primeira vista a sua inconsistência e incoerência, fora dos propósitos do conteúdo da decisão judicial.¹²²

A sentença pode ser impugnada com base na alegação de erro material, o que envolve inexatidões por falta de atenção do julgador, conforme o previsto no art. 494, I, do CPC/2015. Comumente se fala em erro material com o exemplo estampado em erros de cálculo, mas não se trata de erro de julgamento ou cognição errada, e sim de um descuido do julgador. Em verdade, quando o erro material é evidente, tem de ser corrigido pelo Poder Judiciário, como proteção ao princípio fundamental da justiça. E isso se aplica mesmo quando já transitada em julgado a sentença meritória.¹²³

Segundo o parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.212/91: “Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado”. Parece cristalino esse dispositivo, mas há controvérsias em sua aplicação, sobretudo quando se estuda o cabimento da ação rescisória sob o prisma da falta de interesse de agir, uma vez que há meios mais rápidos e eficazes de denunciar o erro material.

Nesse sentido, “no âmbito da ação rescisória, as características do erro material por si sós podem afastar o cabimento dessa ação por falta de interesse de agir. Aliás, até o erro material localizado na parte dispositiva da decisão (*v.g.*: de procedência do pedido em vez de improcedência do pedido), por não atingir a essência do conteúdo da decisão, poderá ser corrigido *ex officio* pelo juiz ou pela notícia veiculada em simples petição por qualquer das partes ou interessados.

¹²¹ “O erro material tem de ser verificável a partir de padrões ou critérios objetivos; tem de ser corrigível ou possível de ser corrigido por todo *homo medius* da mesma forma; e, finalmente, não pode corresponder, até modo algum, à intenção do magistrado.” (WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. Conta de atualização – erro de cálculo – despacho que a aprova – ação anulatória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 15, n. 59, jul./set. 1990. p. 222).

¹²² “Configura-se o erro material quando há equívoco flagrante, palmar mesmo, como o decorrente de lapsos ortográficos ou de cálculo aritmético. É a troca de palavras, de números, de letras, é o erro de conta, de índice, de data, enfim, e o equívoco cometido por falta de atenção. Trata-se de um descompasso entre a vontade do julgador e o que acabou escrito, equívoco formal, involuntário e flagrante, que não se compadece com a lógica do provimento emanado.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 384).

¹²³ Assim, “mesmo depois de transitada em julgado a sentença, (...) o juiz pode corrigi-la dos erros materiais e de cálculo de que padece. Pode fazê-lo *ex officio* ou a requerimento da parte ou interessado”. (NERY JR. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. Comentário 4 art. 463, I, do CPC, p. 590).

Na verdade, a ação rescisória se torna necessária quando o erro material tiver sido objeto de controvérsia no curso do processo, o que faz deixar de ser erro material para se transformar em *error in iudicando*. Daí, *de lege ferenda*, aplica-se o § 2º do art. 485 do CPC [de 1973], que delimita, tal como fez com o erro de fato, a causa de pedir da ação rescisória. Nesse caso, a transmutação do erro material, por ser objeto da controvérsia judicial, em *error in iudicando* permitirá o uso da ação rescisória, que será ajuizada com base no inciso V do referido artigo”.¹²⁴

Assim, no caso de erro material, há que ter cuidado, pois poderá haver o trânsito em julgado da sentença que contenha o erro, porque exauridos os recursos. Mesmo a parte eivada de erro poderá alcançar o *status* de coisa julgada material. Nesse caso, o tempo se encarregará de convolar o erro em acerto.¹²⁵ Tal hipótese ocorre quando se possa, por exemplo, defender a ocorrência de renúncia de direito, ainda que tácita.

O erro material pode ser corrigido *in natura*, enquanto não tenha sido abrangido pela extinção do feito. Sentenciado o processo, o erro de cálculo não impugnado pode configurar renúncia ao direito e, assim, somente será passível de impugnação via ação rescisória se permanecer subsistente uma das situações do art. 966 do CPC/2015.¹²⁶ Assim, o pedido rescindente pode vir embasado em erro material.¹²⁷

¹²⁴ VIVEIROS, Estefânia. *O erro material no processo civil brasileiro*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, 2012. p. 309.

¹²⁵ Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça tem posição firme de que o “erro de cálculo não transita em julgado”. Veja-se, com proveito: STJ, REsp 694.374/PE, rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 17.11.2005, v.u., DJU 28.11.2005, p. 209; STJ, REsp 545.292/DF, rel. Ministra. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 21.10.2003, v.u., DJU 24.11.2003, p. 279: “O erro material não transita em julgado, podendo ser corrigido a qualquer tempo pelo juiz ou Tribunal de onde se originou a decisão”. STJ, REsp 500.842/RN, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 28.09.2005, v.u., DJU 07.11.2005, p. 331.

¹²⁶ “A extinção da execução, ainda que por vício *in iudicando* e uma vez transitada em julgado a respectiva decisão, não legitima a sua abertura superveniente sob a alegação de erro de cálculo, porquanto a isso corresponderia transformar simples *petitio* em ação rescisória imune ao prazo decadencial. 3. Deveras, transitada em julgado a decisão de extinção do processo de execução, com fulcro no artigo 794, I, do CPC [de 1973], é defeso reabri-lo sob o fundamento de ter havido erro de cálculo. (...) 4. Recurso especial não provido.” (REsp 1.259.254/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 01.09.2011, DJe 08.09.2011)

¹²⁷ Nesse sentido, são os julgados no STJ no: AgRg na AR 2.130/SP, AgRg na AR 3.319/SP, REsp 4.477.481/RN, EDcl no AgRg na AR 3.048/RS, AgRg na AR 2.870/PI. “É pacificado o entendimento no sentido da aplicação da Súmula 343/STF nas ações rescisórias de acórdãos sobre as

Nesse sentido, a provocação da correção do erro material pode ocorrer por petição simples do interessado, objeção de executividade, embargos do devedor, ou até mesmo por impugnação ao cumprimento da sentença, sem prejuízo de ser o erro material reconhecido *ex officio* pelo próprio juiz prolator da decisão que contenha o erro material. Mas o tempo é implacável, e esse tipo de impugnação é vedado nos casos em que sobrevier a coisa julgada.¹²⁸

2.7 OUTRAS QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A COISA JULGADA

As complexas relações do mundo contemporâneo trazem aos nossos tribunais uma diversidade de questões, muitas delas sem uma solução definitiva. Algumas dessas questões, extraídas das *práxis* forenses, estão a seguir enumeradas:

1) Há coisa julgada, além do processo de conhecimento, no processo de execução? E uma vez admitida a coisa julgada, cabe rescisória? 2) Pode-se falar em

diferenças pleiteadas com base nos Planos Bresser, Collor I e II (respectivamente, jun./87, maio/90 e fev./91). Precedente: AgRg na Ação Rescisória 2.933/PR, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 07.06.2004.”

¹²⁸ “Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, tendo em conta a extinção por pagamento de execução de título judicial relativo aos expurgos de poupança (com trânsito em julgado ainda em 02.02.2005), indeferiu requerimento de cumprimento de sentença (protocolado em 02.06.2008), relativo a juros de mora no período de jan/94 a mar/99. Argumenta o agravante que à época da propositura da Execução de Sentença n. 94.00.00710-8/PR, por mero erro material foram incluídos juros só a partir de abr/99, data da citação da CEF na ACP n. 98.0016021-3/PR, quando na verdade os juros deveriam ser cobrados desde jan/94, pois a Execução era relativa à sentença proferida na Ação de Cobrança n. 94.00.00710-8/PR, ajuizada na referida data. (...) A decisão recorrida não merece qualquer reforma pois, com efeito, a inexistência de manifestação acerca da satisfação dos créditos, dando ensejo à sentença extintiva da execução, fundada na satisfação da obrigação (art. 794, I, do CPC [de 1973]), impossibilita a inovação da pretensão executória, sob o argumento do erro material, sob pena de o devedor viver constantemente com a espada de Dâmocles sob sua cabeça. Não se trata, *in casu*, de erro de cálculo, como argumenta o recorrente, mas de renúncia, ainda que tácita, a eventual remanescente, pois embora os cálculos estejam corretos, houve uma restrição no período executado relativo aos juros (por culpa exclusiva do exequente), questão que poderia mesmo ter sido objeto de controvérsia em embargos. Sob este prisma, a aceitação desta inovação no objeto da execução poderia implicar, mesmo, num indevido cerceamento de defesa do executado, que a toda hora poderia estar sendo reacionado, mormente, face aos mais de 5 (cinco) anos que passaram entre a inicial da execução e o requerimento ora indeferido (e 3 anos do trânsito em julgado da sentença extintiva da execução). 5. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp 1.143.471/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 22.02.2010).

sentença parcial de mérito com trânsito em julgado em tempos distintos em um mesmo processo? E se houver conflito entre as decisões, qual prevalece? No caso do julgamento antecipado parcial do mérito com base no art. 356 do CPC/2015 (pedido incontroverso), há execução definitiva? 3) O terceiro pode ou não ser atingido pela coisa julgada? Mesmo um endossatário, sucessores da posse ou de sentença penal, por exemplo? 4) Quanto às prestações continuadas e a perempção, na prática, estariam ou não sob o efeito da coisa julgada? 5) A coisa julgada pressupõe a dedução de todos os fundamentos, ainda que não debatidos; então, seria possível, quando julgados improcedentes os embargos de terceiros e com trânsito em julgado, posteriormente o embargante interpor recurso de terceiro prejudicado, sobre a mesma matéria, contra a sentença proferida na ação principal? E se essa matéria for a impenhorabilidade do bem de família, há trânsito em julgado? 6) Na sentença de mérito, desprovida de apelação, muito embora haja agravo pendente de julgamento, há trânsito em julgado? 7) Dada a legitimidade para recorrer que tem o assistente, a ausência de sua intimação da sentença impede o trânsito em julgado? 8) Uma sentença de extinção por insuficiência de provas pode transitar em julgado? Mesmo na ação de improbidade administrativa? 9) Para quem a nulidade transita em julgado? 10) Quanto ao efeito preclusivo para o juiz, somente se opera quando ocorrer o trânsito em julgado? Em outras palavras, pode o juiz mudar a sentença? Se positiva a resposta, até que momento? 11) Na decisão contrária à Fazenda Pública, sem recurso voluntário, sujeita ao “reexame necessário”, nos casos em que houver pedido de dispensa por resolução interna do órgão, há trânsito em julgado?

Nas linhas que seguem, faremos o aprofundamento dessas questões.

2.7.1 Coisa julgada no processo de execução

O processo de execução se presta a satisfazer forçadamente o credor insatisfeito, por meio da atuação do Estado – arts. 778 e ss. do CPC/2015. Admite-se também a modalidade de cumprimento de sentença (art. 523, *caput*, do CPC/2015).¹²⁹ Na execução, observa-se também a dialeticidade, com exercício do contraditório e da isonomia entre as partes.¹³⁰

Na forma do art. 924 do CPC/2015, a extinção da execução pode se dar pelo indeferimento da petição inicial; pela satisfação da obrigação pelo devedor; pela transação, novação ou remissão total da dívida ou pela renúncia do crédito

¹²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 65.

¹³⁰ TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo* São Paulo: RT, v. 28, p. 55-95, 1982. p. 56.

pelo credor; pela prescrição intercorrente. Os mesmos motivos são aplicáveis ao cumprimento de sentença (art. 513 do CPC/2015). Nessas hipóteses, revela-se um mérito comum ao juízo de certeza ocorrente na execução, o que, em princípio, afasta a possibilidade de trânsito em julgado material dessas decisões, que não adentram termos cognoscíveis como no processo de conhecimento.¹³¹

Daí que, em regra, não cabe ação rescisória contra decisão proferida no processo de execução, vale dizer, contra as decisões previstas no art. 924 do CPC/2015¹³² ou no âmbito do cumprimento de sentença (art. 513, § 1º, do CPC/2015), proferidas nos mesmos moldes, que igualmente promovam a extinção da execução.¹³³

¹³¹ Observe-se que o art. 485 amolda-se à tutela executiva, mas o art. 487 do CPC/2015 não tem, em regra, cabimento. Prevalece “o entendimento no sentido de que é incabível ação rescisória contra sentença ou decisão meramente terminativa, dada a expressa exigência do art. 485, *caput*, do CPC [de 1973]”. (STJ – REsp 962.350/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 04.09.2008, *DJe* 08.10.2008). Assim, “o art. 267 [do CPC de 1973] é parcialmente invocável em sede executiva (art. 598). Por exemplo, haverá extinção baseada no art. 267 nos casos de inépcia da inicial (*retro*, 99) e de falta de qualquer pressuposto processual (art. 267, IV), que, a rigor, abrange litispendência e perempção, destacados, porém, em inciso diverso (art. 267, V). Também se aplicam, *mutatis mutandis*, os incs. II, III, VIII, IX e X do art. 267, abrindo ensanchas à extinção estritamente processual da execução. Vale recordar, no caso do inc. III, a necessidade de prévia intimação da parte, por força do § 1º do art. 267, segundo proclamou a 3ª Câmara Cív. do TARS. Quanto às condições da ação (art. 267, VI), elas já mereceram exame atento (*retro*, 8.2 e 99) segundo o qual a matéria compreende no contexto dos pressupostos processuais. Mais difícil, entretanto, parece a configuração provocada por compromisso arbitral (art. 267, VII). Em todas as hipóteses, há uma sentença equiparável ao figurino da ‘terminativa’ (*retro*, 477). Ela não implica, ressalva feita aos casos de coisa julgada e de perempção, perda do direito de renovar o processo (art. 268, *caput*, 1ª parte). Mas, como sói acontecer no processo de conhecimento, o credor há de satisfazer, então, outro pressuposto processual: o prévio pagamento das despesas processuais do processo pretérito (*retro*, 65)”. (ASSIS, Araken de. *Manual de processo de execução*. São Paulo: RT, 2000. p. 1.186, 1.200 e 1.201).

¹³² Mormente quando não resolvido o mérito. Assim, resta “descabido o ajuizamento de ação rescisória contra sentença proferida em sede de ação executiva, de cunho terminativo, pois sem o julgamento do mérito da ação, consoante o disposto no artigo 485, *caput*, do Código de Processo Civil [de 1973]”. (TJRS – Ação Rescisória 70046192688, Terceira Câmara Cível, Rel. Desembargador Eduardo Delgado, julgado em 27.12.2011).

¹³³ “O que interessa para saber se cabe ou não na ação rescisória é que o ato judicial tenha se pronunciado de maneira definitiva sobre o mérito. Nesse sentido, a ação rescisória pode ter por objeto sentença de mérito ou decisão interlocutória definitiva de mérito. Essa decisão tem que ter transitado em julgado. Vale dizer: dela não pode mais caber qualquer recurso.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por*

O que se pode ponderar na rescisão de uma sentença proferida em processo de conhecimento incidente no processo de execução são, por exemplo, os embargos do devedor (art. 914 do CPC/2015), que da mesma forma produzirá sentença de mérito (mas estaremos já no campo do processo de conhecimento, dada a natureza jurídica desse instrumento).

No que tange à impugnação ao cumprimento de sentença, esta possui peculiaridade própria. Em decorrência do sincretismo processual exibido pelo CPC/2015, o cumprimento de sentença se instaurará por simples requerimento da parte exequente, de modo incidental ao processo já existente (art. 525), ou seja, extinguiu-se, para esse fim, a necessidade do ajuizamento de demanda autônoma, em apartado.

Logo, “o incidente é sempre julgado por decisão interlocutória, salvo se, do acolhimento das alegações do devedor, resultar a extinção da execução. Se ele alegar alguma causa extintiva, como pagamento ou prescrição, e o juiz a acolher, a consequência inexorável será a extinção da execução, e então o ato decisório haverá de ser qualificado como sentença”. Isso é, nos casos em que houver a extinção do cumprimento de sentença, analisando-se o mérito, haverá a coisa julgada material, sendo cabível a ação rescisória em face dela.¹³⁴

Note-se que, pelos embargos, como pela via da impugnação, a extinção do processo de execução poderá se dar por falta sanável de um dos requisitos para execução. Assim, nos termos do art. 966, § 2º, inc. I, caberá a ação rescisória, pois, apesar de não solucionar o mérito, há a impossibilidade de ser ajuizada a demanda nos mesmos termos já propostos.

Na mesma linha, a extinção da execução poderá também se dar pela renúncia ou transação. A renúncia ou transação são atos da parte, desafiam ação anulatória, não cabendo ação rescisória. O mesmo se diga quanto às decisões de arrematação, adjudicação ou remição, que ocorrem dentro do processo de execução (frise-se que não são tirados em processo de conhecimento apartado) e estão sujeitas a uma “proteção” formal do ato com a homologação judicial.¹³⁵

artigo. São Paulo: RT, 2010. p. 494). “Rescindível é apenas, no sistema do atual Código, a sentença de mérito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. V, p. 109).

¹³⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 802.

¹³⁵ Nesses casos, não se nega que há decisão de mérito, apenas se observe que a via eleita para impugnação não será a ação rescisória. Nesse sentido é o seguinte precedente: “Sentença meramente homologatória. A ação rescisória é remédio jurídico que pressupõe enfrentamento de mérito mediante sentença. Resolução judicial atacada que não acolhe ou rejeita questões con-

Em suma, via de regra, a satisfação do credor é o caminho natural de toda execução; não há um mérito de conhecimento, o que é próprio do campo das incertezas, e, em assim sendo, em condições de normalidade, não haverá coisa julgada material.¹³⁶

No entanto, a sentença produzida nos moldes do art. 925 do CPC/2015 pode alcançar a coisa julgada material.

Note-se que, por vezes, para acessar a satisfação do credor, o juiz se vê em meio a questões que, muito embora relacionadas à execução, são típicas de conhecimento. Elas autorizam a instrução na execução, o que se resume à preparação da satisfatividade do crédito.

Com efeito, as decisões de mérito na execução podem ocorrer em meio ao julgamento de questões sobre a penhora (fraude de execução, impenhorabilidade, ampliação, redução e remissão) e avaliação, bem como sobre arrematação, sanções ao executado previstas no art. 774 do CPC/2015.

Esse mérito próprio, característico do processo de execução, pode produzir uma decisão com elevado grau de conhecimento, mas nem todas as decisões serão revestidas da coisa julgada material.

Destarte, não havendo decisão sobre o direito do autor, limitando-se a extinguir o processo de execução mediante uma das modalidades do adimplemento forçado, por exemplo, então não haverá carga declarativa na sentença que possa ser guindada ao *status* de coisa julgada material.¹³⁷

Somente haverá a coisa julgada material na execução se, em decorrência do grau e do objeto de cognição, for proferida decisão típica de sentença.

Essa situação pode ocorrer na extinção da obrigação por meio de sentença, por exemplo, com reconhecimento de ausência de título executivo. Nesse contexto,

trovertidas, não decidindo o mérito, afasta a via rescindenda. Ação Rescisória extinta, de plano". (TJRS – Ação Rescisória 70040503781, Sétima Câmara Cível, Relator Jorge Luís Dall'Agnol, julgado em 23.12.2010). Confira-se também: “*Contrario sensu*, haveria julgamento com mérito caso a execução fosse extinta em razão da ocorrência da prescrição, satisfação do crédito, transação, remissão da dívida, renúncia ao crédito e demais hipóteses legais, tais quais aquelas previstas no art. 794 do CPC [de 1973]”. (STJ – REsp 1.246.515/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 10.05.2011, DJe 16.05.2011).

¹³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*, p. 216.

¹³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 373.

o autor dependerá de ação rescisória procedente para intentar nova execução com base no mesmo título, sem o que poderá propor somente ação de cobrança ou monitória, conforme o caso. O mesmo ocorre quando a execução é extinta com fundamento na coisa julgada; muito embora capitulada como sentença terminativa (art. 485, VII, do CPC/2015), não haverá como repropor a ação executiva sem a rescisão do julgado. Nessas circunstâncias, abre-se o cabimento da ação rescisória com base na sentença do processo executivo.¹³⁸

Ocorre também a coisa julgada material na execução no conhecimento da impenhorabilidade do bem de família. Isso porque, uma vez reconhecida na própria execução, independentemente de embargos, por ser matéria de ordem pública, também sofrerá o trânsito em julgado.

Por derradeiro, no afã ilustrativo, apresenta-se o reconhecimento de ofício da inexigibilidade do título executivo em virtude de ausência da outorga uxória na fiança. Nessa hipótese, o afastamento do alcance dos fiadores faz coisa julgada. Portanto, findos os prazos recursais ou todos os recursos cabíveis, a parte não mais poderá ajuizar execução fundada no contrato de fiança.¹³⁹

A coisa julgada aparece nitidamente na execução em todas essas hipóteses, razão pela qual será cabível a ação rescisória sobre decisão proferida no feito executivo.¹⁴⁰

2.7.1.1 Extinção normal do processo de execução

Fala-se em extinção normal da execução quando o credor atinge o seu objetivo com a entrega da tutela pretendida pelo Estado-juiz. Como já frisado, a sentença que extingue a execução nesses moldes não se revestirá da autoridade da coisa julgada, não há julgamento de mérito, sendo diminuta a carga declaratória,

¹³⁸ A ação que extinguiu a execução sob o fundamento da coisa julgada (art. 485, V, do CPC/2015) é passível de ação rescisória, porque não se poderá ajuizar nova execução sem o credor conseguir primeiro a rescisão dessa sentença. Nesse sentido, *vide* o relatório e conclusão do seguinte julgado: TJRS – Ação Rescisória 70026578492, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 19.10.2011.

¹³⁹ A fiança prestada nessas condições é nula de pleno direito, podendo ser reconhecida pelo magistrado *ex officio*. (REsp 631262/MG, DJ 26.09.2005, p. 439).

¹⁴⁰ “Se o juiz nega tenha o crédito força executiva, poderá o autor propor ação condenatória (ação diversa, por ter outro pedido imediato), mas não poderá renovar a ação de execução. Haverá coisa julgada, no que respeita ao poder de executar.” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 228).

insuficiente para alcançar o *status* de indiscutibilidade prevista no art. 502 do CPC/2015; há apenas simples declaração da extinção da relação jurídico-processual, sem cunho decisório.¹⁴¹

Certo é que, depois de extinta a execução, existem duas correntes sobre a rediscussão da causa: uma que admite o trânsito em julgado e outra que não, respectivamente, remetendo à ação rescisória e à ação de conhecimento (por exemplo, anulatória). Essas teses, embora pareçam antagônicas, são conciliáveis.

A corrente que defende o cabimento da ação de conhecimento (anulatória, declaratória de inexistência da obrigação ou de repetição de indébito) elenca: a) no processo de execução há ausência de cognição; b) a repetição de indébito é sempre possível nas hipóteses do art. 924 do CPC/2015, salvo o inciso II, ante o pagamento voluntário, que afasta a própria execução forçada; por fim, c) o cabimento da ação anulatória afasta a ação rescisória.¹⁴²

Reúnem-se também os argumentos em defesa do cabimento da ação rescisória para impugnar a extinção da execução: a) a execução tem natureza jurisdicional, sendo, portanto, passível de ser afetada pela imutabilidade da *res iudicata*;¹⁴³ b) a sentença produzida com base no art. 924 do CPC/2015 tem natureza decisória; e, por derradeiro, c) a sentença em execução forçada contém pronunciamento de mérito.¹⁴⁴

Note-se que, se o autor pretender atacar atos executivos eivados de vício, então se apresentará o cabimento da ação de conhecimento (anulatória, declaratória de inexistência da obrigação ou de repetição de indébito). Não se pode descuidar também, em hipóteses mais restritas, do acesso aos embargos à arrematação ou à adjudicação ou aos embargos do executado, dentro do prazo legal, conforme o caso. Todavia, se, por outro lado, o objeto for a desconstituição da sentença, então o caminho será a ação rescisória.

¹⁴¹ A sentença que declara extinta a relação processual “não exhibe carga declaratória suficiente para redundar na indiscutibilidade do art. 467 [do CPC de 1973]”. As sentenças proferidas com base no art. 924 do CPC/2015 não são predispostas a veicular conteúdo decisório. (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 382).

¹⁴² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 383.

¹⁴³ Liebman chegou a essa conclusão por entender que os efeitos (vale dizer, os atos capazes de operar modificações no direito das partes, e não a declaração judicial) é que possuíam a aptidão de operar a qualidade da coisa julgada material. A ação anulatória seria reservada apenas para impugnar nulidade absoluta. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada, p. 61).

¹⁴⁴ PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*: arts. 566 a 889 – do processo de execução e do processo cautelar. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1998. v. 3, p. 3321.

2.7.1.2 Sentença nos embargos, impugnação e objeção de pré-executividade

Afora a questão prejudicial (art. 503, § 1º, do CPC/2015 – p. ex.: impugnação da juntada de documento falso pelo *ex adverso*) decidida em ação declaratória incidental (art. 503, § 1º, do CPC/2015), facilmente se veem outras hipóteses sujeitas à *res judicata* no âmbito do processo de execução, como na extinção da execução pelo acolhimento dos embargos do devedor, de impugnação ao cumprimento de sentença ou da objeção¹⁴⁵ de pré-executividade, a depender do caso.

A sentença produzida nos embargos do devedor, de impugnação ao cumprimento de sentença ou da objeção de pré-executividade, assim entendida aquela que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, insere-se no conceito de sentença¹⁴⁶ (art. 203, § 1º, c/c o art. 318, parágrafo único, ambos do CPC/2015); resolverá o mérito da execução, na forma dos arts. 485 e 487, podendo fazer coisa julgada quando decididos aspectos típicos de conhecimento e, portanto, sujeitando-se à rescisão (art. 966 do CPC/2015).

¹⁴⁵ Utiliza-se o termo “objeção” para se referir, em síntese, à matéria de ordem processual ou substancial da qual deve o magistrado conhecer de ofício, para não se confundir com a “exceção”, que é alegação da parte.

¹⁴⁶ A definição de sentença, positivada no § 1º do art. 203 do CPC, sofreu alteração pela Lei n. 13.105/2015. Pontes de Miranda observava que a “*existentia fluens*” da relação processual segue para a sentença, e, assim, “O juiz entrega a prestação, e seu ofício acaba: *functus officium*. Tanto assim é que, para a execução, precisa ser provocado de novo ou deferir o pedido de citação vencedor”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. V, p. 48). Mas se percebeu que a sentença não colocava fim ao processo. Em verdade, “A sentença é o ato final do juiz que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição, com ou sem julgamento de mérito (art. 162, § 1º, do CPC de 1973). Tanto é sentença aquela prolatada com base no art. 267 (extinção do processo sem julgamento de mérito), quanto aquela proferida com base no art. 268, I (julgamento da causa), como, ainda, a que seja enunciada com base no art. 269, II a V (atos autocompositivos)”. (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 2: Processo de conhecimento, p. 643). “Mais importante que encerrar o ‘processo’ (...), era caracterizar a sentença como ato do juiz que tinha por conteúdo uma das situações constantes daqueles dois dispositivos.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, t. I). “Sem uma petição inicial com as formalidades inerentes a esta (art. 282 [do CPC de 1973]) e sem a citação do demandado, entende-se que um processo novo não é formado, mas realmente uma nova fase do mesmo processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV, p. 70). A realidade ficou patente: a sentença de primeiro grau representa apenas o término da fase de conhecimento. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17).

Saliente-se que tanto os embargos do devedor (processo autônomo em face da execução), a impugnação ao cumprimento de sentença ou a objeção de pré-executividade podem produzir decisão cognitiva com objetivo na desconstituição do direito à execução.

O mérito da execução concerne aos atos judiciais satisfativos, vale dizer, aqueles praticados pelo juiz na direção do processo para a satisfação do crédito, entrega da coisa ou prestação do fato, a exemplo dos aspectos sobre a admissibilidade da execução, dos atos executivos ocorridos no processo e sobre questões que estejam relacionadas com o crédito exequendo, quando não dependerem de dilação probatória para demonstração.¹⁴⁷ Todos eles podem ser exercidos em contraditório por meio de objeção de pré-executividade, sem necessidade de oposição de embargos ou impugnação à execução. O mérito pode estar na anulação do título ou no reconhecimento da falta de pressupostos processuais, mas a sentença que reconhece a inexistência do crédito é impugnável por meio de ação rescisória, sempre que preenchidos os demais requisitos.¹⁴⁸

Acolhida a alegação de objeção substancial, sendo matéria que não exija dilação probatória capaz de declarar inexistente ou desconstituir o crédito constante no título executivo, como o pagamento ou a prescrição, a execução restará extinta com pronunciamento de mérito e a sentença terá aptidão para formar a coisa julgada material.

Ademais, não fica afastada a hipótese do ajuizamento de ação autônoma para anulação do título executivo ou do próprio processo de execução, no caso de ausência de pressupostos ou de condições da ação de execução.¹⁴⁹ Essa realidade é

¹⁴⁷ “Tais incidentes passaram a admitir a alegação de defesas que, conquanto não cognoscíveis de ofício, poderiam ser comprovadas *prima facie*, por documentos. Com isso, a par das objeções de pré-executividade, admitiram-se verdadeiras exceções de pré-executividade. A condição para que sejam recebidas e processadas é que a defesa possa ser comprovada *prima facie*. Se a questão fática depender de prova, o juiz não a receberá, determinando que a questão seja remetida à impugnação”. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2016. p. 810).

¹⁴⁸ A doutrina salienta que existe cognição no processo de execução e cautelar, com limitações peculiares. (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003. p. 97-98 e 110-114).

¹⁴⁹ É lógico que não se fala aqui de ajuizamento dúplice, elegendo duas vias para o mesmo desiderato. Nesse sentido, *vide* a seguinte ementa: “A propositura de ação declaratória incidental à execução já embargada denota o descabimento da impugnação autônoma por ausência de interesse de agir... revelando-se escorreita a sentença que indeferiu liminarmente a inicial com espeque no artigo 295, III, do Códex Processual. 6. Recurso especial desprovido”. (STJ – REsp 940.314/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 24.03.2009, *DJe* 25.05.2009, *DJe* 27.04.2009).

a prova real de que são matérias típicas do processo de conhecimento, capazes de produzir a coisa julgada material para efeitos de ajuizamento da ação rescisória.

A coisa julgada, portanto, incide sobre a decisão de mérito do processo de embargos do devedor ou impugnação ao cumprimento da sentença, bem como de objeção de pré-executividade, que se tornou imutável e indiscutível.¹⁵⁰

A procedência dos embargos do devedor revelará sentença de mérito, seja para extinguir total ou parcialmente processo, com determinação de prosseguimento por valor menor. Desconstituída a relação material ou sendo declarada inexistente, produzirá os efeitos da coisa julgada material, vedando-se a rediscussão futura da matéria. De igual sorte, a sentença de improcedência dos embargos, uma vez reconhecido o direito integral do credor, faz coisa julgada e impedirá que o devedor rediscuta o crédito ou seu valor.¹⁵¹ Não se trata de um pretensão efeito declaratório do crédito, mas da eficácia preclusiva da *res judicata*.¹⁵²

Não obstante, quando acolhida a defesa de carência de ação por ausência de liquidez, certeza ou exigibilidade do crédito e do título, não haverá análise do direito creditício e do mérito da execução, porém haverá impossibilidade de rediscussão da lide. Desse modo, com base no art. 966, § 2º, inc. I, CPC/2015, o exequente poderá valer-se de ação rescisória, que, se julgada procedente, possibilitará a ele que intente nova execução com base no mesmo título, sem o que poderá propor somente ação de cobrança ou monitória, conforme o caso.¹⁵³

2.7.1.3 Estabilidade dos efeitos da sentença na execução

Então, a indagação se desloca: haveria estabilidade dos efeitos da execução forçada no caso de finalização do processo por sentença? Avente-se a hipótese em que haja uma execução sem oposição do devedor, ausentes embargos ou impugnação, sendo o bem constrito arrematado e liberados os valores ao credor, por sentença em execução, com base no art. 925 do CPC/2015.¹⁵⁴ Nessa hipótese, uma vez verificado no tópico anterior o descabimento da ação rescisória, seria possível atacar a decisão em execução, via conhecimento, para se obter, por exemplo, a repetição de indébito? A resposta é positiva.

¹⁵⁰ “A execução forçada, por si só, não induz litispendência sobre o negócio jurídico material gerador do título executivo. Os eventuais embargos do devedor é que têm aptidão para tanto.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Leud, 2005. p. 544).

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 706.

¹⁵² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1131.

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2004, v. 4, p. 670.

¹⁵⁴ CPC/2015 – Art. 925. A extinção só produz efeito quando declarada por sentença.

Por exemplo, em um caso em que houve o pagamento anterior ou durante a execução, comprovado por recibo de pagamento, ou novação, e em que, por um lapso, não houve embargos ou impugnação, restará patente a ausência do pronunciamento judicial sobre esse mérito.

Em verdade, o caminho da satisfação do crédito, se nada for feito pelo devedor, será alcançado com base no lastro dos bens deste. É sobre esse fato que incidiu o mérito decidido, uma decorrência lógica da satisfação que encampa o processo de execução.¹⁵⁵ Somente no que foi decidido é que incide a preclusão; quanto ao fato novo, não há essa extensão no processo de execução.

Note-se que em sede de execução, em regra, não se pode falar em coisa julgada, pois esta afasta qualquer defesa que poderia ser elidida – art. 508 do CPC/2015.¹⁵⁶

O dispositivo do art. 508 do CPC/2015 não incide na execução, pois é dispositivo do processo de conhecimento que não se coaduna com os objetivos do processo de execução. Ainda, em socorro a essa tese, verifique-se que a coisa julgada se opera nos limites do decidido (art. 503 do CPC/2015).

Assim, o eventual erro na quitação ou ataque da própria constituição do título desafia ação de conhecimento. O ajuizamento errôneo da ação rescisória resvala em falta de interesse processual, todavia, com aplicação do princípio da economia processual, deve-se determinar o aditamento da inicial e redistribuição do feito, se for o caso.

¹⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade. In: BRUSCHI, G. (Org.). *Processo de execução*: temas polêmicos e atuais. São Paulo: Método, 2005. p. 54.

¹⁵⁶ Em regra, porque essa afirmação deve ser compatibilizada com o processo moderno. “De há muito se superou a ideia de que a execução estaria alheia à incidência do contraditório. Mas a constatação, em si, não traz a definição de todos os aspectos do tema. Aliás, nem mesmo a expressa fórmula constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988), isoladamente considerada, soluciona a questão. Até porque se poderia responder que a circunstância de o executado dispor para a defesa de seus interesses da demanda incidental de embargos ou de impugnação ao cumprimento seria o bastante para satisfazer a exigência constitucional. A inafastabilidade do contraditório interno à execução – i.e., sem o emprego das demandas incidentais que se devem citar – resulta da conjugação de vários fatores. Em primeiro lugar, há a incidência das normas constitucionais que consagram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa em todas as formas processuais (art. 5º, LIV e LV, da CF/1988). A execução constitui inequivocamente atividade jurisdicional, submetendo-se a seus princípios essenciais”. (TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 153, nov. 2007. p. 11).

2.7.2 Limites da coisa julgada e a tutela provisória

A decisão que finaliza a tutela provisória apresenta características especiais, dentre elas o fato de ser proferida com base em juízo de probabilidade e aparência de direito, o que afasta, em regra, o juízo de certeza.¹⁵⁷

A instrumentalidade e a urgência da tutela provisória marcam uma decisão de mérito erigida sob cognição sumária e não a exauriente; sob esse terreno, funciona implicitamente a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual a inalterabilidade de seu conteúdo subsiste enquanto não houver alteração da situação fática que motivou a decisão. Do contrário, abre-se a possibilidade de sua modificação ou revogação (arts. 296 e 505 do CPC/2015).

Saliente-se que uma decisão interlocutória produzida em tutela provisória pode, via de regra, ser modificada por outra decisão interlocutória ao longo do processo, até a prolação da sentença.

Nessa linha de ideias, a coisa julgada material parece ser incompatível com esse estado impermanente a que se sujeitam as decisões em tutela provisória.¹⁵⁸

Importante ressaltar que, segundo o art. 310 do CPC/2015, o indeferimento da cautelar não impede que a parte formule o pedido principal, nem influi no

¹⁵⁷ “O pensamento jurídico de nosso tempo acolhe como premissa indiscutível o princípio, de dimensão constitucional, segundo o qual os direitos reconhecidos no plano substancial devem encontrar ‘*sfogo* e tutela’ no plano processual, e que essa tutela deve ser assegurada pelo Estado. Disso deriva, ainda, que ao aparato de tutela estatal se deve assegurar o acesso de todo aquele que lamenta uma lesão de direito, e que, por fim, dito aparato deve ser capaz de responder de modo adequado à tutela prometida. Em outras palavras, a tutela jurisdicional deve ser efetiva, e, para tanto, não pode confinar-se aos procedimentos comuns.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 9, out. 2011. p. 1132).

¹⁵⁸ “Importante é que se comprovem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Se as razões que provocam o surgimento desses pressupostos à concessão da medida liminar ocorrem, por motivos alheios àquele alegado anteriormente, justifica-se essa concessão e a repetição do pedido. Não há, propriamente, no caso, uma coisa julgada. O Código de 1939 já repelia a ocorrência de coisa julgada no processo cautelar. Inclusive, a lição de alguns autores estrangeiros, onde se debateu a matéria, demonstra que havia também uma disparidade de pensamento. Stein entende que seria inviável novo pedido de medida cautelar, quando os fundamentos foram alegados, ou poderiam tê-lo sido. Weissmann, por outro lado, entende perfeitamente repristinável o mesmo pedido.” (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; LACERDA, Galeno; RIZZI, Luiz Sérgio de Souza; ARMELIN, Donaldo. O “novo fundamento” a que se refere o art. 808, parágrafo único, do Código de Processo Civil. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 5, out. 2011. p. 805).

julgamento deste exceto se o motivo do indeferimento for decadência ou prescrição. Perceba-se que, no caso em que a situação litigiosa havida entre as partes restar resolvida por sentença (por exemplo, reconhecimento da prescrição), então a lide estará solucionada definitivamente.

Nesse caso, a decisão em tutela cautelar estará apta a produzir a coisa julgada material, não havendo necessidade de se realizar o pedido principal. Nem faria sentido, por exemplo, em uma ação de sustação de protesto de título de crédito, típica tutela provisória, uma vez negada em face da falta de direito material a ser assegurado, com fundamento na prescrição, obrigar o autor a realizar o pedido principal, sabendo que vai perder a ação, implicando custas e condenação em sucumbência. E não teria efeito prático a renovação da ação já decidida.

Portanto, haverá a coisa julgada material, pois houve a prolação de uma sentença meritória que tornou indiscutível o objeto da demanda.

Aproveitamos para fazer um aparte sobre os títulos de crédito: existem duas prescrições a serem observadas, a do direito cambiário e aquela prevista no Código Civil. Esclareça-se que, se a prescrição de um cheque, por exemplo, for reconhecida nos limites da legislação cambiária, restará ao credor ainda ajuizar a ação de cobrança, pois a coisa julgada operar-se-á apenas com relação ao acesso direto ao processo de execução. Nessa hipótese, o cheque prescrito interfere na inexistência do direito de acesso à execução; mas o direito de cobrança subsiste, a coisa julgada tem um efeito parcial. Todavia, ocorrendo o reconhecimento da prescrição com base nos arts. 205 e 206 do Código Civil, ou reconhecida a decadência, então a extinção do direito será completa; nem mesmo assistirá ação de conhecimento àquele que foi credor, pois o próprio crédito não mais subsiste.¹⁵⁹

¹⁵⁹ “Concluindo este item, pode-se dizer que prescrita a execução do título de crédito, restam ao credor ainda duas ações de conhecimento para receber o seu crédito. Em primeiro lugar, a ação cambial, cujo objeto é o enriquecimento indevido, em que operam os princípios do direito cambiário; em segundo, a ação causal, cujo objeto é a relação fundamental e na qual não se operam os princípios do direito cambiário. Naquela, o título de crédito é o único instrumento de prova exigível; nesta, ele é apenas início de prova. Podem ser diferentes os prazos de prescrição da ação cambial e da causal. A primeira prescreve, em relação ao cheque, em 2 anos da prescrição da execução (art. 61 da Lei 7.357/85); em relação aos demais títulos de crédito, prescreve no prazo geral de prescrição definido pelo Código Civil. Já a ação causal prescreve nos prazos estabelecidos para o ato ou negócio jurídico originário. Se a nota promissória, por exemplo, representa o devido em razão de honorários profissionais, a ação causal prescreverá em 5 anos (art. 206, § 5º, II, do CC/2002). Quando não existir um prazo de prescrição específico para o ato ou negócio originário do título, a ação causal prescreverá no prazo geral de prescrição definido pelo Código Civil).” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Da prescrição das ações para haver o pagamento de títulos de crédito e o novo Código Civil. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, v. 5, dez. 2010. p. 859).

Em continuidade do tema de fundo, sobre a inutilidade e desnecessidade do ajuizamento e da consequente decisão no pedido principal, observe que se aplica o princípio do *non bis in idem*. Note-se, referindo-se à coisa julgada, que o art. 505 do CPC/2015 representa vedação expressa ao novo julgamento na ação principal, pois informa que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide. E, na hipótese aventada, não se nega que se trata da mesma lide, do mesmo conflito. Aplicável na espécie, portanto, o princípio da economia processual.¹⁶⁰

Ainda, em aprofundamento do tema, verifica-se que o art. 310 do CPC/2015 contém hipótese exemplificativa, pois, se o mérito da tutela provisória restar reconhecido, em decorrência do contraditório, a declaração da existência de qualquer outro fato extintivo do direito, a exemplo da exibição do recibo de pagamento na ação de sustação de protesto e extinção do feito pelo art. 487 do CPC/2015, decretando-se a procedência, também a sentença alcançará os efeitos da coisa julgada. Da mesma forma ocorre com o reconhecimento da compensação e da novação. Nada impede que o juiz as reconheça em tutela provisória. Todavia, por ser o pagamento, a compensação e a novação, embora extintivas, questões de alta indagação, a prudência do magistrado indicará que não haverá manifestação decisória sobre esses fatos, deixando esse desiderato para ser resolvido durante o trâmite do processo.

Vale dizer, dá-se o máximo rendimento da tutela provisória, aproveitando-a, por economia processual, para dirimir a controvérsia típica do direito material principal.

Todavia, é de reconhecer que essa satisfatividade da tutela cautelar, gerando a obtenção do direito material, é medida excepcional. A medida se alinha com as tutelas de urgência antecipatórias ou mesmo com as decisões definitivas de mérito.¹⁶¹ Assim, pode ocorrer que a tutela provisória extrapole a sua finalidade e não

¹⁶⁰ O princípio da economia processual é ferramenta imprescindível à celeridade processual e prima pela busca do máximo resultado possível na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 82).

¹⁶¹ “Característica do processo cautelar é a revogabilidade. Têm-se, então: a acessoriedade, a provisoriedade, a autonomia e, agora, a revogabilidade. A cautela pode ser a qualquer tempo revogada. Não existe nem coisa julgada e nem preclusão no processo cautelar. Evidente que existe preclusão no processo cautelar no sentido da perda do direito de praticar um ato dentro do processo, pelo decurso do tempo. Não há preclusão quanto à medida em si considerada. Se o juiz concede uma liminar, ele a pode revogar a qualquer momento. Se ele concede a cautela podem, digamos assim, ocorrer situações que fazem com que ele deva cancelar aquela cautela

haja necessidade do pedido principal, e sim, em regra, a tutela provisória tem sua referibilidade na ação principal. Portanto, no mais, se o juiz nada decidir sobre o mérito da causa, limitando-se a assegurar o direito futuro, então se aplicará a regra geral, ou seja, a de que deverá o autor do pedido de tutela provisória efetuar o pedido principal para acessar a autoridade da coisa julgada.

Ontologicamente, a coisa julgada está reservada ao processo de conhecimento. Forçoso concluir que a tutela provisória, por si, não pode produzir coisa julgada. Em verdade, “o juiz, enquanto decreta ou acolha a decadência ou prescrição do direito subjetivo material do autor, não pratica um ato de cautela, mas pratica um ato de julgamento de mérito típico do processo de conhecimento, que, excepcionalmente, o legislador, pela sua funcionalidade, admite que isso ocorra no bojo formal do processo cautelar”.¹⁶² Dessa forma, há a prolação de uma sentença de conhecimento, com base no art. 487, na fase inicial em que se analisa o pedido de tutela provisória, com hipóteses exemplificativas do art. 310, ambos do CPC/2015.

concedida. As decisões proferidas nos processos cautelares têm, ínsita nelas mesmas, a cláusula *rebus sic stantibus*, quer dizer: é válida aquela cautela concedida, enquanto permanecer aquela situação. Mudando a situação fática, o juiz pode revogar a cautela. Pode até concedê-la de novo, se sobrevierem motivos outros que autorizem essa segunda conclusão. Então, nesse sentido é que se diz que há essa característica de revogabilidade no processo cautelar, que nunca é definitivo. O próprio art. 810 do CPC [de 1973] concede essa visão de revogabilidade. Diz que não faz coisa julgada e decisão proferida em processo cautelar, e, outrossim, não impede futura propositura da ação. Ainda sobre a revogabilidade, tenhamos presente o seguinte exemplo: o juiz concede um sequestro, no curso de um processo. Concede um sequestro definitivo. Finda o processo cautelar, ele concedeu definitivamente o sequestro. Ele pode ‘dessequestrar’ a coisa, por assim dizer, depois? Embora já esteja decidido definitivamente o processo cautelar, pode, porque justamente a sentença vem com a cláusula *rebus sic stantibus* e houve uma modificação fática. E o juiz, apreciando de novo, poderá revogá-la ou, se houver novo pedido, ele pode até mesmo concedê-la de novo. Não há, então, coisa julgada? Pode-se dizer que, ou não há coisa julgada nos processos cautelares ou, se há, não se trata da coisa julgada tal como tradicionalmente concebida. (...) A doutrina posterior se foi aprimorando até Carnelutti, que entendia que a cautela não é antecipatória. Acredito que Carnelutti estivesse certo, pois as medidas que visam a antecipar os resultados não têm nada de cautelares: têm que ver com o próprio direito material a ser discutido na ação principal. A cautela, como se disse, não tem nada que ver com o direito material.” (NERY JR., Nelson. Do processo cautelar. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 5, out. 2011. p. 909).

¹⁶² ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; LACERDA, Galeno; ARMELIN, Donaldo Armelin; FERNANDES, José Scarance; RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. Coisa julgada na ação cautelar de sustação de protesto. Debates travados no curso de especialização em direito processual civil, realizado pela PUC-SP, coordenado pelo Prof. Dr. Arruda Alvim. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 5, p. 811-815, out. 2011. p. 815.

De todo modo, pode-se concluir que o conteúdo abrangido pela tutela provisória apenas será acobertado pelo manto da coisa julgada após a emissão de decisão que torne imutável o que está sendo discutido no processo, ou seja, quando a sentença é proferida e contra ela não há mais possibilidade de interposição de recurso.

Convém ressaltar que o CPC/2015 inovou ao disciplinar as chamadas tutelas provisórias de urgência antecipadas requeridas em caráter antecedente. De acordo com o art. 304, se a tutela nessa modalidade for outorgada e não for *interposto o respectivo recurso*, ela se tornará estável.

Esta estabilidade refere-se à extinção da demanda e não à incidência da coisa julgada material,¹⁶³ não cabendo, portanto, ação rescisória. Nos termos do § 3º do art. 304, se qualquer das partes desejar reaver a medida, após o encerramento do processo, poderá ajuizar outra demanda (de conhecimento) *com o intuito de reaver, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada*.

2.7.3 O problema de duas decisões em processos distintos, conflitantes entre si, acobertadas pela coisa julgada

Há muito se debate qual seria a solução quando uma sentença posterior venha a desdizer o que já transitou em julgado em sentença precedente.

Poder-se-ia pensar que prevaleceria a primeira decisão de mérito que restou acobertada pela coisa julgada,¹⁶⁴ porque, *prima facie*, haveria dificuldade em reconhecer uma sentença viciada, que foi tirada contra uma sentença já acobertada pela coisa julgada.¹⁶⁵ Poder-se-ia ponderar, ainda, no campo da nulidade e do prazo rescisório, a possibilidade de reconhecer ofensa à coisa julgada perpetrada por outro julgado, também transitado em julgado, mesmo após transcorrida a

¹⁶³ “A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o esgotamento da cognição”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 388).

¹⁶⁴ Nesse sentido, “uma sentença posterior não deve contradizer o conteúdo de uma sentença já pronunciada. Se em uma nova lide há uma questão já decidida em lide anterior, o novo juiz deve admitir por verdadeiro o conteúdo da primeira sentença”. (NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 110).

¹⁶⁵ “La disposizione è di notevole rilievo in quanto consente agevolmente di risolvere il problema del conflitto tra giudicati a favore del secondo giudicato: la violazione del primo giudicato si traduce in un vizio della sentenza.” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006. p. 85).

decadência para interposição da ação rescisória deste último julgado meritório. Todavia, é sempre a última decisão que deve prevalecer.¹⁶⁶

Percebe-se que um ato posterior do Poder Judiciário, alterando o julgamento anterior, funciona como ato revogatório e substitutivo. Ao réu caberá denunciar a própria coisa julgada em primeira instância, no segundo processo, por petição simples ou em sede de contestação; poderá denunciá-la no Tribunal, seja em agravo, na apelação ou nos recursos excepcionais,¹⁶⁷ mesmo por simples petição ao relator do recurso; todavia, sobrevivendo o julgamento definitivo no sentido de alterar a coisa julgada anterior, não se poderá negar o efeito da coisa julgada operada no novo julgamento.¹⁶⁸ E isso pode até mesmo acontecer de forma consciente, por exemplo, quando o órgão julgador reconhece a relativização da coisa julgada.

O fundamento maior está no próprio cabimento da ação rescisória (art. 966, IV, do CPC/2015). O sistema processual civil positivado pressupõe a validade e a eficácia da segunda coisa julgada, tanto que, para serem retirados seus efeitos, desafiará a ação rescisória por ofensa à primeira coisa julgada. Assim, ausente a procedência em ação rescisória, a segunda sentença estará em plena vigência e vigor, substituindo a primeira sentença, sob a qual não mais incidem os efeitos da coisa julgada material.

Frise-se que, para a primeira sentença retomar os efeitos da coisa julgada, deverá ser procedente a ação rescisória. Nem se admite a oposição da primeira coisa julgada em impugnação de cumprimento de sentença.¹⁶⁹ Após o biênio, sem que tenha sido

¹⁶⁶ Conforme lição de Pontes de Miranda, de Dinamarco e de Talamini. Confirmam-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I, p. 1379; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. p. 160; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 155.

¹⁶⁷ Essa possibilidade é vista na prática. Vide a seguinte ementa: “recurso especial conhecido e decretada, de ofício, a nulidade tanto da segunda sentença proferida neste processo de execução quanto do acórdão recorrido, determinando-se, por conseguinte, o apensamento da execução ao processo de embargos, cuja apelação encontra-se pendente de julgamento perante o Tribunal de origem”. (STJ – REsp 1.195.441/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 24.08.2010, DJe 30.09.2010).

¹⁶⁸ Decorre a máxima silógica: premissa maior: a sentença ter força de lei (art. 503 do CPC/2015); premissa menor: lei posterior revoga a anterior, ante a existência de incompatibilidades ou regulamentação total da matéria de que tratava a anterior (art. 2º, § 2º, LINDB); conclusão: a sentença posterior faz lei entre as partes. Restou abrogada a sentença anterior.

¹⁶⁹ Atualizando-se nota de precedentes, verifica-se que a redação do art. 525 do CPC/2015 não contempla a espécie. Nem mesmo nos embargos (v.g., arts. 910, 917, 674) se poderá opor a primeira coisa julgada. “A redação do CPC [de 1973] não permite alargar a enumeração das matérias nele previstas para o cabimento de embargos à execução por título judicial, seja pela

ajuizada a ação rescisória ou, se ajuizada, não tendo sido procedente, restará imutável a autoridade da segunda coisa julgada e, por conseguinte, superada a primeira.¹⁷⁰

A sociedade está em franca evolução, e o Poder Judiciário também não foge disso. Pressupõe-se que a última coisa julgada seja visivelmente mais bem elaborada e adequada ao caso que as anteriores.¹⁷¹ Naturalmente, o órgão julgador deve se abster de julgar a mesma lide, todavia, se a julgar, então pressupõe a consciência de que haverá revogação da anterior. E, ainda, no caso em que houver uma outra lide dela derivada (isto é, subordinante), sendo afirmada em momentos distintos (contestação e réplica, por exemplo) a prevalência daquela que conforta melhor os interesses de cada parte, então o julgador deverá reconhecer como prevalente a última decisão de mérito acobertada pela coisa julgada material (i.e., que esteja em pleno vigor, não atingida pela substituição ou rescisão).¹⁷²

literalidade do dispositivo, seja porque a própria natureza do processo de execução veda a ressurreição dos temas já debatidos e decididos no processo de conhecimento, que sepultou as incertezas e conferiu à demanda a definitividade da jurisdição, seja, ainda, porque, como cediço, a execução se ampara em títulos dotados de certeza, liquidez e exigibilidade, sobre cujo direito já se operou coisa julgada.” (STJ – REsp 302.905/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.06.2001).

¹⁷⁰ No sistema processual brasileiro, a coisa julgada não é oponível na execução, conforme dicção do art. 525 do CPC/2015. Outra seria a resposta, caso no Brasil se adotasse a solução portuguesa. O art. 814º do Código de Processo de Portugal é enfático, na alínea *f*, em admitir como fundamento de oposição à execução baseada em sentença o “caso julgado anterior à sentença que se executa”. Nitidamente, a opção política é de prevalecer, naquele sistema, a primeira coisa julgada. Não obstante, se não denunciada na execução, também seguirá a execução da segunda sentença. É ônus da parte denunciar a existência da coisa julgada material. (Portugal – CPC aprovado pelo Decreto-lei n. 44.129, de 28 de dezembro de 1961, incluindo as modificações das reformas do Decreto-lei n. 76-A/2006, de 29/2003).

¹⁷¹ “Seria evidente contrassenso recusar-se eficácia à segunda sentença, depois de consumada a decadência, quando nem sequer antes disso era recusável a eficácia. A passagem da sentença, da condição de rescindível à de irrevocável, não pode, é claro, diminuir-lhe o valor. Aberraria dos princípios tratar como inexistente ou como nula uma decisão que nem rescindível é mais, atribuindo ao vício, agora, relevância maior do que a que tinha durante o prazo decadencial. Daí se infere que não há como obstar, só com a invocação da ofensa à coisa julgada, à produção de quaisquer efeitos, inclusive executórios, da segunda sentença, quer anteriormente, quer (*a fortiori!*) posteriormente ao tempo final do prazo extintivo.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. V, p. 224).

¹⁷² A doutrina alemã, nessa linha de pensamento, faz importantes destaques sobre a solução de processos no mesmo procedimento e sobre solução do mesmo processo na pluralidade de procedimentos. (ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 16. Aufl. München, 2004. p. 658).

Note-se, por fim, que no caso de existência da coisa julgada sobre a primeira sentença, e sobrevindo outra sentença, posteriormente acobertada pela coisa julgada, o ajuizamento da ação rescisória nem mesmo induz a sua procedência. Isso porque há exceções visíveis. O Poder Judiciário não poderá contrariar o interesse das partes nas questões patrimoniais; assim, é perfeitamente possível um acordo entre as partes, reconhecendo os efeitos da segunda sentença em que operado o trânsito em julgado, sem prejuízo de ser aplicada a teoria da relativização da coisa julgada.¹⁷³

2.7.4 Coisa julgada e sentença parcial de mérito ou decisão interlocutória de mérito – art. 356 do CPC/2015

Note-se que as atividades cognitiva e executiva “não se contêm necessariamente em compartimentos estanques: há casos em que elas se conjugam no mesmo processo”.¹⁷⁴ Aqui nos referimos às ações executivas *lato sensu*,¹⁷⁵ conforme previsão nos arts. 497 e 498 do CPC/2015, ações do rito especial, a exemplo das possessórias, bem como autorizações em leis esparsas, a exemplo da Lei das Locações.¹⁷⁶ Nessa mesma linha, acrescenta-se a complexa teia de possibilidades em face da tutela provisória – arts. 294 e ss. do CPC/2015. Assim, somam-se a certificação do direito e a sua efetivação em um mesmo processo.

Em substituição ao § 6º do art. 273 do CPC de 1973, a tutela provisória poderá fundar-se em “evidência” (art. 294 do CPC de 2015), quando, de tão claro o direito, havendo nenhum risco ou sendo de risco desprezível, e, ainda, em face de uma certeza ou quase certeza de direito, o julgador se convença de conceder a tutela pretendida, se cumulada com alguma das situações dispostas no art. 311 do CPC/2015.¹⁷⁷

¹⁷³ “A Constituição Federal estabelece no art. 5º, XXXVI, a intangibilidade da coisa julgada pelo legislador como uma das garantias fundamentais, tendo em vista o respeito ao princípio da segurança jurídica. A segunda sentença proferida em afronta a uma primeira coisa julgada, contra a qual não foi ajuizada ação rescisória, é juridicamente existente, constituindo um novo comando jurisdicional.” (STJ – REsp 604.880/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 11.06.2007, p. 347).

¹⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento. 22. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

¹⁷⁵ Com sustentação na lição de Pontes de Miranda, melhor seria denominar as ações executivas *lato sensu* simplesmente “executivas”. (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7).

¹⁷⁶ Lei n. 8.245/91.

¹⁷⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas pragmáticas... *RePro* 140/7. In: MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

Sob essa realidade, fundam-se algumas indagações. Pode-se falar em sentença parcial ou decisão interlocutória de mérito a implicar trânsito em julgado em tempos distintos em um mesmo processo? E se houver conflito entre as decisões, qual prevalece? No caso do julgamento antecipado parcial do mérito com base no art. 356 do CPC/2015 (pedido incontroverso), há execução definitiva? Analisemos então essas questões.

O atual conceito de sentença, previsto no § 1º do art. 203 do CPC/2015, já não possui o mesmo rigor de outrora para definir o cabimento recursal da apelação ou do agravo. Isso porque, no atual sistema, o conteúdo é que define a “sentença”, assim entendidas a decisão de mérito com base nas hipóteses do art. 487 do CPC e a decisão processual com fundamento em um dos incisos do art. 485 do CPC/2015.

Todavia, o julgamento antecipado parcial do mérito com base no art. 356 do CPC/2015 (pedido incontroverso) não produzirá a coisa julgada material.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹ Isso porque, seja qual for o grau de certeza que se confira ao direito, qualquer das hipóteses do art. 356 será sempre tutela antecipada, sujeita, portanto, à confirmação por sentença ao final do processo.¹⁸⁰

É somente essa sentença (diga-se, proferida ao final do processo de primeira instância) que, solucionado o mérito da causa, terá o condão de transitar em julgado, findos os recursos cabíveis ou os prazos recursais, nunca a decisão interlocutória.¹⁸¹

¹⁷⁸ Em sentido contrário: “O que se tem, repita-se, é uma cisão do julgamento do mérito, o que nos leva a considerar que, em verdade, o que se tem na hipótese é provimento que deve ser considerado como sentença parcial”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. III, p. 373).

¹⁷⁹ Também em contrário ao aqui defendido: opera-se a coisa julgada nas decisões consubstanciadas no art. 356 do CPC/2015, sendo admissíveis sentenças parciais. (MITIDIERO, Daniel. *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 47).

¹⁸⁰ Não há coisa julgada material nos casos da tutela em referência porque há um provimento judicial sobre parte do mérito, todavia sem a capacidade de pôr termo ao processo. Assim, conclui-se: “Melhor, portanto, a nosso sentir, manter o antigo e prestigiado princípio da unidade da sentença, cujo rompimento demandaria norma indubitosa... entendemos que a melhor solução... será manter sob o caráter de antecipação propriamente dita a antecipação de tutela das parcelas ou pedidos não contestados, portanto sem a formação de coisa julgada, subsistindo a possibilidade de sua alteração ou revogação na pendência da demanda. A decisão interlocutória será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 64).

¹⁸¹ “No direito brasileiro, a coisa julgada (material ou simplesmente formal – ao contrário do que pode parecer à vista do teor literal do art. 467 [do CPC/2015], que só àquela se refere) jamais se constitui enquanto a decisão comporte algum recurso, seja qual for. Esse ponto é importante

A tutela deferida com base no art. 356 do CPC/2015 tem natureza jurídica de decisão interlocutória de mérito, e não de sentença.

A sentença final que não mencionar o julgamento antecipado parcial do mérito, para confirmá-lo ou revogá-lo, desafiará embargos de declaração. A sentença é una e deve resolver o possível, em regra, nos limites do pedido do processo instaurado.

Portanto, é um equívoco falar em coisa julgada em sede de julgamento antecipado parcial do mérito. Assim, incabível será a ação rescisória com base nessa decisão, mesmo se proferida sob a égide do 356 do CPC/2015.

Outro equívoco é falar em conflito entre o julgamento antecipado parcial do mérito e a decisão de mérito definitiva. Isso porque esta última, como já se disse, pode confirmar o julgamento antecipado parcial do mérito e até mesmo revogá-lo, modulando os efeitos já produzidos. Naturalmente, a sentença final prevalecerá sobre o julgamento antecipado parcial, ainda que este tenha sido confirmado pelo tribunal em sede interlocutória.

Por derradeiro, anote-se que a execução da tutela antecipada é sempre provisória. O que se opera, quando deferida com base na incontrovérsia do direito, é o seu processamento como se definitiva fosse. Isso é assim porque na maioria das vezes não haverá a revogação da medida, mas a sua confirmação por sentença. Não fosse isso, não seria atingido o fim máximo da aceleração do processo com esteio na antecipação de tutela com base na incontrovérsia do direito.¹⁸²

2.7.5 A formação da coisa julgada contra terceiro

A coisa julgada atinge as partes, porque esse é o seu limite subjetivo.¹⁸³

para determinação da natureza da execução instaurável, por força de autorização legal, na pendência de recurso contra a decisão, inclusive do extraordinário. Tal execução é sempre provisória: arts. 521, 2ª parte, e 475-I (introduzido pela Lei 11.232).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 122).

¹⁸² “Portanto, e nesta linha, a tutela antecipatória do art. 273, § 6º [do CPC de 1973], é o único remédio capaz de evitar que o autor seja prejudicado, além da média usual, pelo tempo de demora do processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: a parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 157).

¹⁸³ “Vem do direito comum a regra de que a coisa julgada não pode prejudicar os terceiros: *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*. Mas, em função de exigências práticas, na mesma época, firmou-se o entendimento que levou a estender a coisa julgada a alguma categoria de

Sabe-se que o assistente litisconsorcial será atingido diretamente pela coisa julgada, pois é parte. O assistente simples não é atingido pela coisa julgada, mas sim pela preclusão. Isso porque a coisa julgada só atinge as partes que formulam pedidos, e o assistente não formula pedido algum, então não é atingido pela coisa julgada.

Notadamente a doutrina tem repetido a lição de que a coisa julgada é imune a quem não participou da lide, ou seja, não atinge terceiros.

O terceiro aqui tratado é aquele que não figurou no processo, mas que é qualificado como juridicamente interessado.

É esse terceiro juridicamente interessado que pode ingressar espontaneamente no processo como assistente.¹⁸⁴ Caso ele ingresse no processo, configurando-se a assistência simples (por exemplo, sublocatário na ação de despejo entre locador e locatário; o mesmo pode ocorrer em relação a sucessores da posse ou terceiros atingidos reflexamente por sentença penal com efeito civil), essa assistência será formal, não sendo parte sob o prisma material, porque ele não participou da relação jurídica de direito material. Todavia, em sendo assistência litisconsorcial (por exemplo, fiador na ação de despejo cumulada com cobrança entre locador e locatário; endossatário na ação de cobrança contra o devedor principal), ele se torna parte no sentido material também, devido a sua invariável participação na relação jurídica de direito material.

terceiros, admitindo-se que a sentença pronunciada entre os interessados principais também obrigasse os que tinham interesse secundário. O mais célebre tratadista da matéria foi Alexandre Tartagno, em seu comentário à Lei Saepe. (Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3ª edição brasileira, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 81 e ss.)... A rigor, o conceito de coisa julgada *secundum eventum litis* não tem a ver com os terceiros (sujeitos ou não à coisa julgada, como visto acima) mas diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se, ou não, de acordo com o resultado do processo. (...) [Trata-se da] possibilidade de transporte, *in utilibus*, da coisa julgada favorável relativa à sentença proferida na ação em defesa de direitos ou interesses difusos para as situações pessoais dos membros do grupo, categoria ou classe, podendo estes de imediato proceder à liquidação e execução da sentença, para efeito de reparação do dano, sem necessidade de processo de conhecimento.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo: RT, v. 2, out. 2010. p. 25).

¹⁸⁴ CRESCI SOBRINHO, Elicio de. Breve perfil histórico da assistência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 206, p. 351-357, abr. 2012. p. 352.

Naturalmente, esse terceiro poderia figurar como assistente litisconsorcial; mas, embora não tenha participado da lide, ele sofrerá consequências ou reflexos jurídicos¹⁸⁵ advindos da sentença.¹⁸⁶ A dúvida que se apresenta é se esse efeito seria decorrência da coisa julgada, se seria possível um terceiro ser atingido pela coisa julgada.

Em verdade, não se trata de efeitos da coisa julgada material. Opera-se apenas o efeito preclusivo no mesmo processo (coisa julgada formal), pois, por exemplo, o terceiro juridicamente prejudicado não poderá interpor o recurso cabível se escoado o prazo. Todavia, ser-lhe-á lícito discutir seus interesses em demanda própria, em processo de conhecimento. E isso não implicará ofensa à coisa julgada, porque se trata de relação subjetiva não julgada no feito extinto; será considerado fato novo, e a coisa julgada somente se opera nos limites do decidido. O que não foi decidido não poderá ser tratado como coisa julgada.¹⁸⁷

¹⁸⁵ “Nesse contexto, o terceiro que sofre em sua esfera jurídica efeitos reflexos decorrentes da decisão rescindenda, possui legitimidade para a rescisória enquanto terceiro juridicamente interessado. Tal é o caso daquele que poderia ter atuado no processo como assistente litisconsorcial; ou o substituído, quando tenha ocorrido a substituição processual.” (MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC doutrina selecionada*: v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 256).

¹⁸⁶ “Nosso Código de Processo Civil vigente [refere-se ao de 1973] encampa duas espécies de assistência: simples e a litisconsorcial. Ambos os institutos se acham colocados na lei após o litisconsórcio, tendo sido excluídos do capítulo relativo à intervenção de terceiros. Em verdade, quando se trata dos institutos de intervenção de terceiros há sempre uma pretensão desse terceiro ou formulada contra ele, sendo, portanto, não terceiro, mas parte. Como tal, será alcançado pela coisa julgada material que recairá sobre a decisão da sua lide, ou da lide que a ele disser respeito. Por outro lado, o assistente litisconsorcial, de acordo com o preconizado, pelo art. 54, do mesmo CPC, ou seja, considera-se litisconsorte da *parte principal*, é parte. Isto faz com que a colocação do instituto ao lado do litisconsórcio seja a mais indicada. Entretanto, o instituto da assistência simples em nada se assemelha ao litisconsórcio nem aos institutos tradicionalmente denominados de ‘intervenção de terceiros’. O assistente simples é o verdadeiro terceiro que ingressa em processo alheio. Não traz ele ao processo de conhecimento afirmação de direito sua nem contra ele é exercida qualquer pretensão. Se assim é, a coisa julgada material que recairá sobre a decisão da lide não atingirá, eis que a lide não lhe diz respeito, não é sua.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da assistência. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 3, out. 2011. p. 771).

¹⁸⁷ “O Código expressamente limita a extensão objetiva da coisa julgada ao julgamento da lide (art. 468 [do CPC de 1973]).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 29. ed., p. 187).

2.7.6 Perempção e coisa julgada

A sentença poderá se embasar no art. 485, inciso V, do CPC/2015, quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, forte no conhecimento de perempção, litispendência ou de coisa julgada. No caso de litispendência, a ação apta a ensejar a coisa julgada já está em curso, não havendo cabimento da ação rescisória. Todavia, na sentença que reconhecer a perempção ou a coisa julgada, então será vedado ao autor repropor a ação. Nesse caso, haveria cabimento da ação rescisória com base em sentença terminativa?¹⁸⁸ A resposta apresenta-se positiva.

¹⁸⁸ Conforme “Bernardo Pimentel Souza, em sua obra *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*: ‘a doutrina e a jurisprudência têm temperado *‘cum grano salis’* a cláusula legal ‘sentença de mérito, transitada em julgado’. Assim, na doutrina: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1991. p. 260-261, nota 3: ‘Em alguns casos, pode-se admitir a ação rescisória em se tratando de acórdão que, por equívoco, extingue o processo sob o fundamento de coisa julgada (CPC, art. 267, V), uma vez que, em tal hipótese, não há possibilidade de renovar-se a causa em primeiro grau, por força do disposto no art. 268 do CPC’. (...) De acordo ainda na doutrina: SIDOU, Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 19: ‘A expressão sentença de mérito deve ser tomada com reserva (admitindo portanto interpretação ampla), pois há casos em que o processo é extinto sem julgamento do mérito, e, quando menos por equidade, a ação rescisória deve prevalecer’. Em seu clássico *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, Pontes de Miranda defende que ‘não só as sentenças de mérito são rescindíveis’ (5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 144). Reitera o juriconsulto a tese em seus *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. VI, p. 162 e 166. Ainda em sentido semelhante: Humberto Theodoro Júnior. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I, p. 636. De acordo, na Jurisprudência: AR n. 1.501/RJ, 2ª Seção do TFR, unânime, relator Ministro Eduardo Ribeiro, in *Diário da Justiça* de 10 de abril de 1989, p. 5.004: Ação rescisória – impugnação de sentença que extinguiu o processo, a fundamento de existir coisa julgada. Embora não se trate de sentença de mérito, enseja ação rescisória já que inadmissível seja novamente intentada a ação (Código de Processo Civil art. 268)’. Também é muito elucidativa a ementa do voto vencedor declarado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: ‘Reconhecida a existência de coisa julgada, assim como de perempção e de litispendência, muito embora a decisão não seja de mérito, a ação não poderá ser renovada. Daí ser cabível a rescisória’ (p. 373). Ao meu julgar, excepcionalmente, a ação rescisória pode ser manejada para rescindir *decisum* transitado em julgado que não tratou de matéria de mérito, como no caso em epígrafe. Pelo panorama dos autos, negar o direito à ação rescisória é o mesmo que fechar os olhos para o preceito estatuído no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, pois mesmo ausente a tríplice identidade entre as ações ajuizadas, não é facultada à recorrida a propositura de nova demanda face o disposto no parágrafo único, do artigo 268, do CPC [de 1973]”. (Trecho do voto do Relator no REsp 395139/RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 07.05.2002, DJ 10.06.2002, p. 149).

Se a fundamentação¹⁸⁹ do julgado em que se objetiva a rescisão se der pelo conhecimento da perempção ou da coisa julgada,¹⁹⁰ à primeira vista, é de concluir que constitui sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, porque invariavelmente se enquadra no art. 485, V, do CPC/2015. E, ainda, de qualquer sorte, inexistiria decisão de mérito a ser objeto de rescisão, como exige o art. 966 do diploma processual civil de 2015. Com efeito, a decisão hostilizada nesses termos seria meramente terminativa, de caráter processual. Assim, não haveria decisão de mérito, conforme expressamente exigido pelo dispositivo processual supracitado, restando inviabilizada a pretensão rescisória.¹⁹¹ Essa seria uma conclusão sem aplicação de uma leitura sistêmica, restrita ao entendimento literal dos dispositivos envolvidos (arts. 485 e 966 do CPC/2015), passando ao largo do potencial da prescrição contida no art. 486 do CPC/2015.

Assim, a locução “decisão de mérito” na redação do art. 966, *caput*, do CPC/2015, possui abrangência mais alargada que o seu sentido literal,¹⁹² significa “sentença definitiva”, aí inclusas as sentenças cuja ação não se possa renovar, ainda que sem resolução de mérito, proferidas em processos que objetivariam

¹⁸⁹ “Viável o manejo de ação rescisória quando o objeto seja *decisum* que extinguiu o feito em razão de coisa julgada (art. 267, V, do CPC [de 1973]), em razão da impossibilidade de renovação da demanda.” (TJRS – Ação Rescisória 70026578492, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 19.10.2011).

¹⁹⁰ “Esta Corte vem mitigando o entendimento a respeito do cabimento de ação rescisória contra acórdão que extingue o processo sem julgamento do mérito, notadamente nos casos de alegação de coisa julgada.” (STJ – AR 1.220/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, julgado em 09.04.2008, DJe 28.05.2008).

¹⁹¹ “Mas, de acordo com a jurisprudência: – cabe rescisória contra acórdão ou sentença que extingue o processo, pela ocorrência de coisa julgada porque, embora não se trate de sentença de mérito, impede seja novamente intentada a ação (STJ – REsp 395.139/RS, 1ª Turma); o acórdão rescindendo havia confirmado sentença que decretara extinto o processo sob alegação de coisa julgada, mas esta não havia ocorrido.” (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 531-532).

¹⁹² “Para a qualificação das decisões como meritórias e, portanto, suscetíveis de rescisão, a análise apenas da linguagem concretamente utilizada mostra-se insuficiente, sendo imperioso perquirir acerca do verdadeiro conteúdo do ato decisório. Deveras, não obstante conclua o órgão julgador pela extinção do processo sem exame de mérito, sob indicação expressa de uma das hipóteses do art. 267 do CPC [de 1973], pode, de fato, ter incursionado no direito material, passando o *decisum* a projetar efeitos externamente ao processo, inviabilizando-se a rediscussão da matéria e legitimando o ajuizamento de Rescisória. Precedentes.” (STJ – REsp 666.637/RN, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 26.06.2006, p. 151).

efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais¹⁹³ ou executivos *lato sensu*, como ocorre nas hipóteses do inciso V do art. 485, do CPC/2015, exceto, por óbvio, o caso de litispendência.¹⁹⁴

Apesar da classificação como sentença terminativa (art. 485, V, do CPC/2015) e de que o mesmo diploma legal pondere que a sentença hábil à propositura da ação rescisória é apenas a “decisão de mérito”, na forma do art. 966, não se pode perder de vista que a decisão que reconhece a coisa julgada ou a perempção transcende os contornos do feito onde proferida, fazendo coisa julgada material, tendo em vista o disposto no art. 486 do CPC/2015.¹⁹⁵

No caso da coisa julgada, isto é, uma sentença que venha a reconhecer que houve julgamento de mérito anteriormente sobre a mesma lide, o autor não poderá promover nova ação contra o réu com o mesmo objeto. Da mesma forma, isso fica evidente na hipótese de perempção, pois, de acordo com o parágrafo único do art. 486, § 3º, do CPC/2015, com a reiterada repropositura da ação que culminar na terceira extinção do feito por abandono da causa por mais de 30 (trinta) dias, restará vedado ao autor promover outra ação com o mesmo teor. Essas situações (sentença que reconhece a coisa julgada ou que acolhe a perempção) equivalem ao julgamento de mérito, com trânsito em julgado. Daí ser razoável o cabimento da ação rescisória.

Conferir o contrário seria restrição fora dos parâmetros da ordem jurídica instituída, destoando de uma necessária leitura sistemática, que integra o processo, o direito material e os ditames constitucionais.

¹⁹³ “Exegese do art. 268, do CPC [de 1973]. A coisa julgada material perfaz-se no *writ* quando o mérito referente à própria existência do direito resta apreciado, por isso que a ação declaratória que repete a pretensão deduzida em mandado de segurança já transitado em julgado, nessa tese, deve ser extinta, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, V do CPC. Ação rescisória julgada improcedente.” (TJRS – Ação Rescisória 70038201034, 3ª Câmara Cível, Rel. Rogerio Gesta Leal, julgado em 24.02.2011).

¹⁹⁴ “O rigor da expressão ‘sentença de mérito’ contida na *caput* do artigo 485, do CPC [de 1973], tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência. O acórdão confirmatório de sentença que decreta extinto o processo sob alegação de incidência de coisa julgada, quando esta não ocorreu, é passível de reforma via ação rescisória. Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 395.139/RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 07.05.2002, DJ 10.06.2002, p. 149).

¹⁹⁵ *In verbis*: “Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito § 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. § 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito”.

Assim, não obstante a existência de posicionamento contrário,¹⁹⁶ entendemos que a vedação da repropositura da ação, seja por reconhecimento da própria coisa julgada antecedente, seja pela preempção, gera efeito da coisa julgada material e, assim, abre o cabimento da ação rescisória, uma vez preenchidos os demais requisitos legais.¹⁹⁷

2.7.7 Coisa julgada e prestações continuadas ou sucessivas

Como regra geral, a coisa julgada gera efeitos no presente, mas, sobretudo, no futuro, com a solução da lide em definitivo, pacificando as partes inclusive nas relações jurídicas continuativas.¹⁹⁸ Nestas, apenas se excepcionam os efeitos da coisa julgada material no caso de alteração no estado de fato ou de direito que ensejou a decisão. Isso porque o efeito da coisa julgada sobre as sentenças carrega implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*. Vale dizer, mantido o estado fático ao tempo da decisão, então resta preservada a consequente relação jurídica nela solucionada e vinculativa das partes. Tais assertivas são conclusão lógica dos arts. 323 e 505 do CPC/2015.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Não cabe ação rescisória de decisão terminativa, pois seu cabimento está restrito à “ressalva feita aos casos de coisa julgada e de preempção, perda do direito de renovar o processo (art. 268, *caput*, 1ª parte [do CPC de 1973])”. (ASSIS, Araken de. *Manual de processo de execução*, p. 1.186, 1.200 e 1.201).

¹⁹⁷ “De acordo com o art. 268 do CPC [de 1973], as sentenças terminativas, que reconheçam a existência de coisa julgada, preempção ou litispendência (art. 267, V), impedem a repropositura da ação. Há, pois, sentenças que embora se fundem no art. 267, adquirem *status* semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 3, p. 365).

¹⁹⁸ “Tratando-se, reconhecidamente, de prestações de trato sucessivo (homogêneas, contínuas, da mesma natureza, sem modificação unilateral), assemelham-se às despesas condominiais.” (TJSP – AI 1.111.105-0-5, Rel. Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 29.08.2007).

¹⁹⁹ “Art. 323. Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las. Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.”

Obviamente, essa questão se resolve suficientemente no âmbito restrito do exame das normas processuais infraconstitucionais, uma vez que não alcançam diretamente as garantias e princípios constitucionais previstos no art. 5º, incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal, pois tais dispositivos são afetados apenas reflexamente, não ensejando qualquer possibilidade de se sustentar pretensa violação de dispositivo constitucional, em caso de não ser reconhecida a excepcionalidade do tratamento das prestações sucessivas para efeitos da coisa julgada material.

Por outro lado, não há dificuldades em se admitir que a coisa julgada incida sobre as prestações futuras, continuadas ou sucessivas.²⁰⁰ E, *a contrario sensu*, é plenamente possível a revisão dos efeitos da coisa julgada operada sobre essas relações jurídicas continuativas ou sucessivas. Nos termos do art. 505, inc. I, do CPC/2015, bastará sobrevir modificação significativa daquela situação fática que motivou a decisão sob o manto da *res judicata*, modificação essa especialmente sensível ao direito, então será possível admitir a correção de tais prestações. Essa correção pode ser verificada a qualquer momento, desde que motivada com base em fundamentos implícitos, contidos na sentença ou com base em fato novo, isto é, aquele que não foi objeto de apreciação anterior pelo Poder Judiciário, nem mesmo implicitamente.

Para divisar esses casos, fixemos a corriqueira questão sobre a inclusão de juros legais nas condenações em sentença. Não obstante compor o direito sucessivo, é amplamente reconhecida a sua inclusão nos cálculos, mesmo não explicitada na decisão judicial meritória.²⁰¹ Trata-se de direito sucessivo implícito,

²⁰⁰ Ora, se há mudança na situação fática (por exemplo, mutações do binômio necessidade-possibilidade, positivada no art. 401 do CC), então sob esse prisma não se operou a coisa julgada. Não foi esse o fato que ensejou a decisão que restou sob o manto da coisa julgada. A lide geneticamente modificada deve ter tratamento de nova lide, pode naturalmente ser apreciada pelo Judiciário; não se trata de novo julgamento, mas de apreciação primeira. Não se pode modificar o que não foi objeto de apreciação. Todavia, o art. 15 da vigente Lei de Alimentos (n. 5.478, de 25 de julho de 1968) encampou ideia diversa, *verbis*: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”. Ainda, em sentido contrário, a doutrina firma entendimento de que as sentenças sobre alimentos não são hábeis a alcançar o *status* de *res iudicata* material, quando muito, apenas formalmente transitam em julgado. (LOPES DA COSTA. *Manual elementar de direito processual civil*. 3. ed., 1932, p. 217).

²⁰¹ Nesse sentido, colaciona-se um aresto em que se reconheceu o direito aos juros, ainda que omissa a decisão exequenda, *in verbis* destacado trecho do voto condutor do acórdão: “Não se poderia cogitar de ofensa à coisa julgada, que determinara a incidência dos juros, porque as parcelas deixariam, então, de ser iguais, de ter o mesmo valor. A moratória constitucional

sempre que houver uma sentença condenatória, e sua correção, por cálculos nos autos, não ofenderá a coisa julgada.²⁰²

O processo civil há de realizar a efetividade da tutela jurisdicional com economia processual. Assim, estão inclusas na sentença condenatória essas prestações de trato sucessivo (*v.g.*, juros moratórios e compensatórios), durante todo o percurso da duração da obrigação. Veja-se que a possibilidade de inadimplemento de qualquer dessas prestações não exigirá a nova petição inicial para conhecimento, por ser desnecessária tal providência, ante o direito já reconhecido. O credor acessará diretamente a via executiva, com base no título executivo judicial formado pela sentença.²⁰³

permitiu, por evidente, a exclusão dos juros, a estabilização ou consolidação do valor da dívida e o alongamento de seu perfil, sem ofensa à coisa julgada. Como dito em parecer do Prof. E Min. Eros Grau, ‘... não será necessário, no caso, qualquer esforço de relativização da coisa julgada para que se dê essa expulsão. Pois só pode ser relativizado o que foi absoluto. E coisa julgada inconstitucional, porque incompatível com a regra constitucional, jamais terá sido, é óbvio, dotada desse caráter’. Ela se faz – a coisa julgada – obediente e nos termos da lei vigente. Inviável, pois, o parcelamento da dívida em dez prestações sucessivas e iguais sem excluir os juros, moratórios e compensatórios. De rigor, assim, o provimento ao recurso para que novo cálculo seja feito, conforme acima explicado”. Assim, por maioria de votos deram provimento ao recurso, vencido o terceiro juiz. (TJSP – Agravo de Instrumento 990.10.0274 84-8-Brotas – 10ª Câmara de Direito Público, Voto n. 9.673, Relator Urbano Ruiz, julgado em 28.06.2010, public. 08.07.2010).

²⁰² “Em um Código que persegue a economia processual, repito, procurando não ensejar o surgimento de demandas em profusão, não podia faltar a regra inserida no art. 290 [do CPC de 1973]. (...) Ao sentenciar, o Juiz incluirá na condenação as prestações que, vencidas no curso da demanda, não tenham sido pagas ou consignadas pelo devedor, enquanto, é claro, subsistir a obrigação. Mas não fica assim limitado o dispositivo. A lei diz que a sentença incluirá na condenação as prestações, enquanto durar a obrigação. Vale dizer que a obrigação abrangerá, inclusive, as prestações futuras, que se vencerem após a sentença e ao trânsito em julgado desta. (...) Incluída na sentença a condenação às prestações de trato sucessivo futuras, assim compreendidas a expressão enquanto durar a obrigação, o eventual inadimplemento de uma delas, posteriormente ao trânsito em julgado, não exigirá a propositura de nova ação, por isso que se fará desnecessário novo processo de conhecimento. Simplesmente, procederá o credor à execução pela prestação não paga, fundando-a naquele título judicial (sentença condenatória), nos precisos termos do artigo 584, I, do CPC.” (PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976. p. 191-194).

²⁰³ Nesse sentido: “Inexiste julgamento *extra petita* se a decisão é proferida em conformidade com a postulação inicial, como se observa no caso. Ademais, à luz do artigo 290 do Cód. Pr. Civil [de 1973], as prestações vincendas consideram-se implícitas no pedido, devendo ser incluídas na condenação, se não pagas, enquanto durar a obrigação, independentemente de pedido” (STJ

O mesmo se diga quanto às prestações que vencerem durante o curso da demanda, seja no pagamento de prestações alimentícias ou em matéria de reajuste de prestações mensais (por exemplo, pagamento de proventos a servidores ou contratos de médio e longo prazo para fornecimento de produtos e serviços). A inclusão de parcelas vincendas na execução é normalmente permitida.²⁰⁴

Tratando-se de prestações sucessivas, o direito a realizar se refere a repercussões patrimoniais mensais, renovando-se a lesão a cada pagamento divergente com o valor correto. Natural que o fato de haver pagamento não obsta ao renascimento periódico do direito ao pagamento correto das parcelas vincendas,²⁰⁵ porém é preciso ficar atento ao prazo prescricional, que não se conta do direito em si reconhecido na sentença, mas a partir do vencimento de cada uma das prestações periódicas.

Todavia, quando se tratar de alteração fática, com pretensão de alteração do valor da condenação para o futuro, então haverá necessidade de ajuizamento de ação autônoma revisional. A ação revisional é autônoma e deve ser distribuída perante o juízo de primeiro grau, salvo se se tratar de competência originária dos Tribunais. Seja como for, o ajuizamento da ação revisional também não ofenderá a coisa julgada.

A coisa julgada, por óbvio, não recai sobre o fato novo, porque não apreciado na decisão acobertada pela coisa julgada.

Nessa esteira, é permitida a alteração do julgado. E isso não ofende a coisa julgada, pois, mantida a situação fática e de direito, a coisa julgada prevalece. O fato novo, por sua vez, pode produzir outra decisão, que, antes de infirmar a coisa

– REsp 671.428/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 03.05.2005, *DJ* 23.05.2005, p. 286). *Vide* também: “Execução. Parcelas vincendas. Pedido implícito. Art. 290 do CPC [de 1973]. O aresto recorrido está em consonância com o entendimento de ambas as Turmas da Segunda Seção, no sentido de que nas relações de trato sucessivo incluem-se no pedido as obrigações vincendas, devendo constar no processo executivo” (STJ – AgRg no REsp 751.044/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, julgado em 17.06.2010, *DJe* 03.08.2010).

²⁰⁴ “Constitui-se em favor do credor um título executório de trato sucessivo, isto, é, sentença condenatória que o habilita a executar o devedor, não só quanto às vencidas, no que ela é um título executório idêntico a todas as outras sentenças condenatórias, como, por igual, em relação às que vieram a se vencer, futuramente, se não satisfeitas no tempo e nas condições fixadas.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao CPC*. 7. ed., renovada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. III, p. 240).

²⁰⁵ *Vide* Acórdão 70042840256 de Tribunal de Justiça do RS, 3ª Câmara Especial Cível, 5 de julho de 2011.

julgada anterior, em verdade, melhor atende ao direito e à justiça no caso submetido à jurisdição. Só se admite a revisão ou a adequação para atender à própria característica da relação continuativa. A revisão é a única maneira com que se cumprirá a própria coisa julgada, como critério de justiça, diante da particularidade do caso.²⁰⁶

2.7.8 Concomitância de embargos de terceiro e recurso do terceiro

A coisa julgada pressupõe a dedução de todos os fundamentos, ainda que não debatidos. Há um efeito de absorção do deduzido e do dedutível, ainda que não alegado. Então seria possível, quando improcedentes os embargos de terceiro e com trânsito em julgado, posteriormente o embargante interpor recurso de terceiro prejudicado, sobre a mesma matéria, contra a sentença proferida na ação principal? A resposta, em regra, é negativa, porém comporta exceção.

Note-se que os embargos de terceiro possuem natureza de ação de conhecimento, e, nesse âmbito, se a improcedência se deu em função do mérito da causa, então a decisão estará apta a produzir a coisa julgada material e somente por ação rescisória poderá ser desconstituída.²⁰⁷

Embora seja controversa a superação da coisa julgada pela oposição de matéria de ordem pública,²⁰⁸ não se pode negar essa possibilidade residual, a exemplo

²⁰⁶ “Liebman, contestando a construção de Carnelutti no sentido de que a imutabilidade da sentença não decorre do seu caráter imperativo, mas sim da função declarativa, o que excluiria a imutabilidade das sentenças dispositivas, pôs em relevo que, de certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente, a cláusula ‘rebus sic stantibus’, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente, que se tenham em conta fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença (...) Não que com isto se pretenda alterar a coisa julgada mas, ao contrário do que poderá parecer, ao primeiro impacto da proposição, para respeitá-la. A coisa julgada formou-se diante de certos fatos. Se estes já não subsistem, ou se foram modificados, a revisão do julgado se impõe para que a sentença tenha o conteúdo (sentido) que teria se aqueles fossem os fatos que circundavam a relação jurídica ao tempo em que foi proferida a sentença.” (PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975. v. 3, p. 588 e 590).

²⁰⁷ Conforme precedente, *verbis*: “Cumprimento de sentença. Embargos à adjudicação rejeitados liminarmente. Rediscussão da matéria. Preclusão consumativa. Coisa julgada. Cerceamento de defesa não verificado. Sentença mantida. Por unanimidade, negaram provimento ao apelo”. (TJRS – Apelação Cível 70050008838, 15ª Câmara Cível, Relator Angelo Maraninchi Gianakos, julgado em 05.12.2012)

²⁰⁸ Em um caso em que foi proposta a exceção de pré-executividade para suscitação da nulidade da citação no processo de conhecimento, o TJSC não acolheu a pretensão do suscitante ao

da alegação de bem de família para afastar a constrição do bem, sendo possível sua apreciação e reapreciação em sede de instância ordinária, e, via reflexa, pode-se atingir a modificação do julgado. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre quando o magistrado admite o processamento de uma ação, determina a citação e, depois, revendo melhor, acaba por reconhecer a falta de pressuposto processual necessário para o processamento da ação, vindo a extinguir o feito sem julgamento de mérito. De fato, as matérias de ordem pública não se sujeitam à preclusão para o magistrado.²⁰⁹

argumento de que “não é concedido à parte o direito de reabrir discussão de matéria já decidida e agasalhada pela coisa julgada, tendo em vista a incidência do instituto da preclusão. A coisa julgada material evidencia-se pela preclusão máxima, porquanto tal eficácia, conferida à sentença de mérito transitada em julgado, vincula as partes e os demais órgãos julgadores à matéria apreciada por decisão judicial, impedindo-se assim a reanálise do tema, ainda que se refira à questão de ordem pública”. (TJSC – Apelação Cível 2011.077988-6, Relator Juiz Saul Steil, julgado em 10.01.2012, public. 13.02.2012).

²⁰⁹ Nesse sentido, a seguinte ementa: “O fato de o magistrado, num juízo exordial, admitir o processamento da ação ou deferir pedidos de habilitação não o impede de, posteriormente, verificando a impropriedade formal da ação ou do deferimento de habilitação, rever seu pronunciamento inicial enquanto o processo estiver pendente de julgamento, uma vez que, inserida a questão no âmbito das matérias de ordem pública (mais precisamente dos pressupostos processuais subjetivos), não há que se falar em preclusão para o juízo, que poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (somente com algumas exceções, no caso das instâncias extraordinárias), reanalisar as questões que estejam abrangidas pelas já citadas questões de ordem pública. É o que se depreende da leitura do disposto no art. 267, § 3º, do CPC [de 1973], segundo o qual: ‘O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI’. 2. Que não se alegue, no caso dos autos, a previsão contida no art. 471 do CPC, isso porque, consoante a valiosa opinião de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, RT, 10. ed., 2007, p. 704): ‘A norma proíbe a redescisão de questão já decidida no mesmo processo, sob o fundamento da preclusão (coisa julgada formal). As questões dispositivas decididas no processo não podem ser reapreciadas pelo juiz. As de ordem pública, por não serem alcançadas pela preclusão, podem ser decididas em qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição (não em RE ou REsp). Pela mesma razão, pode o juiz rededir as questões de ordem pública já decididas no processo. O ‘caput’ do dispositivo comentado impede que o juiz, no mesmo processo, decida novamente as questões já decididas. As exceções são, na verdade, aberturas para a redescisão em outro processo.’ – grifos acrescidos. Precedentes desta Corte no mesmo sentido: REsp 1.254.589/SC, Rel. Ministra Nancy Andrigli, 3ª Turma, julgado em 20.09.2011, *DJe* 30.09.2011, e REsp 1.175.100/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 05.04.2011, *DJe* 13.04.2011”. (STJ – EDcl na Ação Rescisória 3.286/SC, 2005/0049337-S3, 3ª Seção, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 27.06.2012, *DJe* 09.08.2012).

Assim, se nos embargos de terceiro for afastada a impenhorabilidade do bem, por não se enquadrar na definição de “bem de família”, portanto, determinada a penhora do bem, a mesma matéria poderá ser renovada em sede de recurso de terceiro, desde que com sustentação em novas provas. Perceba-se que o mais provável é que aconteça o contrário, na inversão da utilização dos instrumentos impugnativos processuais, acessando o recurso antes da ação autônoma. Assim, uma decisão em recurso de terceiro pelo não reconhecimento do bem de família e a nova arguição em sede de embargos de terceiro, que, uma vez que possibilita uma dilação probatória mais alargada, melhor atende aos anseios da ampla defesa e contraditório, pode e deve viabilizar o conhecimento da matéria de fundo. Não se trata de acesso a uma nova via para os mesmos elementos probatórios já apreciados, mas de outra via, que possibilite a complementação com novas provas.²¹⁰

Nessa última hipótese, à primeira vista, poder-se-ia argumentar que o juízo de primeiro grau seria incompetente para apreciar a matéria que já foi julgada pelo tribunal, em sede recursal. Todavia, ante a possibilidade de provas novas, não apreciadas naquela sede, a competência para conhecimento dos embargos de terceiro é mesmo do juízo de primeira instância. Não se trata propriamente de caso julgado.

Nesse particular, observe-se que o trânsito em julgado não abrange os fatos não apreciados, pois a questão de ordem pública faz enfraquecer a força de aplicação, *in casu*, do princípio da segurança jurídica para alinhar-se ao princípio da inafastabilidade da lesão para apreciação do Poder Judiciário.

Em verdade, a primeira decisão está acobertada pelo manto da coisa julgada material, opera os efeitos da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, permanecendo as mesmas circunstâncias em que fora proferida, nada de novo tendo a ensejar uma melhor análise, não se poderá produzir nova decisão sobre o mesmo fato já decidido.²¹¹ Todavia, o trânsito em julgado material não adere e não alcança a

²¹⁰ Em sentido contrário, pelo reconhecimento da ocorrência da preclusão consumativa, que impede o reexame da matéria de ordem pública, confira-se a seguinte ementa: “Diante do exposto, comporta reforma a decisão agravada, a fim de que se restabeleça a penhora efetivada nos autos, ante a verificação da preclusão consumativa que impede a rediscussão dos termos da decisão de fls. 300/301 (329/330-TJ). Pelo exposto, e forte nas razões acima, dou provimento ao recurso para o fim de reformar a decisão agravada e restabelecer a penhora efetivada nos autos, afastando a alegação de impenhorabilidade do bem de família, o que faço com fulcro nos artigos 471, 473 e 557, § 1º-A, todos do Código de Processo Civil [de 1973]”. (TJPR – Agravo de Instrumento 9.454.264/PR, Decisão Monocrática, Relator Hayton Lee Swain Filho, integrante da 15ª Câmara Cível, julgado em 10.08.2012, public. 15.08.2012).

²¹¹ Logo, impõe-se o reconhecimento de que “não cabe, nessa fase executacional, rediscutir matéria já julgada por sentença (...)”. (TJSC – Apelação Cível 2008.082131-2/000000, de Tubarão. Relator

apreciação de novos fatos, que, ao se enfrentar sua apreciação, produzirá nova decisão desvinculada das razões de decidir anteriormente lançadas.²¹²

2.7.9 A questão do agravo pendente após sentença

O natural seria que a sentença fosse produzida após o julgamento de todos os agravos pendentes. Na prática, pode ocorrer o contrário, uma sentença exarada antes do julgamento de agravo de instrumento já distribuído no respectivo Tribunal. Nessa hipótese, na ausência de interposição de apelação, ou sendo esta não conhecida ou desprovida, não havendo outros recursos pendentes além do agravo mencionado, poder-se-ia cogitar do trânsito em julgado da decisão de mérito? A resposta é negativa; não ocorre o trânsito em julgado antes do julgamento do último recurso, ainda que seja agravo de instrumento atinente a uma questão processual passível de regularização posterior.²¹³

A própria definição de coisa julgada material invoca a ausência de recursos pendentes ou cabíveis, sem a qual não há o trânsito em julgado, nem mesmo formal. Somente não ocorreria essa situação se houvesse a desistência expressa do

Vanderlei Romer em 04.05.2009). A “coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Ocorre a coisa julgada quando se reproduz ação idêntica a outra que já foi julgada por sentença de mérito de que não caiba mais recurso. (...) Proferida sentença, que tenha efetivamente julgado o mérito, de que já não caiba mais recurso, ocorre a coisa julgada material”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 686-687).

²¹² Note-se que a alteração fática é o fundamento plausível para nova decisão. Por exemplo, decidido em primeira instância pela impenhorabilidade do imóvel e pela inexistência de fraude à execução, se o recurso for parcial, apenas versar sobre a fraude e obter êxito para nulidade da decisão neste capítulo, restará inviável o afastamento posterior da garantia prevista na Lei n. 8.009/90, reconhecida *in concreto* na parte não impugnada da decisão, porquanto operada a preclusão quanto à matéria já decidida, ressalvada apenas a hipótese de alegação e comprovação de mudança na situação fática de residência do devedor. Nesse sentido é o precedente do STJ. (Cf. REsp 976.566/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 04.05.2010).

²¹³ Tanto é assim que nossos tribunais reconhecem certa autonomia do agravo interposto, possibilitando a execução do julgado ou obstá-lo, veja-se a ementa: “A sentença superveniente não prejudica o agravo de instrumento interposto contra decisão que concede ou indefere tutela antecipada. 2. A tutela prevista no art. 273 do CPC [de 1973] não antecipa simplesmente a sentença de mérito, antecipa a própria execução dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada”. (TRF4, AG 2009.04.00.033656-0, 4ª Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DE 11.03.2011).

recurso de agravo de instrumento pelo recorrente, caso em que, como seria o único recurso pendente e exaurido o cabimento de demais recursos, então, apenas após essa condição operar-se-ia o trânsito em julgado material da sentença de mérito. Não vale como desistência expressa a mera não interposição da apelação pelo recorrente do agravo de instrumento, posto que o recorrente já manifestou seu desejo da impugnação pela interposição do agravo, e deve seguir seu normal processamento e julgamento.²¹⁴⁻²¹⁵

A interposição do agravo de instrumento obsta a formação da coisa julgada material, e a eficácia da decisão de mérito será integrada com as modificações que advierem do acórdão.²¹⁶

Isso porque “a sentença proferida durante o processamento do agravo de instrumento cede ao que for decidido neste, ainda que o recurso tenha sido recebido no efeito meramente devolutivo”.²¹⁷ “O efeito devolutivo do agravo de instrumento, interposto contra o despacho saneador, faz com que a sentença, proferida na causa, fique com sua eficácia condicionada ao desprovimento do agravo, no que concerne às questões nele ventiladas.”²¹⁸ Todavia, no caso de agravo de instrumento desprovido de efeito suspensivo, a sentença poderá ser executada, ainda que em caráter provisório.²¹⁹

²¹⁴ Ainda, colhe-se a seguinte ementa: “Sentença. Ausência de apelação. Agravo de instrumento pendente de julgamento. Inexistência de coisa julgada. – A interposição de agravo de instrumento impede a preclusão da decisão impugnada, ficando a eficácia da sentença condicionada ao desprovimento daquele recurso. Situação peculiar à espécie. Recurso conhecido, em parte, mas negado provimento”. (REsp 258.780/ES, Rel. Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 20.05.2003, DJ 15.12.2003, p. 314).

²¹⁵ Em sentido contrário aponta a doutrina: a não interposição da apelação é comportamento incompatível com a vontade de recorrer (parágrafo único do art. 1.000 e art. 1.015, ambos do CPC/2015), podendo ser considerado tal ato renúncia ao recurso de agravo. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 356).

²¹⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 180.

²¹⁷ Vide: REsp 167.218/RS, Relator Ministro Ari Pargendler. Carreira Alvim também faz afirmação similar: “Portanto, mesmo que sobrevenha sentença de mérito antes do julgamento do agravo e dela não seja interposto apelo, o agravo de instrumento, como recurso autônomo (diferentemente do agravo retido) pode ser julgado pelo tribunal e, se provido, tolher a eficácia de todos os atos posteriores ao ato impugnado, mesmo a sentença, se a sua base lógica coincidir com a que tenha servido de suporte à decisão reformada”. (*Revista Forense*, v. 303, 1988. p. 349).

²¹⁸ RTJ 91/320.

²¹⁹ “Coisa julgada. Inocorrência. Eficácia condicionada ao desprovimento do agravo. Certo que o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo, podendo o feito prosseguir. A sentença de

2.7.10 Assistência, ausência de intimação e trânsito em julgado

A assistência, forma de intervenção espontânea, ocorre com o ingresso do terceiro na relação processual já existente, consoante previsão nos arts. 119 a 124 do CPC/2015, admitindo-se duas espécies: a simples ou adesiva (aquele que tem relação jurídica com apenas uma das partes; por exemplo, sublocatário na ação de despejo entre o proprietário e o locatário) e a litisconsorcial ou autônoma (o terceiro tem relação jurídica tanto com o autor como com o réu; por exemplo, condômino na ação que visa suspensão dos efeitos de ata de assembleia; sócio quotista na ação que visa anulação de deliberação social); em qualquer delas se exigirá o interesse jurídico do terceiro no objeto da lide para sua admissão e ingresso processual.²²⁰

Terceiro é todo aquele estranho ao processo, que não faz parte da relação jurídica processual originariamente instaurada entre o autor e o réu, ou seja, quem não é parte.²²¹ Por sua vez, o interesse jurídico do terceiro fica patente quando ele é titular de relação jurídica que possa ser reflexamente prejudicada pela decisão potencialmente projetada para regulação da lide entre o assistido e a parte contrária. Perceba-se que o terceiro poderá ingressar no processo em qualquer

mérito proferida no processo, entretanto, fica com sua eficácia condicionada, não constituindo nem mesmo o trânsito em julgado causa obstativa ao julgamento do agravo.” (STJ; REsp 28.137; Rel. Ministro Hélio Mosimann, julgado em 10.11.1993.) No mesmo sentido: STJ; REsp 182.562/RJ; Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, julgado em 27.04.1999.

²²⁰ “Prevista no art. 54 do CPC [de 1973], a assistência litisconsorcial é excepcional, diferenciando-se substancialmente da assistência simples. A principal diferença entre essas duas espécies de assistência diz respeito à natureza da relação jurídica controvertida apta a permitir o ingresso do terceiro no processo como assistente. Na assistência litisconsorcial o terceiro é titular da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo, portanto, diretamente atingido em sua esfera jurídica pela decisão a ser proferida. Dessa forma, o assistente litisconsorcial tem relação jurídica tanto com o assistido quanto com a parte contrária, afinal todos eles participam da mesma relação de direito material, diferente do que ocorre no litisconsórcio simples, no qual não há relação jurídica do assistente com o adversário do assistido. Importa também se ter presente que o exemplo típico de assistente simples se dá quando em ação de despejo ingressa o sublocatário para auxiliar o réu. Já na assistência litisconsorcial, “promovida demanda judicial por um dos sócios para anulação da assembleia, os demais sócios poderão intervir no processo como assistentes litisconsorciais, considerando-se que também são titulares do direito discutido. O mesmo ocorre na hipótese de apenas um condômino estar sozinho em juízo defendendo o bem em condomínio, admitindo-se a intervenção dos demais condôminos, que também são titulares do direito discutido no processo, como assistentes litisconsorciais.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, 4. ed., p. 222- 223).

²²¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 45.

tempo e graus de jurisdição, recebendo o processo no estado em que se encontrar por ocasião de sua admissão. Como regra, a coisa julgada não atinge o assistente simples, pois a lide discutida não lhe pertence, entretanto atinge o assistente litisconsorcial, pois este é aquele que poderia ser parte desde o início da lide e não foi, sendo verdadeira hipótese de formação de litisconsórcio ulterior.²²²

Ora, se o assistente simples, muito embora admitido nessa qualidade no processo, vier a não ser intimado dos atos decisórios no processo, poder-se-ia pensar que não haveria maiores prejuízos, porquanto o assistente simples não será atingido pela coisa julgada. Todavia, não se pode excluir a atuação do assistente já admitido no processo, por motivos simplistas. O assistente tem direito de atuação processual, muito embora esteja auxiliando o assistido, e esse direito deve ser preservado, sob pena de inutilizar o instituto. Mais necessária ainda é a intimação do assistente litisconsorcial, que será atingido pela coisa julgada e, caso não intimado regularmente, haverá igualmente a nulidade do julgado.²²³

O magistrado deve zelar pelo bom andamento do processo, todavia, embora lamentável, ainda acontecem casos de omissão de intimação do assistente do teor de todos os atos decisórios no processo em que fora admitido.

²²² “É controvertida na doutrina brasileira a natureza da intervenção prevista no artigo em comento. Alguns a caracterizam como uma hipótese qualificada de assistência; outros, como uma intervenção litisconsorcial ulterior. No primeiro caso, o assistente ‘litisconsorcial’ não se submete à coisa julgada, estando suscetível tão somente à justiça da decisão (art. 55, CPC [de 1973]); no segundo, apanha-o a coisa julgada, porque parte no processo (art. 472, CPC). A assistência ‘litisconsorcial’ é uma hipótese inequívoca de intervenção litisconsorcial ulterior, não podendo de modo nenhum ser considerado um caso de assistência. Tanto é assim que só se legitima a participar do processo como assistente ‘litisconsorcial’ aquele que pode participar como parte (STJ, REsp 26.845/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 25.10.1994, DJ 05.12.1994, p. 33.561). É fundamental para sua legitimação que o assistente ‘litisconsorcial’ afirme em juízo uma relação jurídica de que seja titular e que figure no outro polo o adversário do assistido. Ao ser admitido no processo, adere ao pedido formulado pelo ‘assistido’. A situação do assistente ‘litisconsorcial’ será objeto da eficácia direta da sentença, formando-se sobre o conteúdo da sentença a coisa julgada. Sendo parte no processo, não se lhe aplicam os arts. 52, 53 e 55, CPC, que disciplinam tão somente a atuação do assistente simples. O assistente ‘litisconsorcial’ é parte no processo, constituindo-se com seu ingresso em juízo um litisconsórcio ulterior.” (MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2010. p. 138).

²²³ “Na assistência litisconsorcial, os efeitos da sentença entre as partes principais afetam virtual e inexoravelmente a relação jurídica do assistente litisconsorcial, com o adversário do assistido, se este perder a ação, e, pois, a sua situação jurídica, o que significa que o assistente litisconsorcial também a terá perdido, e tal ocorrerá, se não tiver ingressado no processo, igualmente.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 11. ed., p. 130).

Dada a legitimidade para recorrer que tem o assistente, a ausência de sua intimação da sentença impediria o trânsito em julgado material? A resposta é positiva. O assistente requererá a devolução do prazo para recorrer e a nulidade dos atos decisórios posteriores ao ato em que restou ausente a devida publicidade. Se deferido o requerimento nesses moldes, o recurso será interposto pelo assistente para impugnar a decisão que, agora se aperfeiçoa, retomando a publicidade e devolução do prazo recursal. Se indeferido, também seguirá recurso, mas com objetivo processual, para que o Tribunal reconheça a nulidade dos atos posteriores e devolva o prazo ao assistente. Não fosse isso, o direito de exercer a assistência seria tolhido, isto é, negado processualmente.

Aliás, não há diferenciação sob esse aspecto, tanto para assistência simples como para assistência litisconsorcial, pois em qualquer das modalidades de assistência o assistente terá legitimidade para apresentar o recurso.²²⁴

Por óbvio, a falta de intimação do assistente impede o trânsito em julgado da sentença de mérito como um todo, e o trânsito em julgado material, mesmo para as partes, somente ocorrerá com a última decisão proferida no processo.²²⁵

²²⁴ Com base no art. 966, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015, o recurso pode ser interposto pelo terceiro juridicamente interessado. O assistente é esse terceiro, qualificado por seu ingresso no feito. Assim, “todo aquele que poderia ter sido assistente, tanto litisconsorcial como simples, pode recorrer como terceiro interessado. Se estiver no processo, como assistente, recorrerá como assistente”. (PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. O terceiro recorrente. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 15, n. 59, p. 27-46, jul./set. 1990. p. 46).

²²⁵ “Endossamos a forma de classificação sugerida por Donaldo Armelin segundo a qual os terceiros são: a) totalmente indiferentes à sentença proferida em processo alheio; b) atingidos de fato, pela sentença; c) atingidos juridicamente, mas não alcançados pela coisa julgada; d) atingidos pela própria coisa julgada. As duas primeiras categorias de terceiros não são protegidas pelo direito, na medida em que não há, à sua disposição, uma via por meio da qual possam atuar, ingressando no processo alheio, mesmo porque, no primeiro caso, nada há a ser defendido ou protegido, porque aqueles terceiros são total e completamente estranhos ao litígio, em todos os sentidos. Já, no segundo caso, de natureza meramente fática são os efeitos prejudiciais ao terceiro, decorrentes da sentença. Este grau de atingimento não foi, pois, alçado à categoria de jurídico, e, por opção do legislador ou, seja, por razões de política legislativa, não são tutelados. Já as duas últimas têm, ao seu dispor, meios para defender os seus direitos passíveis de serem atingidos (interesse = perspectiva de prejuízo) ou já atingidos (prejuízo) por decisão proferida em processo alheio. Os terceiros atingidos pela coisa julgada são, no regime do CPC de 1973, o substituído, nos casos de substituição processual, a respeito de que já se comentou, os sucessores, a que se refere o art. 42, § 3º, e também os terceiros, que teriam sido litisconsortes facultativos, em caso de litisconsórcio unitário, mas que não tomaram parte no processo desde o início. (...) Assis Moura transcreveu, na íntegra, parecer de Santos Estanislão, a respeito da caracterização do interesse do terceiro que pode recorrer em processo alheio. Diz Santos Esta-

Deve ser garantido o direito do assistente de funcionar, não apenas de maneira figurativa, mas com os direitos processuais inerentes à demanda e ao polo assistido.

Uma vez escoado o prazo recursal da parte, como é de acontecer nos casos da espécie, o assistente deve atravessar petição simples ao juízo proferidor da decisão, informando a omissão de sua intimação e requerendo a devolução do prazo para recorrer. Se os autos já estiverem no Tribunal, em função da apelação proposta por outra parte, a questão deverá ser analisada pelo relator, cabendo petição simples ou reclamação, conforme o que dispuser o regimento interno do respectivo Tribunal. Ainda, sem prejuízo, o assistente poderá propor diretamente o recurso cabível, informando em preliminar a tempestividade em função da ausência de intimação.

Dessa forma, não se pode negar-lhe o direito de recorrer por força de omissão de intimação. O terceiro “desavisado” representa afronta ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, inquinando de nulidade de todos os atos praticados posteriormente à omissão, obstando o trânsito em julgado da decisão.²²⁶

nislão que o interesse que pode ter um terceiro no processo pendente entre A e B só pode ser uma de suas espécies, ou *ad adjuvandum* ou *ad excludendum*. O interesse *ad adjuvandum* liga-se à circunstância de a decisão poder ser executada contra o terceiro, ou à circunstância de este ficar sem poder exercer algum direito seu. Só este terceiro, e não aquele cujo interesse é *ad excludendum* pode recorrer em processo alheio. Como exemplo, cita Santos Estanislão no caso de um legatário que apela da decisão de procedência proferida numa ação anulatória de testamento. O testamento é o título de seu legado, e, anulado este, sucumbe seu direito. Condenado um dos herdeiros por dívida do *de cujus* podem os outros apelar, pois esta sentença pode também ser executada em seu patrimônio. No recurso do terceiro deve este, em princípio, defender o direito da parte, para assim indiretamente, lograr que seja defendido, mediatamente, direito seu. Seu direito ‘pode ser comum com o da parte vencida, ou com este de tal modo conexo, que possa a sentença ser contra ele executada’ (GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. Saraiva: São Paulo, 1985. p. 391 e 400) ou, ainda, pode a sentença tornar impossível o exercício de um direito seu.” (PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. O terceiro recorrente. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 7, out. 2011. p. 389).

²²⁶ Como já dito, o assistente litisconsorcial é parte no processo. Assim, “a existência de um modelo legal de procedimento a ser seguido, constitui garantia para as partes, pois não se pode admitir que o Estado realize a atividade jurisdicional arbitrariamente. O procedimento deve ser atendido, portanto, sob pena de nulidade dos atos por violação do devido processo legal. O respeito à forma do ato processual é, pois, requisito de validade do processo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 3, out. 2011. p. 985).

Em suma, o assistente deve ser intimado de todas as decisões, e, diante da omissão equiparada à ignorância ou desconhecimento do pleito de habilitação do assistente, caso não tenha sido intimado, deverá ser suscitada a nulidade dos atos praticados após a omissão. As nulidades absolutas podem ser arguidas a qualquer tempo, porque os atos nulos não devem gerar efeitos processuais, e, se gerado algum efeito, então o julgador deverá providenciar o retorno ao *status quo ante*. Assim, não há como alegar a ocorrência de trânsito em julgado material ante a ausência de intimação do assistente.²²⁷

2.7.11 Trânsito em julgado na insuficiência de provas

Sabe-se que no processo coletivo e no processo penal, com prevalência das matérias de ordem pública, a sentença que nega o pedido exarado na inicial ante a improcedência por falta de provas é decisão de mérito, contudo não transita em julgado. A falta de provas é marcada quando a parte deixa de apresentar elemento concreto e essencial, geralmente consistente em documento, e que era indispensável para a solução do mérito; mas nem por isso poderá ser prejudicado o direito com traços coletivos (a coisa julgada não se opera). Ainda assim, questiona-se se todas as sentenças cíveis proferidas em processo civil individual, uma vez ocorrendo a extinção do processo por insuficiência de provas²²⁸ (invariavelmente julgado improcedente o pedido, e, por consequência, julgado extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015), estarão sujeitas ao trânsito em julgado material? A primeira resposta é que, tratando-se de sentença de mérito, a coisa julgada material há de ocorrer, entretanto a questão comporta respostas diferentes, a depender das circunstâncias e da matéria envolvida.

Por exemplo, no caso de ação de improbidade administrativa a resposta é negativa, pois, além do âmbito probatório, processual portanto, adere a questões de ordem pública também o próprio direito material discutido (isto é, o Direito Administrativo rege-se predominantemente por normas jurídicas cogentes, e, no âmbito do direito público, só é lícito fazer o que a lei permite; o descumprimento dessas normas leva à ocorrência de nulidades); nesse sentido, não haverá trânsito em julga-

²²⁷ A lei processual vincula o procedimento que, uma vez não sendo cumprido, representa um distanciamento do dever-ser e acaba por redundar em nulidade. (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 374).

²²⁸ Aliás, “cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 362).

do material na sentença que deixa de condenar o réu por falta de provas.²²⁹ Quiçá julgamento de competências diferentes, em regra, não se faz o aproveitamento do julgado.²³⁰ Revela-se, a toda prova, a ocorrência de inaptidão (deficiência) do suporte fático para a produção dos efeitos ditados pela própria norma jurídica.

Nova prova²³¹ poderá ensejar o ajuizamento de nova ação judicial cível, com a apreciação de mérito e o trânsito em julgado material. Anote-se, ainda, que as jurisdições cível e criminal são independentes, podendo ocorrer absolvição por insuficiência de provas no criminal e condenação com efeitos civis, e vice-versa, salvo sentença penal condenatória para efeitos cíveis, que fará coisa julgada material e será considerada título executivo no foro civil (art. 515, inc. VI, do CPC/2015).²³²

Tudo isso se coaduna com suporte no art. 16 da Lei n. 7.347/85 e nos incisos do art. 103 do CDC, que explicita que a improcedência da ação por insuficiência de prova não surte efeitos da coisa julgada, por falta de suporte em elementos evidentes quanto aos fatos alegados.

Note-se que, para o trânsito em julgado, não se faz imprescindível que o juiz diga expressamente que a prova é suficiente ou insuficiente. Frise-se, não se faz necessário explicitar a falta de provas como motivação para improcedência. Importa apenas, para efeito de caracterização do julgamento com critério na ausência de provas

²²⁹ “A sentença proferida em ação civil pública por improbidade administrativa que julga improcedente o pedido por ausência de provas não faz coisa julgada material, não vinculando os demais órgãos da administração pública.” (TJDFT – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 20120020180650, Relator Sergio Rocha, 2ª Turma Cível, julgado em 05.09.2012, public. 02.10.2012).

²³⁰ Nesse sentido é o seguinte precedente: “a decisão proferida pela Justiça Eleitoral não tem o condão de produzir efeitos de coisa julgada em sede de ação de improbidade administrativa avariada junto à Justiça Comum, porquanto o mesmo fato pode violar normas de ramos distintos do ordenamento jurídico, merecendo a respectiva punição em cada âmbito violado, razão pela qual, não se mesclando as competências de uma e outra Justiça, não há coisa julgada a afastar a possibilidade de julgamento do feito de improbidade administrativa na Justiça Estadual”. (TJMG – Apelação Cível 1.0313.09.270139-7/001, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 12.08.2010, public. 16.09.2010).

²³¹ Em linhas gerais, são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas, em especial os praticados sob o manto da incompetência, com vício de forma, eivados de ilegalidade do objeto, que não declinem claramente os motivos ou que obrem em desvio de finalidade; sendo que o atendimento de tais figuras, *a contrario sensu*, é o que determina os pressupostos de validade desses atos (Exegese do artigo 2º da Lei n. 4.717/65 – Ação Popular).

²³² “Sentença criminal absolutória, por insuficiência de provas. Independência das esferas cível e penal.” (TJRS – Apelação Cível 70025388968, 21ª Câmara Cível, Relator: Francisco José Moesch, julgado em 27.10.2010).

contundentes, que do contexto da sentença se retire a razão do desacolhimento da pretensão, ou seja, que do exame enfrentado e desenvolvido sequencialmente se possa extrair seguramente que a decisão foi proferida por consequência da lacuna probante. Isto é, basta que fique ressaltada, ainda que por interpretação implícita, a conclusão do magistrado, em seu convencimento no julgamento por falta de provas.

Sabe-se que o *onus probandi* recai na pessoa do autor.²³³ Não se desincumbindo do ônus da prova, não resultará a formação da coisa julgada *erga omnes*. Visou o legislador não tornar definitiva uma situação que chegou ao resultado lançado não raramente por desídia, incompetência, descuido, desinteresse e até mesmo má-fé daquele que, em dado momento, assumiu a importante posição de autor. Ademais, não se inviabiliza que, no curso do processo, o autor seja convencido, ou induzido, ou corrompido, mediante compensação, e conduza os destinos da ação para um resultado justamente contrário ao objetivado na petição inaugural da lide. Para tanto, entre outros artifícios, revela-se intencionalmente competente na demonstração das provas e ao rebater os argumentos da parte contrária.²³⁴

Por outro lado, há coisa julgada material na improcedência por insuficiência de provas em matéria cível de natureza disponível. Isso porque, se o próprio direito discutido é renunciável, então o princípio que rege esse processo civil não é o da verdade real, e sim o da verdade formal.

Nesse caso, incumbirá à parte que alega o ônus de produzir as provas que entender cabíveis, não sendo caso de cerceamento de defesa a ausência de apresentação em juízo do documento que detém qualquer das partes.

Ademais, quando oportunizada à parte a devida instrução probatória, tendo sido devidamente intimada para que indicasse as provas que pretendia produzir, não o fazendo, permanecendo inerte ou afirmando não possuir interesse, tem-se, então, a renúncia do direito processual de produção da prova.

A improcedência, nesses moldes, revela decisão de mérito a ensejar o trânsito em julgado não apenas formal, mas material.²³⁵ Nem poderia ser diferente, pois

²³³ “O *caput* do art. 373 assegura a regra clássica de atribuição do ônus da prova: ao autor, cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito (...)”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 350).

²³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 250-251.

²³⁵ Como ilustração desse pensamento, *vide* os seguintes arestos: “Apelação cível. Ação de indenização. Processo civil. Coisa julgada. Improcedência por falta de provas. Julgamento de mérito. 1. Há julgamento de mérito quando o pedido é julgado improcedente por insuficiência de pro-

estamos em um sistema que admite inclusive o julgamento de mérito com valoração por presunção diante dos demais elementos probatórios (art. 341, *caput*, do CPC/2015). Em verdade, nesses casos, não há um elemento de prova contundente, porém a presunção acaba por completar o poder de convencimento do julgador.²³⁶

2.7.12 Nulidade de citação e trânsito em julgado

É pressuposto da coisa julgada a citação do réu, sem a qual não se forma nem mesmo a relação processual.²³⁷ O vício de citação só pode ser sanado se o réu, embora haja sua citação irregular, compareça espontaneamente para se defender. Excetuada essa hipótese, o vício será insanável.

Assim, verifica-se que a sentença de mérito somente transita em julgado para aquele que foi citado no processo, todavia é preciso diferenciar a citação nula da inexistente. Pode-se estudar um processo em que houve ausência de citação ou outro em que houve a citação, mas esta foi realizada com vício. Aqui estudamos a segunda hipótese, a de citação existente, porém viciada, portanto nula.

A ausência total de citação (inexistência) é impugnável pela ação declaratória de inexistência do processo ou por petição simples, mas não desafiará ação

vas e, por tal razão, após o trânsito em julgado da sentença, há coisa julgada material e não apenas formal. 2. Se a ré formulou, em outra ação, pedido para que fosse declarada a única proprietária do imóvel que ocupa e se tal pleito foi julgado improcedente por falta de provas, não pode, sob pena de ofensa à coisa julgada material, reapresentá-lo em reconvenção”. (TJPR – AC 0143745-0, 5ª Câmara Cível, Relator Eduardo Sarrão, julgado em 07.12.2004, DJ 14.02.2005, p. 6806). “Impõe-se reconhecer a existência de coisa julgada quando já houve ação idêntica pleiteando indenização com base nos mesmos fatos, movida contra a mesma parte. Ação extinta nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Apelação desprovida.” (TJRS – Apelação Cível 70051265155, 9ª Câmara Cível, Relatora Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 12.12.2012).

²³⁶ “Presume-se culpado o condutor do veículo que, proveniente de via secundária, ingressa em via preferencial, envolvendo-se em acidente de trânsito com veículo que nesta última trafegava. Conjunto fático-probatório a indicar que era o táxi da ré que transitava pela via preferencial, estando os autores a sair da via secundária. Apelo desprovido.” (TJRS – Apelação Cível 70039445937, 12ª Câmara Cível, Relator Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 13.12.2012).

²³⁷ “‘Sujeitos do processo’ é expressão ampla que quer compreender todo aquele que participa do processo. Tanto os sujeitos parciais (as partes e os terceiros intervenientes) como os imparciais (o juiz e os seus auxiliares)”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138).

rescisória.²³⁸ Vale dizer, a citação (art. 238 do CPC/2015) é o pressuposto processual de existência, enquanto a citação válida é pressuposto processual de validade. Aqui nos importa a citação existente e inválida, ou seja, superado o pressuposto processual de existência, verifica-se um processo em que tem uma citação, contudo ela foi processada ou obtida irregularmente.²³⁹

Nesse contexto, o fato de se reconhecer que a sentença de mérito transita em julgado para aquele que foi citado no processo não implica a validade ou invalidade da citação. Para ocorrer a coisa julgada, deve haver a citação, seja válida ou não.²⁴⁰ É a simples existência formal da citação que implica a aptidão para que o processo produza decisão capaz de atingir o trânsito em julgado.

Em outras palavras, independentemente da efetiva participação ou de regularidade no procedimento citatório do réu, a citação preenche o pressuposto processual de existência, capaz de produzir a coisa julgada material.

Após o prazo em que passa a sentença de mérito ao trânsito em julgado, são várias as possibilidades em que se admitirá a desconstituição da sentença. A correção dessa falha poderá ser iniciada por embargos à execução (art. 910 do CPC/2015) e,

²³⁸ “Nesses casos (de decisões proferidas em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa), a decisão está contaminada por vícios transrescisórios.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 2, p. 317).

²³⁹ “Se o móvel da ação rescisória é a falta de citação de confrontante (ora autor), em ação de usucapião, a hipótese é de ação anulatória (*querela nullitatis*) e não de pedido rescisório, porquanto falta a este último pressuposto lógico, vale dizer, sentença com trânsito em julgado em relação a ele. Precedentes deste STJ. (REsp 62.853/GO, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.08.2005). 2 – Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido para decretar a extinção do processo rescisório sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC [de 1973]).” (STJ – REsp 1.108.848, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador Convocado do TJ/RJ, DJ 07.04.2011).

²⁴⁰ A citação nula é a realizada em desacordo com a lei. Apesar de nula, produz coisa julgada material e, logo, poderá ser objeto de rescisória. Note-se que a citação é uma das mais elevadas manifestações do princípio constitucional do contraditório, que se encontra diretamente ligada à cláusula processual do devido processo legal (*due process of law*, art. 5º, LIV, da CF). Todavia, há quem defenda que, na falta (inexistência) ou na nulidade de citação, não se forma a coisa julgada, pois seria, em qualquer dos casos, processo sem a citação, portanto inexistente, veja-se a esse respeito a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Há, porém, vícios fundamentais que inutilizam o próprio processo, como relação processual, a exemplo da falta ou nulidade da citação. Nesse caso o defeito não é sanado pela preclusão da coisa julgada porque para se formar a *res iudicata* é indispensável a existência de um processo válido, e sem a citação regular, ou sem o comparecimento do réu que a supre, não se pode sequer cogitar de processo”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. v. I, p. 57).

ainda, por exceção de pré-executividade (art. 803 do CPC/2015). Essas modalidades de ataque à coisa julgada são excepcionalidades admitidas em face da matéria de ordem pública (inserida na previsão do inciso IV e § 3º, ambos do art. 485 do CPC/2015).

Ainda, a correção do vício decisório obrado pela citação irregular também poderá ser feita por ação rescisória (art. 966, V, do CPC/2015), pois a citação irregular invariavelmente viola literal disposição de lei. Anula-se a sentença (pedido rescindente), todavia o rejugamento da causa fica inviável (pedido rescisório), por óbvio, pois a parte deve participar do processo, possibilitando o contraditório sobre o mérito.²⁴¹ E, para isso, é prescindível a apresentação de irresignação prévia à ação rescisória, isto é, aquele citado irregularmente normalmente não fez nenhuma intervenção no processo rescindendo, e isso não representará óbice ao processamento da ação rescisória, pois nela se faz o cotejo entre o fato julgado e o texto legal.²⁴²

Conclui-se, assim, que a sentença transitou em julgado, formal e materialmente, e necessitará de uma decisão que lhe retire a validade e eficácia, sob pena de seguir com sua força em pleno vigor.

2.7.13 Alteração da sentença pelo magistrado e preclusão

O juiz prolator da decisão não poderá alterá-la, operando-se, via de regra, a preclusão *pro judicato*.²⁴³ Com efeito, uma vez tenha o magistrado proferido julgamento de alguma questão, seja de mérito ou não, há muito se repete que estará

²⁴¹ Nesse sentido é a seguinte ementa: “Ação Rescisória. Utilização como meio excepcional de impugnação. Nulidade de citação caracterizada. Decretação de ofício da nulidade dos atos processuais posteriores à citação. Possibilidade. I – Admite-se a rescisória como meio excepcional de impugnação para o reconhecimento da nulidade absoluta de atos processuais, em razão da nulidade da citação ocorrida nos autos, inclusive da sentença rescindenda, malgrado não seja esta hipótese contemplada pelos incisos do art. 485, do CPC [de 1973]. II – Verificando-se que não houve a utilização de todos os meios existentes para a obtenção do endereço da requerida na ação de cobrança, para fins de citação e, ainda, que a citação por edital não observou todas as formalidades estabelecidas pelo inciso III do art. 232, do CPC, impõe-se o reconhecimento da nulidade da citação, bem como de todos os atos processuais posteriores. Decretada a nulidade da citação e atos posteriores no processo de origem. Pedido Rescisório prejudicado”. (TJGO – Ação Rescisória 262986-63.2012.8.09.0000, Rel. Desembargador Carlos Alberto Franca, 1ª Seção Cível, julgado em 06.02.2013, *DJe* 1243 de 14.02.2013).

²⁴² Essa é uma leitura possível que se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos”. (STF – Súmula 514, 03.12.1969, *DJ* 10.12.1969, p. 5932; *DJ* 11.12.1969, p. 5948; *DJ* 12.12.1969, p. 5996).

²⁴³ “A preclusão *pro judicato* direciona-se ao julgador, de modo que a ele é vedado rever suas decisões por convicções próprias sem o respaldo legal para tanto (preclusão consumativa) ou

exaurida a jurisdição, ficando impedido o órgão prolator de retomar o decidido. Operar-se-ia a preclusão²⁴⁴ consumativa para o juiz a partir da publicidade dada à decisão, já com o encarte dela nos autos, pois restaria vedado ao magistrado, *sponte propria*, alterar decisão interlocutória ou sentença. Essa é a lição repetida nos manuais.²⁴⁵

As exceções que admitem alteração do teor da decisão pelo próprio magistrado prolator, além das hipóteses advindas da alteração via recursal (por exemplo, arts. 494, II, e 1.022, II, ambos do CPC/2015), são aquelas pontualmente previstas na legislação. Para ilustrar, citemos as alterações decorrentes do exercício do juízo de retratação (arts. 331, *caput*, e 332, § 4º, do CPC/2015) ou as hipóteses combinadas dos arts. 494 e 505 do CPC/2015,²⁴⁶ em atuação

ainda agir de modo ilógico no decorrer do feito (preclusão lógica), exceção feita às matérias de ordem pública. No curso do processo, as questões decididas de forma incidental geram a impossibilidade de, no futuro, virem a ser rediscutidas ou reapreciadas. O sistema processual possui freios e claramente impõe limites também ao juiz quanto à possibilidade de retificação e de alteração de suas decisões. Como expõe Antonio Vital Ramos de Vasconcelos, em prol da segurança do direito, a lei cerceia novo julgamento da mesma questão pelo mesmo magistrado. A finalidade maior da atuação jurisdicional não seria atendida de forma adequada se a sistemática legal permitisse infundáveis contramarchas no processo, com o retorno às fases já ultrapassadas, para a rediscussão de questões já anteriormente apreciadas e decididas.” (SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira de. A preclusão *pro judicato* na determinação de provas e a “limitação” do poder instrutório do juiz – art. 130 do CPC. Comentários ao REsp 345.436-SP. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo: RT, v. 4, out. 2011. p. 1215).

²⁴⁴ Há referência da doutrina sobre o sistema processual americano e os efeitos preclusivos dos julgamentos. Assim, colhe-se: “this field of law has two main components: (i) claim preclusion (or, in older terminology still in widespread use, *res judicata* in its narrow sense), which bars reassertion of the same claim; an (ii) issue preclusion (in the older terminology, direct or collateral stoppel), which bars relitigation of the same issue, whether it arises in connection with the same claim (direct stoppel) or a different claim (collateral estoppel)”. (MARCUS, Richard L.; ROWE JR., Thomas D. *Civil procedure*. Chicago: Gilbert Law Publishing/Thompson West, 2007. p. 485).

²⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 151.

²⁴⁶ Nesse sentido: “locação de imóvel – ação de despejo – contestação juntada aos autos após publicação da sentença – requerimento para anulação da sentença indeferido – posterior pedido de reconsideração – preclusão? Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la para corrigir erro material ou de cálculo, ou por meio de embargos de declaração – Inadequação da via eleita pelo réu – Recurso cabível na hipótese não manejado – Agravo não provido”. (TJSP – AI 0487516-47.2010.8.26.0000-SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator Antonio Benedito Ribeiro Pinto, julgado em 20.01.2011, DJ 03.02.2011).

provocada, mas não se deve descartar a atuação *ex officio*.²⁴⁷ Notadamente, a possibilidade de reconsideração passaria por esse afunilamento da necessidade de previsão legal.²⁴⁸

Nesses termos, não há nenhuma novidade quanto ao erro material, pois pode ser sanado a qualquer tempo, sem que seja caracterizada qualquer ofensa à coisa julgada, mormente porque a correção do erro constitui parte da função jurisdicional. Essa é a leitura do art. 494, I, do Código de Processo Civil de 2015, que admite alteração de decisão pelo próprio órgão prolator em hipóteses de correção de inexactidões materiais ou retificação de erros de cálculo ou erro material.²⁴⁹

Também quanto às decisões interlocutórias, nenhuma novidade. É corriqueira em nossos tribunais a hipótese da comunicação da retratação advinda de juiz de primeira instância, seguindo-se a declaração de agravo de instrumento prejudicado.²⁵⁰

²⁴⁷ “O juiz pode, a qualquer tempo, sob prudente discricção, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado.” (STJ, REsp 5.268, rel. Ministro Athos Gusmão Carneiro, 4ª Turma, v.u., DJ 11.11.1991). No mesmo sentido: “Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade comercial de fato c/c prestação de contas – Exercício do poder instrutório – Inteligência do art. 130 do CPC [de 1973] – Ausência de prejuízo – Recurso improvido. O fato de a magistrada entender que é efetivamente necessária a produção da prova oral requerida pelo agravado não significa que, por si só, haverá a imposição de prejuízo, tendo em vista a possibilidade atribuída a ela de reconsiderar sua decisão, determinando a realização daquela prova ou de quaisquer outras que se fizerem precisas ao deslinde da questão, se assim entender. É nesse sentido o entendimento de nossos doutrinadores: ‘pode o juiz, a qualquer tempo, sob prudente discricção, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a realização de prova pericial, ou reconsiderar anterior decisão que a havia dispensado’ (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, in *Código de Processo Civil comentado*, 3. ed., nota 8, p. 439). Saliente-se, de qualquer modo, que nenhum gravame sofreu o agravante com a r. decisão agravada, o que impede se acolha a pretensão recursal.” (TJSP – AI 0207593-53.2010.8.26.0000/SP, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Octavio Helene, julgado em 15.03.2011, public. 29.03.2011).

²⁴⁸ VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de. O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais. RT 616/18, São Paulo: RT, 1987. p. 19.

²⁴⁹ “Erro material verificado em relação ao período rural comprovado. Decisão parcialmente reconsiderada para dispor sobre o tempo de serviço rural.” (TRF3 – Apelação Cível 41.225/SP 0041225-05.2010.4.03.9999, 9ª Turma, Relator Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, julgado em 03.12.2012).

²⁵⁰ “Interposto agravo de instrumento contra decisão que posteriormente foi objeto de juízo de retratação, há a perda do objeto da insurgência. Recurso prejudicado.” (TJSP – AI 0199735-34.2011.8.26.0000/SP, 17ª Câmara de Direito Público, Rel. José Roberto Furquim Cabella, julgado em 28.02.2012, DJ 02.03.2012).

Mas seria o mesmo raciocínio aplicável à sentença? Parece que sim, desde que marcada pela excepcionalidade na qual o magistrado surpreenda a ilegalidade ou injustiça que cometera.

O julgador frequentemente se vê refém do volume de trabalho a que está submetido, e existem situações em que o juiz é levado a proferir uma determinada decisão, em algumas vezes devido mais à habilidade do advogado, e, logo depois, verifica-se que, à luz da legislação vigente, não foi a melhor solução para o caso, sendo autorizada a reconsideração a bem da justiça.

Em verdade, é mais fácil aceitar que, enquanto a matéria não for devolvida ao órgão *ad quem*, pode o magistrado alterar a decisão proferida. Todavia, uma primeira barreira deve ser transposta: a preclusão para o juiz não deve ocorrer quando a decisão for impugnada via recursal e o recurso for recebido pela instância superior, operando-se o efeito devolutivo. É equivocada a afirmação de que desse ponto em diante a jurisdição não estará mais com o magistrado, porque a jurisdição é una e ainda há exceções legais, podendo o magistrado se retratar em sede de recursos. E essa “verdade” não se limita aos casos legalmente reconhecidos como de retratabilidade, conforme já visto em linhas acima, mesmo em sede recursal. É que tais hipóteses não se comportam em *numerus clausus*, mas *numerus apertus*.

Notadamente, mesmo o processo em que já preparado pelo cartório para remessa da apelação ao Tribunal, poderá ser chamado à conclusão pelo magistrado e, então, ser anulada a decisão e proferida nova sentença ou, ainda, anulada a decisão e determinado o regular prosseguimento do processo.²⁵¹ Muitas vezes não

²⁵¹ E essa conclusão já se encontra encartada em julgado da 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de São Paulo e confirmada pelo TRF da 3ª Região. Em reintegração de posse formulada pela INFRAERO, foi expedida ordem liminar. A ré informou nos autos os requisitos do art. 40 do Código Aeronáutico (Lei n. 7.565/86), pedindo a revogação da medida, o magistrado simplesmente ignorou o pedido, tendo expedido o mandado e o oficial de justiça, ato contínuo, compareceu na sede da ré com o mandado de reintegração. Era uma empresa de 30 anos no Campo de Marte, dedicada a hangaragem, não podendo se estabelecer em outro local livremente, dado o objeto e clientela. A INFRAERO concedeu por acordo para desocupação. Foi juntado o acordo nos autos e revogada a liminar por sentença. A INFRAERO procedeu rapidamente nova licitação e negou a participação da concessionária ré no certame. Dentro do prazo de 15 dias a ré alegou coação irresistível para assinar o acordo em apelação, pedindo a nulidade do acordo e, tendo em vista a insubsistência da liminar, o recurso foi recebido no duplo efeito. A autora se insurgiu por simples petição, informando que já havia licitado para terceiros o hangar e que necessitava dar a posse ao novo licitante vencedor. O juiz revogou a sentença, revogou o recebimento da apelação, determinou seu desentranhamento, fundamentou que a ré obrou em litigância de má-fé, induzindo o Juízo em erro. A liminar foi revigorada e a reintegração

haverá prejuízos maiores ao apelante, pois parcela do apelo poderá estar atendida na nova decisão e, em não se conformando, poderá interpor novo recurso, podendo requerer o desentranhamento da guia de custas e proceder à restituição do valor, na forma da lei, se for o caso. O juiz está a serviço da justiça e não deve contrariar as suas convicções.²⁵²

A justiça não deve ser adiada, mas ministrada o quanto antes, sendo que o direito deve albergar quem seja o seu titular, cabendo a quem se achar prejudicado recorrer, e não o contrário. Prejuízo maior será fazer alguém com direito esperar pela reforma recursal. E que não se aleguem defesas de nulidade processuais, pois o efeito da instrumentalidade deve orientar o afastamento do rigorismo processual exagerado em face do nítido direito material.²⁵³

Então não há, em verdade, uma regra de preclusão absoluta para o magistrado, incumbido que é de realizar a justiça.

Diante desses fundamentos, ousamos discordar da máxima que informa que ocorreria a preclusão consumativa para o magistrado, com relação às suas decisões, seja de mérito ou não. As instâncias ordinárias são a sede da justiça das decisões. Assim, ao invés de ser reprovável, é salutar para manutenção da justiça, ainda que seja por última análise, via retratação. E se o novo julgado meritório for, porventura, equivocado, restarão muitos argumentos para o sucumbente

de posse foi cumprida. Logo em seguida, nova sentença, agora com extinção de mérito pela procedência integral. Os agravos e a tutela recursal em nova apelação não foram suficientes para reverter a decisão que, no fundo, se pautou pelos critérios de Justiça. Esse é um caso bem ilustrativo que ocorreu na Justiça Federal Paulista. (TRF3 – AC 2008.61.00.018220-5, n. CNJ: 0018220-79.2008.4.03.6100 e AI 2009.03.00.028604-8, n. CNJ: 0028604-34.2009.4.03.0000 – Número de origem: 2008.61.00.018220-5, 16ª São Paulo-SP, 2ª Turma, Des. Fed. Nelton dos Santos, julgado monocrático 26.08.2009).

²⁵² A preclusão, nesses casos, cede lugar ao princípio do livre convencimento motivado do magistrado. Aliás, “não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 17).

²⁵³ O juiz deve ocupar papel ativo no processo. Nesses termos, “o direito processual moderno procura equilibrar a aplicação do princípio inquisitório na instrução processual, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e de um tratamento da causa que conduza a decisão conforme o direito subjetivo material, realizando justiça. É preciso abandonar a ideia de um comportamento desinteressado do juiz, tradicionalmente conformado este com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. O entendimento contrário constitui expressão da publicização do processo no tempo presente”. (BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios d juiz*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103 e 129).

conseguir a imediata suspensão do julgado, todavia tais hipóteses tendem a ser muito bem estudadas, o que minimiza o erro judiciário e, conseqüentemente, as possibilidades de reforma, uma vez que trilha, invariavelmente, o caminho da busca de uma melhor justiça da decisão.²⁵⁴

Em conclusão parcial, sempre que o magistrado vislumbrar, desde logo, ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, a retratação deve ser ministrada no caso. Assim como o ato administrativo novo e a lei nova, a decisão nova revoga a anterior, e não há maiores óbices a que essa revogação se dê por decisão do magistrado de primeira instância.

A nova sentença proferida substitui a anterior e é a última decisão que se sujeita ao trânsito em julgado material. De igual forma, não haverá trânsito em julgado da sentença declarada nula. A nova decisão que anular a sentença exerce o efeito substitutivo da decisão anterior e abre a possibilidade da produção de futura nova sentença. Vigê o princípio da livre convicção do juiz, e, se diante de caso já em sede recursal, bastará o órgão julgador comunicar ao órgão *ad quem* sobre a nova decisão, para que reconheça a perda do objeto recursal.²⁵⁵

Logicamente, o magistrado deverá se pronunciar em novo julgamento no processo; não poderá fazê-lo se já tiver remetido os autos ao tribunal e não dispuser de processo “sob sua vara” para refazimento do julgado. Sem prejuízo, poderá aguardar a finalização recursal e, diante de hipóteses excepcionais, realizar novo julgamento.²⁵⁶

²⁵⁴ A teoria da possibilidade de relativização da coisa julgada material independentemente do uso da ação rescisória já é uma realidade entre nós, nos estreitos casos de sua admissão, sendo tema “intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais, obviamente atinge a filosofia do direito, configurando uma das principais questões jurídicas ainda sem solução ideal. Trata-se precisamente da tensão existente entre a facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança”. (MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Relativizar a coisa julgada material? *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 6, out. 2011. p. 829).

²⁵⁵ “A sentença nula não precisa ser rescindida. Nula é; e a ação constitutiva negativa pode ser exercida ainda *incidenter*, cabendo ao juiz a própria desconstituição de ofício.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 194).

²⁵⁶ “A tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o

Frise-se, por derradeiro, que a mesma lógica que acolhe no sistema a coisa soberanamente julgada é exatamente a mesma que a infirma para afastar sua incidência em determinados casos; é a lógica da justiça. Notadamente, parece importante e fundamental perceber que realmente não há preclusão consumativa para o juiz. Nem por isso se poderá infirmar a coisa julgada, que é regra, pois ela subsiste como decorrente da política legislativa, cujo objetivo é o de trazer estabilidade social por meio da solidificação das decisões judiciais. É que a coisa julgada ocorre mediante certas circunstâncias, vale dizer, após oportunizado um debate satisfatório e apreciada a lide de forma razoável e, no caso em que se aventou, tal debate ainda não se consumou com a maturidade desejável. Portanto, a modificação da sentença, meritória ou não, nos moldes aqui defendidos, é lícita e possível.

2.7.14 Dispensa do reexame necessário e coisa julgada

Está sujeita ao reexame necessário em “duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; e a sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal”,²⁵⁷ na forma do art. 496, incisos I e II, do CPC/2015.

Assim, o reexame necessário, limitado ao processo de conhecimento, não tem natureza recursal,²⁵⁸ mas constitui exigência da lei para dar eficácia a essas

sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 245-246).

²⁵⁷ Estende-se à União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações. Sociedades de economia mista e empresas públicas não são beneficiárias. Ainda, “o reexame necessário previsto no inciso I do art. 475 do CPC [de 1973] refere-se, apenas, ao processo de conhecimento, não se estendendo para embargos do devedor opostos em execução movida contra ou pela Fazenda Pública, salvo se a execução for fundada em dívida ativa. Neste último caso, já não mais se aplica o referido inciso I do art. 475 do CPC, atraindo, isto sim, a incidência do seu inciso II”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 180).

²⁵⁸ A remessa obrigatória não tem natureza de recurso, porquanto não ostenta as características da voluntariedade, não é um ônus para a parte sucumbente, tampouco há prazo para sua interposição. Assim, não é recurso, mas seu processamento é muito assemelhado. “Como o procedimento da remessa necessária no tribunal é o mesmo do recurso de apelação, do ponto de vista procedimental ambos os institutos têm o mesmo regime jurídico.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p.

sentenças, que necessitam ser confirmadas pelo tribunal, mesmo no caso de ausência de interposição de recurso. Enquanto não decidido o reexame necessário, tais sentenças não poderão ser executadas (e mais, não passam em julgado). Portanto, ressalvados os casos de dispensa legal, enquanto não houver o reexame necessário, a sentença não transita em julgado, permanecendo em um estado potencial.²⁵⁹

Sob essa ótica, facilmente se vê que a finalidade do reexame necessário é protetiva ao patrimônio coletivo, proibindo o magistrado singular de atuar sozinho em decisões definitivas contra o Estado, obrigando que haja a reapreciação da matéria pelo tribunal, mesmo que ausente recurso, nos limites definidos pelo próprio legislador.²⁶⁰ Mesmo a extinção de uma execução pode ensejar o reexame necessário, uma vez que poderá comportar, por exemplo, a condenação em honorários e, por outro lado, se fosse executável desde logo, por ser verba alimentar, poderia ensejar o pagamento e, no caso de reversão do julgado, dificultar a busca de reposição ao erário.²⁶¹

744). Na mesma linha: “embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art. 475 [do CPC de 1973]). É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória – o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, Estado ou o Município, omitir-se do que apelar”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 512).

²⁵⁹ Conforme a Súmula 45 do STJ (DJ 26/06/1992), no reexame necessário é defeso ao Tribunal agravar a situação da Fazenda Pública. Todavia, a doutrina adverte que “a remessa necessária é manifestação do princípio inquisitório que tem como consequência o efeito translativo, nada tendo a ver com *reformatio in pejus*, que é manifestação do princípio do efeito devolutivo do recurso (princípio dispositivo)”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 7. ed., 2003, p. 749).

²⁶⁰ “No processo civil, ao que consta, o reexame necessário surgiu com a lei de 04.10.1831 (art. 90), como forma de evitar o abuso, a desídia ou má-fé dos procuradores da Fazenda Pública, que deixavam de recorrer contra sentenças injustas proferidas contra os cofres públicos.” (SHIMURA, Sérgio Seiji. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 605).

²⁶¹ *Vide*, nesse sentido, a seguinte ementa: “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário”. (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 19.05.2009, DJe 29.05.2009).

Nesses casos, frise-se, sem o reexame necessário não se abre a possibilidade de executar a sentença proferida, devendo-se, nessas situações, extinguir a execução prematura ou inadvertidamente deduzida.

Todavia, as decisões que antecipam a tutela jurisdicional não têm sua eficácia condicionada ao reexame necessário, na medida em que, em regra, a situação fática de urgência que autoriza a antecipação da tutela jurisdicional não se mostra compatível com a aplicação da regra do art. 496 do CPC/2015. Em nome de outros princípios, como o da efetividade da tutela jurisdicional, excepciona-se a regra do art. 496 do CPC, mesmo porque o pretendido direito do autor pereceria ao tempo da sentença confirmatória do duplo grau de jurisdição, tornando-a inócua.

A questão que fica pendente é saber se, na decisão contrária à Fazenda Pública, sem recurso voluntário, sujeita ao reexame necessário na forma do art. 496 do CPC/2015, nos casos em que houver dispensa prevista em resolução interna do órgão ou Lei Municipal, haveria o trânsito em julgado. Uma resolução por órgão da Administração Direta ou Indireta ou uma Lei Municipal pode tratar validamente da matéria de dispensa recursal?²⁶²

Existem três classes de normas, nesse âmbito, a saber: *normas procedimentais*, que se referem ao *modus procedendi* ou cuidam da estrutura e coordenação dos atos que compõem o processo; *normas de organização judiciária*, que cuidam especialmente da estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; e *normas processuais em sentido estrito*, que tratam do processo como tal e atribuem poderes e deveres processuais.²⁶³

A matéria referente ao reexame necessário não é processual em sentido estrito nem norma de organização judiciária, mas procedimental, isso porque é ato de condição de eficácia da sentença, com o nítido propósito de coordenar o momento da atribuição de sua exigibilidade e executoriedade.

A dicotomia entre processo²⁶⁴ e procedimento já se encontra incorporada à Constituição. Com efeito, a partir dela delimita-se, de um lado, a competência

²⁶² Isso é o que ocorre, por exemplo, na Lei Municipal n. 8.305, de 13 de março de 1995, da Câmara Municipal de São Paulo e na Resolução n. 002/2009-SARP/SEFAZ-MT.

²⁶³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91.

²⁶⁴ Por exemplo: “A exigência de depósito recursal prévio aos recursos do Juizado Especial Cível, criada pelo art. 7º da Lei estadual (AL) 6.816/2007, constitui requisito de admissibilidade do recurso, tema próprio de Direito Processual Civil e não de ‘procedimentos em matéria processual’ (art. 24, XI, CF). Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, *caput*, e respectivos parágrafos, da Lei 6.816/2007, do Estado de Alagoas”. (ADI 4.161/MC, Rel. Ministro Menezes Direito, julgamento em 29-10-2008, Plenário, DJE 17.04.2009).

privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I), e, de outro, a competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal para dispor acerca de matéria procedimental (art. 24, XI).

Assim, não há que se falar em contrariedade ao art. 22, I, da Constituição Federal, pois a matéria não se insere na competência privativa da União, por não ser matéria de natureza processual. Eventual infringência incide sobre procedimentos, e, assim, aparece clara a invasão da competência concorrente, segundo o art. 24, XI, da Constituição Federal, referente ao Poder Legislativo das esferas da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre o assunto. Seja como for, não há competência de órgãos da Administração Direta ou Indireta, bem como de outros Poderes Estatais, para legislar sobre dispensa da remessa necessária.²⁶⁵

Em matéria de legislação concorrente, a legislação federal, a exemplo do art. 496 do CPC/2015, prevalece sobre a legislação das esferas dos Estados e do Distrito Federal. Isso quer dizer que apenas nos casos omissos é que poderão os Estados e o Distrito Federal legislar sobre matéria não contemplada por norma federal. Daí que a completude sistêmica exclui da aplicação normas hierarquicamente inferiores.

No caso de resolução por órgão da Administração Direta ou Indireta ou uma Lei Municipal, revelar-se-á parcialmente inconstitucional quanto ao tratamento de dispensa do reexame necessário, pois o órgão da Administração ou a

²⁶⁵ “De acordo com nossa posição, apesar da grande importância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, os dispositivos da Lei de Ação Popular (e os constantes das demais normas com vocação coletiva) poderão ser aproveitados em todo o microssistema coletivo, naquilo que for útil à efetivação da tutela de massa. Obviamente, deverá o intérprete aferir – em concreto – a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, já que as leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se de forma harmônica, em especial no que concerne ao processo coletivo, em razão da dicção individual do Código de Processo Civil.” (MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Org.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 384). “É de ressaltar que a sentença de improcedência, quando proposta a demanda pelo ente de direito público lesado, reclama a incidência do art. 475 do CPC [de 1973], sujeitando-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição. O mesmo ocorrerá quando proposta a ação pelo Ministério Público ou pelas associações, incidindo, agora, a regra do art. 19 da Lei da Ação Popular, uma vez que, por agirem os legitimados em defesa do patrimônio público, é possível entender que a sentença, na hipótese, foi proferida ‘contra’ a União, o Estado ou o Município, mesmo que tais entes tenham contestado o pedido inicial (art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/92 c.c. art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/65.” (ALVES, Emerson Garcia; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 858).

Câmara Municipal não tem legitimidade para legislar sobre a matéria, vale dizer, não é ente legitimado na forma do art. 24, XI, da Constituição Federal. Ainda que assim não fosse, também poderia inquinar na mesma inconstitucionalidade, uma vez que trate de disposição de matéria já regulada pela legislação federal, por exemplo a limitação de valor para admissão do reexame necessário em face do teor do art. 496 do CPC/2015.

2.7.15 Inviabilidade do mandado de segurança como instrumento para desconstituição ou suspensão da sentença transitada em julgado

A ação rescisória, no sistema processual brasileiro, é o meio clássico da impugnação da sentença passada em julgado, e, por sua vez, a positivação da aplicação da tutela antecipada na ação rescisória teve forte motivação no combate à proliferação desmedida do mandado de segurança.

Isso porque, antes da introdução das alterações processuais no art. 300 e, em especial, pela nova redação do art. 969, ambos do CPC, existiam casos excepcionais em que se abria o cabimento do mandado de segurança.

Outra aplicação do mandado de segurança contra ato judicial é sua impetração por terceiro que, muito embora detenha os predicados para figurar como litisconsorte necessário, não tenha sido citado na ação em que foi produzida a sentença e, por conseguinte, não tenha participado da relação processual; o interesse do impetrante, nesse caso, visa evitar que sobre ele recaiam os ônus e obrigações do julgado.²⁶⁶ De fato, a própria Constituição Federal (art. 5º, LXIX) não excluía, e não exclui, a possibilidade de o mandado de segurança se voltar contra ato judicial.

Na atual sistemática da Lei do Mandado de Segurança, ficou alterado esse panorama, pois o disposto em seu art. 5º, *caput* e inciso III, não deixa dúvida:

²⁶⁶ “A despeito do comando normativo insculpido no inciso II do art. 5º da Lei n. 1.533/51, a jurisprudência desta Corte cristalizou-se por meio da Súmula 202/STJ, no sentido da desnecessidade de interposição de recurso próprio para a impetração de ação mandamental contra ato judicial por terceiro prejudicado. Precedentes: REsp 1.107.263/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, *DJe* 27.11.2009; REsp 1.098.283/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJe* 04.08.2009. No caso dos autos, o Tribunal de origem entendeu cabível o manejo do Mandado de Segurança, porquanto a impetrante, ora agravada, seria terceiro prejudicado, estranho à lide. Diante de tal conclusão, a pretendida inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame das provas carreadas aos autos, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o enunciado da Súmula 7/STJ. (...) Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag 641.637/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 05.04.2011, *DJe* 08.04.2011).

veda qualquer possibilidade de concessão de mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado. Poder-se-ia objetar que nos casos de vedação da ação rescisória, como ocorre no âmbito dos Juizados Especiais (art. 59 da Lei n. 9.099/95), no Código Eleitoral (art. 22, I, *j*, da Lei n. 4.737/65) e nas sentenças proferidas em ADI, ADC e ADPF, seria o caso de abrir o acesso ao mandado de segurança com efeitos rescisórios.²⁶⁷

Ocorre que, após a introdução da nova Lei do Mandado de Segurança, o legislador elegeu o princípio da segurança jurídica em detrimento do repudiado acesso infundável à justiça. Como se trata de norma processual, a alteração tem efeitos imediatos, inclusive sobre os processos em curso, na data de sua publicação (DOU de 10.08.2009). A coisa julgada deve prevalecer.²⁶⁸

Todavia, subsiste a impetração do mandado de segurança por terceiro juridicamente prejudicado. Como para o terceiro não incide a preclusão pela não interposição do recurso, pode ele manejar derradeiramente o mandado de segurança²⁶⁹ como sucedâneo recursal e também, pelo mesmo instrumento, o terceiro

²⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 468.

²⁶⁸ Em obras publicadas antes da novel legislação, a doutrina se posicionava em sentido contrário, defendendo a inconstitucionalidade do art. 59 da Lei dos Juizados Especiais e do art. 22, inciso I, *j*, do Código Eleitoral e, por conseguinte, pelo cabimento do mandado de segurança. (SPADONI, Joaquim Felipe. O direito constitucional de rescisão dos julgados. In: Assis, Araken de et al. (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007. p. 1.074).

²⁶⁹ Os embargos de terceiro possuem objeto distinto. *Vide* a decisão em mandado de segurança assim ementado: “Mandado de segurança. Terceiro prejudicado. Cabimento. Preliminar rejeitada. Registro de promessa de compra e venda. Fraude de execução não caracterizada. Ordem concedida. 1. Em que pese à afinidade entre os dois institutos no sentido de que ambos são utilizados como meios de defesa de direitos violados por decisão judicial, a oposição dos Embargos de Terceiros não produziria o efeito desejado pelo impetrante, porquanto não tem, o instituto, o condão de sustar os efeitos do ato judicial. O regramento processual do sistema brasileiro [de 1973] – *vide* o art. 496 – adota o princípio da taxatividade dos recursos, sendo certo que todos (os recursos) existentes estão enumerados no Código de Processo Civil, donde não se cogita que o aludido incidente processual dele faça parte. 2. Embora se tenha notícia da existência da aludida execução fiscal (processo principal), em razão da qual foi proposta a Medida Cautelar Fiscal Incidental, o documento que serve de embasamento à tese da Impetrada não tem força probante para configuração da anunciada fraude de execução. 3. Ao promitente comprador a Lei assegura o direito de proceder à averbação, à margem das respectivas transcrições aquisitivas, do contrato de promessa de compra e venda. Ordem concedida. Decisão unânime. (...) Desse modo, nego seguimento ao Recurso Extraordinário. Intime-se. Publi-

visar o ataque à coisa julgada material operada entre as partes, mas que não tem efeito contra o terceiro.²⁷⁰ Frise-se que não haverá possibilidade do trânsito em julgado material da decisão contra esse terceiro, conforme prescreve a primeira parte do art. 506 do CPC/2015. Destarte, resta claro que o mandado de segurança, nessa situação, é um direito do terceiro, máxime porque os embargos de terceiro não são eficazes à pretensão de suspensão dos efeitos do *decisum* e não haverá cabimento da ação rescisória, justamente pela ausência do trânsito em julgado da decisão contra o terceiro.

Note-se que a tutela provisória não tem respeitado maiores formalidades. Deveras, o princípio da instrumentalidade das formas determina a possibilidade de se conseguir medida equivalente até mesmo em mandado de segurança atrelado à ação rescisória, quando presentes a autoridade coatora e os demais requisitos.²⁷¹ Todavia, parece equivocada a veiculação por meio do mandado de segurança, quando vise a tutela antecipada rescisória. Assim, o relator deverá converter o feito em ação preparatória rescisória com pedido de tutela provisória, determinando prazo para aditamento da inicial, para adequação de polo passivo, pedido e requerimentos.

Em conclusão parcial, verifica-se que, em regra, não se poderá falar em mandado de segurança para desconstituição da sentença transitada em julgado.²⁷² A

que-se. Recife, 19 de agosto de 2.004". (TJPE – REsp 1.051/2004, no Mandado De Segurança 81403-9, 2ª Câmara Cível, Relator Santiago Reis, Despacho monocrático da lavra do Desembargador Hélio Barros Siqueira Campos, Vice-Presidente, julgado em 19.08.2004, p. 25.08.2004).

²⁷⁰ Súmula 202, do STJ: "Da impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso". DJ 2/2/1998 p. 181. "Mandado de segurança contra ato judicial impetrado por terceiro prejudicado. O princípio de que o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal aplica-se entre as partes, não incidindo quando se tratar de segurança impetrada por terceiro com o objetivo de impedir lesão a direito seu provocada pela decisão judicial. Precedentes do STF e STJ. Recurso ordinário provido parcialmente." (STJ – RMS 4.315/0, 4ª Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU 05.09.1994).

²⁷¹ Vide, nesse sentido, a segurança impetrada para fins de renovação da inscrição do impetrante no Cadastro Municipal de Condutores de Táxis: TJSP – Ação Rescisória 0137832-95.2011.8.26.0000, Relator Paulo Galizia, São Paulo, 10ª Câmara de Direito Público, julgamento em 23.04.2012, registro 07.05.2012.

²⁷² Outra questão é a formação da coisa julgada no mandado de segurança. (ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei 12.016/2009. In: Moreira, Alberto Camiña; Alvarez, Anselmo Prieto; Bruschi, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva – Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92).

parte e o terceiro, desde que regularmente cientificados, passam a ser atingidos pela coisa julgada e, portanto, deverão se socorrer da ação rescisória. Ainda, o terceiro juridicamente interessado e não citado na ação em que se proferiu a sentença não visará tal desconstituição, pois a coisa julgada não se opera contra ele, então se abre excepcionalmente a possibilidade do mandado de segurança contra ato judicial.²⁷³

2.7.16 Flexibilização ou relativização da coisa julgada e impugnação da sentença inconstitucional dos arts. 525, 535, § 5º, e 1.057 do CPC/2015

A coisa julgada, como todo direito, não deve ser interpretada de forma absoluta.²⁷⁴ Nem o direito à vida é intocável sob a égide do direito, uma vez que poderá ser afastado em dadas circunstâncias, seja pela legítima defesa ou pelo aborto legal.²⁷⁵ A própria ação rescisória é um instrumento tipificado a serviço da flexibilização da coisa julgada. Isso não quer dizer que a flexibilização da coisa julgada seja uma regra, e sim um regime de exceção para correção de aberrações, de injustiças.²⁷⁶

Nessa toada, resta claro que até mesmo a eficácia preclusiva dos atos decisórios, máxima do sistema processual, em dadas circunstâncias, acaba por se curvar a algumas decisões que, sob a égide da coisa julgada, têm o condão de gerar

²⁷³ “Impetração de mandado de segurança contra ato judicial é medida extraordinária, cabível quando a decisão for equivocada, seja por manifesta ilegalidade, seja por abuso de poder.” (RMS 28.737/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 09.02.2010, DJe 24.02.2010).

²⁷⁴ A coisa julgada consubstancia em “una exigencia política y no propriamente jurídica, no es de razón natural, sino de exigencia práctica”. (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 407).

²⁷⁵ “Naturalmente se concebe que, em algum caso, a coisa julgada se desvie daquilo que existia, segundo o direito material. Os juízes não gozam da prerrogativa da infalibilidade: podem apreciar mal a prova, resolver erroneamente as *quaestiones iuris*; ou talvez o interessado não estivesse em condições de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, porque, digamos, fora destruído o documento decisivo. A sentença terá sido, porventura, injusta.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* – nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82).

²⁷⁶ “Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de coprotagonista.” (DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 76).

situações equívocas e, portanto, insustentáveis do ponto de vista do direito.²⁷⁷ Nenhum princípio deve ser maior que outro. Ocorre que a segurança jurídica exacerbada não cumpre adequadamente o seu papel, cabendo ao acesso à justiça e à efetividade do direito estabelecer o devido equilíbrio.²⁷⁸

Flexibilizar e relativizar, em última análise, significa, nesse contexto, aplicar o direito com toda a força que possui, extirpando o flagrantemente injusto diretamente por um simples enunciado competente.²⁷⁹ Não existe maior segurança jurídica²⁸⁰ do que conceder ao jurisdicionado o que é certo, o que é justo.²⁸¹ Nesse sentido, a flexibilização da coisa julgada não existe para ser largamente aplicada, pois encontra óbice de generalização no fundamento do art. 5º, inciso XXXVI,

²⁷⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; AGACCI, Francielli Stadtlober Borges. Sobre a relativização da coisa julgada, seus limites e suas possibilidades. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 203, p. 15-38, jan. 2012. p. 20.

²⁷⁸ Não se está “a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicate*, mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários. Cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devem conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc.”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: Imprensa Oficial, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001. p. 36).

²⁷⁹ O sentido pressupõe uma linguagem. (FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. São Paulo: Anna-blume, 2004. p. 59).

²⁸⁰ “O princípio da certeza do direito traduz as pretensões do primado da segurança jurídica no momento em que, de um lado, (i) exige do enunciado normativo a especificação do fato e da conduta regrada, bem como, de outro, (ii) requer previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa. Ambos apontam para a certeza da mensagem jurídica, permitindo a compreensão do conteúdo, nos planos concretos e abstratos. Pensamos que esse segundo significado (ii) quadra melhor no âmbito do princípio da segurança jurídica.” In: *Segurança jurídica e modulação dos efeitos*. Disponível no site: <<http://www.barroscarvalho.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2012. O mesmo autor informa que o direito é um corpo de ninguém, autorrefere-se e autossustenta-se, “não havendo elementos externos à linguagem (fatos, objetos, coisas, relações) que possam garantir sua consciência” e efetuar sua legitimação. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5).

²⁸¹ Sobre o princípio da segurança jurídica: “Este instituto é um ato que se aperfeiçoa, se integra, se consolida, e se perfaz, debaixo de uma ordem normativa vigente, de uma legislação aplicável naquele instante. Por isso ele é chamado de ato jurídico perfeito. O ato assim nascido se incorpora ao patrimônio jurídico de quem dele se beneficia, adquirindo o beneficiário, um direito definitivo”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 192).

da Constituição Federal e nos arts. 505 e 508 do Código de Processo Civil de 2015. Nesse debate, há de se ter em conta que, em regra, a lei nova não poderá prejudicar a coisa julgada, pois as demandas judiciais caminham para um fim, uma decisão de mérito definitiva. O princípio da segurança jurídica²⁸² é um valor fundante do Ordenamento Jurídico.²⁸³

Sem embargo, o sistema processual brasileiro admite exceções.²⁸⁴ Uma das hipóteses tem foco na inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional ou interpretado pelo STF como incompatível com a Constituição. Nesse sentido, a partir da visualização da inexigibilidade do título, uma vez preenchidos os demais requisitos, abre-se a possibilidade da aplicação da relativização da coisa julgada – arts. 525, §§ 14 e 15, 535, §§ 7º e 8º, 1.057, e 496, § 1º –, o que não tem prazo para sua alegação no processo. Decorrido o prazo para o ajuizamento da ação rescisória (art. 975 do CPC/2015), a decisão meritória que alcançou a petrificação da coisa julgada material poderá, na situação de inconstitucionalidade relatada, não alcançar os efeitos executórios. Isto é, esvazia-se a força executiva da sentença judicial que alcançou o *status* da soberania dos vereditos em face do próprio permissivo legal de contrariedade à coisa soberanamente julgada. Essas situações em que o Supremo Tribunal Federal efetivamente interpreta ou declara a inconstitucionalidade são passíveis de

²⁸² Corroborando a assertiva de que o conceito de coisa julgada está intimamente relacionado com a segurança jurídica, leciona: “Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 373).

²⁸³ Vários autores tratam sobre o tema, entre eles: THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 123; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 26.

²⁸⁴ Aqui não fazemos menção às decisões políticas que, muito embora não se enquadrem perfeitamente na definição legal de cabimento da ação rescisória, podem abrir cabimento por outras conjecturas, uma verdadeira barbárie processual em privilégio do direito material. Para aprofundamento no tema, a respeito da ação rescisória na ação de desapropriação, leia-se: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação: desapropriação direta, desapropriação indireta, constituição de servidão, retrocessão, reforma agrária, ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 589.

acontecer em todas as decisões que possuam efeito vinculante, pois se estará no exercício precípua da uniformização das decisões judiciais.²⁸⁵ Logo, o veículo a ensejar a aplicação dessa “flexibilização” da coisa julgada são decisões oriundas de ADI, ADECON, que reconhecem a repercussão geral ou que dão ensejo à súmula vinculante. Saliente-se que a Súmula 343 do STF permanece em vigor. Todavia, é afastada a aplicação de tal súmula quando enfrentada matéria constitucional na decisão rescindenda.²⁸⁶⁻²⁸⁷

A Justiça não tardou a imperar em casos em que se discute o contraste entre decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou mesmo no controle difuso; nas sentenças contra o Poder Público em condenações por desapropriação com valores excessivos; bem como nas mudanças de orientações jurisprudenciais. Propiciou-se a reinvestigação da procedência ou improcedência de ações declaratórias de paternidade a partir da sentença produzida com base em falta ou insuficiência de provas em confronto com a prova inequívoca (exame de filiação por DNA),²⁸⁸ fruto da tecno-

²⁸⁵ Aliás, o país que adotar Corte Suprema tem esse viés. Anote-se a doutrina italiana: “La corte di cassazione mantiene l’uniformità delle leggi”. (AGRESTI, Michelle. *Idee sul perfezionamento della legislazione positiva*. (originale: Napoli: Lui Stesso, 1804). *Decisioni delle gran corti, civili in materia di diritto*. New York: Nabu Press (ripubblicazione), 1923. v. 2, p. 22).

²⁸⁶ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 53.

²⁸⁷ Antes da alteração a jurisprudência se alinhava no sentido de que “o pedido rescisório não é meio idôneo para nova abordagem interpretativa de prescrições legais, a cujo respeito a jurisprudência não seja unívoca”. (RTJ 110/487, Min. Francisco Rezek). Esse era o sentido da Súmula 343 do STF, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Todavia, agora o sistema admite exceções. Veja trecho da seguinte ementa: “De fato, a jurisprudência assente nesta Corte é no sentido de afastar a incidência da aludida súmula, autorizando o processamento da ação rescisória, quando o STF decidir pela inconstitucionalidade de lei aplicada pelo acórdão rescindendo, porquanto, nessa hipótese, a decisão da Suprema Corte, com efeito *ex tunc*, declara inválida e ineficaz o dispositivo legal que sustenta o *decisum*”. (STJ – Agravo Regimental na Ação Rescisória 1.842/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 24.10.2001, DJ 04.02.2002, p. 254).

²⁸⁸ Colacionamos, sobre a coisa julgada, um exemplo eloquente: ação de investigação de paternidade proposta no ano de 1969, julgada improcedente em 11.05.1970; sentença confirmada pelo TJSP em 27.08.1970, sendo proposta nova ação, sob a postulação da relativização da coisa julgada. A nova ação foi julgada pelo STJ em 10.10.2008, sendo necessário o voto de desempate do presidente da sessão de julgamento (Ministro Aldir Passarinho Júnior). Em decisão interlocutória, o juiz de primeiro grau rejeitou a arguição de coisa julgada e determinou a realização do exame de DNA. A decisão no agravo foi pela manutenção do julgado, nos seguintes termos:

logia mais apurada nos exames laboratoriais de maior precisão. Tudo para repudiar a possibilidade da chancela pelo Poder Judiciário a verdadeiras injustiças.²⁸⁹ De fato, o novo exame da matéria já decidida²⁹⁰ foi oportunizado à luz da evolução social e, conseqüentemente, um amadurecimento jurídico para atendimento das demandas de maior complexidade.²⁹¹

“Ação de investigação de paternidade – Rejeição de preliminar de coisa julgada material – Anterior ação de investigação de paternidade julgada improcedente, com base em prova testemunhal e pericial – Prova pericial, pelo sistema MN, que não excluía a paternidade – Avanço da ciência, nos últimos anos, que desvendou a cadeia do DNA humano, permitindo exame, para a determinação ou exclusão da paternidade biológica, com certeza absoluta – Direito dos autores de conhecerem a própria origem, garantido pela Constituição Federal – Direito natural e interesse individual dos autores que se sobrepõem à coisa julgada material – Inteligência dos arts. 1º, III, e 5º, XXXVI, da Constituição Federal; do art. 5º, da LICC, e dos arts. 467/472, do Código de Processo Civil [de 1973] – Recurso não provido”. O processo chegou ao STJ e, no voto condutor, constou o seguinte: “No caso, entretanto, a declaração de improcedência não se assentou em falta de provas. Pelo contrário, o Tribunal, examinando as provas, declarou a impossibilidade de o réu ser o pai dos autores. Em rigor, no antigo processo, o réu provou a impossibilidade de ser pai dos réus”. A reabertura do processo é cabível, nestes casos, quando não houve, em verdade, o julgamento de mérito pela ausência de provas. No processo em que se julga o mérito com base nas provas existentes há que prevalecer a coisa julgada. O voto-desempate captou muito bem que “em essência, a controvérsia gira em torno de dois primados constitucionais [...] O primeiro deles, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Política vigente), no qual se insere o direito de conhecer a sua origem, com os consequentes reflexos a sua pessoa no mais profundo âmago, a sua vida pessoal e patrimonial. O segundo, o primado da coisa julgada, da segurança e estabilidade da ordem jurídica (art. 5º, inciso XXXVI), protegida, inclusive, de leis ulteriores”. *Vide* a ementa: “Processo civil. Investigação de paternidade. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – REsp 706.987/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, 2ª Seção, julgado em 14.05.2008, *DJe* 10.10.2008).

²⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 23 e 82.

²⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa Julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003. p. 179-202.

²⁹¹ Essa é a função do processo civil moderno: servir de instrumento à Justiça. “É de suma relevância que o processo civil também disponha de mecanismos aptos a realizar uma das funções institucionais que em época moderna lhe toca, qual seja a de assegurar, a um grupo de jurisdicionados que tenha razão, praticamente tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 143, jan. 2007. p. 42).

A Lei n. 11.232/2005 foi inspirada no modelo legislativo germânico, apresentando alteração significativa ao Código de Processo Civil. No sistema normativo atual, é possível o ataque à coisa julgada por meio da impugnação ao cumprimento da sentença (art. 525 do CPC/2015) e também do manejo dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 910 do CPC/2015). São verdadeiros instrumentos ao propósito rescisório do julgado, ante a nítida eficácia constitutiva negativa, uma vez oportunizado o reconhecimento superveniente da inexigibilidade do título. Vale dizer, a sentença transita em julgado²⁹², torna-se imutável, porém não pode ser mais exigida por fato superveniente. O ataque à sentença é permitido porque a matéria de ordem pública supera e excepciona a regra dos efeitos da coisa soberanamente julgada.

Desse modo, a flexibilização ou relativização da coisa julgada²⁹³ hoje está expressamente prevista nas hipóteses de impugnação ao cumprimento²⁹⁴ e aos embargos à execução do título inconstitucional – art. 525, §§ 14 e 15, 535, §§ 7º e 8º, e 1.057, com dispositivo semelhante no art. 525, § 10, do CPC/2015.²⁹⁵

Veja-se que não há prazo específico para arguição, não sendo limitado o instituto pelo momento adequado à impugnação ao cumprimento da sentença ou embargos na execução contra a Fazenda Pública, salientando que não incide a preclusão uma vez que não esteja prescrito o direito material debatido na sentença a que se deseja atribuir a inexigibilidade. Passado o momento da impugnação ou embargos, a questão poderá ser veiculada em ação própria, por exemplo, em ação revisional de sentença.

²⁹² “Dá-se a coisa soberanamente julgada quando transcorrido o prazo bienal para o ajuizamento da ação rescisória (...).” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 327).

²⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 32.

²⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 330.

²⁹⁵ Sob o argumento da afronta dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada, vários doutrinadores se posicionaram pela inconstitucionalidade do dispositivo. Confira: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, comentário ao art. 741, p. 1086; DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do artigo 741 do CPC, acrescentado pela medida provisória n. 2.180-35. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 14, p. 21-29, maio 2004; DANTAS, Ivo. Da coisa julgada inconstitucional – novas e breves notas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*, n. 25, dez. 2004, p. 262-263; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória* – juízo rescindente e rescisório, p. 255.

Também não há limitação temporal própria da ação rescisória. É que nesses casos, antes ou depois de passado o prazo para ajuizamento da ação rescisória, pouco importa, admite-se a volta da discussão da matéria transitada em julgado. Nesses casos, não há que se falar em preclusão temporal. Nessa esteira, a relativização da coisa julgada é locução da técnica jurídica reservada aos casos em que se detectar a necessidade de “desconsideração” da coisa julgada substancial.²⁹⁶ Afinal, vale mais a preservação da constitucionalidade e da própria Justiça²⁹⁷ do que a manutenção de uma coisa julgada inconstitucional e geradora de flagrante injustiça.²⁹⁸ Assim, o prazo para a arguição será regulado pela prescrição ou decadência atrelada ao direito material.

Em suma, a aplicação da relativização da coisa julgada se submete aos seguintes requisitos: 1) que a sentença atacada contrarie valores mais importantes que a segurança jurídica (violação de garantias e direitos fundamentais ou a violação de valores éticos e jurídicos que causem danos ao ordenamento jurídico); 2) que o trânsito em julgado da sentença gere perplexidade teratológica, ou seja, se configure em uma decisão absurda; e 3) por fim, que a sentença se traduza em

²⁹⁶ Aliás, o sistema processual convive com a pluralidade de atores no controle de constitucionalidade, por vezes, abrindo novo instrumento a tutelar o direito material. (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 149).

²⁹⁷ “Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC [de 1973], art. 481, § único: ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05). (...) Recurso especial a que se dá parcial provimento.” (REsp 988.816/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 15.05.2008).

²⁹⁸ A doutrina aponta que o juiz, mesmo sem o prévio pronunciamento do STF, poderá recusar e rejeitar a execução da sentença que afronta preceito constitucional, ainda que a sentença já tenha transitado em julgado. Trata-se de poder judicial que se amolda ao controle difuso. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional – CPC, artigo 741, parágrafo único. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano V, n. 29, maio/jun. 2004. p. 26).

uma ocorrência de *error in judicando*,²⁹⁹ seja na avaliação das alegações ou das provas constantes nos autos. Não ocorrendo cumulativamente esses três requisitos, não se admitirá a relativização da coisa julgada. A *res judicata* permanecerá incólume.³⁰⁰

²⁹⁹ A doutrina esclarece que “existem duas espécies de vícios de decisões judiciais que podem ser objeto de alegação em sede recursal: *error in procedendo* e *error in judicando*. Resumidamente, o *error in procedendo* é vício formal da decisão ou do procedimento, o que contamina a decisão de forma direta ou reflexa, tornando-a inválida, sendo nesse caso adequado o pedido de anulação da decisão judicial para que outra seja proferida em seu lugar. Já o *error in judicando* é um vício de conteúdo da decisão, consubstanciado na má fixação da matéria fática, derivada de uma inadequada valoração probatória, ou na má aplicação da lei ao caso concreto. Nessa hipótese será feito pedido de reforma da decisão, para que o órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do recurso modifique o conteúdo da decisão impugnada, substituindo-se tal decisão por aquela proferida em sede recursal”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Julgamento liminar de improcedência e o recurso de apelação. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 152, out./2007. p. 206).

³⁰⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 8. ed., p. 818.

