



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

LEONARDO GRECO

INSTITUIÇÕES DE PROCESSO CIVIL

*Recursos e Processos da
Competência Originária
dos Tribunais*

Volume

III

**Novo
CPC**

Lei 13.105
de 16.03.2015



PROCURADORIA GERAL DA
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
BIBLIOTECA

» A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

» Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2015 by

» **EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896
forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

» O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

» Capa: Danilo Oliveira

» Fechamento desta edição: 29/10/2015

» CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G829I

Greco, Leonardo

Instituições de processo civil : recursos e processos da competência originária dos tribunais, volume III /
Leonardo Greco. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2015.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-309-6741-3

1. Processo civil - Brasil. 2. Direito processual civil - Brasil. I. Título. **5932** **2016**

15-26470.

CDU: 347.91./95(01)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XI
INTRODUÇÃO	XIII
CAPÍTULO I – O Sistema de Recursos: sua Evolução e seus Fundamentos	1
1.1 A noção de recurso, suas origens e evolução	2
1.2 Os fundamentos	8
1.3 O duplo grau de jurisdição	9
1.3.1 O duplo grau e a redução das garantias	15
CAPÍTULO II – Princípios do Sistema de Recursos	19
2.1 A taxatividade	19
2.2 A voluntariedade	21
2.3 A eventualidade	23
2.4 A temporariedade	24
2.5 A proibição da <i>reformatio in pejus</i>	25
2.6 A diversidade do órgão	25
2.7 A colegialidade	27
2.8 A publicidade	30
2.9 A singularidade	32
2.10 A fungibilidade	33
2.11 O desestímulo a recursos protelatórios	35
2.12 A exaustividade do sistema recursal	38
2.13 O acesso a um tribunal superior para coibir decisões contrárias à lei	39
2.14 O acesso subsidiário à jurisdição constitucional	40
CAPÍTULO III – Um Esboço do Sistema Recursal Brasileiro e Causas da sua Falência	43
3.1 O conceito legal de recurso	43
3.2 Breves noções sobre os recursos do sistema brasileiro	46
3.3 Efeitos dos recursos	52
3.3.1 Efeito devolutivo	53
3.3.2 Efeito suspensivo	55
3.4 Falência do atual sistema recursal	59
CAPÍTULO IV – Pressupostos de Admissibilidade dos Recursos	65
4.1 Classificação	67

CAPÍTULO XVI

AÇÃO RESCISÓRIA

No direito brasileiro, a ação rescisória, de competência originária dos tribunais, é o meio apto a rescindir a sentença de mérito transitada em julgado, se presente algum dos fundamentos enumerados na legislação processual (CPC de 1973, art. 485; CPC de 2015, art. 966).

Todos os sistemas processuais modernos possuem algum instituto com a função de destruir a coisa julgada, isto é, de suprimir os efeitos da sentença transitada em julgado. Em alguns países, esse instituto tem natureza jurídica de ação, em outros, de um verdadeiro recurso.

Analisando os sistemas alienígenas, detectamos outras denominações para o mesmo instituto. Na Itália, por exemplo, chama-se *Revocazione* (revogação); na França, *Recours en Révision* (revisão); na Espanha, *Revisión* (revisão); e, na Alemanha, *Wiederaufnahme des Verfahrens* (revisão do procedimento).

Nos países que consideram esse instituto um recurso, como a Alemanha, o prazo de interposição é curto e, por ser tido como um recurso, somente pode ser interposto uma vez, pelo princípio da unirrecorribilidade das decisões.

No Brasil, o instituto tem natureza jurídica de ação, não unicamente em razão do nome – ação rescisória. Também se considera uma ação por ter prazo dilatado (de dois anos – CPC de 1973, art. 495; CPC de 2015, art. 975) e pela possibilidade de ser proposta mais de uma vez por fundamentos diferentes contra a mesma decisão. Outra característica definidora da ação rescisória como ação, e não como um recurso, é o fato de este ser, em regra, interposto nos mesmos autos da decisão que se impugna, ao passo que aquela gera um novo processo, uma ação autônoma. A ação rescisória visa a destruir a coisa julgada e, se for o caso, a produzir um novo julgamento da causa. Já os recursos têm por objetivo impedir a formação da coisa julgada.

Numa concepção ampla de recurso, a ação rescisória funciona como um sucedâneo recursal, porque, esgotados os recursos (*stricto sensu*) e transitada em julgado a sentença, a parte vencida tem ainda a possibilidade de anulá-la por meio da ação rescisória.

Como já estudado no item 14.3 do 2º volume desta obra, nosso ordenamento confere uma extensão exagerada à ação rescisória, que torna a coisa julgada entre nós extremamente frágil. A destruição da coisa julgada serve, mormente, aos anseios do

soberano, do Estado, em desfavor da segurança das relações jurídicas entre os cidadãos e entre estes e o próprio Estado¹.

Essa fragilidade vem da tradição lusitana, que os portugueses já abandonaram há muito tempo, em razão da modernização do seu sistema processual. No Brasil, não tivemos até agora capacidade de reformar e reformular o instituto da ação rescisória, porque essa mudança não atende principalmente aos interesses dos governantes de todas as épocas, que preferem decisões judiciais frágeis e modificáveis e também porque a crescente decadência da qualidade das decisões judiciais no Brasil aumenta nos advogados e nos próprios jurisdicionados o anseio pela possibilidade de utilização de mais um instrumento de sua modificação.

A tradição lusitana das Ordenações, com fundamento no modelo do direito romano, considerava a sentença nula como inexistente, ou *sentença nenhuma*, na expressão usada pelas Ordenações. Desse modo, não havia necessidade de existir um instituto como a ação rescisória, porque não faz sentido propor-se uma nova ação para rescindir ou desconstituir aquilo que já é considerado pelo ordenamento jurídico como *inexistente*.

Assim, diferentemente do que se verificou em outros países da Europa com a criação, a partir do século XI, da querela de nulidade, que foi o embrião dos meios modernos de destruição da coisa julgada, Portugal chega ao século XIX sem um meio legal para a rescisão do caso julgado, porque qualquer juiz poderia conhecer e julgar uma nova demanda idêntica a uma causa anterior, bastando somente que o autor dessa nova ação alegasse que a decisão da causa anterior era nula, pois o nulo era considerado inexistente. Assim, a decisão alegada como nula era laconicamente ignorada. Nós herdamos de Portugal a tradição de que o nulo não existe e pode ser simplesmente ignorado, sendo dispensável a previsão de uma ação própria para anular aquilo que se reputa nulo.

Posteriormente, o direito português tentou disciplinar a matéria e instituiu um meio para o desfazimento da coisa julgada que tinha a natureza jurídica de ação, pois assim dispunha o artigo 5º do Decreto de 19 de maio de 1832: “a ação de nulidade ficará competindo somente nos casos em que se verificar suborno, peita, peculato ou concussão nos juizes ou nos jurados, si estes não tiverem sido criminalmente julgados antes de proferida sentença na última instância porque neste caso se usará do recurso de revista”. Em 19 de dezembro de 1843, foi publicado novo decreto que, em seu artigo 17, dizia: “a ação de nulidade e rescisão da sentença terá lugar, além dos casos especificados no artigo 5º do decreto de 19 de maio de 1832: (...)”. Nesse sentido seguiu a legislação portuguesa em outros diplomas, dando ao instituto de rescisão da coisa julgada a natureza de ação.

Todavia, hoje, em Portugal, o meio para rever a decisão transitada em julgado tem natureza de recurso, e não de ação, por interpretação sistemática do Código de

¹ Ver também GRECO, Leonardo. Ainda a coisa julgada inconstitucional. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 561-562.

Processo Civil português vigente, que contém o permissivo legal para tal revisão no artigo 696, cujo título é *Fundamentos do Recurso*.

No Brasil, foi o Regulamento 737, de 25.11.1850, que disciplinou os processos das causas comerciais, o primeiro diploma a referir-se à ação rescisória, no seu artigo 681, § 4º, que tinha a seguinte redação: “a sentença pode ser anulada: § 4º Por meio da ação rescisória, não sendo a sentença proferida em grau de revista”. Entretanto, essa ação não tinha um prazo específico para sua propositura, o que levou a doutrina da época a dizer que a ela se aplicava o prazo geral de prescrição. Portanto, do direito lusitano do século XIX herdamos a denominação e a natureza do instituto que hoje temos em nosso País, embora lá tenham ambas desaparecido.

Como já se disse, a vulnerabilidade da sentença transitada em julgado no direito brasileiro é exagerada, porque por meio da ação rescisória é possível rever todas as questões de direito definitivamente decididas, suscitar novas e ainda rever muitas questões de fato, tornando toda decisão judicial com trânsito em julgado potencialmente *revisável*.

16.1 PRESSUPOSTOS

Para o ajuizamento da ação rescisória é necessário que estejam presentes, concomitantemente, alguns requisitos específicos, que são a *coisa julgada*, a *nulidade da sentença* ou o *erro de julgamento* e a *sentença ou decisão de mérito*.

16.1.1 Sentença ou decisão de mérito

No regime do Código de 1973 (art. 485), vê-se que somente as sentenças *de mérito* podem ser destruídas pela ação rescisória. No item 13.1 do 2º volume, explicamos a evolução que o conceito de *sentença* teve no direito brasileiro, a partir da Lei 11.232/2005, que criou o chamado *processo sincrético*, e no Código de 2015 que, instituindo o julgamento parcial do mérito, admitiu a possibilidade de mais de uma sentença de mérito na mesma fase cognitiva do processo. Por isso, o Código de 2015, no artigo 766, ao regular a ação rescisória, não se refere mais a *sentença de mérito*, mas a *decisão de mérito*, para transmitir a ideia de que também decisões interlocutórias, que não encerram o processo nem a sua fase cognitiva, desde que julguem definitivamente algum dos pedidos, também podem ser objeto de ação rescisória. Essa exigência de que o conteúdo da decisão interlocutória ou final verse sobre o direito material se justifica pelos efeitos que tais decisões produzem fora do processo, nas relações jurídicas entre as partes e destas com terceiros, enquanto as decisões de conteúdo exclusivamente processual exaurem os seus efeitos dentro do próprio processo, podendo normalmente voltar a serem discutidas em outro processo, simplesmente por meio de uma nova ação, desde que não tenha ocorrido a preempção (CPC de 1973, art. 268, parágrafo único; CPC de 2015, art. 486, § 3º).

Entretanto, como o Código de 2015 estabeleceu, no § 1º do artigo 486, que nos casos de extinção do processo por litispendência, por falta de pressupostos processuais ou de condições da ação ou por convenção de arbitragem, a propositura de nova ação depende da correção do vício, resolveu instituir uma nova hipótese de ação rescisória

que não tem por objeto decisão de mérito, mas decisão sobre questão processual que impeça nova propositura da demanda ou que tenha impedido a admissão de recurso (art. 966, § 2º). Assim, torna-se rescindível igualmente a extinção do processo em qualquer das hipóteses do § 1º do artigo 486, bem como em todos os casos de inadmissão de recurso cabível.

Importante é que a matéria objeto da decisão que se pretende rescindir tenha sido apreciada de forma conclusiva, isto é, seja a última decisão sobre a questão, ainda que o processo continue com decisões sobre outras questões em outras fases. Assim, tanto no regime do Código de 1973, quanto no de 2015, parece-me que são rescindíveis, como decisões conclusivas de mérito, a decisão de liquidação e a decisão sobre a impugnação ao cumprimento de sentença, esta desde que aprecie questão de direito material (CPC de 1973, arts. 475-H e 475-M, § 3º; CPC de 2015, arts. 509 a 512 e 525).

A decisão proferida em sede de tutela antecipada não pode normalmente ser objeto de ação rescisória, porque não constitui o último pronunciamento do juiz no processo sobre o pedido antecipadamente acolhido, já que, em geral, pode ser revogada a qualquer tempo ou deverá ser ratificada em sentença; é, portanto, uma decisão interlocutória de mérito de caráter provisório. O Código de 2015 também inovou nessa matéria, criando, nos artigos 303 e 304 a estabilização da tutela antecipada antecedente não impugnada que no prazo de dois anos pode ser objeto de ação revocatória (art. 304, § 5º), da qual tratamos no item 15.6 no 2º volume desta obra. Passado esse prazo, apesar de tratar-se de decisão resultante de cognição não exaustiva, parece-me que, pela sua definitividade e pela decadência do meio próprio de impugnação, poderá ser objeto de ação rescisória.

16.1.2 Coisa julgada

De acordo com o *caput* do artigo 485 do Código de 1973 e o *caput* do artigo 966 do Código de 2015, o segundo pressuposto de cabimento da ação rescisória é o trânsito em julgado da sentença ou decisão de mérito, isto é, que a decisão judicial tenha adquirido a imutabilidade da coisa julgada.

A necessidade de operação da coisa julgada como pressuposto do ajuizamento da ação rescisória é bastante lógica, pois, se inexistisse trânsito em julgado da decisão que se visa a rescindir, não haveria sequer interesse de agir para o manejo daquela ação, uma vez que a parte vencida poderia valer-se da interposição dos recursos previstos em lei ou até mesmo de outra ação com o mesmo objeto nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito (CPC de 1973, art. 267; CPC de 2015, art. 485).

Vale relembrar que já conceituamos a coisa julgada como a *imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida* (item 14.1 do vol. II). Assim, somente há coisa julgada nas sentenças que apreciam o mérito, isto é, que se pronunciam sobre o direito material das partes.

Desse modo, poderíamos fundir os dois pressupostos até agora vistos – *sentença de mérito e coisa julgada* – em apenas um: a coisa julgada. Isso porque, em nosso pensar, a coisa julgada pressupõe a sentença de mérito.

Contudo, se houver questões de mérito que possam ser revogadas e/ou modificadas depois da preclusão ou esgotamento de todos os recursos, tal sentença de mérito não poderá ser objeto de ação rescisória (v. itens 14.7 e 14.8 no 2º volume). É o caso, por exemplo, das sentenças nos processos cautelar e de execução e na jurisdição voluntária. Quanto a esta, poderá sobrevir a coisa julgada se o pedido tiver se tornado controvertido, se o procedimento comportar cognição exaustiva e se o juiz for igualmente competente para decidi-lo em sede contenciosa.

Aqui também o Código de 2015 abre exceção para as hipóteses de decisão referidas no § 2º do artigo 966. Aqui, apesar de eventualmente a questão processual possa vir a ser reapreciada por outra via, a lei expressamente consagra a ação rescisória como cabível. Em geral, entretanto, nos casos em que a decisão pode ser revogada no próprio processo ou em outro processo, por meio de ação anulatória, não é cabível a ação rescisória.

Segundo o artigo 486 do Código de 1973, “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Apesar de atécnica e confusa a redação do artigo 486, a doutrina e a jurisprudência tentaram, ao longo do tempo, conferir uma interpretação razoável ao referido artigo, que quase repete o disposto no parágrafo único do artigo 800, do Código de Processo Civil de 1939. Precisamos, portanto, saber qual é a aplicação do dispositivo vigente.

Infere-se, pela literalidade do artigo 486, que há atos judiciais que não *dependem* de sentença. Quais seriam esses atos? São os atos praticados pelo juiz em certos procedimentos que não propiciam a cognição adequada do direito material, mas apenas de alguns aspectos que se apresentam como relevantes no âmbito do procedimento em que se inserem incidentalmente, embora tais provimentos se estabilizem nesses procedimentos. Não atingem a imutabilidade da coisa julgada justamente por não haver cognição completa e, desse modo, podem ser desfeitos por meio de ação anulatória.

É o que ocorre, por exemplo, com a arrematação, cujo termo deve conter a assinatura do juiz, do arrematante e do serventuário da justiça ou leiloeiro para que se torne perfeita, acabada e irretroatável, de acordo com o *caput* do artigo 694, do Código de 1973. A cognição exercida pelo juiz sobre o direito do arrematante ao adquirir a propriedade é superficial, restrita aos pressupostos de validade da arrematação, feita no curso do processo de execução. Não se trata de uma cognição específica e adequada sobre o direito do arrematante, mas sumária e incompleta. Finda a arrematação, o juiz não poderá anulá-la de ofício. Havendo vícios no auto de arrematação, deverá ser proposta pelo interessado a correspondente ação anulatória – e não ação rescisória.

O artigo 486 do Código de 1973 também faz referência à sentença meramente homologatória. O emprego da locução *meramente homologatória* gera muita controvérsia. Ora, a sentença homologatória é a que se limita a chancelar a manifestação de vontade das partes, dando-lhe oficialidade. Assim, a expressão *meramente homologatória* mostra-se redundante.

A homologação da vontade das partes nunca resulta de uma cognição profunda, porque se limita a verificar o preenchimento dos requisitos extrínsecos

de validade do ato homologado. A falta de contraditório efetivo impede a amplitude cognitiva e não permite distinguir, em cada caso, o grau de profundidade da cognição do juiz ao homologar a manifestação de vontade alheia.

O Código de 2015, de modo análogo, dispõe no § 4º do artigo 966 que “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”. A ideia é a mesma. São provimentos do juiz com efeito no direito material das partes ou de terceiros, mas com cognição restrita e superficial, como, por exemplo, a homologação da transação. Não estão sujeitos a ação rescisória, mas a ação anulatória de ato jurídico, na forma da lei civil.

16.1.3 Nulidade da sentença ou erro de julgamento

O terceiro pressuposto da ação rescisória é a pretensão de rescisão da sentença por um dos fundamentos previstos na legislação. As hipóteses que justificam a destruição da coisa julgada podem ser divididas em dois grupos: as que geram a nulidade da sentença e as que caracterizam erro no julgamento. Os casos de nulidade de sentença estão previstos nos incisos I, II, III, IV, V e VIII do artigo 485 do Código de 1973 e nos incisos I, II, III, IV e V do artigo 966 do Código de 2015. Já os casos de erro de julgamento estão previstos nos incisos VI, VII e IX, todos do artigo 485 do Código de 1973 e nos incisos VI, VII e VIII do artigo 966 do Código de 2015. O ajuizamento da ação rescisória deve dar-se com base em uma das hipóteses expressamente previstas nesses dispositivos.

16.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Em nenhum dos sistemas processuais mencionados no início deste capítulo o instituto correspondente à nossa ação rescisória tem a extensão de fundamentos que possui no nosso direito. Essa extensão se justifica pela origem da nossa rescisória, ao tempo em que as nulidades da sentença eram equiparadas à inexistência, não se convalidando com o advento da coisa julgada. Os sistemas modernos procuram dar mais força à coisa julgada, não permitindo que após a sua formação seja alegado qualquer tipo de violação à lei, seja ela processual ou de direito material, a não ser aquelas taxativamente previstas na lei, como a falta de jurisdição ou de imparcialidade do órgão julgador, o erro de fato decorrente de ato simulado, da apuração de falsidade de prova ou decorrente de prova nova. Também é frequente nesses outros ordenamentos a proibição de alegar por essa via vício que poderia ter sido suscitado por qualquer outro incidente ou recurso ou que tenha sido objeto de recurso correspondente aos nossos recursos extraordinário e especial². Aliás, recorde-se que no regime do Regulamento 737/1850, o já citado artigo 681, § 4º, que introduziu a ação rescisória no direito

² V. no Código de Processo Civil Alemão as seções 579, 580 e 582. V. no Código de Processo Civil Italiano os artigos 391-bis e 395.

brasileiro, condicionava a sua admissibilidade a não ter sido a sentença proferida *em grau de revista*, que era justamente o recurso à época correspondente aos atuais recursos extraordinário e especial.

Nos fundamentos da nossa ação rescisória, podemos identificar um grupo em que os defeitos que a justificam caracterizam nulidades da própria sentença ou decisão. São as hipóteses dos artigos 485, incisos I a V e VIII do Código de 1973 e 966, incisos I a V, do Código de 2015. Por outro lado, um outro grupo de fundamentos caracteriza erros de julgamento decorrentes de deficiente cognição sobre a matéria de fato, cognição essa que deve ser refeita depois de suprido o referido vício e que resultará em alteração do conteúdo da decisão. São as hipóteses dos artigos 485, incisos VI, VII e IX, do Código de 1973 e 966, incisos VI, VII e VIII, do Código de 2015.

Passemos a analisar, uma a uma, as hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstas na lei processual brasileira.

16.2.1 Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

De acordo com o artigo 485, inciso I, do Código de 1973 e o artigo 966, inciso I, do Código de 2015, a prevaricação, a concussão ou a corrupção do juiz são motivos para que haja o desfazimento da coisa julgada ou das decisões que podem ser objeto da ação rescisória.

Essas causas influenciam diretamente a imparcialidade do julgador e constituem crimes tipificados na parte do Código Penal que trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral (Capítulo I, do Título XI, do Código Penal).

Segundo o nosso estatuto penal, dá-se a concussão quando o funcionário público “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” (art. 316).

A prevaricação, por sua vez, está prevista no artigo 319 do mesmo Código e consiste em “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Por fim, apesar de a lei processual não esclarecer, não é difícil perceber que a corrupção, como causa de rescisão da coisa julgada, é a corrupção na sua modalidade *passiva*, já que o ato viciado dela resultante é do próprio autor do crime, no caso o juiz. Ela está tipificada no artigo 317 do Código Penal como “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Para o ajuizamento da ação rescisória, não é preciso que tenha havido condenação criminal do juiz em um desses tipos penais. Se assim não fosse, o autor da rescisória correria o risco de ter o seu direito de ação caducar em caso de demora do Estado na apuração e no julgamento daqueles delitos.

Isso porque, segundo o entendimento majoritário, o prazo de dois anos de que tratam os artigos 495 do Código de 1973 e 975 do Código de 2015 para o ajuizamento da ação rescisória é decadencial e, dessa forma, não está sujeito, como a prescrição,

a hipóteses de suspensão, interrupção ou impedimento, conforme as disposições do artigo 207 do atual Código Civil.

Então, para provar que houve concussão, corrupção ou prevaricação do juiz o autor poderá fazer uso de todos os meios de prova (CPC de 1973, art. 332; CPC de 2015, art. 369).

Se a ação rescisória tiver sido ajuizada antes de iniciado o processo penal, o relator, tendo ciência da propositura da ação no juízo criminal, poderá suspender o processo em razão de questão prejudicial externa heterogênea (CPC de 1973, arts. 110 e 265, inc. IV, letra b; CPC de 2015, arts. 313, inc. V, letra b, e 315).

Também é cabível a ação rescisória com base em um desses fundamentos se a corrupção, concussão ou prevaricação ocorrerem na decisão arbitral, pois “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”, sendo juízes de fato e de direito e a sentença que proferirem não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (Lei 9.307/1996, arts. 17 e 18). Essa ampliação justifica-se pelo fato de a sentença arbitral produzir, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constituir título executivo (Lei 9.307/1996, art. 31).

Tratando-se de corrupção, concussão ou prevaricação imputada pelo autor da rescisória a um órgão colegiado, o voto viciado deve ter sido vencedor, independentemente de haver outros votos não viciados no mesmo sentido, porque, de qualquer modo, o vício terá influenciado o resultado do julgamento. Portanto, somente no caso de o autor do voto viciado ter restado vencido no julgamento é que não caberá ação rescisória pelo fundamento ora examinado.

No entanto, há casos peculiares nos quais, embora não haja vício na decisão final, há algum vício anterior que importou ou influenciou diretamente a modificação do resultado da causa. É o caso, por exemplo, de provimento dos embargos infringentes na vigência do Código de 1973 (art. 530) que consagram como tese vencedora aquela que tenha sido trazida em voto vencido proferido mediante corrupção, concussão ou prevaricação no julgamento da apelação. Se for verificado que o juiz do voto vencido na apelação praticou um dos delitos de que estamos tratando, é possível ajuizar-se a ação rescisória, já que o voto vencido, excepcionalmente nesse caso, permitiu a modificação do resultado da causa, pois possibilitou em última análise o cabimento do recurso em que efetivamente se decidiu o pedido. O mesmo ocorrerá no sistema do Código de 2015 com o voto vencido que propicia a modificação da composição do órgão julgador prevista no seu artigo 942.

16.2.2 Impedimento ou incompetência absoluta

Os artigos 485, inciso II, do Código de 1973 e 966, inciso II, do Código de 2015 estabelecem ser rescindível a sentença caso o julgamento da causa tenha sido realizado por juiz impedido ou juízo absolutamente incompetente. Como se vê, esses dispositivos não preveem como causa de rescindibilidade a suspeição do juiz, cujos motivos

estão previstos nos artigos 135 do Código de 1973 e 145 do Código de 2015, embora a prevaricação constitua fundamento de rescisão, como vimos no item anterior.

As hipóteses aqui examinadas somente causam a rescisão do julgado se o impedimento ou se a incompetência absoluta ocorrerem na decisão final contra a qual é proposta a ação rescisória, o que exclui os casos em que esses vícios são encontrados em decisões interlocutórias e despachos anteriores àquela decisão. Se o impedimento ou a incompetência ocorrido em decisão interlocutória tiver influenciado diretamente o resultado do julgamento final, a sentença ou decisão final poderá ser rescindível, na esteira da doutrina dominante (v. item 16.2.5 adiante) com fundamento nos artigos 485, inciso V, do Código de 1973 e 966, inciso V, do Código de 2015³.

Dos impedimentos do juiz já tratamos no item 14.1.3.1 no 1º volume, ao qual nos reportamos. O impedimento do juiz é causa de nulidade absoluta, irremediável, dos atos decisórios finais por ele praticados. Se a parte não arguiu o impedimento no curso do processo, ou se o fez oportunamente, mas a nulidade não foi reconhecida, depois de transitada em julgado a sentença, ela poderá valer-se da ação rescisória para desconstituir o julgado. Para o acolhimento da ação rescisória, basta a demonstração da causa de impedimento do julgador, sendo prescindível provar que o juiz agiu com desonestidade ou má-fé, pois o impedimento traz causas que maculam a imparcialidade do juiz de forma objetiva.

O outro fundamento é a incompetência absoluta do órgão jurisdicional que proferiu a decisão rescindenda. Aqui também a incompetência há de ser do próprio órgão que proferiu a decisão rescindenda e não se aplica à incompetência relativa.

Entretanto, parece-me que, se a parte arguiu oportunamente a incompetência relativa e, uma vez rejeitada, interpôs todos os recursos cabíveis para vê-la reconhecida, ainda que sem sucesso ao final, ela também poderá ajuizar ação rescisória, mas nesse caso com suporte nos artigos 485, inciso V, do Código de 1973 e 966, inciso V, do Código de 2015, tendo em vista a extensão destes dispositivos conferida pela doutrina dominante (v. item 16.2.5 adiante).

16.2.3 Dolo, coação, simulação ou colusão

O dolo da parte vencedora que torna a decisão rescindível é qualquer artifício utilizado intencionalmente por ela para obter uma decisão contrária ao direito em prejuízo do seu adversário. Não há necessidade de que o comportamento desleal da parte vencedora, que, por si só, constitui litigância de má fé, coibida pelo legislador processual em diversos dispositivos (CPC de 1973, arts. 14, 16 e 17; CPC de 2015, arts. 77, 79 e 80), tenha influenciado o comportamento do prejudicado. Basta que tenha influenciado a decisão do juiz como causa determinante, isto é, que a inteligência da decisão rescindenda tenha sido diretamente influenciada pelo dolo de uma das partes;

³ Sobre decisões interlocutórias proferidas por juízo absolutamente incompetente, v. o item 6.4 no 1º volume desta obra e o meu estudo: *Translatio iudicii e reassunção do processo*. *Revista de Processo*, n. 166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-26.

que o dolo da parte vencedora tenha constituído premissa necessária para a conclusão a que chegou a decisão rescindenda.

Ao dolo, o Código de 2015 acrescenta a coação de uma parte em detrimento da outra. A coação é o fundado temor de mal injusto e grave incutido pela parte sobre qualquer outro sujeito processual, do qual possa resultar conduta deste sujeito que determine a prolação de decisão contrária ao direito em detrimento do adversário do coator. Vítima da coação pode ser direta ou indiretamente o próprio vencido, o juiz, o perito, a testemunha ou qualquer outro sujeito. A coação indireta é aquela em que a ameaça de mal injusto e grave é dirigida a familiares do sujeito processual ou a outras pessoas a ele afetivamente ligadas, influenciando decisivamente o seu comportamento como sujeito processual e constituindo causa determinante de decisão judicial injusta ou ilegal.

O Código de 2015 acrescenta nesse dispositivo a simulação de ambas as partes, ao lado da colusão, pré-existente no Código de 1973, como fundamento de rescindibilidade da decisão. Os artigos 129 do Código de 1973 e 142 já impõem ao juiz pôr termo ao processo se as partes o estiverem utilizando para praticar ato simulado ou conseguir objetivo proibido por lei. A colusão das partes é o conluio, a fraude bilateral para obter uma decisão judicial da qual uma delas ou ambas retirem um proveito ilícito. A simulação, prevista no artigo 167 do Código Civil, é a mentira bilateral, que cria uma aparência diferente da realidade para daí extrair algum benefício e, a meu ver, já se inclui no sentido de colusão. Nesses casos, normalmente o processo é utilizado como um meio para prejudicar terceiros; o processo é, na verdade, mero simulacro de lide entre as partes, servindo apenas como meio hábil para que as partes envolvidas atinjam um fim *contra legem*.

Como já acentuamos, verificando a farsa, o juiz deve obrigatoriamente coibir o comportamento ilícito das partes, antes mesmo de proferir a decisão sobre o mérito do pedido, extinguindo o processo com fundamento nos artigos 267, inciso IV, do Código de 1973 e 485, inciso IV, do Código de 2015.

Exemplo típico de colusão é a simulação de uma dívida entre as partes para que haja, com a condenação do acionado e a execução do julgado, a transferência dos bens do devedor para o suposto credor, fraudando, assim, os direitos de crédito dos demais credores legítimos do réu.

Se o conluio for percebido após o trânsito em julgado da sentença, caberá ao interessado, então, a propositura da ação rescisória.

16.2.4 Ofensa à coisa julgada

É rescindível também a decisão transitada em julgado quando houver desrespeito a coisa julgada anterior. A existência de coisa julgada deve ser alegada como matéria preliminar da contestação (CPC de 1973, art. 301, inc. VI; CPC de 2015, art. 337, inc. VII) e, verificada pelo juiz, enseja a extinção do segundo processo sem resolução do mérito, com base nos artigos 267, inciso V, do Código de 1973 e 485, inciso V, do Código de 2015.

Pode ocorrer, contudo, de o segundo processo ajuizado entre as mesmas partes, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ser julgado novamente, sem que se atente para a coisa julgada anterior. Nesses casos, a parte interessada poderá valer-se da ação rescisória a fim de desconstituir o segundo julgado.

É importante lembrar que, no regime do Código de 1973, na sentença faz coisa julgada apenas a sua parte dispositiva, ou seja, aquela que contém o julgamento do pedido formulado pelo autor, que por sua vez é interpretado restritivamente. Assim, para que haja violação da coisa julgada é preciso que o juiz tenha apreciado pedido idêntico ao já formulado anteriormente; não haverá ofensa à coisa julgada se o pedido do segundo processo tiver sido apreciado apenas na fundamentação da sentença anterior, porque os motivos e o julgamento dos fatos não fazem coisa julgada (art. 469, incs. I e II). O Código de 2015, embora igualmente exclua da coisa julgada os motivos e a verdade dos fatos (art. 504, incs. I e II), estende a coisa julgada à apreciação da questão prejudicial, desde que preenchidos os requisitos do § 1º do artigo 503 (v. item 14.9.1 no 2º volume).

Imagine-se, por exemplo, que haja uma sentença transitada em julgado em que se julgou procedente o pedido de reconhecimento da paternidade em face de determinada pessoa. Se, numa ação posterior entre as mesmas partes, for postulado o pagamento de alimentos, o juiz do segundo processo não poderá julgar o pedido improcedente com base na inexistência de paternidade, porque esta já foi reconhecida por uma sentença anterior transitada em julgada, estando acobertada pela coisa julgada. O pedido da segunda ação até poderá ser julgado improcedente por outro motivo – como pela inexistência de capacidade econômica do réu –, mas a paternidade reconhecida no dispositivo da sentença anterior não é mais passível de discussão em nenhum processo posterior, salvo em sede de ação rescisória contra a primeira coisa julgada.

No regime do Código de 2015, poderá ocorrer o inverso, ou seja, discutida a paternidade em ação de alimentos julgada procedente, veio a ser proposta ação negatória de paternidade também julgada procedente com decisão transitada em julgado. Se, nos termos do § 1º do artigo 503, na primeira causa tiver havido contraditório efetivo, não tiver ocorrido a revelia e o juiz era competente para decidir em caráter principal a questão da paternidade, a segunda sentença terá violado a coisa julgada da primeira, sendo passível de impugnação por ação rescisória.

Como já visto (item 14.9.2.5 do volume II), a sentença criminal repercute na jurisdição civil, nos termos dos artigos 935 do Código Civil, 98, inciso I, do Código Penal, 68 e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e ainda dos artigos 475-N, inciso II, do Código de 1973 e 515, inciso VI, do Código de 2015.

A sentença criminal somente vincula o juízo civil se for condenatória e houver reconhecido a autoria ou a existência do fato, nos termos do artigo 935 do Código Civil, de modo que tais aspectos não poderão mais ser objeto de rediscussão na jurisdição civil. Isso se justifica por medida de economia processual, uma vez que, sob o crivo do Poder Judiciário, tais questões já foram exaustivamente analisadas e decididas, sendo um efeito necessário da sentença penal condenatória a geração da certeza da responsabilidade do autor do crime de indenizar a vítima dos prejuízos dele decorrentes.

Então, a coisa julgada que pode fundamentar a ação rescisória também pode ser uma coisa julgada criminal. Não obstante, para que constitua causa de rescindibilidade da sentença civil posterior, é preciso aferir se a sentença criminal declarou a existência do fato típico ou sua autoria e se essas questões foram contrariadas pela sentença civil rescindenda.

Penso que essa vinculação da jurisdição civil às conclusões a que chegou o juízo criminal sobre a existência do fato ou sobre sua autoria é em parte inconstitucional, nos casos de sentença criminal absolutória que tenha declarado a inexistência do fato ou que o acusado não é o seu autor, porque ela implica em privar a vítima do crime da indenização que lhe corresponde em razão de uma decisão em processo criminal no qual não foi parte, não tendo tido ampla possibilidade de lutar para demonstrar a existência do crime e a autoria a final desmentidas na sentença. A vítima do crime não pode perder o direito à indenização na esfera civil em razão de uma sentença criminal que absolveu o réu, por entender que este não teria sido o autor do crime, se não pôde eficazmente influir em tal resultado. Ora, a vítima, além de não ser parte no processo criminal das ações penais públicas, muitas vezes não tem sequer ciência da propositura da ação penal.

Liebman percebeu isso claramente em 1971 e elaborou um estudo sustentando a inconstitucionalidade do artigo 28 do então Código de Processo Penal italiano, que dispunha o que está agora estabelecido no artigo 935 do nosso Código Civil⁴. A Corte Constitucional da Itália reconheceu a inconstitucionalidade daquele dispositivo, por entender que a vítima não pode ver prejudicado o seu direito à indenização mesmo que haja sentença criminal declarando a inexistência do fato ou de autoria do réu.

16.2.5 Violação à lei ou a norma jurídica

O inciso V, do artigo 485, do Código de 1973 traz a controvertida possibilidade de rescisão da sentença nos casos de violação a literal dispositivo de lei, que o inciso V do artigo 966 do Código de 2015 substituiu por “violiar manifestamente norma jurídica”.

Não se tem notícia de haver nos países ocidentais modernos hipótese análoga, que, em tese, permite que praticamente todas as questões de direito, debatidas ou não no processo de que resultou a sentença rescindenda, sejam suscitadas ou reexaminadas na ação rescisória, tornando-a, nesses casos, muito semelhante a um recurso.

Esse fundamento da ação rescisória é uma das causas da grande fragilidade da coisa julgada no Brasil. Há muitas ações rescisórias ajuizadas com base nesse dispositivo que apenas reproduzem na petição inicial os argumentos feitos na ação primitiva, intentadas por partes com notório espírito demandista.

Assim, essa hipótese escancara as portas da Justiça para o manejo da ação rescisória, porque permite que as questões de direito consideradas na sentença rescindenda ou no processo de que ela resultou possam ser rediscutidas, independentemente de

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. A eficácia da sentença penal no processo civil. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 256-270.

sobre elas ter havido amplo debate e discussão, ou mesmo que a causa originária tenha chegado à última instância de nossos tribunais, o Supremo Tribunal Federal. Além dessas, também novas questões de direito podem ser alegadas para justificar a violação de alguma norma jurídica.

Não me parece ser justo dar outra oportunidade à parte que já teve ampla possibilidade de debater as questões de direito, processuais ou materiais, em várias instâncias e em dois ou mais graus de jurisdição, de renovar a controvérsia sobre as mesmas ou outras questões em sede de ação rescisória.

Em sentido oposto ao nosso, muitos sistemas processuais excluem explicitamente a ação rescisória com base em violação a qualquer norma jurídica. No sistema italiano, por exemplo, se a matéria foi objeto ou podia ter sido objeto de recurso equivalente ao nosso recurso especial ou extraordinário, fica vedada a propositura de ação rescisória sobre tal matéria.

Como já expliquei, esse dispositivo tem origem na fragilidade da coisa julgada que se verificava no antigo direito português, em que a sentença que violasse a lei do soberano era sentença *nenhuma*. A epígrafe do Título LXXV do Livro III das Ordenações Filipinas é muito expressiva: “Da sentença, que por Direito he nenhuma, e como se não require ser della appellado, e como em todo tempo pôde ser revogada”⁵.

No Regulamento 737 de 1850 a expressão *lei do soberano* foi substituída por *expressa disposição da Legislação Commercial*, no § 2º do seu artigo 680, que declarava nula a sentença contra ela proferida.

O Código de Processo Civil de 1939 dizia ser nula a sentença quando proferida contra *literal disposição de lei*⁶, enunciado praticamente idêntico ao do Código de 1973. As críticas à amplitude desse dispositivo vão desde a redação até o seu conteúdo. O que seria literal disposição de lei? Será que devemos abstrair do conteúdo normativo da lei e ater-nos ao seu simples conteúdo semântico?

Se, por um lado, o preceito prestigia a lei ou o ordenamento jurídico quando possibilita a rescisão da sentença a ele ofensiva, por outro, parece desprezar o complexo trabalho lógico-sistemático empreendido pelo juiz na sua aplicação ao caso concreto. Em outros termos, o inciso V do artigo 485 do Código de 1973 acaba aparentemente por privilegiar a letra fria da lei, o que o Código de 2015 intenta corrigir com a sua substituição por expressão mais flexível, qual seja a *manifesta violação de norma jurídica*.

A doutrina majoritária, seja na vigência do Código de Processo Civil de 1939 ou de 1973, sempre entendeu que a *violação a disposição de lei* abrange as ofensas de conteúdo material e processual. Poucos processualistas, entre os quais merece destaque Luís Eulálio de Bueno Vidigal⁷ tentaram dar interpretação restritiva a essa causa de rescindibilidade, para possibilitar a ação rescisória somente quando violada a lei material, excluindo as violações às normas de natureza processual.

⁵ **Ordenações Filipinas**. Livros II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 684.

⁶ Art. 798. Será nula a sentença: I – quando proferida: c) contra literal disposição de lei.

⁷ VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 100-104.

Diziam os citados autores, acompanhados da doutrina europeia, que as nulidades processuais (atos feitos *contra legem* processual) devem ser tidas como sepultadas no momento da formação da coisa julgada, porque as partes antes de sua formação podiam impugnar a validade do processo e das decisões ali tomadas. Com a exaustão da cognição, as nulidades processuais, caso existam, ficam convalidadas, salvo aquelas que a lei expressamente preveja como hipóteses autônomas de cabimento da ação rescisória, como ocorre com os incisos I, II, III e IV, todos dos artigos 485 do Código de 1973 e 966 do Código de 2015.

Tenho simpatia por essa posição porque se também a violação à norma de caráter processual fosse cabível pelo inciso V não teria razão a existência dos incisos I, II, III e IV que no primeiro estariam abrangidos.

Se assim não fosse, haveria uma redundância na lei, porque todas as vezes em que a ação rescisória fosse proposta com base nos incisos I a IV, ela também seria cabível pela hipótese prevista seu inciso V, o que fere a lógica jurídica, na medida em que a lei não deve conter palavras ou disposições inúteis.

Por isso, a tese capitaneada por Bueno Vidigal procurava reduzir o exagero do artigo 798, inciso I, alínea c, do Código de 1939, que corresponde ao inciso V, do artigo 485 do Código de 1973 e ao inciso V do artigo 966 do Código de 2015.

No entanto, doutrina e jurisprudência firmaram-se em sentido contrário a esse entendimento, de modo que hoje convivemos com a admissibilidade da ação rescisória para renovar ou suscitar qualquer questão de direito constante da sentença ou do processo de que ela se originou, seja ela de natureza material ou processual.

A expressão cunhada pelo legislador de um e outro Códigos deve ser interpretada para abranger toda norma jurídica que tenha eficácia geral, e não apenas aquelas que sejam entendidas como lei em sentido formal. Abrange todas as normas jurídicas, de qualquer hierarquia, emanadas de quaisquer fontes, ainda que não produzidas por órgãos do Poder Legislativo, desde que tenham o caráter de abstração e a generalidade que as impõem ao respeito de todos os cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal publicou em 1963, portanto ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, o verbete sumular de jurisprudência dominante 343, com a seguinte redação: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Durante anos os tribunais pátrios deixaram de aplicar a Súmula 343 do STF. Todavia, repentinamente, ressuscitaram-na para alguns casos, mas não para outros, assentados nas insustentáveis premissas de que a incerteza ou a dúvida se sobrepõem à lei, e de que a mesma lei pode ter mais de uma interpretação. Tratando-se de matéria constitucional, o próprio Supremo Tribunal Federal geralmente tem considerado inaplicável o mencionado verbete sumular⁸.

Embora não simpatize com a extensão da rescindibilidade da sentença tendo como fundamento a violação a qualquer questão de direito, o entendimento previsto na Súmula 343 do STF fecha os olhos para o fato de subsistirem decisões que tenham dado à mesma norma interpretações diferentes, situação flagrantemente violadora da ideia principiológica de igualdade de todos perante a lei (Constituição, art. 5º, *caput*).

Admitida a rescindibilidade da sentença por ofensa à lei ou à norma jurídica, deve entender-se como violada a lei, além de outras hipóteses, quando não lhe for conferida a interpretação correta. Ora, admitir-se que a causa foi julgada com a utilização da interpretação da lei que não era a melhor, mas era possível ante a existência de controvérsia no âmbito dos tribunais, é compactuar com a violação da lei.

A redação do Código de 2015 também não é a melhor. Não existe violação mais manifesta ou menos manifesta, mais evidente ou menos evidente. O legislador de 2015 incide no mesmo erro dos anteriores. Pretende tornar excepcional o acolhimento da rescisória por violação da lei, apenas para casos mais graves. Ora, agrade-nos ou não, a admissibilidade da rescisória é direito subjetivo do cidadão sempre que a decisão rescindenda tenha violado a lei ou norma jurídica, não cabendo aos tribunais distinguir entre violações mais ou menos graves para admiti-la em alguns casos e não em outros.

16.2.6 Falsidade da prova

É rescindível a sentença que se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou demonstrada na própria ação rescisória, conforme dispõem os artigos 485, inciso VI, do Código de 1973 e 966, inciso VI, do Código de 2015. Trata-se de rescisória por erro de julgamento e não por nulidade da decisão.

Aqui a falsidade da prova pode ser falsidade material ou ideológica, que se verificou em qualquer prova cujo conteúdo tenha sido decisivo no julgamento da causa, como o documento falso, a falsa perícia, o falso testemunho etc.

Para que se constitua em causa de rescindibilidade, a prova falsa deve ter sido premissa necessária para que o julgador chegasse à conclusão contida na sentença. Se, a despeito da falsidade de determinada prova, o processo continha outros elementos que levariam o julgador à mesma decisão, a falsidade daquela prova não pode dar ensejo à ação rescisória, pois não interferiu no resultado final da cognição, na conclusão do juízo para o julgamento da demanda.

A falsidade da prova pode ser objeto de processo criminal instaurado para apurar os crimes de falsificação previstos no Código Penal (falsificação de documento público: art. 297; falsificação de documento particular: art. 298; e falsidade ideológica: art. 299).

Se a falsidade da prova foi apurada e confirmada em sentença condenatória criminal transitada em julgado, a coisa julgada criminal deve ser respeitada no juízo civil quando da propositura da ação rescisória, conforme dispõe o artigo 935 do Código Civil. Nesse caso, bastará que o vencido na ação civil ou o Ministério Público proponham a ação rescisória com cópia do processo criminal contendo a sentença condenatória, em que se tenha reconhecido a falsidade da prova na qual se baseou a sentença rescindenda.

⁸ Por exemplo, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 328.812. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Segunda Turma. DJU 11.04.2003.

Entendo que, se o acusado foi absolvido no processo criminal porque a sentença declarou que a falsidade não existiu ou que não foi ele o autor da conduta típica, subsiste possibilidade do manejo da ação rescisória, apesar do teor do artigo 935 do Código Civil, pelos motivos já expostos anteriormente neste capítulo (v. item 16.2.4).

Não havendo decisão criminal, a falsidade pode ser arguida e demonstrada na própria ação rescisória. Declarando a falsidade da prova na ação rescisória, o Tribunal competente deverá remeter cópias do processo ao Ministério Público para apurar a responsabilidade criminal, caso ainda não haja processo ou inquérito instaurado para esse fim.

Se o processo criminal estiver em curso, o autor deve ajuizar a ação rescisória dentro do prazo de dois anos do trânsito em julgado da sentença rescindenda. Se ainda não estiver decidida a ação rescisória e sobrevier sentença criminal condenatória, com trânsito em julgado, a decisão da esfera criminal vinculará o juízo rescisório.

Uma hipótese que não está prevista no inciso VI ora comentado diz respeito à sentença que se funda em prova cuja falsidade tenha sido reconhecida em sede de ação declaratória incidente de falsidade de documento, nos termos dos 390 e ss. do Código de 1973 e 430 e ss. do Código de 2015.

Se, no regime do Código de 1973, a parte, de forma incidental, arguir a falsidade de documento que registra determinada prova e, no regime do Código de 2015 fizer pedido expresso de que o juiz a decida como questão principal, e sobrevier sentença pela procedência dessa alegação, a decisão sobre a falsidade da prova fará coisa julgada, ficando o juízo da rescisória vinculado a essa declaração.

Desse modo, o que se quer dizer é que o inciso VI não se reduz apenas à falsidade previamente apurada em juízo criminal, mas abrange também a falsidade reconhecida previamente na jurisdição civil.

Por fim, esse inciso não abrange a falsidade de presunções e indícios, porque estes não são meios autônomos de prova, mas provas indiretas colhidas por outros meios de provas, resultantes da experiência humana.

16.2.7 Documento novo ou prova nova

O inciso VII do artigo 485 do Código de 1973 prevê a possibilidade de ação rescisória quando “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Analogamente, o inciso VII do artigo 966 do Código de 2015 também admite a propositura da ação rescisória quando “obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, prova nova, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Essa hipótese de ação rescisória, tal como a anterior, também caracteriza erro de julgamento, já que depois da sentença ou do seu trânsito em julgado surge documento novo ou prova nova, cujo teor influenciaria decisivamente no julgamento da demanda se fosse conhecido anteriormente ou se a parte dele tivesse podido fazer uso.

Fez bem o Código de 2015 em ampliar a hipótese para o surgimento de qualquer prova nova e não apenas de documento. A meu ver, novo é o documento ou prova cuja

formação ocorreu depois da sentença ou do seu trânsito em julgado ou que, embora anteriormente existente, tornou-se conhecido, acessível ou disponível ao autor da rescisória somente após a sentença ou o seu trânsito em julgado.

No entanto, na vigência do Código de 1973 a jurisprudência brasileira tem repudiado como documento novo aquele que não existia à época da sentença. Essa visão é absolutamente contrária ao espírito da lei. Ao negar-se o cabimento da ação rescisória com base em documento ou prova surgido após a sentença, impede-se que o vencido, após o trânsito em julgado, saia em busca da produção de provas que na data da prolação da sentença não existiam. A jurisprudência, todavia, admite a propositura da ação rescisória quando o documento existia, mas não foi usado, desde que a sua descoberta tardia não seja imputável à parte interessada, que dele tomou conhecimento posteriormente ou a ele teve acesso posteriormente ou somente dele pôde fazer uso posteriormente.

José Carlos Barbosa Moreira em seu estudo sobre a relativização da coisa julgada⁹ reconhece que, em certos casos, é preciso aceitar o documento surgido após a sentença, como, por exemplo, nos casos de superveniência do exame de DNA.

De acordo com a lei, o documento ou prova nova deve ser capaz de ensejar decisão mais favorável ao autor da rescisória do que a anterior. Logo, a simples revelação do documento deve ser capaz de demonstrar que houve erro no julgamento, possibilitando à parte interessada um julgamento mais favorável do que o contido na decisão rescindenda.

Quando a lei dispõe que o documento ou a prova “deve ser capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”, não significa – apesar da redação assim indicar – que tal documento, sozinho, tenha que constituir a prova do direito do autor da ação rescisória. O que importa verificar é que, juntando-se o documento às demais provas produzidas, isto é, se o documento constasse dos autos à época da sentença, esta teria sido mais favorável ao autor da ação rescisória.

A ampliação a qualquer prova pelo Código de 2015 suscita a pertinente indagação. O documento normalmente é uma prova pré-constituída, que existe no mundo real antes do ajuizamento da ação rescisória, o que permite avaliar desde logo a sua força e a viabilidade de ensejar a rescisão do julgado. A lei se refere à *obtenção* da prova nova pelo autor. A meu ver, a prova pericial, a prova oral (testemunhal e confissão) e a própria prova documental podem ter sido previamente documentadas ou terem sido objeto de um procedimento probatório preparatório, como a produção antecipada de provas (arts. 381 a 383) ou a exibição de documento ou coisa.

Mas a meu ver também terá direito o autor da rescisória, de, alegando na inicial a existência do documento em poder da parte contrária ou de terceiro, a existência de testemunha que presenciou o fato relevante, de fato ou circunstância

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, janeiro de 2005. São Paulo, p. 91-111.

relevante sujeita a constatação por juízo técnico, requeira a produção da prova no curso da própria rescisória. Essa instrução probatória no procedimento da rescisória pode ensejar também a produção de algumas dessas provas que corroborem outras pré-constituídas oferecidas desde logo pelo autor no ajuizamento da ação.

16.2.8 Invalidação de confissão, desistência ou transação

O inciso VIII do artigo 485 do Código de 1973 estabelece como hipóteses de rescisão da sentença a existência de *fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença*. O dispositivo não tem correspondência no Código de 2015.

A primeira hipótese é a de invalidação da confissão. Estabelece o artigo 352 do mesmo Código que a confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, poderá ser desconstituída por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; ou por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento. De acordo com esse dispositivo, se o processo no qual a confissão impugnada tiver sido proferida ainda estiver em curso, a via adequada para a sua impugnação será a ação anulatória. No entanto, se já houver o trânsito em julgado, será a ação rescisória a via processual para desfazer a confissão, desde que constitua fundamento essencial da sentença.

A segunda hipótese é a de invalidação da transação. Partindo da premissa de que a transação foi homologada, há resolução do mérito com formação de coisa julgada (CPC de 1973, art. 269, inc. III) e ao mesmo tempo constitui título executivo judicial, nos termos do artigo 475-N.

Por fim, a terceira hipótese é a de invalidação da desistência. O uso da palavra *desistência* traduz uma imperfeição técnica, pois a desistência não pode servir de fundamento de sentença ou decisão de mérito. Isso porque a desistência, em sua concepção técnica, provoca a extinção do processo, sem resolução do mérito, conforme artigo 267, inciso VIII, do Código de 1973 e 485, inciso VIII, do Código de 2015. E, como sempre é pressuposto de cabimento da ação rescisória no Código de 1973 que a sentença ou decisão seja de mérito, descaberia a ação rescisória para invalidar desistência.

Por isso, a melhor interpretação para esse dispositivo deve ser considerá-lo como referente à renúncia ao direito ou ao reconhecimento do pedido pelo réu, e não à desistência, pois aqueles resultam em sentenças ou decisões de mérito, nos termos dos artigos 269 do Código de 1973 e 487 do Código de 2015.

Mas, a doutrina e a jurisprudência, na vigência do Código de 2015, acabaram por esvaziar esse inciso VIII do artigo 485, por entenderem que, na verdade, em todos esses casos, seja de confissão, seja de transação, seja de renúncia ou de reconhecimento, a ação cabível para impugnação do ato de disposição não deve ser a rescisória, porque o vício não se encontra na decisão homologatória do juiz, mas no ato de vontade de uma das partes ou de ambas. Firmou-se, então, o entendimento de que a rescisória, somente seria cabível, para anular a própria homologação judicial, se se verificasse algum dos outros fundamentos do artigo 485 do Código de 1973 contemplados no artigo 966 do Código de 2015 e não a nulidade do ato de disposição, que deverá ser perseguida

por ação direta anulatória de ato jurídico, consoante o § 4º do próprio artigo 966. Por essa razão, esse inciso VIII do artigo 485 do Código de 1973 desaparece no Código de 2015, que também suprime a referência à ação rescisória no dispositivo que prevê a invalidação da confissão. No artigo que a esse corresponde o Código de 2015 (art. 393) não mais prevê a ação rescisória, porque declara, a meu ver exageradamente que a confissão é irrevogável. Conforme observei no item 6.5 no 2º volume, essa suposta irrevogabilidade não pode excluir a rescisória com fundamento nos incisos III e VIII do artigo 966 – e agora acrescento – e tampouco a ação anulatória a que se refere o § 4º desse mesmo artigo, se a confissão constituir fundamento de ato de disposição de direitos que venha a ser judicialmente homologado.

16.2.9 Erro de fato

Por fim, os artigos 485, inciso IX, do Código de 1973 e 966, inciso VIII, do Código de 2015 preveem o cabimento de ação rescisória quando a sentença estiver *fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa ou em erro de fato verificável no processo*.

Os §§ 1º e 2º do artigo 485 do Código de 1973 e o § 1º do artigo 966 do Código de 2015 estabelecem os pressupostos concorrentes de caracterização do *erro de fato*. O primeiro pressuposto é idêntico nos dois Códigos: há erro de fato quando a sentença admitir fato inexistente, ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido. Ou seja, a sentença baseou-se em fatos ou na inexistência deles, o que não corresponde à verdade. Houve erro quanto à verdade fática. É preciso que a falsa percepção da realidade revelada na sentença tenha sido decisiva para o julgamento da causa, não tendo relevância o erro que não tenha influenciado substancialmente no julgamento da causa. A conclusão da sentença a respeito do suporte fático sobre o qual fez incidir a norma de direito deve ter sido contrário à realidade, afetando diretamente essa incidência.

O Código de 1973, no § 2º, assim define o segundo pressuposto: “É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

A realidade tomada como verdadeira na sentença não pode ter sido objeto de controvérsia entre as partes. Um fato incontroverso é aquele afirmado por uma das partes e não refutado pela outra. Neste caso, o juiz o admitiu como verdadeiro por simples presunção legal de veracidade, nos termos do inciso III, do artigo 334, do Código de 1973. Então, é necessário que o fato, cuja veracidade se impugna, não tenha sido controvertido e o juiz deve tê-lo admitido como verdadeiro por presunção legal, ou porque, apesar da ausência de controvérsia entre as partes, julgou relevante afirmá-lo para estabelecer o suporte fático da decisão, isto é, sem que tenha exercido ampla cognição a respeito da sua existência.

Por esse motivo é que o Código de 1973 pressupõe que não tenha havido julgamento, isto é, não pode o fato ter sido objeto de pronunciamento judicial sobre o fato, redação que muitos consideraram imperfeita e que foi substituída no Código de 2015 pela seguinte, talvez mais clara, mas que traduz a mesma ideia: “que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado” (art. 966, § 1º, *in fine*).

16.3 LEGITIMIDADE

Normalmente partes na ação rescisória são as mesmas partes no processo de que resultou a sentença ou decisão rescindenda. É o que exprimem os artigos 487, inciso I, do Código de 1973 e 967, inciso I, do Código de 2015. Entretanto, os mesmos artigos (incs. II e III) conferem legitimidade ativa para a propositura da ação rescisória ao terceiro juridicamente interessado e ao Ministério Público.

Embora o terceiro juridicamente interessado não esteja vinculado à coisa julgada, pode estar sofrendo algum efeito reflexo da sentença ou decisão na sua esfera de interesses, o que o autoriza a propor a ação rescisória. A legitimidade desse terceiro é extraordinária porque, em verdade ele age em nome próprio na promoção da rescisão da decisão que prejudica a parte vencida, a cuja situação jurídica está vinculado o seu interesse. Mas a rescisória proposta pelo terceiro, que coloca formalmente o vencedor e o vencido como litisconsortes passivos necessários, porque a decisão na causa entre estes últimos não pode ser desfeita sem a presença de ambos, ainda que julgada procedente, não vai apreciar diretamente o direito do terceiro, mas, tal como no recurso de terceiro prejudicado, o da parte vencida a que está ligado o seu interesse. Para reivindicar diretamente a tutela do seu próprio interesse contrariado pela decisão *inter alios* o terceiro deverá fazer uso das ações próprias que forem adequadas.

Quanto ao Ministério Público, recordando os comentários que fizemos no 1º volume (item 11.5.2), a sua legitimidade possui mais de um fundamento. O primeiro é suprir a nulidade do processo de que resultou a decisão rescindenda, no qual foi violada a prerrogativa do Ministério Público de nele intervir, seja como parte principal, seja como fiscal da ordem jurídica (CPC de 1973, art. 487, inc. III, alínea *a*; CPC de 2015, art. 967, inc. III, alínea *a*). O fundamento da intervenção é a defesa dessa prerrogativa institucional, embora o Ministério Público não reivindique a rescisão da sentença ou decisão em seu próprio benefício, mas da parte que ficou vencida, porque se o Ministério Público entender que a decisão é justa, apesar de não respeitada a sua prerrogativa de intervenção, não terá interesse de propor a rescisória somente para anulá-la, porque a nulidade daí decorrente terá sido suprida pela decisão da causa a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade (CPC de 1973, art. 249, § 2º; CPC de 2015, art. 282, § 2º).

O segundo fundamento da iniciativa do Ministério Público é o interesse público em coibir a fraude bilateral, nos casos que o Código de 1973 qualifica como de colusão das partes e o Código de 2015 desdobra em simulação e colusão (CPC de 1973, arts. 485, inc. III, e 487, inc. III, alínea *b*; CPC de 2015, arts. 966, inc. III, e 967, inc. III, alínea *b*). Se o juiz tivesse percebido o intuito fraudulento das partes no curso do processo, teria extinguido o processo sem resolução do mérito (CPC de 1973, art. 129; CPC de 2015, art. 142). Como não o fez, o órgão do Estado ao qual incumbe constitucionalmente a defesa da ordem jurídica está legitimado a promover a rescisão da decisão para desconstituir a sentença apenas em juízo rescindente, que implicará na extinção do processo originário sem resolução do mérito.

O Código de 2015 atribui ao Ministério Público um terceiro fundamento à sua legitimidade para propor a ação rescisória que é a necessidade da sua iniciativa “nos

casos em que se imponha a sua atuação”. O dispositivo se harmoniza com o artigo 177 que confere ao Ministério Público o direito de ação “em conformidade com as suas atribuições constitucionais, que, conforme acentuamos no item 11.5.2 no 1º volume são, especialmente em matéria civil, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a promoção do respeito pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição e a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas.

Na vigência do Código de 1973, tem predominado o entendimento de que, não sendo parte, porque o Ministério Público também pode ser réu na ação rescisória de decisões de procedência nas ações por ele propostas, será ele sempre fiscal da lei. Já o Código de 2015 (art. 967, inc. III, alínea *c*) limita essa intervenção como fiscal da ordem jurídica nas rescisórias que possam ser incluídas nas hipóteses do artigo 178, às quais se aplicarão igualmente os artigos 179 e 180.

Por fim, esse Código confere legitimidade para a ação rescisória àquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção (art. 967, inc. IV). Na minha opinião, trata-se de hipótese que já está incluída no inciso II (terceiro juridicamente interessado), mas que serve para deixar expressa a possibilidade de promoção da ação rescisória por certos *amici curiae*, como a CVM ou o INPI (v. item 21.10.2 no 1º volume), cuja intervenção em determinadas causas é obrigatória por versarem sobre relações jurídicas que afetam a eficácia de políticas públicas pelas quais são essas entidades responsáveis, não se podendo dizer que elas teriam sofrido efeitos jurídicos reflexos nos seus próprios interesses jurídicos, mas nos interesses jurídicos pelos quais a lei lhes conferiu a responsabilidade de velar.

16.4 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Os artigos 491 do Código de 1973 e 970 do Código de 2015 mandam aplicar à ação rescisória as normas do procedimento ordinário ou comum. Entretanto, como ação da competência originária dos tribunais, possui ela algumas peculiaridades procedimentais. Nesse prisma, a redação do Código de 2015 é mais abrangente, porque não menciona especificamente determinados capítulos sobre as ações que seguem o procedimento comum, deixando em aberto a adoção de todas as normas a este aplicáveis, enquanto o Código de 1973, fazendo remissão apenas a dois capítulos sobre o procedimento ordinário, deixa de mencionar outros igualmente importantes, como os relativos à instrução probatória e ao cumprimento de sentença. Então, vamos tratar nesta parte de alguns aspectos do procedimento da ação rescisória.

16.4.1 Prazo para ajuizamento

No Código de Processo Civil de 1939 não havia estipulação de prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Diante dessa omissão, aplicava-se o prazo previsto no Código Civil de 1916, então vigente, cujo prazo para propor ação rescisória era de cinco anos, conforme o artigo 178, § 10, inciso VIII. Esse prazo, no entanto, já foi muito maior. Na vigência das Ordenações Manuelinas não havia prazo para a desconstituição do julgado, e poucas vezes no período sustentaram tese em sentido oposto.

Contudo, já sob a égide das Ordenações Filipinas, essa tese ganhou corpo, e parte da doutrina passou a defender que a desconstituição do julgado deveria limitar-se no tempo. Nesse período, as decisões judiciais eivadas de nulidade, denominadas pela legislação de *sentenças nenhuma*s, poderiam ser desconstituídas por meio da *revista* ou dos *embargos à execução*¹⁰.

Como já vimos, no Brasil, apenas com o Regulamento 737, de 1850 (art. 681) passou-se a enumerar entre as vias de ataque à sentença nula a chamada ação rescisória.

Na vigência do Código Civil de 1916 o prazo era de cinco anos. Com o advento do Código de 1973, esse prazo foi reduzido para dois anos (art. 495), mantido no Código de 2015 (art. 775), apesar de o anteprojeto da comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, do qual se originou, tivesse proposto sem êxito reduzi-lo a um ano. Essa evolução ilustra a preocupação com a vulnerabilidade da coisa julgada que representa a permanência por muito tempo da possibilidade de rescisão da sentença, numa sociedade, como a do nosso tempo, em que a velocidade das mutações econômicas e sociais exige uma estabilização mais rápida das relações jurídicas controvertidas.

Os dispositivos referidos dos Códigos de 1973 e de 2015 não definiram se o prazo biennial seria prescricional ou decadencial. Alfredo Buzaid, que elaborou o anteprojeto do Código de 1973, preferiu omitir-se quanto à natureza do prazo. Em seus pareceres sobre o assunto, afirmava que não adiantaria a legislação estabelecer tal natureza, pois isso era uma tarefa para a doutrina e a jurisprudência. Hoje doutrina e jurisprudência são uníssonas em sustentar que o prazo tem natureza decadencial. Isso implica dizer que tal prazo não se suspende, não se interrompe e nada impede seu fluxo (Código Civil, art. 207)¹¹. Portanto, sendo um prazo único, aplica-se tanto para direitos disponíveis quanto para direitos indisponíveis, tanto para pretensões imprescritíveis, quanto para pretensões prescritíveis.

Essa solução, no entanto, não é justa em muitas situações, como, por exemplo, no caso de surgimento de prova nova sobre paternidade ou sobre a sua inexistência muito após dois anos do trânsito em julgado de decisão que a declarou definitivamente não existente ou existente. O direito alemão deu melhor solução a esse problema, uma vez que o prazo para a revisão do procedimento, que equivale à nossa ação rescisória, não se aplica às ações relativas à paternidade, o que significa que não há prazo para a repositura da questão, conforme anotamos no item 14.4 no 2º volume.

Considero esse prazo de dois anos, ao mesmo tempo, excessivamente longo e excessivamente curto. No primeiro caso, porque depois de as partes percorrerem todas as instâncias, com todos os recursos, enfrentarem e superarem todas as vicissitudes processuais, numa verdadeira *via crucis*, depois do trânsito em julgado, a parte vencida ainda precisa esperar dois anos para que não haja mais nenhuma impugnação ao seu

direito. Por isso, diz-se que a coisa julgada após o prazo de dois anos é definitiva, é *coisa soberanamente julgada*.

No segundo caso, porque o fundamento da ação rescisória pode surgir após dois anos do trânsito em julgado, quando já ultrapassado esse prazo. Na verdade, como em outros mais aperfeiçoados sistemas processuais, esse prazo deveria ser bem mais curto, mas o seu termo inicial não deveria ser contado do trânsito em julgado e sim da data do conhecimento do fato, isto é, do motivo que pode ensejar a rescisão.

Acredito que três meses, a contar da data da ciência ou da disponibilidade da causa de rescisão, seria um prazo razoável para a propositura da ação rescisória. Esse prazo é suficiente para a parte decidir ajuizar uma ação e procurar um advogado. A adoção dessa solução tem sofrido resistências sob o argumento de que ensejaria grande insegurança jurídica, porque não seria possível comprovar que a parte já tinha conhecimento ou disponibilidade do motivo há mais tempo, quando viesse a propor a ação rescisória. De início, cabe refutar esse argumento porque a contagem de prazos a partir do conhecimento de determinados fatos e não da sua ocorrência já existe em outras normas do direito brasileiro, como, por exemplo, no prazo prescricional dos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil (Código Penal, art. 111, inc. IV). No campo do processo civil, o termo inicial para arguir impedimento ou suspeição do juiz é o conhecimento dos fatos de que se originam (v. item 2.2 no 2º volume).

Nesse sentido também é a opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Os autores lembram que na hipótese de anulação de negócio jurídico por coação o prazo para a propositura da ação anulatória só tem início quando cessada a coação¹².

Em relação às ações de investigação de paternidade, defendem os aludidos autores que nada impede que seja proposta a ação rescisória no prazo de dois anos, mas tendo como prazo inicial a obtenção do exame pericial. A tutela dos direitos indisponíveis mereceria tratamento diferenciado do ordenamento jurídico processual¹³.

Recentemente o STF decidiu ser possível a superação da coisa julgada em ação de investigação de paternidade cuja sentença primeva tenha decretado a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por insuficiência probatória. O colegiado, de maneira geral, ressaltou a necessidade de assegurar a prevalência da dignidade da pessoa humana sobre a coisa julgada, substanciada no direito à informação genética, assegurado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 18) e pela Constituição¹⁴. A decisão do STF evidencia a necessidade de alterações no regime atual da ação rescisória, de modo a permitir diferentes prazos iniciais para a contagem do prazo para a desconstituição de julgados. O voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 242-271.

¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. REsp 1186694/DF. *DJe* 17.08.2010.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 204.

¹³ Idem. p. 208.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Recurso Extraordinário 363.889. *DJe* 15.12.2011.

do caso mencionado, reflete essa preocupação, ao afirmar que a relevância do direito material exigiria a flexibilização do *dies a quo* para o ajuizamento da ação rescisória, que não pode permanecer rigidamente contado da data do trânsito em julgado. Para o ilustre Ministro, o marco para a contagem dos dois anos deve poder ser alterado quando demonstrado pelo autor, argumentativamente, que não pudera ajuizar, anteriormente, a demanda, pela impossibilidade prática de obtenção do exame de DNA. Assim, apenas a partir da data da possibilidade prática de obtenção do DNA seria contado o referido prazo¹⁵.

O Código de 2015, nos §§ 2º e 3º do artigo 975 atendeu parcialmente a esse anseio, pelo menos em relação às rescisórias fundadas em prova nova, simulação ou colusão. No primeiro caso, determina a contagem dos dois anos a partir da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos. E nos casos de simulação ou de colusão, em que a fraude é de ambas as partes, o prazo de dois anos se conta do conhecimento do fato pelo autor da ação, terceiro prejudicado ou Ministério Público, não sujeitos nessas hipóteses ao limite de cinco anos. Caberá ao autor da rescisória, se proposta depois de dois anos do trânsito em julgado, comprovar a data ou época do conhecimento do fato que assegure o respeito ao prazo decadencial.

Este Código, no *caput* do mesmo artigo, adotando entendimento polêmico consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete 401 da sua Súmula, determina que o prazo decadencial seja contado a partir do trânsito em julgado “da última decisão proferida no processo”.

A meu ver esse entendimento tenta salvar o direito da parte em razão da demora nos julgamentos, sobretudo dos Tribunais superiores, quando da inadmissão dos recursos da chamada via recursal extraordinária. Discutiu-se se não admitido ou não conhecido o recurso especial ou extraordinário meses ou anos depois da sua interposição porque o recurso não seria cabível, se a decisão recorrida, para efeito de contagem do prazo para a ação rescisória, teria transitado em julgado quando se esgotou o prazo para a interposição do recurso inadmitido ou não conhecido ou somente após esta última decisão. Corretamente, a meu ver, o STJ entendeu que é da última decisão, porque se ainda está pendente a decisão sobre a admissibilidade ou o conhecimento do recurso, não pode o recorrente perder o prazo para a ação rescisória. Entretanto, esse entendimento não pode levar a prolongar o já exagerado prazo para a propositura da ação rescisória, quando o recurso pendente for parcial, isto é, somente impugnar uma parte da decisão, porque a outra parte, contra a qual não tenha havido interposição de recurso, terá inquestionavelmente transitado em julgado desde o momento em que, publicada, se escoou o prazo para impugná-la. A última decisão proferida no processo é, pois, aquela que por último decidiu a questão sobre a qual versa a ação rescisória e não qualquer outra decisão que tenha sido proferida posteriormente sobre questão diversa.

¹⁵ Loc. cit.

16.4.2 Competência

Tanto o Código de 1939, quanto o de 1973, e também o de 2015, instituíram a ação rescisória como um processo da competência originária dos tribunais, o que significa que independentemente de qualquer outra norma oriunda de fonte diversa, é inerente ao sistema processual brasileiro que a rescisão da coisa julgada é da competência de um tribunal superior ou de segundo grau e que são os critérios do próprio direito processual que irão definir a que tribunal caberá o julgamento de cada ação rescisória. Em regra, a competência para julgar a ação rescisória se dará de acordo com o tribunal ao qual estiver vinculado o juízo que proferiu a decisão. Então, caso a sentença tenha sido proferida por juiz de primeira instância, o órgão competente é o tribunal de segundo grau ao qual caberia julgar os recursos contra as decisões desse juiz nessa causa em que se formou a coisa julgada. Ou seja, se julgada pelo juiz de direito de primeiro grau da Justiça do Estado de São Paulo, causa que em grau de recurso estaria sujeita ao reexame do Tribunal de Justiça desse Estado, este será o competente para a ação rescisória. Se se tratar de causa em que a coisa julgada se formou na primeira instância, mas o recurso seria para o STJ, como ocorre nos casos previstos no artigo 105, inciso II, letra c, da Constituição, a rescisória será da competência do STJ. Nas causas julgadas em primeira instância em que não são cabíveis recursos para tribunais de segundo grau ou tribunais superiores, como as previstas no artigo 34 da Lei das Execuções Fiscais, a rescisória será da competência do tribunal de segundo grau normalmente competente para julgar recursos em causas da mesma natureza. Se a causa tiver sido decidida por qualquer tribunal, seja originariamente, seja em grau de recurso, a rescisória será da competência do próprio tribunal.

Nos termos do § 3º, do artigo 109, da Constituição, serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual. O recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau (Constituição, art. 109, § 4º).

Apesar de o § 4º apenas se referir aos recursos eventualmente interpostos contra a decisão do juiz estadual no exercício da competência da Justiça Federal, daí decorre que eventual ação rescisória contra aquela decisão de primeiro grau também deverá ser julgada pelo Tribunal Regional Federal da respectiva Região. Isso porque, em verdade, o juiz de direito exerce, naqueles casos, a função de juiz federal de forma delegada pelo constituinte originário.

Sendo a decisão rescindenda do tribunal de segundo grau, sem que tenha havido recurso especial ou recurso extraordinário, a competência para o julgamento da ação rescisória será daquele órgão. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento antigo, que já deveria ter sido abandonado em razão da importância da garantia constitucional da imparcialidade, no sentido de que podem participar do julgamento da rescisória juízes que participaram do julgamento rescindendo (súmula 252).

Nos termos dos artigos 102, inciso I, alínea *j*, e 105, inciso I, alínea *e*, da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça julgar originariamente ações rescisórias de seus julgados.

Há certa dificuldade em definir a competência quando a decisão rescindenda é uma decisão de Tribunal contra a qual tenha sido interposto recurso especial ou recurso extraordinário, se estes não foram conhecidos.

Já vimos que, quando o recurso especial ou o recurso extraordinário não são conhecidos, o STJ e o STF não chegam a julgar o recurso. Eles não conhecem do recurso por falta de algum pressuposto de admissibilidade. Então, se a decisão rescindenda é uma decisão de tribunal contra a qual fora interposto recurso especial ou recurso extraordinário que não foi conhecido, a decisão que fez coisa julgada não foi a decisão do STF ou do STJ, mas a decisão do tribunal recorrido, que julgou a causa. Nesse caso, a competência para a Ação Rescisória é do tribunal contra cuja decisão foi interposto o recurso não conhecido, e não do STJ ou do STF.

Todavia, por vezes, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário, ou o STJ, ao julgar o Recurso Especial, examina e aprecia a questão de direito suscitada no recurso, mas no final declara que não conhece do recurso. Aqui houve uma falha de técnica no julgamento do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário, pois se o tribunal *ad quem* entrou no mérito do recurso a sua rejeição deve ensejar o não provimento do recurso. Nesse caso, embora a decisão do STJ ou do STF conclua pelo não conhecimento do recurso, a competência para a ação rescisória é do STJ ou do STF porque ele efetivamente julgou a causa, julgou o direito material.

Essa posição antiga do STF está presente no verbete sumular 249 da jurisprudência dominante, editada sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, com a seguinte redação: “é competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”. Esse entendimento se justifica porque aquele Tribunal, de fato, apreciou a questão federal controvertida. Assim, havendo essa apreciação, haverá a atração da competência para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

A introdução do § 2º do artigo 966 no Código de 2015 deverá levar à observância dos mesmos critérios de determinação da competência. Se a decisão, que não é de mérito, mas impede nova propositura da demanda ou impede a admissibilidade de recurso, é de juiz de primeiro grau, o tribunal a que está subordinado em grau de recurso é que processará e julgará a rescisória; se é de tribunal, este será o competente; se a inadmissibilidade tiver sido decretada no STF ou no STJ e a rescisória pretender atacar a decisão justamente sobre essa inadmissibilidade, a competência será do STF ou do STJ.

16.4.3 Requisitos específicos da petição inicial

Os artigos 488 do Código de 1973 e 968 do Código de 2015 estabelecem que a petição inicial da ação rescisória deve conter os mesmos requisitos essenciais de qualquer petição inicial em processo de conhecimento, previstos respectivamente nos

artigos 282 do primeiro e 319 do segundo Código. Ou seja, o autor deverá indicar o juiz ou tribunal a que é dirigida; a qualificação das partes; o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido, com as suas especificações; o valor da causa; as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; e, no regime do Código de 1973, o requerimento para a citação do réu. No regime do Código de 2015 não se aplica a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, porque o procedimento desta ação não prevê essa audiência.

Além desses requisitos, deve ainda o autor cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa; e depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente (CPC de 1973, art. 488; CPC de 2015, art. 968).

O pedido de rescisão é o chamado juízo *rescindente* ou de anulação da sentença ou decisão, ao passo que o pedido de novo julgamento da causa, como consequência do acolhimento do primeiro, é o chamado juízo *rescisório*.

A locução *se for o caso*, que os dispositivos empregam em relação à cumulação do pedido rescindente e do pedido rescisório, significa que, caso venha a ser acolhida a anulação da sentença, e se o tribunal estiver em condições de julgar desde logo o mérito da causa, deverá fazê-lo, sendo obrigatório formular desde logo os dois pedidos.

O Código de 2015 trocou o novo julgamento *da causa* pelo novo julgamento *do processo*. *Causa* é vocábulo que o legislador processual utiliza com mais de um sentido, mais comumente como sinônimo de objeto do litígio. Mas pode ocorrer, na vigência do novo Código, que a rescisória vise a admitir um recurso indeferido que versou sobre matéria processual, como, por exemplo, a falta de condição de ação do autor. Se *julgamento da causa*, nesse caso, não seria a expressão adequada, *julgamento do processo* tampouco. No juízo rescisório o que o autor requer é o rejuízo do direito material ou o julgamento da pretensão recursal tolhida pela inadmissão do recurso, que pode ser o próprio rejuízo do direito material ou da questão processual que ensejou o inconformismo do recorrente. Na rescisória contra a carência de ação (CPC de 2015, art. 966, § 2º), o juízo rescisório constitui não apenas o rejuízo da carência, mas, se acolhida e a *causa* estiver madura para julgamento, também o julgamento *ex novo* do próprio pedido do autor no processo em que a carência foi decretada¹⁶. Mas se reconhecida em juízo rescindente a nulidade da carência da ação, decretada antes da instrução probatória da causa, em que se delineava controvérsia sobre a verdade fática, não poderá haver cumulação do juízo rescisório, porque o julgamento da causa dependerá da renovação do processo, da complementação da fase instrutória e dos atos subsequentes do procedimento legal, o que deverá ocorrer ulteriormente no juízo de origem e não no julgamento da própria ação rescisória.

O depósito que os dispositivos introduzem como pressuposto de validade do ajuízo da rescisória foi introduzido pelo Código de 1973 para refrear a proliferação de ações rescisórias, tendo em vista que esse Código, conforme já observei,

¹⁶ Sobre a teoria da causa madura, v. o item 6.3 no capítulo VI.

ampliou as hipóteses de cabimento desse instituto. Se o julgamento da rescisória for desfavorável ao autor por decisão unânime, ele perde o depósito em favor do réu, sem prejuízo das custas e dos honorários da sucumbência. Não tenho simpatia por essa figura que, a meu ver, cria um obstáculo econômico discriminatório ao acesso à justiça, e, portanto, inconstitucional por violação do princípio da isonomia, em detrimento daqueles que, mesmo tendo uma boa causa, se sentirão inibidos de propô-la, não porque sofrerão o risco de perder mais esse valor, o que seria razoável, mas por não poderem dispor sem razoável sacrifício do seu desembolso. O Código de 2015 tenta minorar o defeito do instituto com a fixação do teto de 1.000 salários mínimos para esse depósito (art. 968, § 2º).

Na vigência do Código de 1973, o depósito não é exigível da Fazenda Pública e do Ministério Público, nos termos do parágrafo único do artigo 488, e também dos hipossuficientes, nos termos do artigo 3º, inciso VII, da Lei 1.060/1950, incluído pela Lei Complementar 132/2009. Quanto à Fazenda Pública, eis-nos diante de mais uma violação do princípio da isonomia. Na vigência do Código de 2015, essa isenção é estendida às autarquias, às fundações de direito público, o que igualmente viola a isonomia, e à Defensoria Pública (art. 968, § 1º).

A doutrina costuma dizer que tal depósito tem natureza de multa processual, devida independentemente de culpa, sendo mais um encargo processual que recairá sobre o autor da ação rescisória. É uma despesa processual especial, mas não é multa, pois não é sanção pela prática de ato ilícito, ao contrário, é uma nova despesa imposta pela lei pelo exercício regular de um direito constitucionalmente reconhecido.

Ajuizada a petição inicial, será distribuída a um relator, ao qual caberá dirigir o processo até o seu julgamento. O artigo 971, parágrafo único, do Código de 2015 recomenda que a escolha do relator recaia, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo.

16.4.4 Efeitos da citação

É necessário conhecer os efeitos da citação na ação rescisória, a qual, segundo entendimento dominante, tem natureza constitutiva negativa. Por isso, não se pode suprimir a eficácia da decisão transitada em julgado, com ampla presunção de validade, até que a sentença seja definitivamente rescindida.

Precisamos saber se os efeitos da citação previstos nos artigos 219 do Código de 1973 e 240 do Código de 2015 são também aplicáveis à ação rescisória (v. item 13.3 no 1º volume).

Entre aqueles efeitos (litispêndência, a litigiosidade da coisa, a constituição do devedor em mora, a interrupção da prescrição e, no Código de 1973, ainda a prevenção do juízo), o único que não ocorre na ação rescisória é a litigiosidade da coisa. Isso porque o vencedor na ação originária pode exercer todos os direitos sobre o bem da vida, ou seja, tem o direito de se comportar como o titular do bem litigioso sem nenhuma limitação, enquanto não transitar em julgado a ação rescisória que destrua a coisa julgada que o beneficiou inicialmente. Isso significa que, diferentemente do que ocorre em um processo comum, as partes não estão obrigadas a manter o estado

de fato da causa inalterado durante todo o curso desse novo processo, não incorrendo em atentado em caso de qualquer modificação.

Importante dizer também que não se aplicam os efeitos da revelia em se tratando de ação rescisória, porque não se podem reputar verdadeiros os fatos alegados pelo autor da rescisória em caso de ausência de contestação, como ocorreria na ação originária por força dos artigos 319 do Código de 1973 e 344 do Código de 2015.

Isso ocorre porque o entendimento que o autor da rescisória visa a desconstituir está contido em uma sentença ou decisão transitada em julgado, ou seja, em um ato estatal perfeito e acabado, que deve ser reputado válido e legítimo enquanto não for desconstituído pelo meio hábil.

16.4.5 Reconvenção

O instituto da reconvenção, como se sabe, está previsto nos artigos 315 a 318 do Código de 1973 e 343 do Código de 2015. Dele tratamos no 2º volume (item 2.3). Indaga-se, então, se a ação rescisória comportaria a reconvenção, ao que respondo negativamente, a não ser que seja uma reconvenção que também peça a rescisão da mesma sentença ou decisão por outro fundamento.

Tal situação pode ocorrer nos casos de procedência parcial do pedido formulado na ação originária, hipótese na qual ambas as partes poderão ter interesse em rescindir a parte da sentença que lhes é prejudicial ou desfavorável. Assim, poderia a parte citada para responder ao pedido da ação rescisória, além de contestar, também reconvir. Mas a reconvenção tem de ficar restrita à rescisão da mesma decisão. Não pode haver reconvenção para rescindir qualquer outra decisão ou para formular qualquer outro pedido do réu em relação ao autor.

A inicial da rescisória reconvençional deverá preencher os mesmos requisitos já comentados no item 16.4.3.

16.4.6 Conciliação e provas

Na vigência do Código de 1973 discute-se se, diante da resposta do réu, o relator tem de realizar ou não uma audiência de conciliação, uma audiência preliminar, na medida em que o artigo 491 do referido Código, na sua parte final, estabelece que “findo o prazo, com o sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V”. Justamente os Capítulos IV e V do Título VIII do Livro I são os capítulos que tratam das providências preliminares e do julgamento conforme o estado do processo, incluindo a audiência preliminar no artigo 331.

Em nossa opinião, a norma é expressa em mandar aplicar a regra desses dois Capítulos do Livro I do Código de Processo Civil ao procedimento da ação rescisória, de modo que, recebida a resposta ou decorrido o prazo de resposta, o relator deve designar a audiência preliminar e em seguida sanear o processo, se não conseguir a conciliação.

No regime do Código de 2015 é diferente. O artigo 970 manda que o relator, ao despachar a inicial, determine a citação do réu para oferecer resposta, observando-se,

no que couber, o procedimento comum. Ora, no procedimento comum a audiência preliminar deveria ser realizada antes do prazo de contestação. Assim, sem prejuízo do poder do relator de promover a qualquer tempo a autocomposição (art. 139, inc. V), parece-me que o procedimento comum se aplica à rescisória a partir do prazo para a resposta, não abrangendo a audiência de conciliação ou de mediação que, nesse procedimento, é anterior à resposta. O saneamento dar-se-á nos termos do artigo 357.

Se o relator determinar a produção de provas, o artigo 492 do Código de 1973 determina que ele delegue a competência para essa produção ao juiz da comarca onde a prova deva ser produzida, fixando o prazo de quarenta e cinco a noventa dias para a devolução dos autos. O dispositivo equivalente do Código de 2015 (art. 972) torna facultativa essa delegação, porque o ideal é que as provas sejam produzidas, se possível, no próprio tribunal em que se processa a rescisória, perante o respectivo relator (art. 932, inc. I). Entretanto, o dispositivo, a meu ver erroneamente, prevê que eventual delegação seja feita “ao órgão que proferiu a decisão rescindenda”. Ora, na delegação, respeitadas as regras de competência territorial e absoluta, o relator no tribunal deve ter liberdade de escolher o juízo em que deva processar-se a produção de provas, porque o fundamento da rescisória pode justamente questionar o comportamento do juízo que proferiu a decisão rescindenda, cuja interferência no procedimento da rescisória poderia prejudicar a qualidade da prova. Por outro lado, nem sempre o órgão que proferiu a decisão rescindenda foi um juízo de primeiro grau e então a delegação não pode ficar restrita ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, não só pela distância em que se encontre em relação a testemunhas, partes ou objetos a serem eventualmente examinados, mas também pela dificuldade de produzir certas provas perante tribunais.

Havendo necessidade de produção de provas por tribunal ou juízo inferior, portanto, expedir-se-á carta de ordem. As provas documentais serão sempre produzidas perante o próprio relator.

16.4.7 Ação rescisória de ação rescisória

O Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 799, possibilitava, de forma expressa, ação rescisória de ação rescisória, regra, contudo, que não foi reproduzida expressamente pelo Código de 1973 e pelo Código de 2015.

Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto de que resultou o Código de 1973, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, num acórdão por ele relatado, se justificou dizendo que esse Código não reproduziu a regra do anterior porque seguiu o modelo italiano, em que não há ação rescisória de ação rescisória.

Entretanto, o entendimento dominante no Brasil é o de que há possibilidade de ação rescisória de ação rescisória, desde que o fundamento seja vício da sentença na própria ação rescisória, e não para reiterar vício da sentença contra qual foi proposta a ação rescisória anterior¹⁷. Na Justiça do Trabalho existe entendimento do Tribunal

Superior do Trabalho, consagrado no enunciado 400 da Súmula daquele tribunal, nesse sentido.

Nem sempre é fácil realizar essa diferenciação entre vício oriundo da decisão rescindenda e do julgamento originário. Assim, por exemplo, se a parte alega que a sentença é nula porque violou a lei, mas não obtém êxito na ação rescisória porque o tribunal entendeu que a primeira sentença não continha o vício alegado, poderia a mesma parte propor outra ação rescisória alegando que a sentença da rescisória violou a lei por não ter reconhecido o vício da sentença originária?

Ao longo da minha vida profissional, já me deparei com casos em que ocorreram quatro ações rescisórias sucessivas. Disputas de terras muitas vezes se eternizam, com a propositura de sucessivas ações rescisórias.

O artigo 799 do Código de 1939, apesar de permissivo da rescisória de rescisória, a excluía com fundamento na violação da lei, o que, segundo Pontes de Miranda, significava que, quanto à aplicação da lei, a decisão na primeira rescisória estaria coberta pela *dogma da infalibilidade*¹⁸.

O silêncio do legislador de 1973 foi interpretado no sentido de que, se verificados os pressupostos legais de rescindibilidade na própria decisão da ação rescisória, caberá a segunda rescisória. Do mesmo modo deverá ser interpretado o silêncio do Código de 2015.

16.4.8 Efeitos do julgamento

Sendo a ação rescisória uma ação, resta-nos saber se essa ação tem natureza declaratória ou constitutiva. Antes disso, porém, é necessário saber qual o conteúdo da ação rescisória, que pode ter um ou dois objetivos, conforme o caso. Toda ação rescisória tem, em comum, o objetivo de retirar a sentença transitada em julgada do mundo jurídico, ou seja, invalidar a sentença (*iudicium rescindens*). Contudo, muitas vezes não basta invalidar a sentença, fazendo-se mister julgar novamente a causa (*iudicium rescisorium*). É a conclusão a que se chega a partir da leitura conjugada dos artigos 488, inciso I, e 494, ambos do Código de 1973, e 968, inciso I, e 974, no Código de 2015.

O que significa a expressão *se for o caso*, contida nesses dispositivos? Denota que, com a anulação da sentença pela ação rescisória e estando a causa pronta para ser julgada novamente, o Tribunal não se limitará a anular a sentença ou decisão.

Suponha-se a propositura de uma ação rescisória com fundamento na falsidade de uma prova que foi produzida no processo original (CPC de 1973, art. 485, inc. VI; CPC de 2015, art. 966, inc. VI). Se a sentença foi rescindida porque o Tribunal reconheceu que ela resultou de prova falsa produzida no processo primitivo, sendo julgado o pedido procedente na ação rescisória, isto é, anulada a sentença, o Tribunal deverá proferir nova sentença, julgando novamente a causa, agora sem analisar aquela prova.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 112.

¹⁸ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 574.

Então, *se for o caso*, o autor deverá formular dois pedidos e o tribunal deverá, igualmente, julgá-los, *se for o caso*. Nessas situações, não havendo os dois pedidos – de rescisão (*iudicium rescindens*) e de novo julgamento (*iudicium rescisorium*) –, o relator deverá mandar intimar o autor para emendar a petição inicial, nos termos dos artigos 284 do Código de 1973 e 321 do Código de 2015.

Há situações nas quais o tribunal apenas rescindir a sentença, sem novo julgamento como consequência imediata da rescisão. Por exemplo: se foi proposta ação rescisória tendo como fundamento violação de coisa julgada anterior (CPC de 1973, art. 485, inc. IV; CPC de 2015, art. 966, inc. IV), a sentença na rescisória apenas anulará o segundo julgamento, violador da coisa julgada. Ou seja, simplesmente retirará a segunda sentença do mundo jurídico, porque esta tinha violado a coisa julgada pretérita que continuará a prevalecer.

O mesmo poderá ocorrer se a ação rescisória tiver como fundamento uma nulidade processual ocorrida antes da sentença objeto da rescisão e que não possa ser suprida no juízo da própria rescisória, porque o vício prejudicou o conteúdo de todos os atos subsequentes que antecederam e influenciaram a sentença. Nesses casos, o tribunal não anulará somente a sentença, mas também todos os atos que não puderem ser aproveitados desde a ocorrência do vício processual atacado, sem novo julgamento da causa pelo tribunal, uma vez que o acórdão mandará o juiz retomar o processo desde a verificação do vício.

Por isso, o Código usa a expressão *se for o caso*. Havendo anulação da sentença, deve-se analisar casuisticamente se o tribunal está apto a julgar novamente a causa. Em caso positivo, o autor deve formular os dois pedidos previstos no inciso I, dos artigos 488 do Código de 1973 e 968 do Código de 2015.

Atualmente, a doutrina brasileira pacificou o entendimento de que a ação rescisória tem natureza constitutiva negativa¹⁹, posição que tem prevalecido porque a imutabilidade dos efeitos da sentença tem a seu favor a presunção de validade do pronunciamento estatal, enquanto não rescindido.

O vencedor de uma demanda tem o direito de exigir que o Estado faça cumprir a decisão judicial que o beneficia. O mero fato de ter sido proposta ação rescisória pelo sujeito interessado não tem o condão de automaticamente obstar tal exigência. Por esse motivo, como já aduzimos, a doutrina de forma majoritária afirma que a citação na ação rescisória não torna litigiosa a coisa.

Assim, se uma pessoa teve reconhecido por sentença transitada em julgado o direito a um bem da vida, mesmo tendo sido citada na ação rescisória, poderá alienar o referido bem, sem que isso configure fraude de execução (CPC de 1973, art. 593; CPC de 2015, art. 792). A parte vencedora na ação originária poderá gozar plenamente do direito concedido na sentença transitada em julgado, enquanto não rescindida.

Segundo entendimento da doutrina dominante, sendo a sentença na ação rescisória de natureza constitutiva negativa, seus efeitos apenas serão produzidos depois do

¹⁹ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, p. 136.

trânsito em julgado, preservando-se os efeitos já produzidos da sentença rescindida. Entretanto, esse entendimento pode criar situações paradoxais. Por isso, não concorrido com a simplificação que a doutrina brasileira, de um modo geral, costuma fazer a respeito do tema em debate.

Em verdade, coexistem duas ações dentro de uma mesma ação rescisória quando há cumulativamente o pedido de nulificar a sentença (*iudicium rescindens*) e o pedido de novo julgamento (*iudicium rescisorium*). Então, em regra, a ação rescisória corresponde a duas ações, uma com o pedido de nulificar a sentença anteriormente vigente e outra para corrigir o erro de julgamento daquela. Ademais, nem sempre a sentença na ação rescisória poderá preservar os efeitos da sentença rescindenda até a sua prolação. Assim, se o tribunal anular uma sentença por ser violadora de coisa julgada anterior (CPC de 1973, art. 485, inc. IV; CPC de 2015, art. 966, inc. IV), não poderá preservar os efeitos da sentença rescindenda até o trânsito em julgado da sentença na ação rescisória. Nesses casos, o órgão julgador terá de suprimir todos os efeitos da sentença rescindenda desde o momento em que foi proferida a sentença na ação rescisória, de modo que não exista contradição entre a sentença rescindenda e aquela que formou a coisa julgada violada pela decisão posterior, ora atacada. Então, a eficácia da decisão da ação rescisória nem sempre pode ser *ex nunc* (efeitos prospectivos, constitutivos). Em muitos casos, a rescisão deverá retroagir para desconstituir os efeitos da sentença rescindenda. Nesse caso, a meu ver, estamos diante de uma eficácia declaratória de nulidade e não constitutiva negativa de anulação. O fato de a sentença rescindida ter produzido efeitos presumivelmente válidos, enquanto não rescindida, não significa que esses efeitos devam ser preservados, uma vez que seja rescindida, porque isso representaria reconhecer a validade, ainda que temporária, da sentença nula.

A presunção de validade de que goza a sentença rescindível é típica de todos os atos do Estado, o que não significa que não existam atos do Estado absolutamente nulos. Situações criadas, especialmente em benefício de terceiros de boa-fé, pela sentença nula, devem ser reparadas, após a sua rescisão, por outra via, como por exemplo a indenizatória, mas não podem justificar a sobrevivência de qualquer efeito de direito material frontalmente incompatível com a retirada da sentença do mundo jurídico desde o momento da sua prolação. Faço um paralelo com a ação de nulidade de casamento por bigamia. Não é porque o contraente de boa-fé pode ter preservados certos efeitos irreversíveis do casamento nulo, que a ação deixa de ser meramente declaratória ou que a sua procedência implique em validar a bigamia antes da decisão de procedência da ação.

Com razão, o direito alemão distingue no instituto equivalente à nossa rescisória dois tipos de ações, uma ação de nulidade (*Nichtigkeitsklage*) e uma ação de restituição (*Restitutionsklage*)²⁰, herdeira da velha *restitutio in integrum* romana. No item 16.2 acima fiz referência a essa distinção. Então, parece-me insuficiente dizer que a ação rescisória é uma ação constitutiva negativa nos casos em que houve a rescisão por nulidade, especialmente quando se trata de nulidade processual, pois os efeitos da

²⁰ V. os §§ 579 e 580 do Código de Processo Civil alemão.

rescisão inevitavelmente retroagirão à data da sentença decisória ou à data em que ocorreu o vício processual por ela declarada.

16.4.9 Recursos cabíveis

No regime do Código de 1973, há, basicamente, dois recursos na ação rescisória. Contra eventual decisão monocrática do Relator, não havendo nenhum outro recurso previsto na lei processual, caberá agravo regimental. Igualmente, nos termos do artigo 530 do Código de 1973, cabem embargos infringentes quando tiver sido julgado procedente o pedido na ação rescisória, adotando-se o procedimento já estudado com relação a esse último recurso (v. capítulo VIII acima). Contra a decisão proferida nos embargos infringentes poderão ainda caber recurso especial e recurso extraordinário.

Na vigência do Código de 2015 todas as decisões monocráticas do Relator da ação rescisória poderão ser impugnadas por agravo interno, nos termos do artigo 1.021. O artigo 942, § 3º, prevê a transferência da competência de julgamento da ação para colegiado de composição mais qualificada, caso no colegiado menor a ação esteja sendo julgada procedente com voto vencido. Essa ampliação da composição do colegiado ou transferência a colegiado de maior composição em certos julgamentos é a nova configuração dos antigos embargos infringentes, extintos pelo novo Código. Entretanto, cumpre ressaltar que, diferentemente do que ocorre em apelação ou em agravo, a transferência, deslocando o julgamento para órgão colegiado diverso do que o iniciou, serão perdidos os votos proferidos pelos integrantes da primitiva composição.

Se a divergência de votos for parcial, somente em relação à matéria de voto vencido haverá transferência da competência ao colegiado maior, desdobrando-se o julgamento da rescisória em duas decisões.

Se a divergência surgir no julgamento de embargos de declaração de rescisória julgada procedente, somente ocorrerá transferência da competência a colegiado maior se o voto vencido de algum modo reduzir o alcance da procedência, restrita a transferência ao julgamento dos próprios embargos.

16.4.10 Querela de nulidade

A doutrina e a jurisprudência têm reservado a denominação de *querela de nulidade* ou *querela nullitatis* para uma ação autônoma de impugnação da sentença ou decisão transitada em julgado não mais sujeita a ação rescisória.

A invocação dessa figura tem servido para tentar dar solução a situações em que o direito positivo não tem uma saída pronta e acabada.

Os artigos 741, inciso I, e 475-L, inciso I, ambos do Código de 1973 e os artigos 535, inciso I, e 525, § 1º, inciso I, ambos do Código de 2015 permitem que se alegue em sede de embargos à execução ou de impugnação à sentença a nulidade da citação na fase de conhecimento se o processo correu à revelia do réu. Ou seja, já houve trânsito em julgado, iniciou-se a execução ou o cumprimento de sentença e, por meio de embargos ou impugnação, o executado alega que a citação na fase de conhecimento foi nula, tendo a fase de conhecimento transcorrido à revelia.

É necessário que se tenha operado a revelia, porque, se a citação foi nula e a parte interveio, com a intervenção convalidou-se a nulidade de citação. Mas se a citação foi nula e ele não interveio, o processo correu à revelia. O executado pode, nesse último caso, impugnar ou embargar a execução, dentro dos prazos respectivos, alegando a nulidade de citação no processo ou na fase de conhecimento, ainda que essa alegação venha a ocorrer depois de ultrapassados dois anos do trânsito em julgado da sentença exequenda, ou seja, quando não mais seria possível a propositura da ação rescisória.

Seguindo essa disposição, a doutrina e a jurisprudência construíram o seguinte raciocínio: se nas sentenças exequíveis o réu pode rescindir a coisa julgada sem precisar propor a ação rescisória, por meio da ação incidente de embargos à execução, ou por meio do incidente de impugnação à sentença, ainda que ultrapassados dois anos do trânsito em julgado, nas sentenças inexecutáveis, que são as sentenças meramente declaratórias ou constitutivas, o vencido deve ter o mesmo direito de, independentemente de ação rescisória, anular a sentença transitada em julgado se o processo lhe correu a revelia e ele alega a nulidade de citação.

Para esse propósito, então, foi concebida a chamada querela de nulidade, uma ação sem prazo decadencial, sujeita apenas a prazo prescricional da pretensão de direito material, se houver, que visa a anular a sentença transitada em julgado sem ação rescisória, porque não mais possível essa via, desde que o fundamento da anulação seja a nulidade da citação e o processo tenha corrido à revelia do réu.

16.4.11 Conclusão do procedimento

Saneado o processo e produzidas as provas nele determinadas ou não havendo provas a produzir, o relator abrirá vista sucessivamente ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais (CPC de 1973, art. 493; CPC de 2015, art. 973). Em seguida, o relator efetuará o seu estudo e elaborará relatório escrito, que será distribuído aos demais componentes do órgão julgador (CPC de 1973, art. 553; CPC de 2015, art. 971).

No Código de 1973, o relator passa os autos ao revisor que, concluído o seu estudo, pedirá dia para julgamento, seguindo-se a inclusão da ação na pauta de julgamento do colegiado competente, a publicação da pauta e o julgamento nos termos constantes dos artigos 554 e seguintes, que já comentamos no estudo da apelação. No Código de 2015, não mais existe o revisor. O relator pedirá dia para julgamento que se realizará de acordo com as regras dos artigos 937 e seguintes.