

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

Fabiane de Almeida Silva

Orientadora: Prof^a. Dra. Kátia Aparecida Mangone

Coordenação: Prof^a. Dra. Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier

SÃO PAULO
2014

FABIANE DE ALMEIDA SILVA

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do certificado de conclusão da especialização lato sensu, curso: Direito Processual Civil

Orientadora: Prof^a. Dra. Kátia Aparecida Mangone

SÃO PAULO

2014

FABIANE DE ALMEIDA SILVA

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do certificado de conclusão da especialização lato sensu, curso: Direito Processual Civil

BANCA EXAMINADORA

SÃO PAULO
2014

Sumário

RESUMO.....	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - COISA JULGADA.....	8
1 Breves Considerações	8
2 A Autoridade da Sentença.....	8
3 Coisa Julgada Formal e Material	11
4 Da Relativização da Coisa Julgada	14
5 Sentenças que não transitam em julgado	18
5.1 Da Querela Nullitatis	19
CAPÍTULO II - AÇÃO RESCISÓRIA	23
1 Breves Considerações	23
2 Legitimidade	25
3 Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória	28
3.1 Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz	29
3.2 Juiz impedido ou absolutamente incompetente.....	31
3.3 Dolo da parte vencedora ou conluio entre as partes	32
3.4 Ofender a coisa julgada.....	34
3.5 Violar literal dispositivo de lei.....	37
3.6 Prova Falsa	39
3.7 Documento novo	41
3.8 Fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação	43
3.9 Erro de Fato.....	46
4 Juízo Rescindente e Juízo Rescisório.....	47
5 Rescisória de Rescisória	48
CAPÍTULO III – IMPUGNAÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL	50

1	Breves Considerações	50
2	Natureza Jurídica da Impugnação	50
3	Cabimento	53
3.1	Da Falta ou Nulidade de Citação	54
3.2	Da Inexigibilidade de Título	57
3.3	Ilegitimidade das Partes	61
CAPÍTULO IV – EMBARGOS À EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....		63
1	Breves Considerações	63
2	Embargos - Meio de defesa da Fazenda Pública	64
3	Hipóteses de Cabimento	67
3.1	Falta ou nulidade de citação, quando o processo correu à revelia.....	67
3.2	Inexigibilidade de Título	68
CAPÍTULO V – EXCEÇÃO E OBJEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE		72
1	Breves Considerações	72
2	Cabimento	74
CONCLUSÃO.....		76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		78

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a melhor compreensão das formas de se desconstituir uma sentença de mérito transitada em julgado, suas formas de arguição e possíveis resultados. Além de demonstrar, também, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema, seu cabimento e sua aceitação nos dias atuais.

Segundo consta da doutrina e da jurisprudência, a desconstituição da coisa julgada poderá ocorrer por meio do ajuizamento de ação rescisória, *querela nullitatis*, exceção de pré-executividade, impugnação de título judicial, e embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, quando o último meio fizer as vezes de impugnação de título judicial.

Assim, com o desenvolvimento desta pesquisa, poderá o leitor se inteirar do leque de possibilidades para se insurgir contra a sentença, mesmo após o seu respectivo trânsito em julgado.

Palavras-chave: Meios de desconstituição da coisa julgada, ação rescisória, impugnação ao cumprimento de sentença, *querela nullitatis*, exceção de pré-executividade, objeção à execução e Embargos à Execução.

ABSTRACT

This work aims a better understanding of ways to deconstruct an unappealable merit sentence, forms of argumentation and possible outcomes. Besides also demonstrate the positioning of the doctrine and jurisprudence on the matter, its appropriateness and its acceptance.

According to the doctrine and jurisprudence, deconstitution of res judicata may occur through a rescission suit filing, *querela nullitatis*, pre-execution exception, judicial title claim, and opposing embargoes by the Treasury, when the last mean claims judicial title.

Thus, after the development of this research, the reader may become aware of the range of possibilities for rebelling against the sentence, even after their respective res judicata.

Keywords: Means deconstitution of res judicata, rescission action, compliance with judgment, *querela nullitatis*, pre-execution exception, execution objection and the Execution.

INTRODUÇÃO

Por meio do presente trabalho será possível demonstrar a melhor forma que a parte, devidamente representada por meio de seu advogado, poderá se insurgir contra eventual sentença proferida em seu desfavor e que já esteja acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Com efeito, o que se busca com o desenvolvimento deste trabalho, é expor a situação fática necessária, os requisitos e suas singularidades para enquadrar o meio de impugnação cabível ao caso concreto.

O estudo para seu desenvolvimento demonstra que os meios capazes para desconstituir uma sentença transitada em julgado são: *querela nullitatis*, ação rescisória, impugnação de título judicial, embargos à execução movida contra a Fazenda Pública, e, exceção de pré-executividade.

Contudo, antes de adentrar aos ditos meios de impugnação se fez necessário desenvolver um capítulo, especificamente, para discutir e melhor compreender o instituto da coisa julgada, visto ser ele de grande importância para demonstrar que nem sempre a coisa julgada será imutável, uma vez que o processo poderá ter se desenvolvido de forma irregular, de modo que, é possível que a parte se insurja contra ele e a sentença nele proferida através dos meios processuais supracitados, desde que preenchidos os requisitos definidos pela legislação processual ou pela doutrina e jurisprudência, consoante será demonstrado ao longo dos capítulos.

CAPÍTULO I - COISA JULGADA

1 Breves Considerações

Inicialmente, antes de adentrar aos meios de impugnação à sentença transitada em julgado, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da coisa julgada, suas formas, relativização, assim como a impossibilidade de sua ocorrência.

De início vale mencionar que o instituto da coisa julgada foi criado para evitar que os litígios se perpetuassem, assim como para garantir a estabilidade da tutela jurisdicional concedida pelo Estado.

Com a certificação do trânsito em julgado da sentença de mérito paira sobre referida decisão os efeitos da coisa julgada, ou seja, em tese, não haveria a possibilidade de modificá-la ou de ajuizar nova ação acerca dos mesmos fatos.

Nesse sentido, conforme disciplina o artigo 474 do Código de Processo Civil, passada em julgado a sentença, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas relativas ao mérito discutido, havendo, portanto, a preclusão consumativa da matéria.

Contudo, em que pese ter recaído sobre a sentença de mérito a autoridade da coisa julgada, é possível impugná-la e, para tanto, há alguns meios processuais previstos no nosso ordenamento jurídico que, se utilizados de forma bem fundamentada, permitem a sua desconstituição, tal consoante será debatido no presente trabalho.

2 A Autoridade da Sentença

Conforme acima debatido, a coisa julgada transmite à parte a segurança de que não haverá a rediscussão da matéria de fato já debatida e decidida nas fases instrutória e decisória.

Com efeito, grande parte da doutrina se assemelha as considerações tecidas por Liebman, na qual há o reconhecimento de que a coisa julgada é uma qualidade

inerente da sentença, ou seja, com ela haverá a certeza de que os efeitos produzidos serão imutáveis, assim como será produzida a eficácia da decisão.

Ocorre que, segundo este entendimento, a eficácia da decisão por si só não é suficiente, posto que a eficácia seja uma espécie de comando no qual o provimento final será estabelecido, contudo, ainda é possível que seja modificado por meio da interposição de recursos.

Assim, além da eficácia da decisão, é necessário que ela seja imutável, e isto apenas será possível com a autoridade da coisa julgada.

Em relação a esta matéria, LIEBMAN é categórico. Confira-se:

“A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. E essa imutabilidade característica do comando, nos limites em que é disciplinada pela lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm inconstitucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a norma concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada”.¹

Desta forma, ainda que haja uma sentença que decida o mérito da questão, para torná-la definitiva é imprescindível à ocorrência de seu trânsito em julgado, de modo que apenas ocorrerá a eficácia da decisão quando não houver mais recursos e impugnações a serem apresentados, já que, até lá, é possível modificá-la.

Tem-se assim que, segundo entendimento de Liebman, a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim uma qualidade e, com a qualidade da coisa julgada, haverá a imutabilidade dos efeitos produzidos pela decisão de mérito.

No entanto, este entendimento não é pacífico, uma vez que segundo parte contrária da doutrina, ainda que a coisa julgada seja uma qualidade da sentença, essa qualidade se restringe ao efeito declaratório da própria decisão.

Nesse sentido, é o que diz Ovídio Baptista:

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da sentença*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1984. p. 54

“(...) cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um efeito, mas uma qualidade que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos”.²

Na mesma linha segue Barbosa Moreira, ao afirmar que a imutabilidade defendida por Liebman não se estende aos efeitos da sentença, aduzindo que imutável é o teor da própria sentença: “[...] o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade [...] não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida”.³

E sobre esse tema também discorre o Ilustre Professor Renato Montans de Sá, ao disciplinar que a coisa julgada não pode ser considerada um efeito da sentença:

“(...) Inegável que a coisa julgada não pode ser um efeito da sentença, pois ambos consistem em realidades distintas. Também não se pode atribuir somente ao elemento declaratório a imunização. Não há justificativas para que os demais elementos da sentença, igualmente, não se imunizem. Também entendemos que atribuir à coisa julgada a qualidade dos efeitos da sentença deixa sem resposta as posteriores alterações que as partes podem empreender nos direitos disponíveis. A imutabilidade recai, portanto, no comando da sentença e não nos efeitos, que podem ser alterados”.⁴

Ou seja, é possível que, ainda que o conteúdo da sentença seja imutável, a mesma imutabilidade não se aplique aos efeitos dela advindos, podendo vir a ser modificados, entendimento este que nos parece mais correto, posto que, como adiante será demonstrado, é possível que no momento em que a sentença produza seus efeitos, seja apresentado eventual meio de defesa e, como ele, haja a modificação de seu conteúdo ou na forma como deverá ser executada.

Assim conclui-se que a autoridade da coisa julgada não está de fato relacionada à formação de uma sentença definitiva, mas sim com a impossibilidade de impugná-la, tornando-a imutável, e que, ainda que seja considerada uma qualidade da sentença, a imutabilidade atribuída por ela não abrange aos efeitos advindos da sentença.

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil- Processo de Conhecimento*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p 492

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, pp. 102/103 apud DELLORE, Luiz Guilherme. *Estudos Sobre a Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 57.

⁴ SÁ, Renato Montans de. *Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. p. 165

3 Coisa Julgada Formal e Material

De início, vale esclarecer que a coisa julgada é um fenômeno único, e como exposto alhures, é uma qualidade da sentença advinda com a certificação do trânsito em julgado, de modo que com a sua certificação, os efeitos da sentença começam a ser produzidos.

Nesse sentido, há formas de manifestação dos efeitos da sentença, e dentre eles, estão a coisa julgada formal e material, que são formas distintas de manifestação do fenômeno da coisa julgada.

Com efeito, proferida sentença ou acórdão e, não sendo mais possível a interposição de recurso – seja porque esgotadas todas as instâncias, seja porque decorrido o prazo para interposição de recurso ou, seja por aquiescência da parte – haverá a coisa julgada formal, pois a decisão ou acórdão ao qual foi certificado o trânsito tornou-se imutável, ou seja, o trânsito em julgado torna a sentença ou acórdão irrecorrível, conquanto, a coisa julgada formal torna referidas decisões imutáveis.

Em que pese os institutos serem similares, ao reverso do que parte da doutrina disciplina, o trânsito em julgado e a coisa julgada formal possuem distinções.

Neste passo, a coisa julgada formal é uma qualidade inerente ao próprio processo no qual foi proferida a sentença ou acórdão, ou seja, a sentença ou acórdão proferido naquele processo torna-se imutável.

A coisa julgada formal possui certa semelhança com a preclusão, uma vez que, a preclusão é a impossibilidade de interpor novos recursos contra determinado ato judicial, enquanto a coisa julgada pressupõe o encerramento do processo em decorrência da decisão proferida. Nesse sentido, confira-se entendimento do doutrinador Luiz Dellore:

“Não se discute que a coisa julgada formal pode ser entendida como forma especial de preclusão. Sem dúvida, a preclusão máxima, visto que impede, no bojo da relação processual em que determinada decisão foi proferida-restrita, portanto, ao âmbito endoprocessual-, a rediscussão do objeto de tal relação processual.

Mas se é certo que a coisa julgada formal pode ser entendida como espécie de preclusão, é ainda mais certo que a característica mais marcante do instituto é exatamente a imutabilidade que atinge a sentença, no âmbito do processo em que foi proferida. E, como visto, o trânsito em julgado não se dá somente pela preclusão dos recursos”.⁵

⁵ DELLORE, Luiz Guilherme. *Estudos Sobre a Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 47.

Vale destacar também, que, a coisa julgada formal abrange tanto as sentenças terminativas, quanto as definitivas, de modo que não é possível rediscutir a matéria no próprio processo, todavia, se a sentença for terminativa, não há óbice para rediscussão da mesma matéria em processo diverso.

Por sua vez, a coisa julgada material decorre da sentença ou acórdão que decida a questão meritória do processo, ou seja, possui cunho definitivo.⁶

Assim, por se tratar de sentença definitiva que tenha resolvido o mérito da questão, possui uma projeção que extrapola a matéria já debatida do bojo daquele processo, havendo o impedimento de que a mesma matéria já decidida definitivamente seja novamente apreciada em demanda diversa.

Confira-se novamente o entendimento do Ilustre Luiz Guilherme Dellore sobre este tema:

“De forma simplificada, o panorama é o seguinte: proferida a sentença, e não mais sendo possível a interposição de recurso- quer porque se esgotaram, quer porque ultrapassado o prazo para sua interposição (ou seja, com o trânsito em julgado da decisão)- surge a denominada coisa julgada formal. Se a decisão for de mérito, teremos então a coisa julgada material. Para melhor explanação desse cenário, é possível uma analogia com uma escada: o primeiro degrau é o trânsito em julgado, o seguinte é a coisa julgada formal, ao eu se segue a coisa julgada material. Os degraus não podem ser saltados e obedecem exatamente a essa ordem”.⁷

A esse respeito também leciona Humberto Theodoro Júnior, ao comparar a coisa julgada material e a formal. Confira-se:

“Na verdade a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas o grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença. A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do mesmo processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição. Imutável a decisão, dentro do processo ‘esgota-se a função jurisdicional’. [...] A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz

⁶ NCPC, art. 513: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso”.

⁷ DELLORE, Luiz Guilherme. *Estudos Sobre a Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 45/46

seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada. A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente”.⁸

Sobre esse tema também define o doutrinador Ernane Fidélis dos Santos:

“A coisa julgada formal decorre simplesmente da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, ou contra o acórdão que confirmou a sentença, ou extinguiu o processo, não importa tenha havido ou não o julgamento da lide, do mérito. Ela é comum a toda e qualquer decisão e se refere, exclusivamente, ao processo em que foi aquela proferida. [...] A coisa julgada material é a eficácia, a força, que faz tornar imutável e indiscutível a sentença que não mais está sujeita a qualquer recurso ordinário ou extraordinário (art. 467). Isto quer dizer que a coisa julgada material tem alguma relação com a coisa julgada formal. Para que ocorra a primeira, há mister a ocorrência da segunda, ou seja, a preclusão de todos os recursos. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode ocorrer a coisa julgada formal, sem que se verifique a material [...]”.⁹

Além disso, é oportuno esclarecer que a coisa julgada material possui cunho político, uma vez que, por meio dela, assegura a eficácia do poder judiciário de dirimir questões e promover a pacificação de conflitos, trazendo às partes e aos demais interessados a segurança jurídica de que a solução empregada naquela demanda não poderá ser modificada em nenhum outro processo, encerrando-se, portanto, o litígio.¹⁰

Com essas considerações verifica-se que a coisa julgada material guarda semelhança com a litispendência, visto que a última versa sobre duas demandas idênticas que ainda estão em curso, ao passo que na coisa julgada, uma das ações já foi decidida em caráter definitivo.

Com efeito, a imutabilidade da decisão impede que àquela matéria seja novamente apreciada pelo mesmo órgão judiciário, ou por qualquer outro, desde que a ação seja idêntica, ou seja, possua as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, contudo, se houver alteração em quaisquer desses requisitos não há óbice para que a parte intente nova ação.

Tem-se assim que, a coisa julgada formal consiste na imutabilidade da decisão proferida no âmbito de determinado processo, e, precede a coisa julgada material, que

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. I. 52ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011. p. 543

⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011. Pp. 723/724

¹⁰ DELLORE, Luiz Guilherme. *Estudos Sobre a Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013. p. 13

resolve a questão meritória, impedindo que a mesma questão seja suscitada novamente em qualquer órgão judiciário.

Contudo, para que se possa adentrar aos meios de impugnação à decisão transitada em julgado, matéria esta debatida no presente trabalho, faz-se necessário esclarecer que a sentença possui relatório, fundamentação e dispositivo, no qual o juiz acolhe ou rejeita a pretensão autoral, sendo que apenas em relação ao último será aplicada a autoridade da coisa julgada material, visto que poderá haver modificação de questão explicitada na fundamentação.

4 Da Relativização da Coisa Julgada

Consoante já exposto, a autoridade da coisa julgada visa garantir às partes e aos interessados a segurança jurídica de que aquela matéria já decidida, não seja novamente ventilada em demanda diversa ou no bojo do próprio processo, colocando termo ao litígio existente entre as partes.

Tal autoridade vinha se mantendo absoluta ao longo dos anos, contudo, este entendimento vem sofrendo recentes abalos, posto que, para alguns doutrinadores, a autoridade da coisa julgada não deve se sobrepor a outros direitos e garantias fundamentais.

Após a certificação do trânsito em julgado, durante dois anos é possível afastar a coisa julgada por meio do ajuizamento de ação rescisória, ocasião em que a sentença poderá vir a ser desconstituída. Todavia, decorrido referido prazo, não haveria maneira de afastar o decidido, ainda que houvesse manifesto equívoco na sentença ou acórdão, ou restassem claro os danos que poderia advir à parte em decorrência desta decisão.

É indiscutível a eficácia da autoridade da coisa julgada, haja vista que possui uma função pacificadora aos conflitos dirimidos pelo judiciário.

No entanto, ainda que os benefícios trazidos por este instituto sejam claros, é certo que existe o risco de que com a coisa julgada, sejam perpetuadas situações extremamente nocivas às partes que, à época da discussão da matéria, não pôde produzir as provas necessárias para comprovação de seu direito.

Por essas razões, visando que referidas situações nocivas não se eternizassem, foi criado o dogma da relativização da coisa julgada, que possibilita em

casos excepcionais, que haja o afastamento da coisa julgada mesmo que já tenha decorrido o prazo para o ajuizamento de ação rescisória, conforme leciona o Ilustre doutrinador Cândido Dinamarco:

“Não há uma garantia sequer, nem mesmo a coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc... É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável”.¹¹

Sobre esse tema faz-se oportuno mencionar que segundo os Ilustres doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, a denominação deste fenômeno não se faz correta, visto que traz a ideia de que a coisa julgada deve predominar sobre uns e não a outros. Confira-se:

“[...] A primeira observação que nos parece deve ser feita diz respeito à terminologia. ‘Relativização’ da coisa julgada é expressão que pode sugerir que a coisa julgada se opere em relação a uns e não a outros, quando não é esse fenômeno a que a doutrina vem querendo referir-se.

Trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada. Ao que parece, o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito de coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado *a todo custo*, à luz da mentalidade que vem prevalecendo”.¹²

A esse respeito o Nobre Ministro João Otávio de Noronha, componente da Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, foi categórico ao afirmar que em determinados casos deve prevalecer o princípio da verdade real, motivo pela qual a relativização da coisa julgada deve ser admitida pelo judiciário:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍNCULO DECLARADO EM ANTERIOR AÇÃO INVESTIGATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. VÍNCULO GENÉTICO AFASTADO POR EXAME DE DNA. **PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**. PREVALÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. **Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada.** Admite-se o processamento e julgamento de ação negatória de paternidade nos casos em que a filiação foi declarada por decisão já

¹¹ DINAMARCO, Cândido. *Nova era do Processo Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2007. p. 249

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada- Hipóteses de Relativização*. 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 12/13

transitada em julgado, mas sem amparo em prova genética (exame de DNA). Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial desprovido". (REsp 1.375.644- MG. STJ. Julgado em 1º/04/2014)

Contudo, há entendimento contrário no qual é defendida a impossibilidade de relativizar a coisa julgada. Nesse sentido, é o que disciplina Barbosa Moreira:

“Conforme se assinalou oportunamente (supra, nº 2), dois são os caminhos trilhados para chegar à tese: ou se nega, nesses casos, a própria existência da res iudicata, ou se sustenta que, apesar de existir, ela comporta desconsideração. Impende examinar em separado cada um desses modos de pensar, com os argumentos empregados para servir-lhes de apoio. Logo de começo, porém, cabe um reparo de ordem genérica. Mesmo a doutrina favorável, em maior ou menor medida, à proposta “relativizadora” não pode deixar de advertir-se da insuficiência, para justificá-la, de mera invocação de eventual “injustiça” contida na sentença passada em julgado. Condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da coisa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto: mal comparando, algo como uma sinfonia não apenas inacabada, como a de Schubert, mas inacabável- e bem menos bela”.¹³

A esse respeito, os Ilustres Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, doutrinam no sentido de se admitir a mitigação da coisa julgada, em casos excepcionais e exclusivamente por meio dos mecanismos processuais previstos em lei:

“O ponto de vista que adotamos admite a mitigação da coisa julgada pelos mecanismos constitucionais e legais, em homenagem à incidência do *princípio da proporcionalidade*, existente no sistema constitucional brasileiro, estabelecidos em *numerus clausus*, como são os casos da ação rescisória, revisão criminal e coisa julgada *secundum eventum litis*. A ação rescisória, portanto, está perfeitamente justificada no sistema. (...) deve admitir-se a tangibilidade da coisa julgada, mas pelos mecanismos autorizados pela CF e pelas leis e não por obra do juiz (*ope iudicis*), em ação futura ajuizada contra a coisa julgada- que não a rescisória ou revisão criminal-, de interpretação do que seria justo ou constitucional, do que teria feito ou não a coisa julgada.”¹⁴

Nessa linha, o MM. Desembargador Otávio Portes, componente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao analisar o pedido da parte de que fosse relativizada a coisa julgada em razão de suposta má-aplicação do direito na

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética Sobre Direito Processual Civil nº 22. p. 100

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.826

ação ordinária, foi claro ao afirmar que as partes não podem se valer do instituto da relativização da coisa julgada para corrigir as injustiças da decisão, uma vez que se assim fosse feito haveria afronta à ideia de imutabilidade das decisões judiciais e da segurança jurídica garantida pela Constituição Federal, de modo que, segundo ele, dita hipótese apenas vem sendo aceita pela doutrina por meio de ação rescisória, e nos casos em que a decisão judicial é flagrantemente inconstitucional.¹⁵

No entanto, em que pese o ilibado saber jurídico do ilustre professor Barbosa Moreira, o entendimento que nos parece mais correto é aquele no qual a relativização apenas se aplicaria aos casos excepcionais, em que tenha restado fartamente comprovado que a situação fática descrita na decisão passada em julgado não estava correta e que sua manutenção violaria direito constitucionalmente garantido, de modo que se a situação fosse mantida pela decisão, haveria prejuízos de irreparáveis as partes.

Com efeito, o que se busca com a dita relativização é minimizar eventuais equívocos ocorridos em sentenças ou acórdãos que já estejam acobertados pela coisa julgada material, afastando a autoridade com parcimônia, e não desafiando o judiciário com questões desprovidas de qualquer prova apenas para corrigir eventual injustiça da decisão, visto que se for admitida constante flexibilização, a segurança jurídica garantida pela Constituição Federal não valerá de nada.

¹⁵ Ementa: "DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONDENATÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **PEDIDO DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.** ALEGAÇÃO DE INJUSTIÇA DA DECISÃO. MÁ-APLICAÇÃO DO DIREITO E/OU ANÁLISE DEFICIENTE DAS PROVAS PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA QUE SE IMPÕE NO CASO. TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. TESE DOUTRINÁRIA DE CONTORNOS E PRESSUPOSTOS AINDA NÃO BEM DEFINIDOS. APLICAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DA AÇÃO RESCISÓRIA. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O desfazimento e a relativização de um dos instrumentos que exprimem a segurança jurídica em seu mais condensado grau, a coisa julgada, deve ser vista com cautela extrema. **O instituto da "relativização da coisa julgada", ainda objeto de intensa controvérsia jurisprudencial e teórica, não se destina ao questionamento da justiça da sentença/acórdão que, analisando bem ou mal a prova dos autos e o direito incidente, transitaram em julgado. Admitir o contrário seria atentar de morte contra a ideia da imutabilidade dos veredictos e da segurança jurídica que deve se esperar das decisões judiciais já passadas em julgado, além de propiciar a eternização dos conflitos sociais, na mão oposta à finalidade do próprio Direito, que é justamente pacificá-los.** 2. O sistema jurídico convive diuturnamente com sentenças 'injustas', as quais, todavia, foram ou seriam impugnáveis/controláveis por meio próprio e eventualmente corrigidas por órgãos colegiados de envergadura recursal, reduzindo assim a margem de 'error in judicando', não sendo dado simplesmente e por este único fato, desconsiderar sua passagem em julgado e a força jurídico-processual que advém deste fato, que consolida o império da norma criada especificamente para o caso concreto". (Agr. De Instr. nº 1.0701.04.083015-3/007. 16ª Câmara Cível do TJMG, Des. Rel. Otávio de Abreu Portes. Julgado em 29/05/2014)

5 Sentenças que não transitam em julgado

Há determinadas sentenças que não possuem as condições necessárias para transitar em julgado, são as denominadas sentenças juridicamente inexistentes.

A sentença será juridicamente inexistente quando algum fato ocorrido no curso do processo o tenha tornado inexistente - como, por exemplo, a ausência de um dos pressupostos de existência - e, por via de consequência, a sentença nele proferida também será inexistente.

Com efeito, à guisa de exemplo, a sentença proferida sem que tenha ocorrido a citação da parte contrária é inexistente, pois não houve a triangulação da relação processual, composta pelo autor, juiz e réu.

Nesse sentido, doutrinam a Professora Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina:

“Os requisitos para que se considere um processo como sendo juridicamente existente são correlados à definição clássica de processo, que praticamente o identifica com a *relação jurídica* que se estabelece entre *autor, juiz e réu*. Portanto, sem que haja um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado) não há, sob ângulo jurídico, propriamente um processo. Claro que uma sentença de mérito proferida nestas condições e neste contexto é, por “contaminação”, sentença juridicamente inexistente, que jamais transita em julgado. Portanto, não havendo coisa julgada, rigorosamente dir-se-ia neste caso não estarem presentes nem mesmo os pressupostos de cabimento da ação rescisória, descritos no *caput* do art. 485: sentença de mérito transitada em julgado. De fato, sentido não teria a criação de uma *categoria* designado de *pressupostos processuais de existências*, sem que dissesse que, *ausentes* estes pressupostos, está-se diante de uma situação de inexistência jurídica!”¹⁶

Do mesmo modo, ao contrário do que estabelece grande parte da doutrina, há o entendimento de que a sentença formulada de forma *extra* ou *ultra petita* será considerada inexistente, uma vez que, se o Tribunal apreciar pedido não formulado pela parte, dito pedido não transitará em julgado, de modo a não ser acobertado pela autoridade da coisa julgada.

Assim, confira-se entendimento da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina em outro estudo:

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada- Hipóteses de Relativização*. 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 292.

“(...) Nos casos das sentenças ultra e extra petita, está-se diante de hipótese em que o juiz terá julgado pedido não formulado pela parte. Faltando, portanto, tal pressuposto processual de existência, estar-se-á diante de sentença juridicamente inexistente, que, como tal, não terá transitado em julgado”.¹⁷

Portanto, consoante exposto, há aquelas sentenças juridicamente inexistentes e, por serem inexistentes, não transitam em julgado.

Desta forma, será debatido no tópico adiante, o meio adequado para se desconstituir uma sentença juridicamente inexistente, os requisitos para tanto, e o entendimento dos Tribunais a esse respeito.

5.1 Da Querela Nullitatis

A Querela Nullitatis é um meio de impugnação às decisões judiciais que não possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro, tendo este meio de impugnação sido construído por meio da doutrina e da jurisprudência.

A Querela Nullitatis é denominada por alguns doutrinadores como “ação declaratória de inexistência”, e por outros como “ação declaratória de nulidade”.

No primeiro caso, a ação declaratória de inexistência é assim denominada pelos ilustres doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, os quais entendem que tal meio processual poderá ser intentado contra uma decisão proferida nos autos de um processo que possua um defeito na sua essência, ou seja, em que tenha sido praticado um ato juridicamente inexistente que, por via de consequência, contamine todos os demais atos processuais praticados ao longo do processo.¹⁸

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 292.

¹⁸ “Os requisitos para que se considere um processo como sendo juridicamente existente são correlados à definição clássica de processo, que praticamente o identifica com a *relação jurídica* que se estabelece entre *autor*, *juiz* e *réu*. Portanto, sem que haja um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado) não há, sob o ângulo jurídico, propriamente um processo. Claro que uma sentença de mérito proferida nestas condições e neste contexto é, por ‘contaminação’, sentença juridicamente inexistente, que jamais transita em julgado”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada- Hipóteses de Relativização*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 28

Nessa linha, a sentença proferida em um processo que não tenha se constituído juridicamente é contaminada, de modo que ela também será juridicamente inexistente e, por essa razão, jamais transitará em julgado.

Desta forma, em razão da sentença jamais transitar em julgado, estar-se-á diante da impossibilidade de cumprir um dos requisitos essenciais para o ajuizamento de ação rescisória, qual seja, que a sentença de mérito tenha transitado em julgado.

Vejamos o entendimento dos ilustres doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

“O exemplo mais comum, como se lembrou, de sentença juridicamente inexistente é o da sentença de procedência proferida sem que tenha sido citado o réu. Não se confundem sentenças juridicamente inexistentes e sentenças nulas. Estas, embora viciadas, transitam em julgado- podendo, se for o caso, ser atacadas através de ação rescisória”.¹⁹

E nesse sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao disciplinar que o meio adequado cabível para que a parte se insurja contra eventual vício de citação é a Querela Nullitatis.

Por primeiro, colaciona-se ao presente tópico o entendimento do Nobre Desembargador Francisco Casconi, o qual, ao apreciar Ação Rescisória fundada em ausência de citação, entendeu que o meio adequado para alegar tal fato seria pelo ajuizamento de Querela Nullitatis, pois seria caso de vício transrescisório, o que obstaria a “consumação da coisa julgada em relação a quem o alega, refletindo assim a ausência de pressuposto lógico para a ação rescisória”.²⁰

Por segundo, colaciona-se o entendimento do Nobre Desembargador Mourão Neto, relator da Ação Rescisória nº 2135682-05.2014.8.26.00000, que ao julgá-la, entendeu que a alegação da Autora de que não teria sido citada deveria ser arguida por meio de Querela Nullitatis, já que a ausência de citação afasta a existência jurídica

¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.pp. 275/276.

²⁰ Ementa: “RESCISÓRIA DE SENTENÇA - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - AUTOR QUE SUSTENTA NULIDADE DO ATO CITATÓRIO NA AÇÃO ORIGINÁRIA - TEMA CUJO DEBATE SE RESERVA A VIA PROCESSUAL DISTINTA (AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE - 'QUERELLA NULITATIS') - FALTA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO”. (Ação Rescisória nº 2054982-42.2014.8.26.0000. TJSP. Des. Rel. Francisco Cascomi – julgado em 30/09/2014)

da sentença de mérito e não forma a coisa julgada material, requisito este essencial para o ajuizamento de rescisória.²¹

Em sentido diametralmente oposto, outra parte da doutrina entende que a *querela nullitatis* é uma ação de nulidade da sentença, por meio da qual é possível invalidar uma sentença existente, ainda que decorrido o prazo para o ajuizamento de ação rescisória, como por exemplo, em “decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC).”²²

Ocorre que, a ação declaratória de nulidade é o meio pelo qual a parte pode, exclusivamente, invalidar a sentença. Referido meio de impugnação não possui a finalidade de corrigir a injustiça da sentença, finalidade esta que a ação rescisória também não possui.

Com efeito, a *querela nullitatis* para Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha “está prevista como hipótese de cabimento de impugnação à execução de sentença (art. 475-L, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como hipótese de cabimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC).”²³

Ainda é oportuno esclarecer que, a *querela nullitatis* deverá ser ajuizada no mesmo juízo prolator da decisão impugnada, e permite que seja ajuizada mesmo após decorrido o prazo estabelecido para a ação rescisória, contudo, caso a parte tenha sido devidamente intimada e apresente impugnação à execução sem arguir o defeito de sua citação, acarretará a preclusão consumativa da questão, caso em que não será possível o ajuizamento da *querela nullitatis*.

²¹ Ementa: “Processual. Ação rescisória proposta contra sentença que homologou acordo em ação de despejo. Inviabilidade. Autora (dentre três locatários) que alega não ter sido citada (embora litisconsorte necessária), bem como os outros dois (transatores, ao lado do locador), por isso se deram por citados em transação extrajudicial quando não existia ação de despejo em curso. Hipótese de querela nullitatis insanáveis para a qual não é cabível a ação rescisória. A citação válida é pressuposto de existência jurídica do processo e, portanto, de inexistência jurídica da sentença, que, bem por isso, não transita materialmente em julgado. Cabimento, em tese, de ação de declaratória perante o juízo de primeiro grau, sem indevida supressão de instância. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Petição inicial indeferida, com a consequente extinção do processo (artigo 295, inciso II, combinado com o artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil)”. (Ação Rescisória nº 2135682-05.2014.8.26.00. TJSP. Des. Rel. Mourão Neto. Julgado em 16/09/2014.

²² DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivim. 2012. p. 477.

²³ *Idem*

Desta feita, em que pese o ilibado saber jurídico dos Ilustres doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, o entendimento que nos parece mais correto é aquele em que a *querela nullitatis* possui a função de declaratória de nulidade de um vício a que padece da sentença, e que, apesar de viciada, a sentença é existente no mundo jurídico, formando inclusive, a coisa julgada, devendo este meio processual ser utilizado para obstar que a sentença continue a produzir seus efeitos no mundo jurídico.

CAPÍTULO II - AÇÃO RESCISÓRIA

1 Breves Considerações

De início, é importante esclarecer que a ação rescisória é um dos meios pelos quais é possível desconstituir a coisa julgada material, e, para tanto, é necessário que a sentença proferida nos autos tenha decidido questão de mérito e tenha transitado em julgado, requisitos elencados no *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Em que pese a possibilidade de desconstituir a coisa julgada, a rescisória tem natureza de ação, e não de recurso, visto que não possui previsão legal no rol de recursos previstos no Código Processual Civil, elencados de maneira taxativa.

Com efeito, a ação rescisória possui natureza de ação autônoma de impugnação, formando um novo processo e uma nova relação jurídica processual, devendo obedecer as condições da ação e os demais procedimentos para seu regular prosseguimento.

Segundo Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha, a rescisória é uma ação *constitutiva negativa* ou *desconstitutiva*, pois como exposto alhures, visa desconstituir a coisa julgada material²⁴ e, apenas poderá ser intentada quando o vício que padece da sentença se perpetuar mesmo após o trânsito em julgado, devendo, portanto, ser declarada absolutamente nula.

Além da sentença de mérito transitada em julgado, para o ajuizamento da demanda rescisória é necessário haver, cumulativamente, (i) uma das situações elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil; e (ii) que não tenha decorrido o prazo decadencial de dois anos contados a partir da certificação do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Nessa linha, é importante mencionar que nos termos da Súmula 401 do STJ, o prazo para o ajuizamento de ação rescisória apenas começa a fluir no momento em que não houverem mais recursos a serem interpostos, ou seja, ainda que tenha sido

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil- Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodvim. 2012. p. 380

interposto recurso relativo a apenas uma parte da sentença (art. 505 do CPC), é incabível ação rescisória no tocante a outra parte.

Contudo, comporta exceção o prazo decadencial de dois anos, uma vez que o artigo 8º C, da Lei 6.739/1979, disciplina que *“É de oito anos, contados do trânsito em julgado da decisão, o prazo para ajuizamento de ação rescisória relativa a processos que digam respeito à transferência de terras públicas rurais. (Artigo incluído pela Lei nº 10.267, de 28.8.2001)”*.

Com efeito, o rol de cabimento da ação rescisória é taxativo, não se admitindo aplicação analógica ou extensiva a nenhuma situação diversa daquelas elencadas, salvo na sentença que julga partilha- em que há expressa previsão no artigo 1.030 do Código de Processo Civil – e extensivamente ao inciso VIII, do artigo 485, do mesmo diploma legal, em que se deve entender que está prevista a hipótese de rescindir a sentença em que se basear em reconhecimento de procedência do pedido.²⁵

Apenas à guisa de informação, é necessário repisar que, a ação rescisória apenas é cabível contra sentenças que envolvam o mérito da questão, ou seja, é incabível para decidir fato novo que seja estranho ao mérito anteriormente decidido, bem como para rescindir acórdão que tenha julgado recurso interposto contra decisão interlocutória.

Nesse sentido, também é incabível ação rescisória para desconstituir sentença que não tenha apreciado pedido ao qual se pretende a rescisão, do mesmo modo que incabível contra sentenças prolatadas nos Juizados Especiais Cíveis (art. 59, da Lei 9.099/95), na ação direta de inconstitucionalidade, na declaratória de inconstitucionalidade (art. 26, da Lei 9.868/1999) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12, da Lei 9.882/1999).

Nesse sentido, doutrinam Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha:

“A ação rescisória pode impugnar toda a decisão judicial ou apenas algum ou alguns dos seus capítulos, quando então é designada de *ação rescisória parcial*. Decisão que não examinou um pedido é, neste aspecto, inexistente e, portanto, não pode ser objeto de ação rescisória. Não se pode rescindir o que não existe. O que não é não fica imutável pela coisa julgada, e, pois, não

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005. p. 154

pode ser desconstituído. Decisão que não examinou um fundamento de ataque ou de defesa, mas examinou o pedido, existe, portanto pode ficar imutável pela coisa julgada material, porém tem um defeito que autoriza a sua rescisão, em razão da violação aos arts. 128 e 460 do CPC. É neste sentido que se deve compreender a Orientação Jurisprudencial n. 41, da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho: “Ação Rescisória. Sentença ‘*citra petita*’. Cabimento. Revelando-se a sentença ‘*citra petita*’, o vício processual vulnera os arts. 128 e 460 do CPC, tornando-se passível de desconstituição, ainda que não opostos embargos declaratórios”. Não se admite a ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 59 da Lei n. 9099/1995), na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 26 da Lei n. 9.868/1999) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei n. 9882/1999)”.²⁶

Ademais, a ação rescisória poderá desconstituir a sentença como um todo ou apenas algum de seus capítulos, sendo que nesta última hipótese é denominada de ação rescisória parcial.

Assim, para o ajuizamento de ação rescisória, como regra geral, é necessário que haja, cumulativamente (i) sentença de mérito transitada em julgado; (ii) qualquer dos requisitos elencados no artigo 485 do Código de Processo Civil; e (iii) não ter decorrido o prazo decadencial de dois anos.

2 Legitimidade

Disciplina o artigo 487 do Código de Processo Civil os legitimados para se insurgir contra sentença transitada em julgado por meio da ação rescisória.²⁷

Nessa linha, conforme consta do inciso I do artigo supracitado, é legitimado para propor a ação quem foi parte no processo, abrangendo até mesmo o réu que tenha sido revel na demanda originária.

No que se refere à alínea B, que disciplina que o Ministério Público será parte naquele processo em que a sentença proferida tenha sido efeito de colusão entre as partes, ele agirá como fiscal da lei e, tanto o autor quanto o réu, atuarão no polo

²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil- *Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodvim. 2012. p. 385/386

²⁷ “Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:

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

II- o terceiro juridicamente interessado;

III- o Ministério Público:

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

b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei”.

passivo da demanda rescisória, na qualidade de litisconsortes passivos necessários, nos termos do artigo 47, do Código de Processo Civil, visto que o conluio praticado por eles é que será objeto da rescisão.

E na hipótese de colusão entre as partes, o prazo decadencial para intentar a demanda rescisória apenas terá início, no momento em que o Ministério Público tiver ciência da fraude praticada (Enunciado 100, VI, do TST).

Além dos legitimados previstos no artigo 487 do Código de Processo Civil, também é legítimo para intentar a ação rescisória o terceiro interessado juridicamente, já que pode ter sido prejudicado pela colusão entre as partes e por posterior sentença que tenha sido proferida no bojo da demanda originária.

Nesse sentido, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que o terceiro juridicamente interessado, apenas terá legitimidade, se tiver ingressado como assistente na demanda originária. Confira-se:

“O terceiro que tem interesse jurídico é aquele que poderia ter ingressado no processo, na qualidade de assistente. Há dois tipos de assistência: a simples e a litisconsorcial. Na simples, o terceiro não é titular da relação jurídica discutida em juízo, mas de relação a ela interligada ou conexa. Por isso, o assistente simples não é atingido pela coisa julgada material, o que, em princípio, afastaria o seu interesse para ingressar com a ação rescisória. Mas se a sentença lhe for desfavorável, será atingido pela justiça da decisão, que, conquanto não se confunda com a coisa julgada, impede que as questões decididas na fundamentação da sentença sejam reexaminadas em outros processos. Ou seja, em relação ao assistente simples, a sentença projeta seus efeitos para fora do processo, não sob a forma de imutabilidade decorrente da coisa julgada, mas da justiça da decisão (CPC. Art. 55). Por isso, parece-nos que terá interesse e legitimidade para rescisória. Em contrapartida, se o terceiro interessado não ingressou como assistente simples, não é atingido pela justiça da decisão, e não tem interesse em ajuizá-la”.²⁸

Ocorre que, referido posicionamento não nos parece correto, visto que, mesmo que o terceiro juridicamente interessado não tenha figurado na lide originária como assistente, ainda sim, pode vir a ser prejudicado pelos efeitos da sentença a ser rescindida.

Em que pese o artigo 472, do Código de Processo Civil ser explícito ao disciplinar que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não*

²⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. pag. 451

beneficiando, nem prejudicando terceiros”, referida disposição não é absoluta, posto que o terceiro interessado poderá vir a ser prejudicado, via reflexa, pela coisa julgada.

Nesse sentido, vejamos o exemplificado por Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha:

“Há casos, entretanto, em que a coisa julgada atinge quem não foi parte no processo. É o caso, por exemplo, do adquirente de coisa litigiosa, que, mesmo não tendo sido parte no processo, será alcançado pela coisa julgada (CPC, art. 42, §3º). De igual modo, há quem, por também ser titular do direito discutido, caso seja atingido pela coisa julgada, mesmo não sendo parte no processo. É o caso de ação proposta por condomínio, postulando de outrem a coisa comum. O outro condomínio que não seja parte ou não esteja na demanda será atingido pela coisa julgada. Nesse caso, e porque será atingido pela coisa julgada, ele poderia ingressar no processo como assistente litisconsorcial do autor. Além disso, o terceiro que intervém no processo, por uma das formas de intervenção de terceiro (CPC, arts. 56 a 80), será atingido pela coisa julgada e pelos efeitos da decisão”.²⁹

Assim, tem-se que além dos terceiros intervenientes da demanda originária, os demais terceiros que tenham seu direito violado pela coisa julgada reflexa possuem legitimidade ativa para desconstituir a sentença por meio da ação rescisória.

No que se refere à legitimidade passiva para figurar no polo da ação rescisória, não há previsão legal que determine os legitimados para tanto. No entanto, o entendimento doutrinário preencheu referida lacuna, posto que segundo os doutrinadores, todos os que participaram da relação processual formada na demanda originária, devem ser citados para integrarem a ação rescisória como litisconsortes necessários, uma vez que o acórdão que vier a ser proferido atingirá a todos que participaram da relação processual.

Contudo, caso a ação rescisória objetive rescindir capítulo da sentença que não atinja as demais partes que integravam a ação originária, o entendimento doutrinário é que, somente aquele que tenha relação com o capítulo a ser rescindido deve ser citado para figurar no polo passivo do processo.

Com efeito, também poderá ser legitimado o advogado da parte vencedora, que tenha tido honorários advocatícios fixados em sentença ou acórdão, na hipótese da

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil- *Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodvim. 2012. p. 390

ação rescisória objetivar desconstituir o capítulo da sentença que cuide das verbas e honorários sucumbenciais, visto ser ele o interessado para esta matéria.

Demais disso, não integrará o polo da ação rescisória, o litisconsorte que tenha sido atingido por sentença de extinção, em razão de sua ilegitimidade.

Desta feita, verifica-se que o rol dos legitimados para figurar tanto ativa, quanto passivamente é bem amplo, sendo que, para se chegar aos referidos legitimados, faz-se necessário analisar o capítulo da sentença ou acórdão ao qual se pretende rescindir, para que assim seja verificada a matéria e os prejudicados reflexivamente pela decisão, para que, posteriormente, seja intentada a demanda rescisória.

3 Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória

Como exposto alhures, a ação rescisória encontra previsão no artigo 485 do Código de Processo Civil, que disciplina, ainda de forma taxativa, as hipóteses de cabimento para o ajuizamento de referida ação, visando a desconstituição da sentença proferida, conforme será aduzido ao longo do presente tópico.

No entanto, antes de adentrar as ditas possibilidades, importante realizar a diferenciação deste tema no Código de Processo Civil atual e no Anteprojeto do Código de Processo Civil.

O *caput* do artigo 978 do anteprojeto foi expresso ao disciplinar que tanto a sentença quanto o acórdão podem ser rescindidos, assim como no (i) inciso V foi retirada a expressão “disposição de lei” e inserida a expressão “norma jurídica”, evitando-se assim divergência doutrinária sobre a abrangência do tema; (ii) no inciso VII definiu-se que a obtenção do documento novo deve ocorrer após a certificação do trânsito em julgado da decisão; (iii) no inciso VIII, o legislador foi expresso ao definir que a decisão apenas poderá ser rescindida em caso de erro de fato, quando dito erro puder ser verificável do exame dos autos; e (iv) além disso, foi suprimido da nova redação o inciso VIII do atual diploma processual, no tocante a possibilidade de rescindir a decisão quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença.³⁰

³⁰ NCPC “Art. 978. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I- se verificar que foram proferidos por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II- proferidos por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

3.1 Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

Disciplina o inciso I, do artigo 485, do Código de Processo Civil que a sentença transitada em julgado, poderá ser rescindida quando proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz.

Assim, a sentença será proferida por prevaricação quando, o juiz “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (art. 319, CP).

Nessa linha, a sentença será proferida por concussão quando o juiz “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, CP).

E ainda será proferida por corrupção quando o juiz “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” (art. 317, CP).

Com efeito, caso o juiz tenha cometido quaisquer das condutas acima dispostas, a sentença proferida por ele estará eivada de vício passível de nulidade e, se passada em julgado, também estará passível de ser rescindida, sendo que na última hipótese, será necessário que o julgador tipifique a que crime se enquadra a conduta praticada pelo juiz prolator da sentença de mérito.

E conforme doutrina José Janguê Bezerra Diniz, “[...] não é exigível que tenha sido condenado previamente pela prática de um desses crimes, haja vista que a prova

III- resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV- ofender a coisa julgada;

V- violar manifestamente a norma jurídica;

VI- se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII- o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, obtiver prova nova, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII- fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Parágrafo único. Há erro quando a decisão rescindenda admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o órgão jurisdicional deveria ter se pronunciado”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>

pode ser feita na própria ação rescisória, cujo resultado independe da solução de eventual processo criminal”.³¹

Demais disso, é rescindível, também, a decisão proferida pelo órgão colegiado, quando, um dos julgadores tiver proferido seu voto por concussão, prevaricação ou corrupção. Contudo, faz-se necessário que seu voto tenha, de fato, influenciado no resultado do julgamento, ou seja, tenha sido o voto vencedor.

Ainda, segundo parte da doutrina, apenas será passível de rescisão na hipótese prevista no inciso I, aquela decisão que tenha sido impactada pelo voto do julgador que praticou o crime, pois, caso a maioria de votos seja no mesmo sentido daquele prolatado por ele, não haverá a modificação do resultado do julgamento.

Nesse sentido, é o que doutrina o Ilustre Professor Alexandre Freitas Câmara. Confira-se:

“Parece-me que a melhor posição é considerar rescindível o acórdão se o magistrado peitado tiver votado no sentido de que tenha, afinal, prevalecido na decisão (em outras palavras, o acórdão será rescindível se for unânime ou, sendo por maioria, se o voto do juiz peitado for um dos vencedores), mas não se o voto do juiz peitado for vencido. Aplica-se, aqui, a meu juízo, o princípio do prejuízo, entendendo-se que não há invalidade se o ato processual não prejudicou a parte a quem aproveitaria o reconhecimento do vício”.³²

O entendimento acima explicitado nos parece o correto, uma vez que, caso o voto do julgador que tiver praticado a conduta delituosa não impactar no resultado do julgamento, não há porque rescindir a decisão, haja vista que, ainda que votasse contra os demais, seria voto vencido.

Todavia, não merece ser mantido o mesmo posicionamento se o julgador acometido pela conduta delituosa for o relator do voto, posto que, infelizmente em grande parte das vezes, o revisor e o 3º juiz acompanham o voto do relator sem sequer se inteirar do caso, sendo influenciados pelo relatório proferido por ele.

Desta feita, será admitida ação rescisória quando o julgador tiver proferido decisão por corrupção, prevaricação ou concussão ou tiver, de fato, impactado no resultado do julgamento realizado pelo órgão colegiado.

³¹ DINIZ, José Janguê Bezerra. *Ação Rescisória dos Julgados*. 1ª Edição. São Paulo: LTR Editora Ltda. 1998. p. 126

³² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil- Volume 2*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2012. p. 17

Na hipótese de não ter influenciado no resultado do julgamento por ser voto vencido, apenas será admitida rescisória se forem opostos Embargos Infringentes e o voto vencido venha a prevalecer sobre os demais em nova decisão.

3.2 Juiz impedido ou absolutamente incompetente

Consoante disciplina o inciso II, do artigo 485, do Código de Processo Civil, também poderá ser rescindida a decisão de mérito “proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”.

No que se refere ao juiz impedido, as causas para que o impedimento ocorra, vêm elencadas nos artigos 134 e 136 do Código de Processo Civil, sendo dever do juiz a abstenção de atuar na causa e principalmente de proferir sentença, pois é parcial e possui interesse na causa.

Com efeito, a imparcialidade do juiz é pressuposto de validade do processo, daí porque há a possibilidade de rescisão da sentença de mérito prolatada pelo julgador impedido, seja ela proferida em primeira ou em segunda instância, sendo que na última hipótese, o juiz impedido deve impactar no resultado da decisão proferida pelo órgão colegiado.

Já no tocante a incompetência, é um vício que se refere exclusivamente ao *juízo* e também constitui pressuposto de validade do processo, sendo que na hipótese de não ser respeitada a competência, será possível o ajuizamento de ação rescisória.

A incompetência a que se refere o inciso ora comentado é absoluta e, ainda que se refira a incompetência do *juízo* e não do juiz, é possível aplicá-la extensivamente ao último, se o prolator da sentença não for o mesmo que tiver encerrado a instrução processual, pois consoante disciplinado no artigo 132 do Código de Processo Civil, o juiz que concluir a audiência julgará a lide, havendo, portanto, vinculação do juiz à causa.

3.3 Dolo da parte vencedora ou conluio entre as partes

O inciso III, do artigo 485, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de rescindir a decisão mérito, quando ela “resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”.

O dolo da parte vencedora resta caracterizado no momento em que a parte age em desconformidade com o princípio da boa-fé objetiva, disposto nos artigos 14 e 17, do Código de Processo Civil, visando prejudicar a parte contrária e muitas vezes, induzir o juiz ao erro.

Nessa linha, o dolo consiste na prejudicialidade da parte vencida, em decorrência de ações praticadas pela parte vencedora, que impeçam ou dificultem a sua atuação no processo e afastem o juiz da verdade, com atuação, inclusive, do seu advogado.³³

A esse respeito, se faz oportuno mencionar o posicionamento do Ilustre doutrinador Sérgio Rizzi:

“O dolo rescisório consiste em ardis praticados intencionalmente pela parte vencedora, contrários ao dever de lealdade e boa-fé, tais a paralisar ou dificultar a atuação processual da parte vencida, ou influenciar na apreciação do magistrado, afastando-o da verdade. Os ardis ou maquinações que se compreendem na atividade dolosa se apresentam sob as mais diferentes roupagens: obstar que o réu tome conhecimento real da propositura da ação; impedir a realização de prova da parte contrária; inutilizar documento dos autos, rasurar alegações do procurador da parte contrária etc. [...] Acreditamos que a atuação desleal e de má-fé, para que configure dolo rescisório, deva vir expressa em ardis, maquinações, enfim, atividade enganosa, de tal sorte a envolver a parte contrária, subtraindo-lhe o direito de produzir atos no processo, ou retirando-lhe a possibilidade de defesa, ou mesmo, afastando o magistrado de uma decisão segundo a verdade”.³⁴

Nesse sentido, esse foi o entendimento do Nobre Desembargador Relator Cesar Ciampolini, voto vencido, que ao julgar a ação rescisória de nº 0118673-74.2008.8.26.0000, entendeu que a parte vencida (ré) teria agido com dolo ao não comunicar nos autos o acordo realizado entre as partes, e posteriormente tentar se valer do acórdão proferido que lhe seria favorável.³⁵

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, p. 124 e YARSHELL, Flávio Luiz, p. 312 apud DIDIER JUNIOR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivim. 2012. p. 416.

³⁴ RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1979. pp. 72/74

³⁵ Ementa: “Ação rescisória de acórdão por dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida (CPC, art. 485, II). Preliminar de nulidade na colheita da prova oral que se rejeita na forma do art. 245 do CPC, por não ter a

Com efeito, para o cabimento da rescisória, além de ser demonstrada a conduta dolosa, faz-se necessário demonstrar também, que o resultado da demanda adveio da conduta praticada, ou seja, é necessário que haja o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

No que se refere ao conluio entre as partes, este diverge do dolo, pois é praticado por ambas as partes, no intuito de fraudar a lei ou obter vantagem ilegal, prejudicando, por via de consequência, terceiro estranho a lide.

Caso, no curso do processo, o juiz perceba o conluio praticado pelas partes é seu dever proferir sentença que as abstenha daquele fim pretendido nos termos do artigo 129 do Código de Processo Civil.

Contudo, na hipótese do conluio entre as partes apenas ser identificado após o trânsito em julgado da sentença de mérito, cabível será o ajuizamento da ação rescisória pelo Ministério Público ou pelo terceiro prejudicado.

Nesse sentido, para facilitar a aplicação da teoria ao caso concreto, o Professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves exemplificou referida questão. Confira-se:

“Imagine-se, por exemplo, que alguém queira fugir da obrigação de pagar seus credores, e se conluie com um amigo para que ajuíze ação como credor preferencial, para ter prioridade no recebimento. O juiz, descoberta a colusão, extinguirá o processo sem julgamento de mérito”.³⁶

Outrossim, é importante mencionar que em regra, apenas será realizado o juízo rescindente, para que haja a desconstituição da sentença, não sendo o caso de realizar o juízo rescisório com nova prolação de sentença na hipótese do conluio entre as partes ou dolo, posto que naquela se objetiva apenas a desconstituição da sentença, enquanto nesta será necessário realizar nova instrução probatória.

ré levantado a objeção em oportunidades anteriores em que intimada a se manifestar nos autos. Princípios da instrumentalidade das formas, da lealdade processual e da convalidação ou preclusão. Mérito: **ré que se comprometeu a desistir de ação de anulação de ato jurídico que movia contra o autor da rescisória e não o fez, tendo o processo prosseguido e sendo, pelo Tribunal, reformada sentença de improcedência. Prova do dolo suficientemente produzida, documentalmente e por testemunhas.** Ação que se julga parcialmente procedente, rescindido o acórdão, homologada, no subsequente juízo do art. 48, I, do CPC, a desistência da ação de anulação de ato jurídico.” (Ação Rescisória nº 0118673-74.2008.8.26.0000- TJSP- Des. Rel. Cesar Ciampolini. Julgado em 29/04/2014)

³⁶ GONÇALVES, Marcos Vinícius Gonçalves. *Direito Processual Civil Esquematizado*. Editora Saraiva, 2012. p. 453

3.4 Ofender a coisa julgada

Dispõe, ainda, o artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, acerca da possibilidade de rescindir a sentença de mérito, transitada em julgado, quando incorrer ofensa à coisa julgada.

Neste caso haverá ofensa à coisa julgada quando for proferida nova sentença de mérito sobre mesma matéria já decidida em processo diverso, com as mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido, e que já tenha sido acobertada pelos efeitos da coisa julgada material.

Com efeito, o juiz prolator da segunda sentença estaria impedido de conhecer novamente a matéria que já tenha sido decidida, sendo seu dever, extinguir o processo sem resolução de mérito.

Contudo, caso o juiz assim não o faça e profira nova decisão contrária àquela já transitada em julgado, haverá ofensa à coisa julgada, sendo cabível o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir a segunda sentença.

Nessa linha, confira-se o entendimento do Ilustre Professor Alexandre Freitas Câmara:

“Assim sendo, ofende a coisa julgada a sentença que decide demanda idêntica àquela que gerou a sentença firme. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de sentença que tenha declarado inexistente uma obrigação, já transitada em julgado, sobrevivendo demanda em que se pede a condenação do réu ao cumprimento daquela mesma prestação. Eventual julgamento desta demanda ofenderia a coisa julgada já formada, qualquer que fosse o teor da sentença. Da mesma forma, haverá coisa julgada se, em julgamento de questão diversa da que fora decidida por sentença transitada em julgado, mas a ela subordinada, não se levar em consideração o que se decidiu acerca da questão subordinante. Assim, por exemplo, se uma sentença declarou inexistente uma obrigação de pagar dinheiro, ofende a coisa julgada sentença posterior que determine o réu a pagar os juros devidos em razão daquela obrigação. Da mesma forma, se uma sentença declarou que Fulano não é o pai de Beltrano, ofende a coisa julgada a sentença que, com base na existência da filiação, condena aquele a prestar alimentos a este”.³⁷

Assim, realizado o juízo de admissibilidade e verificada a existência de ofensa à coisa julgada, será realizado apenas o juízo rescindente, visando desconstituir a

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil- Volume 2*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2012. p. 20

segunda sentença de mérito prolatada, preservando a eficácia da coisa julgada material originada da primeira decisão de mérito.

No entanto na hipótese de ajuizada a ação rescisória e o Tribunal decidir que não há ofensa à coisa julgada, preservando a decisão de mérito proferida, a doutrina diverge acerca de qual sentença deverá prevalecer e produzir seus efeitos.

Nessa linha há parte da doutrina que considere que a segunda coisa julgada material seria inexistente, visto que não haveria interesse de agir das partes para o ajuizamento de nova ação que versem sobre os mesmos fatos, de modo que a ausência de uma das condições da ação implicaria a inexistência do processo e, por via de consequência, a sentença nele proferida, caso em que, o meio cabível para desconstituí-la seria o ajuizamento de ação declaratória de inexistência.³⁸

Em sentido diametralmente oposto, o segundo posicionamento doutrinário, é no sentido de que a segunda sentença deve ser aquela a prevalecer. Veja-se:

“A segunda deve prevalecer, não só como homenagem ao princípio da segurança jurídica, mas também pelo fato de que, se a sentença tem força de lei entre as partes (art. 468, CPC), *lei posterior revoga a anterior*, não obstante a lei pudesse ter sido rescindida, como não o foi, fica imutável pela coisa julgada e, assim, deve prevalecer”.³⁹

Já o terceiro entendimento, esposado por Nelson e Rosa Nery nos parece o mais adequado, segundo o qual “ultrapassado o prazo do CPC 495 e havendo conflito entre duas coisas julgadas antagônicas, prevalece a primeira sobre a segunda, porque esta foi proferida com ofensa àquela.” E prossegue aduzindo:

“A segunda coisa julgada foi produzida incorretamente, porque o juiz não poderia ter proferido sentença de mérito, já que lhe competia: a) extinguir o processo da segunda ação por falta de interesse processual (CPC 267 VI), pois o autor não precisava de tutela jurisdicional, porque já existia anterior sentença de mérito sobre a mesma lide; ou b) extinguir o processo da segunda ação pela existência de coisa julgada anterior (CPC 267 V)”.⁴⁰

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. pp. 289/290.

³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivim. 2012. p. 420.

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 936

No entanto, em que pese o ilibado saber jurídico dos doutrinadores acima transcritos, a terceira corrente é a mais adequada, uma vez que é a única que preserva a segurança jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais.

Nessa mesma linha decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar um *Habeas Corpus* de número 101.131-DF, em que foram proferidas duas decisões sobre o mesmo fato, ocasião na qual foi determinado que a primeira seria aquela a prevalecer, ainda que a segunda beneficiasse mais o réu.⁴¹

Ora, se for admitida que a segunda sentença prevaleça sobre a primeira, iremos no sentido de não haver autoridade da coisa julgada, abrindo precedentes no judiciário para demandas temerárias que versem sobre os mesmos fatos, na tentativa de fazer prevalecer nova sentença que vier a ser proferida em sentido contrário àquela que já tenha versado sobre as mesmas questões e decidida de maneira diversa.

É necessário que os Tribunais ajam no sentido de evitar a mínima possibilidade de se admitir a litispendência, evitando-se que na hipótese de não ser extinta sem resolução de mérito, seja proferida nova sentença sobre os mesmos fatos, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, sendo, além disso, contraproducente para máquina judiciária.

Com efeito, caso se admita a improcedência da ação rescisória neste inciso e prevaleça à segunda sentença sobre a primeira – que versem sobre os mesmos fatos, com resultados confrontantes – será admitida a possibilidade de perpetuação da ofensa à coisa julgada e negativa de vigência a sua autoridade, em clara afronta a máxima do direito que preserva a segurança jurídica prestada pelo órgão jurisdicional.

Tem-se assim que, se preenchidos os requisitos para o ajuizamento de ação rescisória com fundamento à coisa julgada material, e se constatada referida ofensa, de rigor a rescisão da segunda sentença de mérito prolatada, contudo, caso ela não seja rescindida, a sentença a produzir efeitos deverá ser a primeira.

⁴¹ Ementa: “PROCESSO – DUPLICIDADE – SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado”. (HC 101.131-DF, Min. Rel. Luiz Fux. STJ. Julgado 25/10/2011)

3.5 Violar literal dispositivo de lei

Prevê, ainda, o artigo 485 do Código de Processo Civil, a possibilidade de a parte intentar-se, por meio de ação rescisória, contra sentença de mérito que tenha violado literal disposição de lei.

E a expressão *lei* disciplinada no referido artigo foi redigida em sentido amplo, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, sendo considerada a violação quando a sentença de mérito, contrariar expressamente lei nacional ou estrangeira, dispositivo material ou processual, constitucional ou infraconstitucional.

Necessário consignar ainda, que parte majoritária da doutrina entende que o sentido amplo da norma jurídica se aplica, inclusive, a violação aos princípios gerais do direito, à analogia e aos costumes, uma vez que são regras jurídicas com previsão expressa em lei (LICC 4.º), bem como quando a sentença de mérito viole cláusulas gerais, tais como a função social do contrato (CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), função social da propriedade (CF 5.º XXIII e 170 III; CC 1228 §1º), função social da empresa (CF 170; CC 421 c/c 981).⁴²

Embora, para fins de cabimento da ação rescisória seja considerada a norma jurídica em sentido amplo, é incabível que ela seja intentada contra decisão de mérito que confronte texto de súmula, por mais que ela seja vinculante.

Sobre esse tema, importante mencionar o posicionamento de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha:

“Cumprê, a propósito, observar que não cabe ação rescisória por violação a um enunciado de súmula de tribunal, ainda que se trate de súmula vinculante. Na verdade, cabe a ação rescisória por violação à norma representada pelo enunciado da súmula. O enunciado da súmula divulga, resume e consolida uma interpretação dada a um dispositivo legal ou constitucional. E é essa interpretação que constitui a *norma* jurídica, e não o texto constante da *letra* do dispositivo. Se, por exemplo, um enunciado da súmula vinculante do STF confere determinada interpretação ao dispositivo contido no art. x da Constituição Federal, o julgado que tenha decidido diferente terá violado a norma extraída do art. x da Constituição Federal. O que restou violado foi a

⁴² NERY JUNIOR Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 936

norma daí extraída. Na ação rescisória, indica-se que a violação foi ao art. x da Constituição Federal”.⁴³

Com efeito, a ação rescisória baseada no inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, guarda certa similitude com o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, já que o cabimento de ambos também decorre de violação à lei federal ou constitucional, respectivamente. Contudo, o que os diferencia é que, ao contrário de referidos recursos, para o ajuizamento de ação rescisória não é necessário que haja o prequestionamento da matéria recorrida.

Ademais é incabível ação rescisória contra sentença de mérito que tenha dado ao caso concreto interpretação diversa do entendimento predominante pelos Tribunais, salvo se referida norma for constitucional e o posicionamento controvertido seja anterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, uma vez que a norma constitucional possui a supremacia sobre todas as normas, de modo que o Supremo Tribunal Federal busca preservá-la e garantir a eficácia de suas decisões.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no enunciado da súmula 343 disciplinou que “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”.

E ainda se faz oportuno mencionar o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao admitir a possibilidade do presente subtema, apenas se a violação contida na decisão for gritante, ao ponto de afrontar o dispositivo legal em sua literalidade, sendo incabível a rescisória fundamentada no inciso V, se for dado à norma legal interpretação divergente da costumeira ou daquela que seja considerada a melhor.⁴⁴

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivim. 2012. pp. 426/427

⁴⁴ “Ação rescisória. Em se tratando de ação fundada no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, é necessário que a interpretação dada pela decisão rescindenda seja de tal modo aberrante, que viole o dispositivo legal em sua literalidade, o que não se observou no caso em exame. Rescisória, ademais, que não constitui sucedâneo de regular recurso, tampouco se presta para corrigir eventual injustiça da decisão. Inobservância dos requisitos legais. Ausência de interesse de agir, uma das condições da ação. Inicial indeferida. Processo julgado extinto, sem resolução do mérito”. (Ação Rescisória nº 2.106.897-3.2014.8.26.0000. TJSP. Des. Rel. Natan Zelinschi de Arruda. Julgado em 18/09/2014)

Não obstante, também é incabível ação rescisória contra decisão de mérito incompatível com lei superveniente, ou seja, se à época da prolação da sentença, o entendimento nela exarado estivesse em concomitância com a lei vigente naquele período, não há razão para rescindi-la.

3.6 Prova Falsa

O inciso VI, do artigo 485, do Código de Processo Civil, disciplina ainda que, a sentença de mérito poderá ser rescindida quando “se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória.”

No tocante a possibilidade prevista no referido artigo, apenas será admissível a rescisão da sentença quando a prova falsa tiver sido crucial para que se chegasse ao resultado exarado pelo Magistrado, ou seja, se houverem outras provas que tenham colaborado para a formação da convicção do juiz naquele sentido, será incabível a rescisão da sentença.

A falsidade pode ser de qualquer tipo de prova e para configurá-la, se faz necessário apenas que não haja semelhança entre o fato que a prova atesta e o fato ocorrido, sendo irrelevante ter sido produzida de maneira consciente ou inconsciente.

Não é demais mencionar que, conforme previsão expressa, para rescisão da sentença, é necessário comprovar a falsidade da prova em ação penal, na própria rescisória ou ainda em ação declaratória cível autônoma, como vem admitindo a doutrina, devendo a falsidade ser reconhecida na sentença em que as partes sejam as mesmas daquelas da qual a sentença se pretende rescindir.

Com efeito, também é admissível a rescisão da sentença de mérito que tenha se fundado em prova ilícita (que não tenha sido produzida em conformidade com as normas de direito material), visto ser este tipo de prova vedado pela Constituição Federal.

E ainda, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, será admissível ação rescisória contra laudo pericial incompleto, incorreto ou inadequado. Confira-se:

“A jurisprudência tem interpretado extensivamente a hipótese prevista no art. 485, inciso VI do CPC, que diz ser admissível a ação rescisória quando a decisão ‘se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo

criminal ou seja provada na própria ação rescisória', para abranger também a hipótese em que o laudo pericial é 'incorreto, incompleto ou inadequado'".⁴⁵

Não obstante, na hipótese de a sentença prolatada ter se fundado em prova ilícita, assim como a prova, ela será nula, porque foi prolatada sem a efetiva produção das provas necessárias, sob a pretensa crença de que a prova anteriormente produzida teria caráter legítimo.

Se faz oportuno mencionar, também, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a sentença a ser rescindida não poderia subsistir se não houvesse a prova falsa, ou seja, o resultado não seria o mesmo caso a prova não tivesse sido produzida⁴⁶.

Assim, sendo a sentença fundada em prova ilícita e não podendo ela subsistir sem referida prova, será atacável por meio de recursos e certificado o trânsito, poderá ser rescindida com fundamento no inciso V, do Código de Processo Civil, sob a alegação de ter sido violado literal dispositivo de lei que vede a utilização de prova

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. Cit. p. 294

⁴⁶ Ementa: "PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART 535 DO CPC E CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 21/STJ. AÇÃO RESCISÓRIA. ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. IMPOSSIBILIDADE. FALSA PROVA. DOLO DA PARTE VENCEDORA. ERRO DE FATO. SÚM. 284/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE CUNHO DECLARATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DO §4º DO ART. 20 DO CP. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Não prospera a alegada afronta ao art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional, no particular, foi dada em sua plenitude; não há confundir eventual deficiência na prestação jurisdicional, com o fato simples de advir decisão contrária à pretensão da parte insatisfeita.

2. Inocorre cerceamento de defesa, porquanto goza o Ministério Público de prerrogativas funcionais e institucionais, dentre as quais, situa-se a independência funcional, consubstanciada no direito do membro do Ministério Público de atuar livre e fundamentadamente, de acordo com a lei e a sua consciência.

3. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*" Súmula n. 211/STJ.

4. Para o conhecimento do recurso especial, interposto em sede de ação rescisória, ajuizada ao fundamento de violação literal de lei, faz-se necessário que as razões recursais se restrinjam ao exame de eventual afronta ao disposto no artigo 485, V, do CPC e não aos fundamentos do julgado rescindendo.

5. Para rescindir julgado com base na alegação de falsidade da prova, necessário que a sentença rescindenda não possa subsistir sem a prova falsa.

6. Inocorrência de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, uma vez não houve comprovação da utilização pelos recorridos de expedientes e artifícios maliciosos capazes de reduzir a capacidade de defesa da outra parte a ponto do juiz proferir decisão distante da verdade dos fatos.

7. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

8. Ausente condenação na decisão judicial, os honorários de sucumbência devem ser fixados com base no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

9. Recurso Especial não conhecido". (REsp nº 493.414. STJ. Min. Rel. Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 15/02/2007)

ilícita, não podendo ser fundamentada com base no inciso VI, pois embora a prova seja ilícita, ela é verdadeira.

3.7 Documento novo

Ainda será admissível ação rescisória contra sentença de mérito que, após a sua prolação, o autor “obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Para intentar ação rescisória com fundamento no inciso VII do artigo 485, do Código de Processo Civil, é imprescindível que haja documento novo, não podendo ser utilizado nenhuma outra espécie de prova para desconstituir a sentença nesta hipótese.

E como documento, entende-se não se tratar apenas daquele documento escrito, mas também “a fotografia, a reprodução mecânica, a película, fita de gravador, enfim, qualquer reprodução mecânica”.⁴⁷

Além de ser necessário que o documento seja novo, deverá também ser demonstrado que com ele, por si só, seria possível modificar o resultado da sentença.

Outro requisito essencial é que o documento novo deve ser público, uma vez que, para fins de admissibilidade da ação rescisória, deverá ser demonstrado que o autor não tinha ciência de sua existência ou que estava impossibilitado de utilizá-lo, demonstrando, inclusive, a data em que obteve o documento, devendo ela ser posterior a data do trânsito em julgado da sentença de mérito.

Nessa linha, confira-se entendimento de Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha:

“Em outras palavras, o documento novo não é aquele constituído posteriormente. O documento novo é aquele que não foi apresentado no curso do processo originário, destinado a provar fato já ocorrido. Enfim, documento novo é aquele que já existia no momento da prolação do julgado rescindendo, mas não foi apresentado oportunamente no processo originário. Vale dizer que o documento não existente no momento em que foi proferido o *decisum* rescindendo não possibilita a desconstituição do julgado. Cumpre

⁴⁷ PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Código de Processo Civil interpretado*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2004. p. 1164

ao autor da rescisória demonstrar o *momento* em que obteve o documento novo”.⁴⁸

Cumprе esclarecer, que no caso de desídia da parte na juntada do documento será incabível o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em documento novo (art. 485, VII, CPC), devendo a mesma regra ser aplicada ao réu revel que no momento oportuno não apresentou qualquer alegação ou prova passível de desconstituir a sentença.

Nessa linha, em que pese o exame de DNA ser considerado como uma espécie de prova pericial, referido exame vem sendo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça como documento novo para o ajuizamento de ação rescisória com fulcro no inciso VII, do artigo 485, do Código de Processo Civil, uma vez que a busca pela verdadeira paternidade é matéria de grande gravidade e de interesse de qualquer cidadão, conforme complementa ao voto do relator, o Nobre Ministro Cesar Asfor Rocha.⁴⁹

Além disso, é importante mencionar que, para utilização do exame de DNA como documento novo, há quem entenda que o início do prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória ocorre com a obtenção do laudo e não com a certificação do trânsito em julgado da decisão de mérito a ser rescindida.

Referida flexibilização é perfeitamente razoável, uma vez que o direito à identidade deve se sobrepor a norma processual, e em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, todas as pessoas possuem o direito de conhecer seu respectivo parentesco.

Assim, conclui-se que a exceção do exame de DNA, o documento será novo apenas em relação a sua apresentação no momento da instrução probatória, contudo, sua existência deve ser anterior à certificação do trânsito em julgado, não tendo sido

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivim. 2012. p. 436

⁴⁹ “AÇÃO RESCISÓRIA -INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE –EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO -POSSIBILIDADE -FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO “STATUS PATER”. – O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VI). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico”. (REsp. 300.084. STJ. Min. Rel. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 28/04/2004)

colacionado aos autos apenas em razão da parte ignorar sua existência ou a ela ter sido negado acesso à referida prova.

3.8 Fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação

Prevê o artigo 485, em seu inciso VIII, do Código de Processo Civil, acerca da possibilidade de rescindir sentença de mérito transitada em julgado quando “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”.

De início importa esclarecer que, segundo previsão expressa do artigo 214 do Código Civil, a confissão apenas poderá ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

Sendo assim, a confissão realizada no bojo do processo apenas poderá ser anulada mediante o ajuizamento de ação anulatória, caso ainda o processo não tenha se encerrado.

No entanto, na hipótese de já ter sido certificado o trânsito na demanda originária, será possível intentar-se contra ele por meio de ação rescisória, caso a confissão tenha influenciado no reconhecimento de procedência da ação pelo juiz.

Com efeito, consoante entendimento doutrinário para o ajuizamento da ação rescisória objetivando a invalidação da confissão, não se pode seguir à risca as mesmas hipóteses previstas para anulá-la, uma vez que o legislador redigiu referida possibilidade de forma genérica, de modo que deve haver uma interpretação extensiva no tocante as possibilidades de invalidá-la.

Nesse sentido, é o que lecionam Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha, ao citar Pontes de Miranda:

“Quanto a ação rescisória prevista no inciso VIII do art. 485 do CPC, não há qualquer restrição, visto que o dispositivo estabelece caber a ação rescisória quando ‘houver fundamento para invalidar’, ou seja, quando houver *qualquer* fundamento para invalidar”.⁵⁰

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. 3 ed. Cit., p. 748 apud DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivim. 2012. p. 416.

Demais disso, também há previsão de ajuizar a ação rescisória para invalidar desistência em que se baseou a sentença.

Com efeito, é sabido que a desistência da ação importa em extinção do processo sem resolução de mérito e dentro do prazo decadencial, poderá ser intentada nova ação pela parte querelante, de modo que não há razão para rescindir eventual sentença formal.

Assim, consoante doutrina predominante, dita hipótese se refere a desistência do direito ao qual se funda a ação, ou seja, eventual renúncia de direito que a parte tenha vindo a realizar, visto ser uma das possibilidades para extinção da ação com resolução de mérito, segundo artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil, pois do contrário, não haveria sentido em rescindir uma sentença em que a parte poderia repropor a ação.

“Outro problema surge com relação à desistência. Isso porque, no sistema brasileiro, a desistência leva à prolação de sentença terminativa (art. 267, VIII), a qual não pode, obviamente, ser rescindida (à luz do que dispõe o art. 485, *caput*). Trata-se, aqui sim, de mero erro de redação, já que o legislador não se deu conta de que o CPC português de 1939, de onde extraiu o dispositivo que ora se analisa, chamava de “desistência do pedido” o que para o direito brasileiro é a ‘renúncia da pretensão’ (art. 269, V). A nossa desistência da ação (art. 267, VIII) era, no sistema português, chamada ‘desistência da instância’ e não se confundia com a ‘desistência do pedido’”.⁵¹

Demais disso, dispõe, ainda, o inciso VIII, do artigo 485, do Código de Processo Civil, acerca da possibilidade de rescindir a sentença que tenha se baseado em uma transação que seja passível de invalidação.

Com efeito, ao legislar acerca da referida possibilidade, o legislador não foi claro em relação aos requisitos e a casuística em que poderia ser aplicado, o que gerou bastante controvérsia na doutrina, isto porque, não restou compreensível se esta possibilidade poderia ser aplicada para atacar uma sentença homologatória de acordo ou aquela sentença em que o juiz decida a lide com base no acordo firmado entre as partes.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil- Volume 2*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2012. p. 24

Nessa linha, o artigo 486 do mesmo diploma legal, dispõe que “os atos judiciais, que não dependam de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Referido dispositivo legal cuida da possibilidade de anular os atos jurídicos praticados, o que o diferencia do artigo 485, que dispõe acerca da possibilidade de rescindir uma decisão e apagá-la do mundo jurídico.

Ocorre que a controvérsia impera sobre qual seria o meio judicial cabível para invalidação da sentença que tenha homologado transação, ou seja, deve-se utilizar a ação rescisória (485, VIII, CPC) ou a anulatória (486, CPC)?

Com efeito, grande parte da doutrina tem defendido o seguinte entendimento⁵²: se o juiz tiver considerado a transação firmada entre as partes para proferir sentença de procedência ou improcedência, é causa de ajuizamento de ação rescisória. Contudo, se a sentença proferida pelo juiz for apenas, no sentido de homologar a transação, sem julgar o pedido, é causa de ajuizamento de ação anulatória.

Corroboram com este entendimento os ilustres Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha, posto que segundo seus ensinamentos, a anulatória será cabível quando a sentença homologatória não tiver transitado em julgado e quando referido fato tiver ocorrido, então será cabível ação rescisória.

Sobre esse tema, disciplinou o Egrégio Tribunal de Justiça que o meio adequado cabível para desconstituir uma sentença homologatória de acordo, é a ação anulatória, apenas sendo cabível a rescisória quando a sentença que homologar a transação se fundar nos termos do acordo.⁵³

Dito entendimento se sustenta sob a afirmação de que não basta que haja a rescisão ou anulação da sentença, visto que é necessário que seja proferida nova sentença que julgue o mérito da causa, pois do contrário, a lide ficaria sem resolução.

Assim, verifica-se que são inúmeras as controvérsias acerca do real entendimento do inciso VIII, do artigo 485, sendo possível concluir, portanto, que no

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 295-296.

⁵³ Ementa: “AÇÃO RESCISÓRIA - Pretensão de anulação de acordo homologado em juízo - Inadequação da via eleita - Indeferimento da petição inicial, com fundamento no artigo 490, 1, c.c. 295, V, ambos do CPC”. (Ação Rescisória nº 213579-25.2014.8.26.0000- TJSP- Des. Rel. Cláudio Hamilton. Julgado em 02/09/2014)

último caso é possível o ajuizamento de ação rescisória quando a sentença homologatória versar sobre o mérito da lide, de modo que ao ser invalidada a transação sobre a qual a sentença se firmou, seja proferida uma nova.

3.9 Erro de Fato

Admite-se ainda o ajuizamento de ação rescisória quando a sentença tenha se fundado em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, nos termos do inciso IX, do artigo 485, do Código de Processo Civil.

Conforme os §§ 1º e 2º do referido dispositivo legal, haverá erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo necessário, ainda que não tenha ocorrido controvérsia, nem nenhum pronunciamento judicial sobre o fato.

Nessa linha é bom que se diga que o erro de fato deverá ser verificado por meio das provas carreadas aos autos, sendo vedada a produção de novas provas para comprovar a ocorrência ou inoccorrência do fato, visto que a ação rescisória nesta hipótese não visa sanar a injustiça da decisão ou suprir a deficiência das provas apresentadas na instrução probatória.

Com efeito, é necessário que a existência ou inexistência do fato não tenha sido pautada na sentença, já que caso nela tenha sido debatido, ainda que equivocadamente, incabível será a ação rescisória. Nesse sentido, foi o posicionamento do Nobre Desembargador Paulo Barcellos Gatti, o qual ao apreciar Ação Rescisória nº 2040760-69.2014.8.26.0000, entendeu que é necessário que haja divergência entre a realidade fática demonstrada por meio das provas carreadas aos autos e as premissas fáticas que levaram o magistrado a chegar as suas razões, no tocante ao ponto incontroverso existente na lide.⁵⁴

⁵⁴ “**AÇÃO RESCISÓRIA - SENTENÇA PROFERIDA EM EMBARGOS DE TERCEIRO - ERRO DE FATO** - Pretensão inicial que visa rescindir decisum proferido por Juízo singular, em razão de erro de fato, com fundamento na disposição do art. 485, IX, do CPC cabimento - **decisum rescindendo que, como razão de decidir, apegou-se em premissas fáticas destoantes da realidade material rescisão da r. sentença de primeiro grau – JULGAMENTO IMEDIATO DA LIDE** - elementos de informação coligidos aos autos que evidenciam ter a lavratura

Sobre este tema, vejamos também, o entendimento do Ilustre doutrinador Sérgio Rizzi acerca da conceituação do erro de fato:

“O erro de fato se substancia na falta de percepção ou falsa percepção a respeito da existência ou inexistência de um fato incontroverso ou essencial à alteração do resultado da decisão; uma e outra, na sua materialidade, ‘por uma falha que escapou à vista do juiz no compulso dos autos do processo’ ou por uma suposição inexata”.⁵⁵

Desta forma será possível a rescindibilidade da sentença proferida com base em erro de fato ocorrido no bojo do processo caso reste devidamente comprovado pela parte requerente, que o Juiz prolator da sentença tenha se apegado à fato que destoe da realidade fático- probatória, e desde de que a percepção deste erro possa ocorrer em uma análise perfunctória dos autos.

4 Juízo Rescindente e Juízo Rescisório

Disciplina o artigo 488, do Código de Processo Civil, que a petição inicial relativa à ação rescisória, (i) deverá conter os requisitos elencados pelo artigo 282 do Código de Processo Civil; (ii) deverá ser endereçada ao Tribunal de Justiça; (iii) ser demonstrado o pagamento da caução relativa ao valor correspondente a 5% sobre o valor da causa, e (iv) haver a cumulação do pedido de rescisão da sentença/acórdão e, se o caso, o de novo julgamento da causa.

Nessa linha é bom esclarecer que o juízo rescindente (*judicium rescindens*) consiste no pedido de que seja rescindida a sentença ou acórdão transitado em julgado, ou seja, é o principal objetivo da ação rescisória e deve ser realizado em todas as hipóteses previstas no artigo 485, do Código de Processo Civil.

da escritura pública de compra e venda do imóvel, objeto litigioso dos embargos de terceiro, sido concluída em momento anterior (23.03.1999) à primeira averbação de indisponibilidade de bens do vendedor (23.12.1999) - registro do título que, embora sirva de requisito formal para aperfeiçoar a transmissão do direito de propriedade (art. 530, I, do CC/1916, vigente à época da conclusão do negócio jurídico; art. 1.245, do CC/2002) e, assim, conferir-lhe eficácia erga omnes, não pode servir de óbice ao reconhecimento do negócio jurídico já perfeito entre as partes - prestígio à boa-fé - procedência dos embargos de terceiro - inversão dos ônus da sucumbência no incidente. Ação rescisória julgada procedente, para rescindir a r. sentença de primeiro grau. Embargos de Terceiro julgados procedentes. Extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC”. (Ação Rescisória nº 2040760-69.2014.8.26.0000. TJSP. Des. Rel. Paulo Barcellos Gatti. Julgado em 08/09/2014)

⁵⁵ RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1979. p. 117

Já o juízo rescisório (*judicium rescissorium*) depende do prévio acolhimento do juízo rescindente e consiste no novo julgamento da causa, visando à substituição da sentença ou acórdão que tenha sido invalidado, todavia, na hipótese de ofensa à coisa julgada, de juiz peitado, ou impedido, o juízo rescisório não será realizado, visto que o rejuízo da causa será vedado naquele momento.

Nesse sentido, confira-se entendimento do professor Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

“Tanto o *iudicium rescindens* quanto o *iudicium rescissorium* integram o juízo de mérito da ação rescisória. No primeiro, o Tribunal julgará o pedido procedente, se concluir pela presença de alguma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. Assim, admitida a ação, o juízo rescindente constituirá uma etapa necessária do julgamento da rescisória. Já o juízo rescisório poderá não se fazer presente, hipótese em que será desnecessário o rejuízo da causa. É o que ocorre, por exemplo, quando o pedido da rescisória for julgado procedente, em face da presença dos pressupostos do art. 485, II, do CPC. É possível, também, que o juízo rescindente esgote todo o objetivo da rescisória, como por exemplo, na hipótese gizada pelo art. 485, IV, do CPC”.⁵⁶

Com efeito, a cumulação de ambos os pedidos, deve estar expressamente elencada nos pedidos da inicial, visto que nos termos do artigo 488, do Código de Processo Civil, possui caráter obrigatório. Contudo, se a parte autora não requerer a realização de novo julgamento, não importará em causa de inépcia da petição inicial, devendo ser promovida a sua intimação para que emende a petição inicial e inclua dito pedido, no entanto se decorrido o prazo sem que a parte autora a emende, daí será o caso de seu indeferimento.

5 Rescisória de Rescisória

O atual Código de Processo Civil deixou de disciplinar acerca da possibilidade do ajuizamento de ação rescisória visando desconstituir acórdão transitado em julgado, proferido no bojo de outra ação rescisória.

Doutrinariamente dita questão vêm sendo bem discutida, havendo duas correntes diversas no que tange ao cabimento para o ajuizamento de nova ação

⁵⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Revista de Processo* 2007- *RePro* 153. 2007. Editora Revista dos Tribunais. p. 146

rescisória em face de uma decisão transitada em julgado em uma própria ação rescisória.

A primeira delas é minoritária, ao entender que só é cabível ação rescisória de rescisória quando o fundamento for diverso daquele ventilado na primeira ação intentada. Veja-se:

“Autores existem se posicionando no sentido de que só se admite o ajuizamento de Rescisória de Rescisória, por fundamentos diversos daqueles que serviram de base da primeira ação. Haja vista que ‘Só é possível quando as hipóteses previstas na lei processual pertinem à relação jurídica processual instaurada na primeira rescisória e não na ação originária, de cujo, antes se pedira rescisão’”.⁵⁷

De outra banda, o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que, caso o acórdão prolatado contenha quaisquer das possibilidades enumeradas no artigo 485 do Código de Processo Civil, será cabível o ajuizamento de ação rescisória de ação rescisória. Confira-se o exemplificado por Marcus Vinicius Rios Gonçalves *in* Direito Processual Civil Esquematizado:

“Se a ação rescisória for julgada pelo mérito, e o acórdão padecer de algum dos vícios enumerados no art. 485, do CPC, será possível ajuizar rescisória de rescisória. Um exemplo: pode ocorrer que, por em equívoco, o Tribunal reconheça a existência de decadência, e julgue a rescisória extinta, com julgamento de mérito. Mais tarde, se verifique que houve erro na contagem do prazo. Será possível rescindir o acórdão proferido na primeira rescisória”.⁵⁸

Com efeito, o último posicionamento nos parece mais correto, posto que não se deva permitir que se perpetuem os efeitos de um acórdão que padeça de algum dos vícios elencados no artigo 485, do Código de Processo Civil – ainda que a espécie do vício que se fundamente a ação seja o mesmo daquele anteriormente ventilado na primeira ação ajuizada – desde que dito vício tenha sido novamente cometido. No entanto, na hipótese do Tribunal já ter se manifestado sobre o mesmo tema na primeira ação, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação rescisória.

⁵⁷ CARRION, Valentin, “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – Legislação Complementar, Jurisprudência”, p. 610 apud DINIZ, José Janguê Bezerra. *Ação Rescisória dos Julgados*. 1ª Edição. São Paulo: LTR Editora Ltda. 1998. p. 73

⁵⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 461

CAPÍTULO III – IMPUGNAÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

1 Breves Considerações

De início é importante esclarecer que com o advento da Lei 11.232/2005, houve considerável modificação no Estatuto Processual Civil, no tocante as hipóteses da parte se insurgir contra uma sentença judicial.

Isto porque, anteriormente a referida modificação segundo constava do artigo 741 do Código de Processo Civil, o meio cabível para que a parte se insurgisse contra a execução seria por meio dos embargos à execução fundada em sentença.

Contudo, após a aludida reforma, foi instituído que a impugnação faz às vezes dos antigos embargos à execução fundados em sentença, sendo ela disciplinada pelo artigo 475-L (inserido pela Lei 11.232/2005), do Código de Processo Civil.

Com efeito, caso a parte pretenda se insurgir contra a fase de cumprimento de sentença, o meio cabível será a impugnação de título judicial, por meio da qual a parte poderá alegar quaisquer das fundamentações dispostas de forma taxativa no artigo 475-L, do Código de Processo Civil, o que poderá ocasionar a desconstituição de uma sentença transitada em julgado, motivo pelo qual se mostra pertinente discutir no presente trabalho dito meio de impugnação.⁵⁹

2 Natureza Jurídica da Impugnação

Muito se discute acerca da natureza jurídica de dito meio de impugnação, visto que há aqueles que defendem a natureza de ação, enquanto outros defendem a natureza de defesa.

⁵⁹ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. [...]”

Nesse sentido, confira-se entendimento do ilustre doutrinador Cassio Scarpinella Bueno, o qual defende ser a impugnação um meio para a defesa do Executado:

“A impugnação, destarte, só pode ser *defesa*, independentemente da matéria que dê fundamento a ela; não *ação*. É esta a solução – a sua natureza jurídica – que decorre de sua atual disciplina infraconstitucional, em ampla consonância, nem poderia ser diferente, ao “modelo constitucional do direito processual civil.”

Não fosse pelas razões apontadas pelos parágrafos anteriores, e a natureza jurídica de *defesa* da impugnação seria decorrência natural da compreensão que este *Curso* quer dar ao direito de *ação*. O direito de *ação* não deve ser entendido somente como o direito subjetivo público de *romper* a inércia do Estado-juiz em busca de uma tutela jurisdicional, o “acionar”. O direito de *ação* também é o agir em juízo, ao longo do processo, com vistas à obtenção da tutela jurisdicional. No caso dos títulos executivos *judiciais*, o Estado-juiz já foi suficientemente provocado para prestar tutela jurisdicional. Já se reconheceu que ela deve ser prestada para alguém, função precípua do título executivo, e o exequente também se manifestou no sentido de terem início os atos executivos, isto é, voltados à realização *concreta* da tutela jurisdicional. Ao agir em juízo do exequente corresponde, desde o “modelo constitucional”, o agir do executado, daquele que sofre a prática dos atos executivos, com vistas ao exercício pelo de sua *defesa*. O especial agir do executado corresponde ao exercício da *ampla* defesa que lhe é garantida desde o art. 5º, LV, da Constituição Federal (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Não há diversa “*ação*”, ainda que no mesmo processo, para exercício daquele direito que a lei processual civil e, conseqüentemente, aqueles que se debruçam a estudá-la, não poderiam recusar ao executado. O que há é um *pedido* a ser formulado pelo executado para que seja prestada a ele e não ao exequente a tutela jurisdicional”.⁶⁰

Corroboram com este entendimento os ilustres Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

“A *impugnação* serve à concretização do exercício do direito de defesa; o executado não demanda, não age; ele resiste, excepciona, se opõe. A pretensão à tutela jurisdicional, que de fato exerce o executado, é de reação, que é o elemento essencial da “*exceção*”, do direito de defesa”.⁶¹

Contudo, em sentido diametralmente oposto entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, uma vez que defendem que a impugnação ao cumprimento de sentença possui natureza dúplice, ou seja, tanto de *ação* quanto de *defesa*. Confira-se:

⁶⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil- Tutela jurisdicional executiva*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 539/540

⁶¹ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 371

“Misto de ação e defesa, a impugnação caracteriza-se como incidente ao cumprimento da sentença. É ação porque o impugnante tem pretensão *declaratória* (v.g. inexistência da citação, inexigibilidade do título, ilegitimidade das partes, prescrição) ou *desconstitutiva* da eficácia executiva do título exequendo (v.g. nulidade da citação, excesso de execução) ou de atos de execução (v.g. penhora incorreta, avaliação errônea). Procedente a impugnação pelo fundamento da nulidade da citação, o juiz tem de *rescindir* a sentença exequenda, vale dizer, o juiz retira do mundo jurídico a coisa julgada de que se revestia o título executivo impugnado. Esse resultado é absolutamente idêntico ao provocado pela procedência do pedido em ação rescisória (CPC 485), ação cabível para atacar e rescindir a coisa julgada. O ato judicial que reconhece a nulidade da citação como causa de impugnação (CPC 475-L I) é, nos termos do CPC 162 §1º. (redação da L 11232/05), *sentença*, porque tem o conteúdo do CPC 269, I, isto é, resolveu o mérito da ação de impugnação ao cumprimento de sentença. Possui, portanto, natureza jurídica de *ação*. A impugnação é em tudo equiparável aos embargos do devedor (CPC 736, 741 e 745)- misto de *ação* e de *defesa*- , mas não tem autonomia procedimental. Quanto ao procedimento, portanto, a impugnação é um *incidente processual*”.⁶²

Ocorre que o entendimento que nos parece mais correto é aquele que defende que a Impugnação possui natureza de defesa, uma vez que é o meio pelo qual o Executado poderá arguir matérias que visam à desconstituição da sentença proferida em seu desfavor.

Nessa linha, apesar do Executado arguir matéria que ainda não tenha sido ventilada, ele o fará para se defender mesmo que prejudique a parte contrária com o acolhimento de sua alegação, contudo, é vedado que inove nas matérias a serem alegadas, não podendo formular pedidos de condenação do Exequente, até mesmo porque, quando muito, haverá condenação do Exequente apenas no tocante as verbas sucumbenciais, na hipótese de ser constatada a razão do impugnante.

Demais disso, para que a parte possa impugnar, não é necessário cumprir os requisitos disciplinados pelo artigo 282, do Código de Processo Civil, imputar valor à causa ou até mesmo pagar custas iniciais, de modo que é possível concluir, portanto, que a impugnação não possui os requisitos caracterizadores para que sua natureza seja tipificada como ação.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.888

3 Cabimento

Consoante acima disciplinado, por meio da Impugnação ao cumprimento de sentença, é possível desconstituir uma sentença transitada em julgado se o fundamento utilizado em sua arguição demonstrar que houve um vício na formação do processo que o torne nulo, e seja passível de retirar a decisão proferida do mundo jurídico.

O artigo 475-L, do Código de Processo Civil é taxativo ao disciplinar as hipóteses em que será cabível a apresentação de Impugnação, todavia, não são todas as hipóteses que possuem pertinência para com o presente trabalho, já que algumas delas não possibilitam a desconstituição de uma sentença transitada em julgado.

Deste modo os incisos que serão debatidos no presente trabalho serão os seguintes: I- falta ou nulidade de citação; II- inexigibilidade de título; e IV- ilegitimidade das partes.

No entanto, antes de adentrar a ditas hipóteses de cabimento, faz-se oportuno esclarecer que, em que pese a impugnação estar prevista para execução de sentença por quantia certa, é possível utilizá-la, analogicamente, nas demais espécies de execução de sentença, tais como fazer, não fazer e dar coisa. Confira-se:

“Não obstante a *impugnação* tenha sido prevista expressamente apenas para a execução de sentença por quantia, parece cabível a sua aplicação, por analogia, às demais espécies de execução de sentença (fazer, não fazer e dar coisa). O regramento da execução dessas sentenças é muito singelo, não prevendo qualquer meio defensivo para o executado, que não pode, obviamente, ficar desprotegido nessa fase processual. Tendo em vista a lacuna legislativa, a melhor solução é a aplicação analógica do regime jurídico da *impugnação*”.⁶³

Além disso, é oportuno mencionar que a parte apenas poderá se insurgir por meio do presente meio de impugnação, se o juízo estiver previamente garantido por meio da penhora, conforme lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.⁶⁴

⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 370

⁶⁴ [...] Somente pode ser oposto depois de seguro o juízo pela penhora. O recebimento do incidente não suspende o curso da execução, salvo se o juiz assim o determinar, no caso do CPC 475-M. (NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.887)

Ademais, vale mencionar que a cognição exauriente no momento da Impugnação já deverá ter sido superada, uma vez que não se admite que se discutam argumentos que já deveriam ter sido ventilados anteriormente à formação do título, ou seja, em fase de conhecimento e de instrução, de modo que o esperado na fase de cumprimento de sentença é a satisfação da pretensão do exequente, e não mais o reconhecimento de seu direito.⁶⁵

Com efeito, oportuno ainda mencionar que, com o anteprojeto do Código de Processo Civil, foram instituídas algumas modificações no tocante a este meio de impugnação, visto que foram acrescidas na nova redação a possibilidade de impugnar o cumprimento de sentença, sob o fundamento de que há “cumulação indevida de execuções (inciso V)” ou “inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação (inciso VI)”.

Nessa linha e como se verá adiante, o §1º do artigo 475-L do atual Código gera grande divergência entre os doutrinadores e Tribunais, já que o entendimento predominante é que dita redação seria inconstitucional.

Com efeito, no anteprojeto esta redação foi complementada, para o fim de determinar que “considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou atos normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso” (§10.).⁶⁶

3.1 Da Falta ou Nulidade de Citação

Prevê o artigo 475-L, I, do Código de Processo Civil que a impugnação poderá versar sobre “a falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia”.

⁶⁵ A formação do título executivo *judicial* pressupõe *prévia* e (regular) participação das partes em face de quem ele tende a surtir seus efeitos típicos. Assim, por definição, as matérias que o legislador reserva para a “impugnação” não podem servir de meio para que o executado possa reavivar discussões que, por força do sistema processual civil, já deveriam ter ocupado a etapa do processo destinada à *formação* do título. A “etapa cognitiva” está suficientemente superada e, justamente pela formação do título executivo judicial, o que se espera do Estado-juiz é a prática de atos com vistas à *satisfação* do exequente e não mais o *reconhecimento* de seu direito. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil- Tutela jurisdicional executiva*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 541)

⁶⁶ Art. 539, NCPC. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>

Com efeito, a sentença proferida em processo que tenha corrido à revelia, em razão do réu não ter sido citado ou da citação ser nula, será eivada de vício grave, uma vez que a relação jurídica firmada será defeituosa.

Segundo o nosso diploma processual civil, apenas poderá ser proferida sentença após o réu ter sido regularmente citado dos termos do processo, de modo que, caso tenha sido proferida sentença sem a sua devida citação, a mesma deverá ser declarada nula.

Esse é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar o Agravo de Instrumento nº 212290-95.2014.8.26.0000, interposto em razão da decisão que acolheu a impugnação do réu em que foi requerida a nulidade do processo e da sentença proferida, em razão de ter incorrido a citação de um dos réus em litisconsórcio passivo necessário. Nesta ocasião foi mantida a decisão interlocutória de Primeira Instância, por entender que comprovada a composesse, “é indispensável a participação do cônjuge no processo em que se discute direito possessório”.⁶⁷

Há muito se discute se a citação é um pressuposto de existência ou de validade do processo, contudo, deixada de lado a referida divergência, é unânime a doutrina ao disciplinar que a sentença proferida no processo que correu à revelia, sem que tenha ocorrida a citação válida da parte, poderá ser desconstituída por meio da impugnação ao cumprimento de sentença.

Referido vício é tão gravoso que inclusive, supera todos os prazos processuais estabelecidos, podendo ser questionada pela parte a qualquer momento, sendo causa para o ajuizamento de ação autônoma como já dito anteriormente, qual seja, a *querela nullitatis*, desde que o executado não tivesse ciência de referido vício à época da instrução do processo e formação da sentença.

⁶⁷ “Ação de reintegração de posse ajuizada em face de dois réus cônjuges que exercem composesse. Citação apenas da esposa, que permaneceu revel. Sentença de procedência do pedido possessório. **Impugnação ao cumprimento de sentença apresentado pela ré requerendo a nulidade do processo por falta de citação de seu cônjuge, que é litisconsorte passivo necessário.** Não acolhimento em Primeiro nem em Segundo grau. Impugnação rejeitada liminarmente. Agravo de instrumento julgado improcedente. Expedição do mandado de reintegração de posse. **Ingresso voluntário do cônjuge não citado no processo para requerer a nulidade do processo.** Pedido deferido pelo d. Juiz de Primeiro grau. Agravo de instrumento interposto pelo autor. Inteligência do art. 10, parágrafo 2º, do CPC. **Necessidade de citação do cônjuge que exerce composesse. Nulidade verificada. Corrigido o polo passivo, o processo agora poderá prosseguir normalmente.** Decisão mantida. Recurso desprovido”. (Apelação nº 212290-95.2014.8.26.0000. TJSP. Des. Rel. Virgílio de Oliveira Júnior. Julgado em 29/09/2014)

Nesse sentido, vejamos o entendimento dos nobres doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A única nulidade do processo de conhecimento que se pode arguir em sede de impugnação ao cumprimento da sentença é a falta ou nulidade da citação, mesmo assim se o processo correu à revelia do impugnante, ou daquele em lugar de quem ele se habilitou. Ainda que no processo de conhecimento tenha havido nulidade absoluta, pronunciável de ofício e a qualquer tempo, o impugnante não a pode alegar no incidente de impugnação. Isto porque já há sentença no processo de conhecimento, transitada em julgado, acobertada, portanto, pela imutabilidade própria da autoridade da coisa julgada. Nenhuma nulidade absoluta (à exceção da falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia) ocorrida no processo de conhecimento pode ser arguida na impugnação ao cumprimento de sentença. A *ratio essendi* de o dispositivo do CPC 475-L I permitir que se argua em impugnação a falta ou nulidade da citação se encerra um fato de alta relevância: a *própria existência da relação jurídica processual*. Se o réu não foi revel no processo de conhecimento, no momento em que compareceu aos autos se deu por citado e o processo existiu; se não alegou a nulidade de citação a tempo, a irregularidade se convalidou. [...]”.⁶⁸

Ou seja, caso haja algum vício na citação da parte e o processo tenha corrido à revelia dita matéria não poderá ser suscitada em sede de impugnação se o réu revel tiver atravessado petição no processo e não tiver arguido dita matéria.

Nesse sentido, entendeu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao decidir que, por mais que tenha sido nomeado curador especial para o réu e não tenha sido apresentada defesa em seu nome, a causa de nulidade não se aplica, pois o mesmo juntou procuração aos autos e deu-se por citado.⁶⁹

Além disso, não é demais mencionar que a sentença proferida sem que tenha ocorrido a citação do réu ou que a mesma tenha sido nula, não será causa de impugnação se ela tiver sido proferida em seu favor.⁷⁰

⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.889

⁶⁹ “APELAÇÃO CÍVEL - Ação Civil Pública – Loteamento irregular - Estância Paraíso - Parcelamento de solo em área de preservação permanente e de proteção dos mananciais. 1) **Alegação de nulidade processual - Citação por edital - Ausência de nomeação de curador especial para a defesa do apelante – Desnecessidade - Réu que atravessou procuração nos autos, dando-se por citado, deixando, contudo, de apresentar defesa - Revelia - Nulidade não configurada - Precedentes do STJ**. 2) Alegação de prescrição da pretensão punitiva - Reconhecimento da clandestinidade do loteamento em ação penal Condenação do loteador à regularização do loteamento na esfera cível - Condenações distintas – Sentença mantida - Recurso improvido”. (grifamos) (TJSP- Apel. 0026366-48.2007.8.26.0320. Des. Rel. Eutálio Porto. Julgado em 21.08.2014)

⁷⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 377

3.2 Da Inexigibilidade de Título

Disciplina o inciso II, do artigo 475-L, do Código de Processo Civil, que a impugnação poderá versar acerca da inexigibilidade do título, motivo este que se constatado, pode desconstituir um título executivo judicial, ou seja, uma sentença transitada em julgado.

Para que se inicie a fase de cumprimento de sentença é necessário que haja um título líquido, certo e exigível.

Nessa linha, na hipótese de ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença, ou se o processo estiver pendente de julgamento de recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo, a parte poderá requerer o cumprimento da obrigação imposta na sentença, uma vez que o título cumprirá os requisitos acima estipulados, ainda que em fase de execução provisória.

Desta feita, conclui-se que o inciso tratado neste tópico não se refere à inexigibilidade do título, mas sim da obrigação nele imposta, visto que estará eivada de alguma condição ou termo que retire a eficácia do direito reconhecido na sentença (CPC 572, aqui aplicável por força do art. 475-R)⁷¹, sendo possível que o executado se insurja contra este fato por meio de impugnação, no prazo de 15 dias. Confira-se:

“O dispositivo refere-se, a correção é aceita por toda a doutrina, não à inexigibilidade do título, e sim à inexigibilidade da obrigação retratada no título, assim entendida, desde o plano material, que a obrigação não reúne condições de ser exigida pelo credor. Trata-se, por isto mesmo, da possibilidade de o executado voltar-se à exigibilidade do direito retratado no título, inclusive pela falta de demonstração escoreita daquilo que o n. 3 do Capítulo 3 da Parte 1 associou ao “interesse de agir” na execução”.⁷²

Sob outra ótica entende Araken de Assis, uma vez que segundo seu entendimento, a inexecuibilidade se refere à falta de título ou a ausência dos requisitos determinantes para sua exigibilidade, quais sejam certeza e liquidez. Ainda, segundo este entendimento, haverá a inexecuibilidade se a parte exigir o cumprimento de sentença contra qual tenha sido interposto recurso munido de efeito suspensivo,

⁷¹ / DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil- Execução. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 378

⁷² SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil- Tutela jurisdicional executiva. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 542

sentença estrangeira sem homologação do STJ ou sentença rescindida, sendo que em todas estas hipóteses restaria configurado excesso de execução.⁷³

Com efeito, os entendimentos acima esposados nos parecem corretos, uma vez que, na hipótese da parte requerer o cumprimento de sentença de um título que estiver desprovido de certeza e liquidez, como é o caso de uma sentença contra a qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo na ocasião da interposição de recurso, ou de pendência de homologação do STJ, ou ainda, se estiver pendente de condição ou termo para ter eficácia, certo é que importará em excesso de execução justamente porque a parte ainda não poderia executá-la.

Ademais, em complemento ao inciso II, o §1º determina que “considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

No entanto, em que pese dito parágrafo possibilitar a desconstituição da sentença fundada em lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais pelo STF, ou tenha sido aplicada interpretação por aquele Tribunal de maneira incompatível com a Carta Magna, vem sendo motivo de grande controvérsia no mundo jurídico.

Isto porque segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, referido parágrafo é inconstitucional, uma vez que possibilita que a parte se insurja pela via inadequada para requerer a desconstituição da coisa julgada, ferindo assim os artigos 1º e 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Consoante demonstrado no capítulo 1 do presente trabalho, a sentença transitada em julgado é acobertada pela autoridade da coisa julgada, que torna imutável a matéria ventilada na lide e traz segurança jurídica às partes de que aquela matéria não será novamente discutida e que os efeitos oriundos da coisa julgada serão perpétuos.

Nesse sentido, a segurança jurídica é, inclusive, uma garantia constitucional atribuída pelo inciso XXXVI da Constituição Federal, que disciplina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

⁷³ ASSIS, Araken. *Cumprimento da Sentença*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006. p. 321

Ou seja, a admissão da impugnação calcada no §1º, do inciso II, do artigo 475-L do Código de Processo Civil, tiraria das partes a própria garantia conferida pela Constituição Federal.

E assim ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1º. *Caput*), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º, XXXVI). Decisão *posterior*, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a *coisa julgada* (Canotilho, *Dir. Const.*, pp. 1014/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *auctoritas rei iudicae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). A esse respeito, ressaltando a coisa julgada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, embora nem precisasse fazê-lo, é expressa a CF portuguesa (art. 282, n.3, 1.ª parte). Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria *ofensa direta* a dois dispositivos constitucionais: CF 1.º *caput* (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5.º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). A norma, instituída pela L 112323/05, é, portanto, *materialmente inconstitucional*”.⁷⁴

A esse respeito o ilustre Cassio Scarpinella Bueno entende que a aplicação do parágrafo ora comentado “pressupõe a *retirada* da norma jurídica do ordenamento jurídico, providência que é correlata ao controle *concentrado* da constitucionalidade ou, no exercício do controle *difuso* pelo Supremo Tribunal Federal da atuação do Senado Federal, para os fins do referido dispositivo constitucional”.⁷⁵

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em análise a esta questão, entendeu que o único meio de desconstituir a autoridade da coisa julgada é com o ajuizamento de ação autônoma, específica para este fim, de modo que o meio adequado será a propositura de ação rescisória no prazo decadencial previsto em lei, pois ao se admitir

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.891

⁷⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil- Tutela jurisdicional executiva*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 544

o contrário, restaria violada uma importantíssima garantia constitucional assegurada às partes, qual seja, a segurança jurídica e a preservação do equilíbrio social.⁷⁶

Ainda se faz oportuno mencionar que a inconstitucionalidade ora debatida, assim como a inconstitucionalidade do artigo 741 que será tratada adiante, deu supedâneo ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tramita sob o nº 3.749 e cuja relatoria foi atribuída ao Ministro Gilmar Mendes, e que ainda pende de julgamento.

Deixada de lado a discussão acerca da inconstitucionalidade da norma processual, importante mencionar que o caráter de rescisão da sentença transitada em julgado está presente neste dispositivo legal, de modo que, caso a parte pretenda desconstituí-la deverá fazê-lo no prazo de 15 dias e caso o juiz acolha a impugnação, haverá por via de consequência, a desconstituição do título judicial.

Como última consideração acerca deste tópico, ainda entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que apenas seria cabível a impugnação com fundamento no §1º, se “a decisão *anterior* do STF, proclamando a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo em ADIn é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado *posteriormente* à decisão do STF”.⁷⁷

⁷⁶ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - **PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” - “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.**

- A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes”. (STF – RE 594.350/RS)

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.892

3.3 Ilegitimidade das Partes

O inciso III, do artigo 475-L do Código de Processo Civil, cuida da possibilidade de impugnar ao cumprimento de sentença quando houver ilegitimidade de parte.

Apesar de alguns doutrinadores entenderem que a ilegitimidade deva versar apenas no tocante a fase de execução – entendimentos estes que não tem pertinência com o presente trabalho, visto que neles não existe a hipótese de desconstituição da sentença transitada em julgado – há aqueles que entendem que a ilegitimidade é causa de extinção do processo, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Com efeito, segundo tal entendimento também defendido por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a ilegitimidade tanto do polo ativo como do polo passivo pode ser arguida, inclusive, em impugnação ao cumprimento de sentença. Confira-se:

“A legitimidade das partes na ação de cumprimento de sentença tem que estar presente para que o juiz possa julgar o mérito do pedido. Havendo ilegitimidade de parte, tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da ação de execução, o executado pode alegá-la na ação de impugnação ao cumprimento de sentença. Confirmada a ilegitimidade, o juiz deve acolher a impugnação e extinguir a execução (CPC 267 VI), proferindo sentença que pode ser atacada pelo recurso de apelação (CPC 475-M § 3.º). A rigor, essa providência, independentemente de iniciativa do executado, deve ser tomada *ex officio* pelo juiz, por tratar-se de matéria de ordem pública que diz com a regularidade da ação de execução de cumprimento de sentença. Essa causa de impugnação (ilegitimidade das partes) confirma que o sistema processual construído pela L 11232/05 confere natureza jurídica de *ação de execução* ao instituto do cumprimento da sentença, o que se nos afigura correto”.⁷⁸

Desta feita, a ilegitimidade de parte importa em extinção do processo, sem resolução de mérito, em que pese já tenha sido proferida sentença decidindo a matéria aduzida no processo, de modo a não haver título executivo judicial passível de ser executado.

Aqui se faz oportuno esclarecer que, quando impugnada a fase de cumprimento de sentença, o juiz proferirá nova decisão a julgando procedente ou improcedente, sendo que no que se refere ao inciso IV, do Código de Processo Civil,

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p.890

a impugnação será julgada procedente e extinguirá o processo como um todo, desconstituindo, assim, uma sentença transitada em julgado.

Ademais, em que pese o ilibado saber jurídico dos nobres doutrinadores acima citados, e consoante já exposto anteriormente no presente trabalho, não nos parece correto o entendimento de que a impugnação ao cumprimento de sentença possua natureza de ação, até mesmo porque a ilegitimidade de parte é matéria de ordem pública, podendo ser arguida pela parte a qualquer momento, inclusive pela via defensiva, de modo a não ser caracterizada como ação a impugnação pela simples possibilidade de extinguir o feito, sem resolução de mérito, até mesmo porque, a mesma tese de ilegitimidade pode ser arguida em preliminar de contestação, e nem por isso este meio defensivo possuirá natureza de ação.

CAPÍTULO IV – EMBARGOS À EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

1 Breves Considerações

De início importa esclarecer que o procedimento da execução movida contra a Fazenda Pública diverge dos procedimentos já tratados neste trabalho, visto que em nada se assimila às execuções de títulos judiciais ou extrajudiciais, respectivamente, previstas nos artigos 475-J a 475-Q, e 652 e seguintes, todos do Código de Processo Civil.

O procedimento relativo às execuções contra a Fazenda Pública vem disciplinado no artigo 730 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo que, neste rito não importa se a execução é fundada em título judicial ou extrajudicial, já que em ambos o procedimento será o mesmo, ou seja, a Fazenda deverá ser citada para apresentar Embargos no prazo de 30 (trinta) dias (Lei 9.494/97, 1º-B, incluído pela Medida Provisória 2.180-35, artigo 4º).

Assim, contra a Fazenda, não se aplica a regra do pagamento espontâneo, uma vez que contra ela não poderá ser imputada a multa de 10% prevista no artigo 475-J, do Código de Processo Civil, assim como na ausência de pagamento, o juízo não poderá deferir o pedido de que seja iniciada a execução forçada, uma vez que os bens públicos são inalienáveis e impenhoráveis.⁷⁹

Com efeito, se confirmada à presunção de que o título de fato é devido, o pagamento do valor deverá ser realizado por meio de precatório e seguir o procedimento abaixo disciplinado:

“Deverá ser expedido ofício requisitório pelo presidente do tribunal competente, que pode ser federal ou estadual, mencionando a natureza do crédito contra a Fazenda (se alimentar ou não). Não há hierarquia entre as requisições pedidas pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, sendo determinantes, para a preferência no pagamento, a natureza do crédito (os alimentares têm preferência sobre os gerais) e a ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Os créditos decorrentes de precatórios devem ser incluídos, obrigatoriamente, no orçamento da Fazenda Pública (CF 100

⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil- Execução. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 724

§5.º), vedada, por conseguinte, a anulação ou cancelamento da dotação orçamentária existente (Greco. *Exec.faz.púb.*, 87)".⁸⁰

No entanto, para que se chegue à fase final do precatório, é necessário que a Fazenda apresente sua respectiva defesa, denominada como Embargos, cujas peculiaridades serão tratadas no tópico a seguir.

2 Embargos - Meio de defesa da Fazenda Pública

Já se viu que a execução contra a Fazenda Pública segue um rito diverso das demais execuções, e apesar de não ter um dispositivo de lei que determine de maneira expressa os efeitos a serem atribuídos aos Embargos opostos por ela, é certo que estes deverão ser recebidos com atribuição de efeito suspensivo.

Disciplina o artigo 739-A do Código de Processo Civil que em regra, os embargos do executado não serão recebidos no efeito suspensivo, salvo quando forem relevantes os seus fundamentos e o prosseguimento da execução puder causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente.

Contudo, consoante já exposto, os bens da Fazenda são impenhoráveis e o prosseguimento da execução dependerá da certeza de que os argumentos trazidos nos Embargos não são suficientes para extinguir a execução, ou seja, é necessário que já tenha sido proferida uma sentença e que ela tenha transitado em julgado, de modo que, diante da impossibilidade de se prosseguir com a execução, é forçoso o recebimento dos Embargos com atribuição de efeito suspensivo.

E assim, disciplina Leonardo José Carneiro da Cunha, *in* "As Defesas do Executado":

"O §1º do art. 730-A do CPC não se aplica à execução proposta contra a Fazenda Pública, pelos seguintes motivos: (a) o efeito suspensivo depende de penhora, depósito ou caução. A Fazenda Pública não se sujeita a penhora, depósito nem caução, não precisando garantir o juízo para opor seus embargos; (b) a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado (CF/88, art. 100, §§ 1.º e 3.º), de sorte que somente pode ser determinado o pagamento, se não houver mais

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 1271

qualquer discussão quando ao valor executado. (...) Em outras palavras, o precatório ou a requisição de pequeno valor somente se expede depois de não haver mais qualquer discussão quanto ao valor executado, valendo dizer que tal expedição depende do trânsito em julgado da sentença que julgar os embargos. Por essa razão, os embargos opostos pela Fazenda Pública devem, forçosamente, ser recebidos no *efeito suspensivo*, pois, enquanto não ser tornar incontroverso ou definitivo o valor cobrado, não há como expedir o precatório ou a requisição de pequeno valor”.⁸¹

Contudo, apesar dos Embargos serem recebidos com efeito suspensivo, se opostos de forma parcial à execução deverá prosseguir em relação àquela parte que não tenha sido embargada, nos termos do §3º, do artigo 739-A, do Código de Processo Civil.

Os Embargos à Execução opostos pela Fazenda Pública seguem os mesmos critérios dos Embargos comuns, previstos no artigo 736, do Código de Processo Civil – apesar de poder ser apresentado contra sentença transitada em julgado – de modo que, por possuir natureza jurídica de ação autônoma, de rigor que a Fazenda seja regularmente citada dos termos da ação ou da fase de cumprimento de sentença.

Nessa linha as hipóteses de cabimento para a oposição dos Embargos são disciplinadas, de forma taxativa, pelo artigo 741, do Código de Processo Civil, coincidindo elas com aquelas hipóteses em que a impugnação ao cumprimento de sentença também pode ser fundamentada, daí porque, conclui-se que não seria possível utilizar um rol mais amplo de possibilidades de defesa, uma vez que as questões anteriores à sentença já teriam sido acobertadas pela preclusão, e qualquer outra matéria já poderia ter sido arguida em momento oportuno, qual seja, no momento em que houve a apresentação de contestação.⁸²

Nesse sentido, vejamos o entendimento do Professor Leonardo José da Cunha:

⁸¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução Civil – As Defesas do Executado* in *Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.650

⁸² “Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.”

“Na execução contra ela movida, a Fazenda Pública defende-se por meio de embargos, que passaram a ser disciplinados no art. 741 do CPC, em cujos termos há uma restrição: somente podem ser alegadas matérias ali relacionadas. Apenas se permite a Fazenda Pública tratar de vícios, defeitos ou questões da própria execução, podendo, ainda, suscitar causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação, desde que supervenientes à sentença. E nem poderia ser de outro modo, já que foram alcançadas pela preclusão e, até mesmo, pela coisa julgada material”.⁸³

Contudo, na hipótese da execução ser calcada em título executivo extrajudicial, o rol de cabimento não deverá ser limitado, uma vez que será a primeira oportunidade que a Fazenda terá para apresentar defesa, devendo seguir o procedimento do artigo 745, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, é o que leciona Humberto Theodoro Júnior, confira-se:

“A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, conforme já se registrou, pode fundar-se em título judicial ou extrajudicial (v. *retro*, nº 888). O rito executivo é o mesmo (arts. 730 e 731). O conteúdo admitido para os embargos é diferente. É ampla a matéria discutível frente ao título extrajudicial (art. 745) e limitada a que se pode opor o título judicial (art. 741). A propósito do assunto, dispõe o art. 745, V, que, nos embargos à execução fundados em título extrajudicial, o executado poderá alegar ‘qualquer matéria que lhe seria lícito de deduzir como defesa em processo de conhecimento’, além de outras matérias típicas do processo executivo, como vícios do título executivo, penhora incorreta, excesso de execução etc. (art. 745, inc. I a IV)”.⁸⁴

Ocorre que o presente capítulo não versará sobre todas as hipóteses de cabimento acima disciplinadas, pois nem todas possibilitam a desconstituição de uma sentença transitada em julgado, de modo que as hipóteses que apresentam pertinência com a matéria ora debatida são as seguintes: I- falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia; e III- ilegitimidade de parte.

Ademais, apenas a título de esclarecimento, faz-se oportuno mencionar que, na hipótese da Fazenda ter seus Embargos rejeitados ou julgados improcedentes, a sentença estará sujeita ao reexame necessário⁸⁵, e que a sentença proferida nos Embargos estará sujeita a desconstituição da mesma forma que as demais sentenças

⁸³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução Civil – As Defesas do Executado in Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.651

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Vol. II*. 47ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012. p. 397

⁸⁵ “Os Embargos da Fazenda Pública não se revestem de peculiaridades procedimentais. A diferença residiria em que a sentença que os rejeitasse, ou os julgasse improcedentes, estaria em regra sujeita ao reexame necessário (art. 475, I e §§ 2.º e 3.º)- conforme entendimento que há pouco predominava. No entanto, existem decisões do STJ descartando o reexame necessário nesse caso. A questão ainda é controvertida”. In WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Execução. Vol. 2*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 588

existentes, e que os meios para tanto serão os mesmos dos já discutidos ao longo da presente pesquisa.

Importante acrescentar também, que no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o legislador foi expresso ao determinar que, no que tange ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, ela deverá ser intimada para que no prazo de 30 (trinta) dias impugne (e não embargue) a execução de título judicial, podendo ela fundamentar suas alegações nas mesmas causas já previstas na Impugnação ao Cumprimento de Sentença.⁸⁶ No que se refere à execução de título extrajudicial movida contra a Fazenda Pública poderão ser opostos Embargos, também no prazo de 30 (trinta) dias, que seguirá o procedimento de tramitação comum.⁸⁷

3 Hipóteses de Cabimento

3.1 Falta ou nulidade de citação, quando o processo correu à revelia

Disciplina o inciso I, do artigo 741 do Código de Processo Civil, acerca da possibilidade dos Embargos opostos pela Fazenda Pública versarem sobre a falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia.

Dito inciso se assimila ao inciso I, do artigo 475-L do mesmo diploma legal, que também se refere acerca da possibilidade da impugnação ao cumprimento da sentença versar sobre esta mesma matéria.

Com efeito, de todas as hipóteses existentes no artigo 741, o inciso I cuida da única possibilidade em que a Fazenda poderá alegar nulidade do processo de conhecimento, uma vez que a ausência ou nulidade de citação, caso o processo tenha corrido à revelia, é um vício extremamente gravoso e justamente por essa razão, não se convalida com o decurso do tempo.

Nesse sentido, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que referido vício coloca em cheque a própria existência do processo:

“A única nulidade do processo de conhecimento que se pode arguir em sede de embargos em execução contra a Fazenda Pública é a falta ou nulidade de citação, e mesmo assim se o processo correu à revelia do embargante, ou daquele em lugar de quem ele se habilitou. Ainda que no processo de

⁸⁶ Art. 549. NCP. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>

⁸⁷ Art. 926. NCP. *Idem*.

conhecimento tenha havido nulidade absoluta, pronunciável a qualquer tempo, o embargante não a pode alegar. Isto porque já há sentença no processo de conhecimento, transitada em julgado, acobertada, portanto, pela imutabilidade própria da autoridade da coisa julgada. Nenhuma nulidade absoluta (à exceção da falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia) ocorrida no processo de conhecimento pode ser arguida nos embargos do devedor. A *ratio essendi* de o dispositivo do CPC 741 I permitir que se argua, em embargos, a falta ou nulidade da citação encerra um fato de alta relevância: *a própria existência da relação jurídica processual*. Se o réu não foi revel no processo de conhecimento, no momento em que compareceu aos autos se deu por citado e o processo existiu; se não alegou a nulidade de citação a tempo, a irregularidade se convalidou”.⁸⁸

Portanto, conclui-se que se a parte compareceu ao processo espontaneamente e se deu por citada, mesmo que não tenha apresentado defesa e tenham sido aplicados os efeitos da revelia, não poderão ser opostos Embargos com base nesta alínea.

No entanto, se a parte não foi citada ou houve algum vício em sua citação, e contra ela tenham sido aplicados os efeitos da revelia e se formado um título executivo judicial em seu desfavor, poderá se insurgir por meio dos Embargos alegando referido vício, sendo que, na hipótese de ser acolhida dita alegação, haverá a desconstituição da sentença proferida, mesmo que tenha transitado em julgado, anulando-se determinados atos praticados no processo e retornando-se a fase instrutória, para que a Fazenda possa exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

3.2 Inexigibilidade de Título

Os Embargos à Execução também poderão ser opostos com fundamento na alínea II, do artigo 741 do Código de Processo Civil, combinado com o parágrafo único, que disciplina que “considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 1297

Dita possibilidade também se assemelha com aquela já discutida no presente trabalho no Capítulo IV, uma vez que, o texto de lei ora transcrito é idêntico àquele já mencionado.

Contudo, em que pese já termos discorrido acerca de referido tema, vale lembrar que os Embargos à Execução poderão ser opostos pela Fazenda Pública, apenas após a sentença proferida no processo de conhecimento ter transitado em julgado, e com a certificação deste fenômeno, a sentença passa a ser acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Nesse sentido, a autoridade da coisa julgada traz segurança jurídica às partes de que a matéria ventilada naquele processo não poderá ser novamente discutida em demanda diversa, assim como que os efeitos produzidos pela sentença serão definitivos e imutáveis.

Assim, na hipótese de se admitir o recebimento dos Embargos com fundamento no parágrafo único, do artigo 741 do Código de Processo Civil, haverá patente violação aos artigos 1º e 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que cuidam do Estado Democrático do Direito e da segurança jurídica como garantia constitucional, respectivamente.

Com efeito, esse é o entendimento da doutrina:

“Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1.º *caput*), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5.º XXXVI). Decisão *posterior*, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a *coisa julgada* (Canotilho. *Dir. Const.*, p. 1013/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *auctoritas rei iudicatae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social- coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). A esse respeito, ressaltando a coisa julgada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, embora nem precisasse fazê-lo, é expressa a CF portuguesa (art. 282, n.3, 1.ª parte). Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria *ofensa direta* a dois dispositivos constitucionais: CF 1.º *caput* (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5.º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade

da coisa julgada). A norma, instituída pela L 11232/05, é, portanto, materialmente inconstitucional”.⁸⁹

Ao apreciar os Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrighi, entendeu que na hipótese de se admitir a aplicação do parágrafo único do artigo 741, do Código de Processo Civil, haveria violação da segurança jurídica garantida pela Carta Magna, o que não pode ocorrer, devendo ser respeitado ainda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada.⁹⁰

Sendo assim, resta claro o efeito desconstitutivo da sentença previsto neste parágrafo, contudo, admitir sua aplicação seria retirar da parte a garantia constitucional da segurança jurídica conferida com formação da coisa julgada, o que não se pode admitir.

Todavia, ainda citando Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, apenas poderia ser admitida a aplicação de referido parágrafo se “a decisão *anterior* do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ou a aplicação ou interpretação da norma tida como incompatível com a CF em ADIn é que poderia atingir o título executivo transita-se em julgado *posteriormente* à decisão do STF”.⁹¹

E ainda assim, somente seria possível, se fosse respeitado pela Fazenda Pública o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar Embargos, sendo que, caso não

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 1298

⁹⁰ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC, ACRESCENTADO PELA MP 2.180-35/2001. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO ANTES DE SUA VIGÊNCIA. LIMITE DA EFICÁCIA RETROATIVA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Em regra, as modificações legislativas de natureza processual são imediatamente aplicáveis, inclusive em relação aos processos pendentes.

2. O parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado pela MP 2.180-35/2001, aplica-se às sentenças que tenham transitado em julgado em data posterior a 24/8/2001, não estando sob seu alcance aquelas cuja preclusão máxima tenha ocorrido anteriormente, ainda que eivadas de inconstitucionalidade. Precedentes.

3. **A sentença de mérito, coberta por coisa julgada material, não pode ser descumprida, sob pena de violação da segurança jurídica, ainda que aquele ato judicial se fundamente em legislação posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tanto na forma concentrada, como na via difusa. Precedente do STF.**

4. Embargos de divergência acolhidos para prevalecer a orientação do AgRg nos EAg 868.198/RS, reconhecendo a plena exigibilidade do título executivo judicial, transitado em julgado antes da vigência da MP 2.180-35/2001”. (EDcl nos Embargos de Divergência em RESP nº 1. 050.129- SP)

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 1299

fosse oposto referido meio de defesa neste prazo, ainda lhe restaria o prazo de dois anos para o ajuizamento de ação rescisória visando à desconstituição desta sentença.

CAPÍTULO V – EXCEÇÃO E OBJEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE

1 Breves Considerações

A Exceção de Pré-Executividade é um meio de defesa do executado reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, contudo, não há previsão no ordenamento jurídico que trate sobre este tema.

Originalmente este meio de defesa foi criado, pois não existia no Código de Processo Civil de 1973 outro meio de defesa interna para o executado, senão os embargos de devedor (o qual precisava que a parte garantisse o juízo), e os meios de impugnação a serem arguidos ao longo das fases do processo. Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir que o executado, por meio de simples petição, se insurgisse contra a execução e a questionasse, em seu próprio curso, caso as alegações nela aduzidas pudessem ser comprovadas documentalmente.⁹²

Atualmente a Exceção de Pré-Executividade é admitida pela doutrina como uma defesa *atípica*, mas é denominada de diversas formas pelos doutrinadores, tais quais: “Exceção de Não-Executividade”, “Objeção de Pré-Executividade”, “Objeção à Execução”, dentre outros.

No entanto, todos os doutrinadores são unânimes ao disciplinar que não se podem alegar questões de mérito em dito meio de defesa, visto que tal matéria poderá ser discutida no curso da demanda em fase de instrução probatória, ou pelos outros meios de defesa da execução (Embargos à Execução ou Impugnação ao Cumprimento de Sentença), contudo, além das questões cognoscíveis de ofício, aquelas que possam ser facilmente comprovadas por meio de documentos que não demandem instrução probatória, também podem ser arguidas em Exceção de Pré-Executividade.

A esse respeito, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, discorrem acerca das matérias que podem ser arguidas pelas partes por meio da Exceção de Pré-Executividade:

⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 394

“Como visto antes, o que não existe é discussão, dentro da execução, quanto ao mérito da pretensão de crédito do exequente. Ou seja, o juiz não investiga, dentro da execução (processo executivo ou cumprimento de sentença), se o exequente tem ou não razão quando afirma que possui o crédito. O que não há é debate quanto a tal matéria. Essa discussão já terá ocorrido em ação de conhecimento anterior, em que houve a condenação, ou acontecerá em embargos à execução (Cap. 18) ou ainda ocorrerá em impugnação ao cumprimento de sentença (Cap. 19)”.⁹³

Nessa linha conclui-se, portanto, que as principais características deste meio de defesa, são as seguintes:

“(...) a) atipicidade: não há regramento legal a respeito do tema; b) limitação probatória: somente as questões que se podem provar documentalmente poderiam ser alegadas; c) informalidade: a alegação poderia ser feita por simples petição”.⁹⁴

E ainda segundo o Ilustre doutrinador Cassio Scarpinella Bueno, dito meio de defesa deve ser admitido para evitar a oneração do patrimônio do devedor, que pode vir a ser prejudicado caso o valor executado não seja de fato devido. Confira-se:

“Foi para permitir ao executado um mecanismo eficaz de tutela de seus direitos *independentemente* de qualquer oneração sobre seu patrimônio que os expedientes aqui examinados ganharam o aplauso da doutrina e da jurisprudência. Desde que estas mesmas circunstâncias se façam presentes, não obstante as profundas alterações legislativas, é equivocado recusar a pertinência daquela mesma iniciativa”.⁹⁵

Todavia, ainda que não se possam discutir questões de mérito na Exceção de Pré-Executividade, é possível que por meio das questões cognoscíveis de ofício haja a desconstituição de uma sentença transitada em julgado, dado que grande parte das questões, que possam vir a ser conhecidas de ofício estão previstas no artigo 475-L e 741, ambos do Código de Processo Civil e já tratados ao longo do presente trabalho.

⁹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil- Execução*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 515

⁹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 396

⁹⁵ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil- Tutela jurisdicional executiva*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 639

2 Cabimento

Consoante acima demonstrado é possível que, por meio da exceção de pré-executividade, sejam arguidas matérias que não demandem dilação probatória e que versem sobre questões cognoscíveis de ofício pelo juiz, como falta de pressupostos processuais e condições da ação.

Nessa linha, disciplinam Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. Confira-se:

“[...] qualquer alegação de defesa pode ser veiculada por ‘exceção de Pré-Executividade’, desde que possa ser comprovada por prova pré-constituída. Assim pode ser objeto de ‘exceção de pré-executividade’: prescrição, pagamento, compensação, ausência de título, impenhorabilidade, novação, transação, etc”.⁹⁶

Assim, por não haver um rol taxativo que discipline sobre as hipóteses de cabimento de referido meio de defesa, é possível aplicar por analogia os artigos 475-L e 741, do Código de Processo Civil, contudo, conforme exposto alhures não são todas as hipóteses previstas que permitem a desconstituição de uma sentença transitada em julgado.

Desta forma, a pertinência com o presente trabalho ocorre nos casos em que dita exceção foi arguida em fase de cumprimento de sentença, caso em que, mesmo que o juiz possa se manifestar acerca de determinadas questões de ofício, se quedar-se inerte, a parte poderá a qualquer tempo se manifestar sobre elas por meio da Exceção de Pré-Executividade, visto que é dela o direito de requerer ao juiz o reconhecimento de eventual nulidade, conforme entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁷

⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 397

⁹⁷ “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

I -A exceção de pré-executividade pode ser arguida quanto às questões relativas aos pressupostos processuais, condições dação e vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

II-A aferição da legitimidade passiva do sócio de sociedade, nas hipóteses dos autos, depende de dilação probatória, o que desautoriza o uso da exceção de pré-executividade, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor. Precedentes: EResp nº86.32/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de25.0208; AgRg no Ag 801.392/MG, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ de 07.02.2008; AgRg no RESp nº751.3/RJ, Relator

Sobre esse tema e em decorrência de repetitivos recursos interpostos no mesmo sentido foi criada a Súmula 393 do STJ, que disciplina que “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, sendo ela aplicada analogicamente pelos doutrinadores e julgadores nos processos cíveis, que defendem sua utilização em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O único impedimento para que seja apresentada a Exceção de Pré-Executividade, é o de que a parte já não tenha se insurgido contra a mesma questão que nela será ventilada, por outro meio de defesa e que sobre ela o juiz já tenha se manifestado. Confira-se o posicionamento dos Ilustres Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

“O único limite que se põe à formulação de tais defesas dentro da própria execução concerne à hipóteses em que elas já tenham sido alegadas e rejeitadas, no mérito, em embargos de executado ou impugnação, ou ainda em ação autônoma – hipótese em que se tem coisa julgada. Se mesmo tendo havido embargos ou impugnação, estes versaram sobre outra matéria, nada impedirá que a posterior arguição da defesa em sede executiva”.⁹⁸

Além disso, se faz oportuno mencionar que este meio de defesa *atípico* é vantajoso a parte pois, para utilizá-lo não é necessário que a fase executiva esteja garantida, como ocorre no cumprimento de sentença, contudo, não haverá a suspensão da execução, e, para preservar o contraditório e a ampla defesa, a parte contrária deverá ser intimada para se manifestar sobre as alegações nela aduzidas.

Ainda, se faz oportuno mencionar que dito meio de arguição poderá ser utilizado tanto para títulos extrajudiciais quanto para sentenças.⁹⁹

Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ de 27.02.2007 e AgRg no Ag nº 748.254/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 14.12.2006.

III -Agravos regimentais improvidos.” (AgRg no Recurso Especial nº 1.031.195-SC – Rel. Ministro Francisco Falcão-Julgado em 06.06.2008)

⁹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil- Execução. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 519

⁹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Vol. II.* 47ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012. p. 442

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento desta pesquisa observou-se que para melhor analisar os meios de desconstituição de uma sentença transitada em julgado, foi necessário analisar em um primeiro momento o instituto da coisa julgada, uma vez que por meio dele, a sentença de mérito transitada em julgado, em tese, seria imutável.

Ao analisar a coisa julgada verificou-se que sua autoridade torna imutável o conteúdo da sentença ou do acórdão proferido, mas não seus efeitos, visto que, mesmo após a certificação do trânsito em julgado é possível que a parte se insurja por determinados meios de impugnação que a desconstitua ou modifique os efeitos em que ela deveria ser executada.

A esse respeito é exatamente a pertinência deste estudo, já que os meios de impugnação apresentados apenas poderão ser utilizados após a certificação do trânsito em julgado, sendo que em muitas vezes, o seu cabimento se dará no momento em que a sentença começar a produzir seus efeitos, como é o caso da impugnação de título judicial, dos embargos à execução movida contra a Fazenda Pública e da exceção de pré-executividade.

Além dos meios acima disciplinados, verificou-se o cabimento da ação rescisória como meio de impugnação, uma vez que um dos requisitos imprescindíveis para o seu ajuizamento é a existência de uma sentença de mérito transitada em julgado, além da necessidade de ser intentada no prazo decadencial de dois anos após a certificação do trânsito, e ter ocorrido uma das situações tipificadas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Verificou-se também, o cabimento da *querela nullitatis* como meio de impugnação, por ser ela uma ação declaratória de “inexistência” ou “nulidade”, de acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, pois na primeira o seu cabimento seria em decorrência de um vício ocorrido ao longo do processo que colocaria em xeque a sua existência, enquanto na segunda o seu cabimento se daria em decorrência de algum vício a que padece da sentença que acarretaria sua patente nulidade.

Outro tema discutido foi a impugnação ao cumprimento de sentença, sua natureza e as hipóteses em que dito meio processual poderia acarretar a

desconstituição de uma sentença transitada em julgado, tais como, falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia, ilegitimidade de parte e inexigibilidade da obrigação imposta no título judicial, visto que no último caso estaria pendente de alguma condição ou termo que retirasse a eficácia do direito reconhecido na sentença, segundo o entendimento de alguns doutrinadores, além de ter sido verificada ainda, a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 475-J, do Código de Processo Civil, segundo o entendimento da doutrina e dos Tribunais Superiores.

Discorreu-se ainda, acerca dos Embargos à Execução opostos pela Fazenda Pública, que em muito se assemelha aos Embargos à Execução comuns e a sua interposição em fase de cumprimento de sentença, ou seja, contra título judicial, no tocante as mesmas alíneas versadas no parágrafo anterior.

Além de ditos meios de impugnação, foi necessário também, demonstrar a possibilidade da parte se insurgir contra uma sentença transitada em julgado por meio de exceção de pré-executividade, meio processual que não possui previsão no ordenamento jurídico, arguindo matérias de ordem pública ou matérias que possam ser facilmente comprovadas por meio de documentos que não demandem instrução probatória.

Portanto, conclui-se que mesmo após certificado o trânsito em julgado, é possível modificar a sentença ou os efeitos por ela produzidos, porque embora a matéria nela decidida seja imutável, é possível que ela seja desconstituída caso a parte se insurja contra a decisão por alguns dos meios de impugnação discorridos ao longo do presente trabalho, e demonstre que de fato ela padece de algum vício que possa torná-la inexistente ou nula.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponibilizado em 25 de março de 2014. Repositório Oficial: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>

ASSIS, Araken. *Cumprimento da Sentença*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil- Tutela jurisdicional executiva*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil- Volume 2*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução Civil – As Defesas do Executado* in *Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Ernani Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DELLORE, Luiz Guilherme. *Estudos Sobre a Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil- Execução*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil- Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodvim. 2012.

DINAMARCO, Cândido. *Nova era do Processo Civil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Ação Rescisória dos Julgados*. 1ª Edição. São Paulo: LTR Editora Ltda. 1998.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da sentença*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005.

_____. *Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética Sobre Direito Processual Civil nº 22.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Código de Processo Civil interpretado*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Revista de Processo 2007- RePro 153*. 2007. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). Editora Revista dos Tribunais.

RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1979.

SÁ, Renato Montans de. *Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1*. 15ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil- Processo de Conhecimento*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Vol. II. 47ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012.

_____. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. I. 52ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Dogma da Coisa Julgada- Hipóteses de Relativização*. 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

_____. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Execução*. Vol. 2. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012