

RESCINDIBILIDADE DAS SENTENÇAS E MÉRITO DA CAUSA¹

RESCINDIBILITY OF JUDGMENTS AND MERITS OF THE CASE

Adroaldo Furtado Fabrício²

Professor Titular Jubilado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS,
Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito processual civil.

RESUMO: O autor aborda questão polêmica, sustentando que a verdadeira coisa julgada atua no plano do Direito Material, e não no do Direito Processual, pois, se a sentença pertence ao processo, a coisa julgada afeta a própria essência da relação jurídica material. O artigo analisa o fenômeno da alteração substancial da relação ou situação jurídica de uma pessoa em face da outra, produzida pela coisa julgada, sendo essa alteração tão definitiva que sequer o legislador pode nela intervir, em razão da proteção dispensada ao instituto pelo sistema constitucional. O autor busca conceituar sentença de

mérito para adentrar no tema do artigo, buscando também identificar os seus limites, conforme referido no art. 966 do CPC. Nesse passo, o autor passa a tratar da possibilidade de rescisão dos julgados, que, segundo esse artigo, restringe-se às decisões de mérito. Contudo, haveria outra possibilidade, a de verificar o resultado do julgamento como um todo, considerando as repercussões operadas na esfera do Direito Material. O autor assinala que, quando se trata de rescindibilidade das sentenças e, particularmente, da exigência posta no art. 966, *caput*, do CPC, a sentença de mérito, como em qualquer outro contexto, é aquela apta a fazer coisa julgada material, embora a

¹ Dedico este trabalho à memória do grande jurista, dileto amigo e singular figura humana que foi - e é - José Carlos Barbosa Moreira.

² Doutor em Direito e Livre Docente em Direito Processual. Desembargador Aposentado e Ex-Presidente do TJRS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. *E-mail:* fabricao@fabricioadvogados.com.br. Currículo: <http://www.fabricioadvogados.com.br/tcurriculo.htm>.

menção ao trânsito em julgado, também presente no artigo, pertença ao conceito formal de coisa julgada. A posição do autor proporciona uma abertura para que o mérito seja buscado em ato judicial diverso daquele a ser rescindido. Daí a importância da visão do julgamento como ato processual complexo.

ABSTRACT: *The Author faces a controversial question, supporting that the real res iudicata acts on the plan of Substantive Law and not on Procedural Law, as, whether the award belongs to the Procedure, the res iudicata affects the proper essence of the Substantive “juridical relation”. The article analyzes the phenomenon of the substantial shift of the “juridical relation or situation” of a person facing another, which is produced by the res iudicata. This shift is so strongly definitive that the legislator could not intervene, as the protection is given to the institute by the Constitutional system. In order to reach the Article’s theme, the Author seeks setting a concept of award on the merits, also seeking to identify its limits, as regarded by article 966 of the Civil Procedural Code. In this sense, the Author goes on treating the possibility of “avoidance” of the judgements, which, under the wording of article 966, is restricted to the merits decisions. However, the Author recognizes another possibility on verifying the result of judgement as a whole, considering the consequences that operates in all spheres of Substantive Law. The Author points out that whenever one treats of the possibility to avoid the awards and, particularly, the requirement imposed by article 966, caput, of the Civil Procedural Code, the merits award is, as in any other context, the one which may turn into substantive res iudicata, through the mention of the period to turn into res iudicata, also treated on the article, belongs to the formal concept of res iudicata. The position of the Author provides an opening so that the merits may be sought by another judicial act, different from the one to be avoided. In this way, it is possible to find the importance of the perspective of the judgement as a complex procedural act.*

PALAVRAS-CHAVE: sentença de mérito; conceito de mérito; coisa julgada e possibilidade de rescisão do julgado; conceito formal de coisa julgada; concepção do julgamento como ato processual complexo.

KEYWORDS: *merits decisions; concept of merits; res iudicata and the possibility of avoidance of the award; formal concept of the res iudicata; concept of judgement as a complex procedural act.*

SUMÁRIO: Introdução: a coisa julgada; 1 O mérito da causa; 2 Decisões passíveis de rescisão; 3 Rescisão e revisão; 4 *Error in procedendo* e ação rescisória; 5 Decisão que não toca o mérito, mas enseja trânsito em julgado da que o resolveu; 6 O julgado visto em sua unidade e complexidade; 7 Rescindibilidade da decisão que não conhece de recurso; 8 Tratamento do tema na jurisprudência recente; 9 Rescindibilidade da decisão de todo estranha ao mérito?; Considerações finais e conclusivas; Referências.

SUMMARY: Introduction: the *res judicata*; 1 The merits of the case; 2 Decisions liable to termination; 3 Termination and review; 4 Error in proceeding and termination action; 5 Decision that doesn't touch the merits, but ensues issue preclusion over the case it solved; 6 The trial seen in its unity and complexity; 7 Termination of decision that doesn't acknowledge the appeal; 8 Treatment of the subject in recent case law; 9 Rescindibility of a judgement that doesn't touch the merits?; Final considerations; References.

INTRODUÇÃO: A COISA JULGADA

Temos reiteradamente sustentado que a verdadeira coisa julgada, a que a doutrina corrente usa denominar *material*, atua no plano do Direito Material (o que, aliás, soa como tautologia), no sentido de que o fenômeno jurídico do qual se trata ocorre nesse plano, e não naquele do processo ou do Direito Processual. Sem admitir necessariamente rótulos talvez desconfortáveis, essa posição corresponde, *grosso modo*, à doutrina dita substancialista da coisa julgada, segundo a qual a sentença pertence ao processo, mas a coisa julgada afeta a essência mesma da relação jurídico-material que se controverteu e decidiu³. Quando se afirma, como a cada momento ocorre, que toda sentença carrega em seu bojo alguma eficácia constitutiva, ou que ela se subordina sempre à cláusula *rebus sic statibus*, é disso que se está falando: o julgado, necessária e inelutavelmente, modifica a relação concreta submetida ao juízo, acrescentando-lhe, no mínimo, segurança (sentença “justa”) ou algum conteúdo que nela não se achava anteriormente (sentença “injusta”). De resto, a coisa julgada formal toma o fenômeno preferencialmente pelo seu lado negativo, de proibição (não demandar, não discutir); o conceito de coisa julgada material, ao revés, contempla seu aspecto positivo, de imposição (“*facere, agere, tomar como subsistente*”)⁴.

Essa é uma realidade que não tem a ver com a simples justificação política da coisa julgada, qual seja, a necessidade de que os processos e os

³ “No fundo, o significado da doutrina material é que a sentença contém um regulamento constitutivo da relação por ela acertada”, ensina Enrico Allorio (Crítica della teoria del giudicato implícito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, p. 245-254, Padova, Cedam, 1933), retomando a sustentação feita dessa doutrina em *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (p. 13). Em sentido semelhante: RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1980. p. 623: “Por encima del dato de la ley, la cosa juzgada resuelve el conflicto entre seguridad y justicia”.

⁴ A lição é de João de Castro Mendes (*Limites objetivos do caso julgado*. Lisboa, Ática, 1965. p. 33-39), com remissão a Nikisch (*Zivilprozessrecht*, p. 407). Confira-se, outrossim: MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, n. 517, v. II, p. 431, 2003.

litígios tenham um término em algum momento, sob pena de transformar-se a função jurisdicional em mero exercício acadêmico ou futilidade intelectual. Se não existisse esse termo final intransponível, com efeito, o caminho haveria de permanecer para sempre aberto a novas postulações, debates e provas. A esse imperativo responde a coisa julgada formal, que se identifica com o fenômeno *processual* da irrecorribilidade e consequente impossibilidade de continuar-se a demandar sobre o mesmo objeto. Nesse sentido, e apenas nesse, a coisa julgada pode ser vista como preclusão. A última, a máxima e a mais abrangente das preclusões, a incidir sobre o processo mesmo e não sobre um ato dele, mas ainda preclusão, se falamos apenas de coisa julgada formal⁵. Chega-se a sustentar que esta, a coisa julgada formal, não se verifica apenas quanto às sentenças, mas também com respeito a outros atos decisórios em que a lei não exclua a preclusão⁶.

Não é disso, porém, que estamos tratando. O que se mira aqui é o fenômeno da alteração substancial da relação ou situação jurídica de uma pessoa em face do oponente ou do *alter*, produzida pela coisa julgada. Ela é tão definitiva e cabal que sua eficácia negativa não se limita às esferas judicial e administrativa: sequer o legislador pode nela intervir, mercê da proteção dispensada ao instituto pelo sistema constitucional. É por isso, também, que toda discussão posterior em torno do acerto ou erro do julgado, onde quer que se trave, não ultrapassa a esfera puramente acadêmica e não interessa mais ao Direito que se pratica, salvo, talvez, como objeto de estudo. Como alhures escrevemos, face à extensão e consequências do fenômeno, é pouco dizer, ao modo dos códigos, que a sentença transitada em julgado “tem força de lei”: ela vai muito além, *toma o lugar da lei*. Isto é, a relação jurídica que se controverteu e decidiu não se rege mais pela norma abstrata da lei, mas pelo comando concreto expresso no

⁵ Embora o art. 502 do CPC (com antecedente imediato no art. 467 do seu homólogo de 1973) aluda à coisa julgada material e pretenda defini-la, o conceito nele formulado é o formal, ao enfatizar a imutabilidade ao invés de iluminar o fenômeno de Direito Material. O artigo seguinte, sem dizê-lo, acerca-se mais do verdadeiro conteúdo conceptual de que ora cuidamos. Parece havê-lo notado, vigente o estatuto anterior, José Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, v. 3, 1975. p. 232 e 233); viu-o claramente Ada Pellegrini Grinover, no item 2 das *Notas à 2ª edição brasileira do livro de Liebman “Eficácia e autoridade da sentença”*. Rio de Janeiro, [s.n.], 1981. p. 9.

⁶ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 177 - com a prudente advertência de ser o tema da preclusão ainda muito controvertido.

julgado⁷. O fenômeno, conquanto processual em sua origem, “transcende a vida do processo e atinge a das pessoas”, segundo síntese excelente⁸.

Ao objeto do presente estudo interessam muito as questões anteriormente tratadas em síntese apertadíssima. Trata-se de examinar aqui o pressuposto fundamental e genérico da única hipótese legalmente prevista de reversão da *res iudicata*: a ação rescisória de sentença⁹. Independentemente dos requisitos específicos relativos a cada um dos fundamentos possíveis de rescisão, é sempre necessário que se trate de “decisão de mérito transitada em julgado”, como impõe, em sua literalidade, o cabeço do art. 966 do Código de Processo Civil. A fixação precisa do sentido desse texto legal é o objetivo destas considerações, e essa é a razão por que dela nos ocupamos.

1 O MÉRITO DA CAUSA

Postas essas premissas, faz-se ainda necessária uma breve incursão pelo conceito de mérito. Não se trata de tarefa singela. O texto da vigente lei processual não contém definição a respeito, salvo em forma elíptica, ao definir os atos judiciais nos arts. 485 e 487 (*grosso modo*, correspondentes aos velhos arts. 267 e 269) e em outras passagens esparsas. A legislação mais antiga, que a tentara, não alcançara inteiro sucesso e sequer facilitava a tarefa. Talvez escarmentado pela tormentosa controvérsia travada sob a vigência do Código de 1939, no qual o conceito assumia imensa relevância prática por ser determinante da espécie de recurso interponível dos atos decisórios de primeiro grau, o legislador de 1973 subtraía-se aos riscos da definição legal direta¹⁰. Não se afastou dessa diretriz

⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ensaios de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, 2002; Moacyr Amaral Santos (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, 1974. p. 677) é particularmente claro e terminante: “Na sentença se acha a lei, embora em sentido concreto. Proferida a sentença, esta substitui a lei”.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, v. III, 2001. p. 301. Aproveitando o mote, a coisa julgada *formal* diz respeito à vida do processo; a *material*, à vida das pessoas.

⁹ CPC, art. 966: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida [...]”. O código prefere *decisão de mérito a sentença de mérito*, ao revés do que expressava o Estatuto de 1973 – talvez para prevenir colisão de conceitos. Mas impende anotar que o sentido é o mesmo, como, aliás, se vê da epígrafe do capítulo no qual se contém os arts. 485 e 487 do texto vigente (“Da sentença e da coisa julgada”). A distinção entre sentença *extintiva* e sentença *definitiva* segue válida: a alteração é meramente terminológica. Só aquelas seriam rescindíveis, tomado o art. 966 em sua literalidade.

¹⁰ Principal autor do Código de 1973, Alfredo Buzaid empreendera estudo abrangentíssimo em busca do “isolamento” do conceito de mérito, obtendo, provavelmente, os melhores resultados da doutrina pátria no tema: *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1956.

o código vigente. A determinação do recurso cabível foi submetida a uma variável menos espinhosa: a continuidade ou o término do processo (*rectius*, do procedimento de primeiro grau) – mas nem por isso decresce a importância do deslinde.

Uma solução aceitável para a maior parte dos efeitos é a que assimila o mérito ao conteúdo *processualizado* da lide. Sentença de mérito é a que acolhe ou desacolhe a pretensão do autor – *vel condemnatione vel absolute contingit*. Sendo a lide um fenômeno sociológico, antes de ser jurídico, preexistente ao processo e só ocasionalmente vindo a ser objeto dele, é importante registrar que sua correlação com o *meritum causae* só existe na medida em que a lide, em concreto, se haja tornado conteúdo de um processo judicial. O próprio Carnelutti, na formulação original da sua teoria da lide, advertiu que o “conflito de interesses, juridicamente relevante, qualificado pela pretensão de um interessado e pela resistência do outro”, poderia ingressar inteiro no processo ou apenas parte dele, donde a distinção entre “processo integral” e “processo parcial”¹¹. E a lide só tem importância para o processo na medida, e desde o momento, em que entra nele; e só será coberta pela coisa julgada (como pela sentença definitiva) a parcela que entrou. Há interessantes sugestões no sentido de que a cognição judicial deveria abarcar toda a lide, mesmo sendo “parcial” o processo, porque este melhor cumpriria assim o seu escopo de pacificação social¹². Mas a sugestão não goza do beneplácito da doutrina dominante, fiel ao princípio da coextensão entre pedido e julgado.

O mérito da causa, portanto, que o juiz resolve pelo ato culminante do processo, corresponde à controvérsia de fundo nele travada, aquela que, proveniente em regra do Direito Material, motivou e originou a atividade processual, podendo-se dizer que, de um modo geral, delimita-se pelo conteúdo do pedido formulado pelo autor. Ao conceder, no todo ou em parte, ou denegar o bem da vida pretendido pelo demandante, o juiz *julga o mérito*.

Em um de seus momentos de empirismo, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 pretendia separar em dois artigos as espécies de sentença (ato judicial extintivo do processo), sem julgamento do mérito

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1933. p. 9 – e em outras passagens de sua obra monumental.

¹² Assim, entre nós: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, t. 2, 2007. p. 51.

(art. 267) e com esse julgamento (art. 269). Ambos vieram a ser alterados em seu *caput* para melhor afinação à realidade fenomenológica¹³, mas sua redação permaneceu insatisfatória. Sobretudo a do art. 269, que agrupava fenômenos díspares, a saber, aqueles em que o juiz efetivamente decide e os outros em que só homologa atos das partes ou de parte. E mantém em inciso à parte a hipótese de proclamar ele a prescrição ou decadência, como se não estivesse ela contida naquela já enunciada no inciso I, de acolhida ou rejeição do pedido do autor. O inconveniente persiste no art. 487 do Código em vigor, mas não impede, como antes não impedira, a exata compreensão da regra, desde que devidamente contextualizada.

São, pois, as partes (autor, réu-reconvinte) que definem, em cada caso concreto, a extensão do *meritum causae*. O juiz pode, eventualmente, intervir nessa conformação, mas somente em forma negativa, como nos casos de indeferimento liminar da inicial (ou do pedido contraposto) quanto a algum dos seus tópicos. “Ônus, preclusões e cominações ligam-se entre si ao longo de todo processo, com referência aos actos que as partes, considerada a tramitação aplicável, nele têm de praticar.”¹⁴ E o ônus primordial, cerne do princípio dispositivo, é o de submeter os fatos ao exame da jurisdição, com efeito determinante sobre o conteúdo da sentença – ao revés do que se passa com as considerações das partes sobre a identificação do direito aplicável: *iura novit curia*.

2 DECISÕES PASSÍVEIS DE RESCISÃO

Aproveitando-se a terminologia atual do citado art. 487, é possível afirmar que as sentenças rescindíveis de que trata o art. 966, *caput*, são as tratadas nos incisos I e II daquele¹⁵. As demais relacionadas aí são sentenças meramente

¹³ Em sua dicção primitiva, o art. 269 do CPC de 1973 afirmava serem as hipóteses nele contempladas de sentença com *julgamento* do mérito. Criticamos essa terminologia, pois ali se encontram situações em que, a rigor, não há julgamento, embora haja resolução do mérito: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa. Saneamento do processo* – Homenagem ao Professor Galeno Lacerda, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, p. 15 e ss., 1990. Por isso, o texto foi alterado pela Lei nº 11.232, de 2005, passando os textos pertinentes a falar de extinção do processo com ou sem *resolução* do mérito.

¹⁴ LEBRE DE FREITAS, João. *Introdução ao processo civil*. Coimbra, Coimbra, 1996. p. 146. As tentativas judiciais de “salvar” processos inviáveis, ou de “socorrer” a parte cujo direito pode estar sendo sacrificado pela inépcia ou incúria de seu procurador, são sempre desastrosas.

¹⁵ O texto de 1973 era melhor: *decidir sobre* a ocorrência de decadência ou prescrição, como está no vigente art. 487, II, incluiria indevidamente a hipótese de *negativa judicial* de sua ocorrência, caso em que obviamente não se extingue o processo.

homologatórias, que se limitam a sacramentar a vontade da parte ou das partes (renúncia ao direito, submissão ao pedido, transação), sem que a volição do Estado-juiz contribua para seu conteúdo. Para estas situações, a desconstituição não depende de ação própria, sujeitando-se às regras comuns de resolução ou desfazimento segundo o Direito Material – como dispõe, aliás, o § 4º do mesmo artigo. As sentenças meramente terminativas (em contraposição às definitivas), obviamente, não cabem no conceito do *caput* desse artigo, já que, por definição e por natureza, seu conteúdo é alheio ao mérito, restrito a questões atinentes só ao processo.

Houve controvérsia, a dividir inclusive a jurisprudência, sobre a admissibilidade do julgamento de uma parcela do mérito, continuando o processo quanto às demais, mas está, hoje, ultrapassada pela disposição expressa do art. 356 do vigente código¹⁶. De resto, o art. 332 igualmente comporta a hipótese de algum entre os pedidos cumulados receber juízo antecipado do mérito, configurando também, nesse caso, o que se tem denominado julgamento parcial. Ao invés de uma sentença em capítulos, nesse caso, há vários atos formais, cada qual contendo um dos tópicos do julgamento. O fenômeno da *res iudicata*, então, há de apresentar-se em momentos distintos para cada um deles. Pode-se encontrar com frequência, a esse propósito, menção à coisa julgada *progressiva*, designando a que se constitui em momentos sucessivos do mesmo processo¹⁷.

Desde a instauração do processo até o ato sentencial, existe uma *res iudicanda*, uma relação concreta, controvertida, que as partes submetem à jurisdição (em regra, de Direito Material)¹⁸. Proferida a sentença, nada se passa, ainda, no plano

¹⁶ É preciso que se esteja atento, ademais, aos casos de apreciação do mérito, no todo ou em parte, embutida em decisão com aparência de interlocutória ou terminativa. Tais sentenças *heterotópicas*, tanto quanto as tratadas no art. 356, dados os pressupostos, podem vir a ser objeto de rescisão. Sobre o tema, cf.: MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 31, p. 22-23, São Paulo, Malheiros, 2004.

¹⁷ O uso da expressão remonta a Francesco Carnelutti (*Diritto e processo*. Nápoles, Morano, 1958. p. 272 e ss.) com precisão exemplar: *progressiva* é a *formação* da coisa julgada, não ela mesma. Não pertence ao objeto deste estudo discutir a contagem do prazo decadencial da ação rescisória em tal emergência, tema polêmico na jurisprudência, com posições possivelmente antagônicas do STF e do STJ.

¹⁸ Excepcionalmente, essa mesma relação pode ser de Direito Processual, como na restauração de autos e na própria rescisória. Cf. aguda observação de Ovídio A. Baptista da Silva (Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 37, p. 103, [S.l.: s.n.], 1983). Também seria exemplo dessa categoria a declaratória de nulidade da sentença: cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, ano XII, n. 48, out.-dez., p. 28 e ss. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

substancial, porque o processo pode continuar. No momento, porém, em que o provimento judicial se estabiliza, tornando-se imune a quaisquer impugnações no processo, a *res* se converte de *iudicanda* em *iudicata* (coisa julgada formal), e, a partir de então, é pela sentença, e não pela lei, que essa determinada relação jurídica posta em causa se governa (coisa julgada material).

É intuitivo que essa transmutação só poderá ter lugar se o ato decisório pertencer à classe dos definitivos, vale dizer, atribuir ou denegar ao autor o bem da vida por ele pretendido. Não assim quando, *v.g.*, declarar extinto o processo por falta de pagamento de custas, por litispendência, por abandono da causa e situações similares. Nesses casos, permanece intocado o mérito e o exame judicial dele pode ser novamente provocado, embora não no mesmo processo. É com olhos nessa distinção que se fala de sentenças *materiais* (definitivas) e *formais* (terminativas)¹⁹; também por isso, usa-se dizer que a coisa julgada formal é a imutabilidade no processo, e a material, a imutabilidade fora dele – o que é ainda insuficiente, por deter-se em critério distintivo formal.

Seria deveras prudente e cômodo se nos poupássemos, aqui, de entrar na tormentosa questão das “condições da ação” e da sentença que proclama sua ausência²⁰ – nó górdio que o vigente Estatuto, como o antecedente, cortou, mas não desatou. Ao omitir aquela expressão – mas sem furtrar-se a mencionar as “condições” ainda tidas pela doutrina fiel a Liebman como existentes – evitou, prudentemente, um compromisso com o tema²¹. Baste registrar que, no rigor da dicção legal, seriam as tais condições alheias ao mérito; contudo, a intensa controvérsia em torno do conceito mantém acesas as dúvidas²². E, de resto, como adiante se há de ver, a prática do foro tem evidenciado, pelo menos em alguns casos, a dificuldade de aplicar-se a solução legal ao pé da letra, dado que a legitimação para a causa (como a assim chamada possibilidade jurídica do pedido, hoje relegada ao oblívio) é frequentemente inseparável do mérito, ou

¹⁹ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo, Atlas, v. 2, 2012. p. 143.

²⁰ Tratamos demoradamente do tema no já citado artigo “Extinção do processo e mérito da causa”.

²¹ Com efeito, o inciso VI do art. 485 continua a alinhar a falta de legitimidade ou de interesse entre as hipóteses de extinção sem julgamento do mérito. Pelo menos quanto àquela, temos por errônea essa opção – como sustentamos no artigo ultimamente referido.

²² Sobre isso, confere-se com proveito Moniz de Aragão (op. cit., p. 415 e ss.).

até, em determinados casos, constitui o próprio mérito em sua integralidade, quando nela se esgota o *thema decidendum*²³.

O que particularmente nos interessa aqui é identificar os limites do que vem referido no art. 966, *caput*, como “decisão de mérito”. Há dois modos distintos de encarar o problema, conducentes a conclusões profundamente diversos: a leitura meramente gramatical do texto sugere a restrição da ação rescisória àquelas sentenças (*lato sensu*, é claro, abrangendo acórdãos e outras decisões) que, em seu próprio teor, hajam abordado o *meritum causae*; a outra, mais aberta e atenta à teleologia da norma, contempla o resultado do julgamento como um todo, independentemente de quais e quantas sejam as “decisões” proferidas, no relativo às repercussões que ele opera sobre o Direito Material. Nessa análise, é imperativo que se tome em conta tratar-se, necessariamente, de sentença transitada em julgado, aquela que se tornou a regra concreta de Direito para o caso. A “consustancial incerteza do direito litigioso”²⁴, que o processo contencioso pressupõe, não cessa com a sentença, mas com seu trânsito em julgado; de resto, ocorrido este, nada importa a instância em que foi proferido o último ato: a decisão do mais humilde juiz da roça tem a mesma *autoridade* do decidido pelo plenário da Corte Suprema.

Como necessário se faz, também, ter-se presente que o ato sentencial pode ser complexo, e assim é em grande número de casos, alongando-se sua formação no tempo e talvez envolvendo a participação de diferentes órgãos jurisdicionais (*sentença subjetivamente complexa*). De resto, ainda em cada momento dessa formação, pode conter disposições entre si autônomas com respeito a seu conteúdo (*sentença objetivamente complexa*), ensejando, em qualquer dos casos, pedido de rescisão de um ou alguns dos seus capítulos²⁵.

²³ De resto, mesmo os processualistas mais alinhados com a doutrina de Liebman alertam para os casos de *falsa* carência de ação, proclamada erroneamente em sentenças que, na verdade, decidem de mérito: *v.g.*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. p. 354 e ss. Também assim, Cândido Rangel Dinamarco (Julgamento do mérito em apelação. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (org.). *Direito processual – Inovações e perspectivas – Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 125-143). O que provém, segundo pensamos, da volatilidade da distinção pretendida.

²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 218.

²⁵ Disso tratou, com notável proficiência. Cândido Rangel Dinamarco (*Capítulos de sentença*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 120 e ss.). O vigente código processual traz expressa menção a capítulos do julgado, inclusive com respeito à sua rescindibilidade em separado: art. 966, § 3º.

Presentemente, disposição expressa (§ 2º do citado art. 966) parece afastar dúvidas antes existentes quanto ao alargamento da rescindibilidade a decisões impeditivas de novo aforamento da mesma lide, embora alheias ao *meritum causae*. Continua importante, ainda assim, a análise dos limites postos no cabeço do artigo, seja porque o parágrafo em menção pode dar ocasião a dificuldades de interpretação, seja, também, e, sobretudo, pela necessária ponderação de que, ainda por muitos anos, hão de tramitar demandas de rescisão propostas na vigência do código anterior. Cada vez mais, a morosidade crescente dos trâmites processuais impõe, sem fuga possível, a consideração em torno da ultratividade da lei antiga.

3 RESCISÃO E REVISÃO

Para que se evitem erros encontrados na doutrina e até na legislação, não é demasia insistir em que a blindagem da coisa julgada alcança a lide *no estado em que se encontrava* ao tempo da sua judicialização (ou algum outro que a lei defina). Pensando nisso, e, sobretudo, nas situações hoje reguladas pelo art. 505 do estatuto processual, alguns autores aludem a *limites temporais* da coisa julgada, em adição aos subjetivos e objetivos. Na verdade, essa maneira de dizer só é aceitável como simplificação: dita limitação não se alinha à mesma ordem lógica das outras duas, mas é conatural ao próprio conceito de *res iudicata*. A sentença não pode dispor senão sobre o objeto do processo, que em si já traz essa demarcação temporal: o limite é do próprio ato decisório, não da coisa julgada.

Nessa ordem de ideias, certas sentenças, ditas *determinativas*, não seriam de todo imunizadas quanto a novos julgamentos, porque, tratando de situações naturalmente evolutivas ou continuativas, precisam manter a lide em aberto relativamente a alterações futuras da situação de fato ou de direito. O exemplo mais frequentemente lembrado, porque intuitivo, é o da ação de alimentos: mudanças supervenientes nas condições de fortuna das partes ensejam a propositura da chamada “ação de modificação”. Chegou-se a afirmar, na doutrina mais antiga, e até na contemporânea, que tais sentenças não fazem coisa julgada, como se fossem, no quadro das decisões judiciais, um *monstrum vel ostentum*²⁶.

²⁶ Assim, LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza. *Obrigações recíprocas*. Lisboa, [s.n.], 1856. § 38; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro, V. Maia, 1918. p. 277, nota 36. Mais recente, mas ainda antes da Lei nº 5.478 e seu famoso art. 15: OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 1961. p. 103. Ainda em nossos dias, mais cautelosamente,

Pensamos haver demonstrado alhures que essas particulares situações, que tanto preocuparam certos setores da doutrina, na verdade, submetem-se aos princípios gerais pertinentes ao caso julgado. Basta lembrar que toda sentença, seja qual for a *modificabilidade* da situação de fato, fotografa um panorama no exato instante (e estado) em que se definiu a *res iudicanda*. Como a fotografia, registra aquilo que está, então, à vista. Eventualmente, pode dispor para o futuro (porque a própria relação jurídica submetida continua a evoluir de modo *previsível* depois dela), mas só nesses limites do previsível e previsto²⁷. Por óbvio, não há de regular as novas configurações que ela venha a oferecer fora da previsibilidade imanente – até porque seria, então, uma sentença condicional.

Infelizmente, o vigente código não escapou da referência à “mesma lide” no mencionado art. 505. Na verdade, a situação que enseja eventual julgamento “modificativo” da *res iudicata* encerra *outra lide*, porque os fatos pertinentes (ou, mais raramente, o Direito) já não serão os mesmos. A relação jurídica concretamente posta em liça neste segundo momento, ainda que tenha muitos elementos em comum com aquela antes apreciada, é outra²⁸. Assim, o binômio necessidade-possibilidade, no caso da ação alimentar, tem de ser avaliado segundo o estado que apresenta no momento da própria avaliação. O tema talvez exija uma atenção especial.

Em sua grande maioria, as relações jurídicas são *dinâmicas*, evolutivas, e as lides que se podem instalar a respeito delas podem ser – e geralmente são – diversas, segundo o estágio em que exsurgem. A relação considerada em abstrato pode ser a mesma (o vínculo contratual, o de parentesco, a posição jurídica de certa pessoa com respeito a determinada coisa), mas isso não significa que as lides sucessivamente emergentes dela sejam idênticas, ainda que contraponham as mesmas pessoas. E a sentença que se profira sobre cada uma delas apreciará a realidade fática e jurídica então constatada²⁹: trata-se do *ponto de convergência*

mas com igual substância: PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 178, conclusão 23 (falando em adequação do conceito de *res iudicata*). E, sem ressalvas: GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, v. 2, 1993. p. 232.

²⁷ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. Op. cit., p. 295 e ss.

²⁸ Viu essa realidade com a perspicácia costumeira E. D. Moniz de Aragão (*Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, Aide, 1992. p. 189 e ss.), um dos mais percucientes e informados estudos a esse propósito publicados em língua portuguesa.

²⁹ Metáfora que usamos alhures: a fotografia é fiel ao objeto fotografado no momento em que é colhida, mas não mais depois que esse objeto vem a alterar-se. Tanto mais infiel pode tornar-se a representação

entre Direito Material e Direito Processual *em dado momento*, necessariamente referido ao *estado* identificado no processo³⁰. Isso vale para *qualquer* sentença, não só para as ditas “determinativas”. A modificabilidade das situações examinadas é uma variável contínua, não uma escala em degraus estanques.

4 ERROR IN PROCEDENDO E AÇÃO RESCISÓRIA

A partir da própria razão de sua existência, a ação rescisória envolve o pressuposto de ser de mérito o julgado rescindendo. Só as decisões de fundo podem fazer coisa julgada material; a rescisão tem o objetivo de afastar a particular eficácia da *res iudicata*: postas essas premissas, só se pode concluir que o objeto da ação rescisória é uma decisão de mérito. A rescisória busca reabrir um caminho que se havia fechado.

Mas é preciso ter-se em mente que, nas hipóteses de rescindibilidade contempladas nos incisos do art. 966 – especialmente a manifesta violação à norma jurídica do número V –, a regra afrontada tanto pode ser de Direito Material quanto de Direito Processual: o texto normativo não estabelece qualquer delimitação ou restrição³¹. E, por outro lado, neste último caso, embora a sentença tenha que ser de mérito, o seu vício apontado como determinante da rescisão pretendida pode ser de caráter estritamente processual, porque dessa natureza a norma ofendida. Encontra-se na doutrina um exemplo deveras ilustrativo: o juiz constata a omissão de defesa em ação de estado e aplica o chamado “efeito da revelia”, decidindo *de meritis* em desfavor do réu por esse fundamento³². A norma transgredida é de natureza tipicamente processual, mas o erro consistente em negativa da ressalva legal de inaplicabilidade daquele efeito às causas de

quanto seja mutável o modelo: a representação da montanha aparentará maior fixidez; a do rosto de uma pessoa será menor, de um lance desportivo será nula. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. Op. cit.).

³⁰ Sobre isso: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 96.

³¹ V., por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, 2012. p. 129, com abundante citação de jurisprudência. Hoje, a regra explícita do art. 966, § 2º, parece obviar a controvérsia, mas sua redação muito genérica ainda deixa lugar a dúvidas. Mesmo antes, a doutrina apontava igual solução: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 248; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, v. 3, 1975. p. 261; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979. p. 101.

³² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. I, 2010. p. 711.

estado, conquanto seja a norma de Direito Processual, determinará diretamente o conteúdo do julgamento de mérito apto ao trânsito em julgado³³.

Situação semelhante pode apresentar-se nos casos em que o julgador trabalha com presunções, daquelas estabelecidas pelo Direito Processual. Tomando por absoluta uma presunção que é *ius tantum* ou quiçá *hominis*, pode ser levado o juiz a decidir de mérito com exclusivo assento nela, dispensando provas pretendidas pelas partes, possivelmente com lesão gravíssima ao direito de uma delas. É preciso pensar, outrossim, nas disposições de lei estritamente processual que regulam o próprio ato de julgamento, quanto à sua forma e, principalmente, a respeito de seu conteúdo: transitando em julgado a sentença proferida *extra* ou *ultra petita*, por exemplo, a demanda de rescisão será a via própria para desconstituí-la, mesmo sem ter ocorrido ofensa alguma ao Direito Material. A denegação da rescisória, por ser de processo ou de procedimento a norma cuja violação foi constatada, deixaria ao total desamparo uma típica sentença de mérito, por hipótese transitada em julgado e versando (não a violação, mas a sentença) tema de mérito. Donde resulta que, pelo menos quando revela um dispositivo judicial definitivo (isto é, de mérito), nada importa, para o efeito ora considerado, que o erro judicial tenha sido *in procedendo* ou *in iudicando*.

Aliás, os exemplos oferecidos servem também para por a nu o mito e a precariedade da *separação* entre as diferentes esferas do Direito, qualquer que seja o critério distintivo adotado. E, mais, o quanto podem tornar-se eventualmente prejudiciais à ciência do Direito essas apartações cerebrinas, quando passam além da sua singela finalidade didática.

5 DECISÃO QUE NÃO TOCA O MÉRITO, MAS ENSEJA TRÂNSITO EM JULGADO DA QUE O RESOLVEU

Mas há situações mais delicadas. Nas hipóteses até aqui tratadas, a natureza de *sentença de mérito* da qual se reveste o ato judicial, cogitado como objeto de rescisão, é inquestionável, razão pela qual não oferecem maiores desafios à exegese. Para a solução desses casos, é suficiente a compreensão de

³³ Há, na doutrina mais antiga, opiniões contrárias, no sentido de que só a violação ao Direito Material dá lugar à rescisão por violação legal: BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo, Saraiva, 1948. p. 58-59; _____. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo, Saraiva, v. VI, 1974. p. 100-103; LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. III, 1959. p. 453. Mas essa é, hoje (e já era sob o Código de 1973), uma posição insustentável à luz do direito legislado. De resto, nenhum dos seus defensores enfrenta as situações figuradas no texto.

que a afronta à regra legal tratada no inciso V não se limita àquela de Direito Material. Dificuldade maior se levanta quando a decisão de mérito (hígida) e a que lhe proporciona o trânsito em julgado (viciada) acham-se em diferentes atos judiciais (isto é, em momentos processuais diversos), sendo o último apenas formal. Essa é a problemática da qual ora nos ocupamos.

Pode suceder que o ato judicial último, de cuja rescisão se cuida, por seu conteúdo, não se caracterize como decisão de mérito, segundo os critérios da lei, da doutrina e da jurisprudência – mas seja de tal natureza que, por força e efeito dele, um outro decisório anterior alcance as galas de caso julgado. Vale dizer, o mérito se encerra em outra manifestação judicial precedente, mas a *preclusão máxima* só se abate sobre ela por força de outra que lhe sobrevém e na qual se contém o vício apto a ensejar rescisão³⁴. Por hipótese, a decisão formal não pode fazer coisa julgada material, mas pode, sim, dar lugar a que a anterior, que lhe é conexas, a constitua. Para admitir-se que os dois dados – mérito e vício – acham-se presentes, ainda que cronológica e processualmente separados, faz-se imperiosa a compreensão de que o produto final da jurisdição provém de *ato complexo*, inclusive do ponto de vista subjetivo, de sorte que esse resultado seja visto em sua unidade, sem embargo da complexidade.

Assim é que, tendo sido impugnada mediante apelação uma decisão de mérito, a sua intrínseca qualidade de sentença de fundo acha-se desde logo definida: qualquer que seja a sorte do recurso, conservará ela esse cariz próprio³⁵. Ela já apresenta um dos caracteres que, em tese, a habilitam à rescindibilidade, porque é de mérito. Mas o outro, o trânsito em julgado, ainda lhe falta, dependendo do julgamento da apelação (e talvez de outras impugnações supervenientes). Se o tribunal competente conhecer do apelo, decidindo-lhe o mérito, *nulla quaestio*: mercê do princípio da substituição, o acórdão toma o lugar da sentença *stricto sensu* e a ele passa a aplicar-se tudo o que ficou dito sobre a decisão apelada. Mas pode também suceder que do recurso não conheça o órgão de grau superior, por razões de ordem formal e mediante decisão inteiramente alheia ao mérito (intempestividade, inadequação, deserção). Não sendo essa decisão de mérito,

³⁴ Exemplo recentíssimo: acórdão que aprecia apelação do réu e recurso adesivo do autor não conhece daquela (por falta de depósito específico), mas dá provimento ao apelo subordinado. A rescisória foi admitida e julgada procedente no TJRS, após amplíssima discussão da admissibilidade (Ação Rescisória nº 70002052462, Embargos Infringentes nº 70008266173), com recente trânsito em julgado no STJ (AgInt-REsp 1.040.753/RS, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, em 15.08.2017, DJe 23.08.2017).

³⁵ Salvo na hipótese de ser a sentença simplesmente *cassada* no juízo recursal, sem que outra seja pronunciada para substituí-la.

é ela, mesmo assim, a que proporciona a blindagem do decisório recorrido, vale dizer, a formação da *res iudicata*. O trânsito em julgado, com efeito, vai ser alcançado por força de uma decisão viciada, *que não é de mérito* e bem por isso não fará, ela própria, coisa julgada material, mas colocará a sentença sob a proteção desta. Se o tribunal não conheceu de certo recurso mediante decisão meramente formal *que violou disposição literal de lei*, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de consagrar-se uma flagrante afronta à ordem jurídica, posta assim a salvo de qualquer ataque.

Não é lícito argumentar em contrário que, nas hipóteses cogitadas, o pedido de rescisão deveria voltar-se contra a decisão que tratou do mérito – no último exemplo, a recorrida. Trata-se de uma falsa solução, pois ignora o pressuposto de que o vício conducente à rescisão estava na decisão de não conhecimento, não na que fora objeto da impugnação. A sentença que decidiu *de meritis*, atacada pelo recurso cujo mérito não foi analisado³⁶, possivelmente será passível de rescisão, mas por motivos outros que porventura a viciem, e essa é outra questão, não relacionada ao campo do presente estudo. Como também pode ocorrer que a sentença de origem não contenha qualquer dos vícios ensejadores de rescisão (consoante a normalidade do que se passa com a imensa maioria delas), ter-se-ia uma hipótese, indesejável e pouco afinada ao sistema, de julgamento gravemente viciado, mas imune à ação desconstitutiva. Utilizando-se do mesmo exemplo, pondera um de nossos mais prestigiados juristas:

Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal de lei, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violação da ordem jurídica.

É certo que a decisão do Tribunal não enfrentou o mérito da causa, mas foi por meio dela que se operou o trânsito em julgado da sentença que decidiu a lide e que deveria ser revista pelo Tribunal por força da apelação não conhecida.³⁷

³⁶ Atenção: é importante ter-se presente a distinção entre mérito do recurso e o *meritum causae*, que pode ser diverso. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 261 e ss.

³⁷ THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 122.

6 O JULGADO VISTO EM SUA UNIDADE E COMPLEXIDADE

No exemplo do texto citado, com que também temos trabalhado, a sentença (*lato sensu*) exposta à rescisão é a da apelação, não a da origem, alvejada pela impugnação recursal, que por hipótese é de mérito. Aquela é a viciada, não esta. O ilustre processualista citado pondera, na sequência, que a via de impugnação do apelo é muito mais larga do que a da rescisão, que resultaria bloqueada. Daí que o dano causado pelo *error iuris* do juízo recursal é potencialmente mais danoso ao direito da parte nesse caso que nos correntes, eis que teria ocorrido ilegal denegação do duplo grau de jurisdição³⁸. A relação de Direito Material que constituíra objeto do processo primitivo (*res iudicanda*) foi examinada e decidida, talvez em toda a sua extensão e profundidade, pelo julgado singular, mas o vício rescindente não está nele; vem a ocorrer na decisão superveniente que o consolidou como definitivo (*res iudicata*). O decisório precisa ser visto, então, na complexidade subjetiva de sua formação em diferentes graus de jurisdição, mas *como unidade que é*. Ainda que o *ato judicial último*, do órgão detentor da competência recursal, tenha-se detido na questão da admissibilidade de recurso, sendo, pois, ele mesmo, alheio ao mérito, foi dele que decorreu a formação da coisa julgada material, que só as sentenças (*lato sensu*) de mérito podem produzir. E esse é o ponto a que se deve ater o órgão julgador ao aquilatar a admissibilidade do remédio rescisório. Há interessante acórdão da Justiça mineira sobre esse tema: “A coisa julgada formal é elemento integrante da coisa julgada material porque esta se forma com a ocorrência daquela. Portanto, pode ser atacada pela ação rescisória a decisão que inadmite recurso, se tal decisão criou a coisa julgada formal”³⁹.

Esse julgado ilumina um aspecto particular do problema ora tratado. Efetivamente, não pode haver coisa julgada material sem que exista a formal (embora a proposição inversa seja incorreta). A regra concreta do julgado só invade a esfera do Direito Material e toma o lugar da lei para, desde então, regular a relação jurídica controvertida, desde que se haja tornado imutável no processo. Nessa perspectiva, o que a restrição posta no cabeço do art. 966 do CPC (*verbis* “de mérito”) realmente significa que as decisões *das quais não decorra a constituição de coisa julgada material* não são passíveis de rescisão. O que, em perspectiva teleológica, facilmente se compreende: não se havendo constituído

³⁸ Não se põe em tela, aqui, a questão da obrigatoriedade em tese do duplo grau. Cuida-se da hipótese em que, mesmo garantido pelo sistema, o princípio do duplo grau é afrontado.

³⁹ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Jurisprudência brasileira*, Curitiba, v. 179, 1997. p. 209.

a *res iudicata* em sua verdadeira e única configuração, mas sim e somente a *preclusão máxima*, que é a imunidade às impugnações nos mesmos autos (coisa julgada meramente formal), o remédio excepcional de revisão não se justifica, porque sua finalidade única possível é a desconstituição da coisa julgada *material*, que, aí, por hipótese, não existe. Continuando aberta a possibilidade de novo processo, novas alegações, novas provas e novo julgamento nas vias normais de postulação, nenhum espaço se deve abrir ao emprego de um remédio excepcional e heroico.

Se, ao contrário, o decisório (visto em sua inerente complexidade, cabe repetir) é de tal natureza que fez nascer a coisa julgada material, *ipso facto* resultam bloqueados os caminhos ordinários de acesso à jurisdição para o trato da mesma lide; é preciso desconstituir esse ato judicial para dar espaço à renovação do julgamento. A esse objetivo serve a demanda de rescisão, e, para esse efeito, é irrelevante discutir se o último ato judicial praticado no processo originário tratou ou não do mérito: importa saber, isto sim, *se o mérito resultou decidido*⁴⁰. No exemplo com o qual estamos trabalhando, a negativa de conhecimento à apelação, em si mesma, não contém referência ao *meritum causae*, mas foi por via dela que se consolidou a *res iudicata* pertinente, esta sim, ao mérito. E o resultado desse fenômeno é a impossibilidade de reabrir-se a discussão do tema de fundo por qualquer outra via que não a rescisória. Há decisão do antigo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul seguindo o mesmo critério, com emprego de palavras muito semelhantes⁴¹.

7 RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO QUE NÃO CONHECE DE RECURSO

Em bela monografia de origem acadêmica (tese de livre docência), mas publicada em livro, o tema foi tratado com proficiência extraordinária e com a exemplar visão finalística que ora (como sempre) advogamos, para interpretação das normas processuais, mais do que na exegese das outras. Ali se lê:

⁴⁰ No Superior Tribunal de Justiça, em julgamento no qual se discutia a rescindibilidade da decisão que dera pela ilegitimidade de parte, o grande juiz Ministro Humberto Gomes de Barros expressou essa ideia com clareza e concisão inexecidíveis: “É possível reabrir a questão resolvida pelo acórdão? Se não é possível, cabe a rescisória. Possível a reabertura, não há coisa julgada material e a rescisória não cabe” (2ª S., AR 336, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., em 24.08.2005).

⁴¹ *Julgados do TARGS*, n. 70, p. 190.

[...] é também possível que o vício resida no ato que não admitiu ou não conheceu do recurso e, mais do que isso, que esse vício seja a causa determinante de sua não admissão. É pensar no caso de não conhecimento de recurso por suposta intempestividade fruto de típico erro de fato ou, ainda, por literal violação de disposição de lei. Nesses casos, o acórdão só não é de mérito justamente porque foi perpetrado um erro – grave a ponto de estar previsto no art. 485 do CPC.

Nessas hipóteses, em que o vício – mais do que residir no julgamento de inadmissibilidade, seja a causa determinante do não conhecimento do recurso –, dizer que o ato rescindível é o recorrido significa, ainda que reflexamente, excluir da ação rescisória a possibilidade de alegação desse mesmo vício, na medida em que a declaração de não conhecimento do recurso é estranha ao ato que se busca rescindir.

[...] É preciso considerar que, diferentemente dos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, em que em tese é possível a propositura de nova demanda (CPC, art. 268), no caso de não ser conhecido o recurso a conseqüência é a preclusão e, portanto, o trânsito em julgado da decisão. Não há como apresentar novamente o mesmo recurso.⁴²

Com efeito, não há outra solução aceitável. Se a sentença recorrida é isenta de qualquer vício capaz de fundamentar rescisão, mas contém *error in iudicando*, e a decisão de grau superior incide em manifesto erro de fato ou de direito ao não conhecer do recurso dela interposto, a exclusão da rescindibilidade implicaria atribuir-se a um erro – o do Tribunal – o condão de neutralizar outro – o do juízo de primeiro grau –, independentemente da gravidade maior deste ou daquele. Se o órgão julgador não percebeu que o suposto último dia do prazo recursal não teve expediente forense, ou que o recorrente era isento por lei do preparo omitido, sua oportunidade e seu direito ao duplo grau de jurisdição lhe foram

⁴² YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 167-168. Os artigos referidos são do CPC de 1973.

subtraídos. De nada valerá à parte prejudicada alegar que precisamente o erro do tribunal lhe retirou a possibilidade de reabrir a discussão sobre o objeto do recurso. Até porque, com o trânsito em julgado (decorrente da decisão viciada), sequer terá onde e como formular a alegação, se a via única da rescisória lhe foi fechada⁴³.

A tese da rescindibilidade do acórdão que não conheceu de recurso, quando o conhecimento dele tinha a potencialidade de alterar o julgamento do mérito, encontra igualmente apoio em outros tópicos de doutrina assaz autorizada, como este:

Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela coisa julgada. Assim, se uma *decisão de mérito* veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa julgada, é rescindível pela ação autônoma de impugnação [...].⁴⁴

Significa essa lição que o critério de admissibilidade da rescisória precisa contemplar um conceito substancial de “sentença de mérito”, e não aquele formal. O modo ou forma pela qual se exterioriza (“vem a lume”) a decisão tocante ao mérito é irrelevante, pois a substância dela, não o nome que lhe seja dado, ou a sua topologia, é que vai dirimir essa questão. Não importa se o coroamento do processo decisório toca ou não o mérito; não cabe indagar da natureza de cada um dos *momentos* em que o julgamento se pode decompor, em acadêmica análise *a posteriori*: interessa indagar, sim, se do ato ou sequência de atos decorre caso julgado. Se afirmativa a resposta, nenhum outro caminho se oferece ao vencido a mais da rescisória; do contrário, bastam-lhe as vias ordinárias de postulação. Não seria impróprio falar-se aí de *interesse na rescisão*, ideia inspiradora da norma

⁴³ Pesa em desfavor da tese a imensa autoridade de Barbosa Moreira (op. cit., p. 113 e ss.), de quem muito raramente ousamos divergir. Cumpre referir que o grande jurista menciona em nota (nº 37) as lições adversas de Theodoro Jr. e Yarshell, aludidas no texto, mas rejeita-as sem refutação especificada.

⁴⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, nota 2 ao art. 485 (grifo do original). Os autores resumem lição do primeiro, mais largamente exposta no livro: NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 98.

processual inferida do sistema: só se admite à demanda de rescisão aquele que dela necessita.

Há abundante abonação jurisprudencial da tese ora sustentada, inclusive, e principalmente, no Superior Tribunal de Justiça. Em perfeita consonância a ela, afirmou-se na instância unificadora: “É certo que equívoco processual cristalizado em decisão transitada em julgado pode ensejar ação rescisória, desde que a sua correção importe em invalidação de sentença de mérito”⁴⁵. Nesse julgamento, a referência foi meramente incidental, mas serve para demonstrar que o Tribunal trata esse tema como pacificado no seu âmbito: se o ato judicial viciado deu ensejo à formação da coisa julgada, não importa se o mérito foi tratado nele mesmo ou naquele a que foi negado o reexame recursal.

E assim é efetivamente. Essa orientação pretoriana já se via firmada ao tempo do antigo Tribunal Federal de Recursos, de cujo acervo se pode colher este espécime de veras significativo:

Contraria o sistema de nulidades do CPC, em que avulta, dentre os princípios que o norteiam, o princípio da causalidade, agasalhado no art. 248, no sentido de que o vício de um ato processual contamina todos os subseqüentes que dele dependam, restringir o cabimento da rescisória, fundada no item V do art. 485, à hipótese de a violação ter ocorrido na apreciação do mérito da causa.⁴⁶

Ora, o que aí está dito é que a interpretação orgânica, integrada, do Estatuto processual não poderia admitir que, de um lado, se considerassem comunicáveis os vícios dos atos processuais, mas, de outra banda, não se admitisse a possibilidade dessa comunicação, ou contaminação, na esfera da rescindibilidade dos julgados. Ainda que não se deva confundir rescisão com anulação nem com declaração de nulidade, é mister ter-se presente que, em um e em outro caso, se cuida de vícios que ensejam medidas processuais voltadas à sanação ou à repetição. Aparece também implícita no acórdão uma ideia

⁴⁵ Do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, no julgamento da AR 441/DF, 2ª Seção, em 09.04.1997 (*Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 99, p. 149). Aliás, a exigência aí posta parece, ela própria, demasiada: não é preciso que a invalidação do decisório de mérito decorra da rescisão daquela outra; basta que a rescisão abra a possibilidade de sua revisão.

⁴⁶ *Revista do Tribunal Federal de Recursos*, n. 164, p. 11. O CPC citado é o de 1973.

que já expusemos: a mácula fundadora da rescisão e o mérito podem achar-se em decisões formalmente diversas, mas entre si integradas por vínculo de dependência. Recorde-se que a constituição da coisa julgada material depende indissociavelmente de se ter aperfeiçoado a formal⁴⁷.

O STJ apreciou pedido em que a decisão de segundo grau – cuja rescisão se buscava e foi deferida – erroneamente se negara a conhecer de recurso, dando-o por intempestivo. Disse o acórdão rescindente que admitia ação rescisória “para corrigir erro e dar margem ao reexame da decisão de mérito”, que se frustrara em razão da equivocada negativa de conhecimento⁴⁸. Essa é exatamente a tese aqui defendida. O vício e a resolução do mérito não se encontram no mesmo ato judicial (formalmente considerado), mas um repercute inelutavelmente sobre o outro, porque integram materialmente o mesmo *juízo da causa*.

Os vários precedentes do Tribunal no sentido da rescindibilidade do acórdão assim viciado, que proclamara intempestividade inexistente, foram corretamente invocados para admitir também a ação desconstitutiva em casos nos quais o erro do acórdão consistira em identificar deserção onde ela não ocorria⁴⁹. Tanto em um caso como no outro, a decisão *imediatamente* rescindenda só cuidou da admissibilidade de um recurso (tema de Direito Processual), mas deu oportunidade ao trânsito em julgado daquela que resolvera o mérito.

8 TRATAMENTO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE

A Corte à qual incumbe o balizamento da jurisprudência infraconstitucional e sua unificação, mais recentemente, vem reafirmando aquela posição. Há um julgamento muito chamativo pelas suas particularidades, com cabal reafirmação da tese. Trata-se de caso em que a Primeira Seção do Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a rescisória voltada à desconstituição de julgado monocrático da própria Corte, que, “ao negar seguimento ao REsp 1.181.592/PE, manteve incólume acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por sua vez, confirmou a sentença que havia julgado improcedente a pretensão do autor”.

⁴⁷ Por todos, cf.: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 417.

⁴⁸ STJ, REsp 122.413/GO, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, J. 20.06.2000, DJU 09.10.2000, p. 140. Nesse caso específico, considerou o relator ter ocorrido *erro de fato* na contagem do prazo recursal.

⁴⁹ STJ, REsp 636.251, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, J. 03.02.2005. Nesse julgado, afirmou-se a rescindibilidade da decisão denegatória de recurso anterior por deserção, invocados, por analogia, precedentes relativos a recursos inadmitidos por intempestividade.

A decisão foi pela rescisão da monocrática proferida no próprio STJ, para o fim de

desconstituir a decisão rescindenda e, assim, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para reformar o acórdão regional recorrido e julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial da ação ordinária, assegurando ao autor o direito à pensão especial de Segundo-Tenente das Forças Armadas, na condição de filho inválido de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial.⁵⁰

O que esse julgado tem de mais particular e expressivo é o fato de que a rescisão, declaradamente *da decisão monocrática ultimamente proferida* nos autos em causa (que era de puríssimo conteúdo formal), desconstituiu, como que em cascata, toda uma vasta cadeia de atos judiciais proferidos em diferentes juízos e instâncias, até atingir a sentença de primeiro grau. Para isso, foi necessário invalidar não apenas a aludida monocrática, mas, em sucessão, o decisório que trancara o recurso especial, o acórdão do tribunal de apelação que confirmara a sentença (*stricto sensu*) e só ao termo desse longo caminho reformar esse julgado da primeira instância em seu mérito. A questão de fundo reexaminada no recurso excepcional não fora tratada senão na sentença de primeiro grau. A distância a que se encontram um do outro os momentos processuais da ocorrência do vício e da decisão que ensejou o trânsito é particularmente chamativa, inclusive pela intercorrência de outros atos de juízo igualmente afetados pela rescisão.

Outro julgamento da mesma Corte reafirmou, na linha de sua jurisprudência mais antiga, a admissibilidade da rescisão de sentença da qual se interpusera recurso, dele não havendo conhecido o órgão competente. É o que vem afirmado no item 4 da ementa e, igualmente, no voto da relatora, nos seguintes termos:

Nessas condições, ao contrário do que restou consignado no acórdão recorrido, tenho que a aplicação, à espécie, da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça citada, respaldada esta no entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, conduz à inexorável conclusão de que, embora o trânsito em julgado da

⁵⁰ STJ, AR 4904/PE, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 14.11.2012.

sentença rescindenda tenha ocorrido após a respectiva apelação ter sido julgado deserta, tal fato não tem o condão de ilidir a possibilidade de propositura de ação rescisória em face daquele *decisum*.⁵¹

Como se vê, os julgados da instância unificadora nem sempre tocam explícita e claramente a relevantíssima distinção entre a verdadeira decisão rescindenda (ao fim e ao cabo, aquela de mérito, independentemente do momento e estágio processual em que haja sido lançada) e aquela outra que ocasionou seu trânsito em julgado. Mas, com maior ou menor explicitude, essa noção está presente nos acórdãos. É muito rara, na jurisprudência recente do Tribunal, a rejeição da ação desconstitutiva em casos tais⁵².

Essas considerações podem colocar em foco a discussão sobre *o que se rescinde* em tal caso: a decisão antecedente, sobre o mérito, ou a que vem a propiciar o trânsito em julgado. Essa perplexidade facilmente se resolve quando visto o julgado, na perspectiva aqui proposta, em sua unidade substancial. O que se rescinde *é o julgamento*, cuja formação foi complexa subjetiva e talvez objetivamente, mas ainda assim é uma unidade lógica. Só assim se explica – e cabalmente se explica – que os dois requisitos (resolução do mérito e potencialidade para produzir trânsito em julgado) encontrem-se em atos de juízo formalmente distintos.

9 RESCINDIBILIDADE DA DECISÃO DE TODO ESTRANHA AO MÉRITO?

Aliás, na senda que indicamos e ainda na vigência do direito anterior, tem ido além da nossa proposta o Superior Tribunal de Justiça. Podem-se encontrar casos em que a rescisão foi concedida com respeito a decisórios que de modo algum envolviam o mérito da causa, *sequer indiretamente* – isto é, decisões que nem mesmo remetem a uma outra, esta versando mérito. Assim, chegou-se a decidir pela rescindibilidade em processos nos quais o mérito não fora tocado em qualquer momento anterior. Por exemplo:

⁵¹ STJ, REsp 1.095.436/RS, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, J. 28.02.2012.

⁵² Há surpreendente *acórdão unânime da Corte Especial do STJ* no sentido de ser “incabível a propositura de ação rescisória que tenha por finalidade desconstituir acórdão que inadmitiu recurso, ou seja, que não examinou o mérito da controvérsia” (Rel. Min. João Otávio de Noronha, 07.11.2012, DJe 21.11.2012) – na contramão do entendimento dominante.

PROCESSO CIVIL - ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO AO FUNDAMENTO DE COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE AÇÕES - AÇÃO RESCISÓRIA - CABIMENTO.

1. Inexiste identidade de ações quando ausente ao menos um dos três requisitos elencados no parágrafo 2º, do artigo 301, do CPC, isto é, mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.
2. A jurisprudência do STJ já pacificou entendimento no sentido de que não há identidade de causas, não se operando coisa julgada, quando uma ação busca a declaração de inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, enquanto que a outra pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da majoração de alíquotas desta mesma contribuição.
3. *O rigor da expressão "sentença de mérito" contida no caput do artigo 485, do CPC, tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência.*
4. *O acórdão confirmatório de sentença que decreta extinto o processo sob alegação de incidência de coisa julgada, quando esta não ocorreu, é passível de reforma via ação rescisória.*
5. Recurso especial não provido.⁵³

A particularidade está em que, no caso, não fora até então proferida nos autos qualquer decisão de fundo. O juízo de primeiro grau havia extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender presente o impedimento da coisa julgada firmada em processo anterior; o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em grau de apelação, confirmara o decidido. A parte vencida veio a manejar ação rescisória, diante do mesmo Tribunal, na qual obteve ganho de causa, resultando rescindido o julgado anterior. O recurso ora em menção impugnava o acórdão mediante recurso especial, desprovido pelo Tribunal Superior. Como

⁵³ STJ, REsp 395.139/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, v.u., J. 07.05.2002, DJU 10.06.2002, p. 149 (grifo nosso).

dito antes, esse aresto passa além do que sustentamos aqui, pois o *meritum causae* não fora tocado em momento algum pelos decisórios antecedentes. Vê-se, então, que os Tribunais – tanto o regional quanto o superior – chegaram a resultado ainda mais avançado em relação ao sustentado neste estudo.

Após considerações sobre a raridade do caso, o relator assinalou: “Não obstante o Tribunal Estadual haver confirmado sentença que decretou extinto o processo sem julgamento do *meritum causae*, não é dado ao Poder Judiciário abster-se de reparar o próprio erro, sob pena de incorrer em erro maior”. Foi prestigiado, também nesse caso, o princípio segundo o qual não se pode negar a via da rescisória à parte a quem já não se oferece qualquer outro caminho para busca do seu direito, tal como no caso: embora a decisão rescindenda, a rigor, seja catalogada como alheia ao mérito (enquadrável no art. 267, inciso V, do então vigente CPC), a existência de coisa julgada impeditiva obstará o acesso à jurisdição por qualquer outra vereda. Esse foi o fundamento central do acórdão regional, que a instância superior placitou.

Em outro recurso especial, no qual se debatia, entre outros temas, o cabimento da rescisória para rever o montante dos honorários advocatícios sucumbenciais, o Tribunal balizador da jurisprudência nacional lançou o disco ainda mais longe, ao termo de um aceso debate no âmbito da Turma julgadora. Ocorreu, então, a desconsideração pura e simples da exigência legal do antigo art. 485, *caput*, ao ponto de preconizar-se exegese deveras ousada, conquanto amparada a uma conhecida lição de Pontes de Miranda nesse sentido:

[...] 4. A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar “sentença de mérito” o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a “sentença definitiva”, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. Conforme lição de Pontes de Miranda: “A despeito de no art. 485 do Código de Processo Civil se falar de ‘sentença de mérito’, qualquer sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267) e dê ensejo a algum dos pressupostos do art. 485, I-IX, pode ser rescindida”. (*Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 171)⁵⁴

⁵⁴ REsp 1.217.321/SC, 2ª T., Rel. vencido Min. Herman Benjamin, Rel. p/o Ac. Min. Mauro Campbell Marques, 18.10.2012. Nesses autos, viriam a ser rejeitados embargos de divergência, com sucessivos e

Como é bem sabido, Pontes de Miranda manteve sempre que as sentenças todas são rescindíveis, desde que se amoldem a alguma das previsões específicas dos incisos do art. 485 do texto normativo de 1973, sem importar que sejam ou não de mérito – não apenas no livro citado nessa ementa, mas também em sua conhecida e prestigiada obra de comentários ao mencionado estatuto processual, na qual chega a recomendar que se “abstraia” da menção ao mérito no cabeço do artigo⁵⁵.

Sem dúvida, essas posições mais extremadas podem ser de difícil sustentação, certo que se atritam com a literalidade rígida do dispositivo legal em contrário e com ele talvez não se possam conciliar pela via interpretativa. Mas serve a lembrança delas a dois propósitos: demonstram a imperiosa necessidade de relativizar-se em alguma medida o aludido comando legal e indicam que a proposta aqui defendida, mais conservadora, nada tem de radical em face das que se têm sugerido na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, dita proposta atende à condição genérica de rescindibilidade – ser de mérito o julgamento rescindendo –, mas proporciona uma abertura para que ele, o mérito, seja buscado em ato judicial diverso daquele a ser rescindido, a ele vinculado por um certo traço de conexão, quando não de integração entre ambos. Para esse efeito, como ficou visto, é de crucial importância a visão do *julgamento* em sua unidade, como entidade singular, ainda que complexa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS

Como de início sustentamos, a verdadeira *res iudicata* (isto é, a material) depende, para sua formação, da chamada coisa julgada formal, a saber, a preclusão que se abate sobre o ato decisório, imunizando-o ao ataque recursal e impondo silêncio definitivo às partes sobre o decidido, no âmbito do processo. Mas aquela é muito mais do que mera preclusão: é uma intervenção na esfera do Direito Material, em cujo plano a relação jurídica da qual tratava o processo

frustrados recursos subsequentes, pela Corte Especial (último julgamento em 02.12.2015. com rejeição de embargos de declaração). Cabe anotar um erro material da ementa, na primeira frase transcrita: “sentença de mérito” e “sentença definitiva” são expressões equivalentes, não contrapostas como sugere o texto.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, t. VI, p. 166, 174 e *passim*, ao longo dos comentários ao art. 485. Por exemplo: “Quando a sentença tem força formal de coisa julgada e não na tem material, também cabe ação rescisória. A ação rescisória nada tem, aí, com o conceito de coisa julgada material” (grifo no original). Essa posição, que não acompanho, dificilmente se conciliaria com a disposição legal expressa. Sergio Bermudes, em nota a esse texto, parece manifestar discordância, mas não se alonga no tema.

subtrai-se à regência da lei, norma abstrata, e passa a governar-se exclusivamente pela regra concreta expressa no julgado. É nesse sentido que a coisa julgada material opera uma substituição da lei pela sentença⁵⁶.

É imperativo ter-se presente esse conceito quando se cuida da rescindibilidade das sentenças e, particularmente, da exigência posta no art. 966, *caput*, do Código de Processo Civil quanto a ser a sentença de mérito. Nesse, como em qualquer outro contexto, sentença de mérito é aquela apta a fazer coisa julgada material, embora a menção ao trânsito em julgado, também presente no artigo, pertença mais propriamente ao conceito formal de coisa julgada.

Na aplicação desse texto normativo – permitida seja a reiteração –, importa muito atentar-se a que o ato de julgamento pode ser complexo, desdobrando-se em momentos diversos e eventualmente requerendo a participação de mais de um órgão jurisdicional. Para os efeitos do artigo, será preciso ver o julgamento como um só, ainda que sua integração se faça com essa intervenção múltipla. Esse é um problema que não se apresenta na grande maioria dos casos, porque, provido ou desprovido o recurso, o julgado de grau superior substitui o recorrido. Mas, se do recurso não conhece o órgão *ad quem*, a substituição não ocorre, e o eventual erro do julgamento recursal fará com que transite em julgado o decisório recorrido – independentemente de ser este rescindível, ou não, por outro motivo.

Tem-se, então, a subsistência do julgado recorrido, que perdura íntegro em suas disposições e eficácia, aparentemente sem modificação alguma, mas acrescido de um *plus*: o trânsito em julgado. Pode dar-se, pois, que a sentença de primeiro grau – na qual o mérito foi decidido – não apresente qualquer dos vícios de que cuidam os incisos do art. 966, sendo, por isso, imune à rescisão, mas que, de outra banda, o decidido pela instância superior esteja eivado de alguma dessas baldas. Como este último não é em si mesmo de mérito, seria fácil negar-lhe ingresso ao âmbito da ação rescisória, mas isso contradiria os próprios objetivos do instituto, mantendo imune à rescisão um julgado em que se acha presente um dos mais graves dos defeitos que lhe dão lugar e que ensejou a formação da coisa julgada. O potencial de dano à ordem jurídica não é menor nesse caso do que em outro qualquer; pode ser até mais grave.

⁵⁶ Daí a importância, em que também insisto, de identificar-se a coisa julgada material como o próprio conteúdo da sentença – isto é, do julgado –, e não a sua imutabilidade, como continua a defini-la, por exemplo, Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil*. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2008. p. 552 e ss.).

Por isso, mantemos que a ação rescisória é cabível em tal hipótese, sem ofensa ao texto legal mencionado, porque os dois requisitos estão presentes: a resolução do mérito e o trânsito em julgado. O dado acidental de se acharem em diferentes atos e momentos do processo é irrelevante, sobretudo quando se considera que, em um e em outro, exercitou-se a jurisdição sobre uma mesma lide, sendo o julgamento, visto em sua concepção mais abrangente, um só e único, conquanto desdobrado em momentos e atos formais diversos.

Essa ideia sempre encontrou apoio em setores importantes da doutrina e tem sido prestigiada pela jurisprudência, particularmente a do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, em ambas podem-se encontrar posições mais inovadoras do que a sustentada neste estudo, em certos casos, dispensando até mesmo a presença do julgamento de mérito na decisão rescindenda ou em qualquer outra proferida no mesmo processo. A fixação do princípio, mesmo agora, na vigência do § 2º do art. 966, continua a ser importante, seja em contemplação das demandas rescisórias pendentes, aforadas antes de sua vigência, seja na interpretação do próprio dispositivo, que não prima pela clareza.

REFERÊNCIAS

- ALLORIO, Enrico. Critica della teoria del giudicato implicito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, p. 245, Padova, Cedam, 1933.
- _____. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milão, A. Giuffrè, 1935.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo, Atlas, v. 2, 2012.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, v. IV, 1974.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 37, p. 103, [S.l.: s.n.], 1983.
- _____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, 2012.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- _____. *Notas à 3ª edição dos Comentários ao Código de Processo Civil de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

BUENO VIDIGAL, Luiz Eulálio de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. VI, 1974.

_____. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo, Saraiva, 1948.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1956.

CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (org.). *Direito processual - Inovações e perspectivas - Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira*. São Paulo, Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles, Morano, 1958.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1933.

CASTRO MENDES, João de. *Limites objectivos do caso julgado*. Lisboa, Ática, 1965.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Julgamento do mérito em apelação. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (org.). *Direito processual - Inovações e perspectivas - Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. *Capítulos de sentença*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ensaio de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. Extinção do processo e mérito da causa. *Saneamento do processo - Homenagem ao Professor Galeno Lacerda*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, p. 15 e ss., 1990.

_____. Réu não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, ano XII, n. 48, out.-dez., p. 28 e ss., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 4, t. 2, 2007.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, v. 2, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Notas à 2ª edição brasileira do livro de Liebman "Eficácia e autoridade da sentença"*. Rio de Janeiro, [s.n.], 1981.

LEBRE DE FREITAS, João. *Introdução ao processo civil*. Coimbra, Coimbra, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza. *Obrigações recíprocas*. Lisboa, [s.n.], 1856.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. III, 1959.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, v. 3, 1975.

- MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 31, p. 22-23, São Paulo, Malheiros, 2004.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. II, 2003.
- _____. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 1961.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro, V. Maia, 1918.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. reimp. Campinas, Bookseller, 1998.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Bosch, 1980.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. I, 2010.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo, Malheiros, 2005.

Submissão em: 30.04.2018

Avaliado em: 06.08.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 03.08.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 06.08.2018

