

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

MARÍLIA VOLPE ZANINI MENDES BATISTA

TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO RESCISÓRIA

SÃO PAULO

2006

MARÍLIA VOLPE ZANINI MENDES BATISTA

TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO RESCISÓRIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor doutor João Batista Lopes.

SÃO PAULO

2006

Batista, Marília Volpe Zanini Mendes, 1976 –

Tutela antecipada na ação rescisória/ Marília Volpe Zanini Mendes Batista. – São Paulo, 2006.
106 f.

Orientador: Prof. Dr. João Batista Lopes

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Área de Concentração: Direito Processual Civil. São Paulo, 2006.

1. Tutela antecipada e efetividade. 2. Ação rescisória 3. Relativização da coisa julgada. Título I.

MARÍLIA VOLPE ZANINI MENDES BATISTA

TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO RESCISÓRIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor doutor João Batista Lopes.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Batista Lopes
Orientador

Média: _____

Data: ___/___/2006.

AGRADEÇO

Aos meus pais, **Maria Olinda** e **Augusto José**, pelo incentivo em todos os meus projetos e pelo exemplo de vida. Muito obrigada e meu eterno amor.

Ao pequeno **Enzo**, que durante toda a sua gestação me acompanhou na feitura deste trabalho. Meu amor sem limites.

Aos meus "filhos do coração", **Gustavo** e **Luis Otávio**, que apesar de pequenos sempre compreenderam as minhas ausências para a conclusão deste trabalho. Meu sincero amor.

Ao **Héber**, pela paz e felicidade que há dez anos me proporciona e, principalmente, pela vinda de nosso filho. Meu amor verdadeiro.

Ao professor Dr. **João Batista Lopes**, que muito me honrou em ser sua aluna e orientanda. Obrigada pelo tempo e paciência a mim dispensados.

“Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça.”

(Eduardo Couture)

RESUMO

Este trabalho teve como escopo o estudo da tutela antecipada na ação rescisória. Foi feita uma abordagem mais centrada no instituto da tutela antecipada, na coisa julgada e na ação rescisória. O objetivo foi demonstrar a possibilidade de se antecipar a tutela na ação rescisória, sobre o que, com a alteração do artigo 489 do Código de Processo Civil, não pairam mais dúvidas. Para tanto, discorreu-se de forma breve sobre conceito de tutela jurisdicional e suas espécies, inclusive informando sobre o caráter instrumental do processo civil. Fez-se ainda um estudo sobre a efetividade do processo e a tutela antecipada, para demonstrar que esta é um dos meios (para não dizer *é o meio*) mais eficaz para tornar o processo efetivo e justo. Em seguida foi feito um estudo específico sobre a tutela antecipada no direito processual civil brasileiro. Houve também um estudo sobre a coisa julgada e, principalmente, sobre a possibilidade de sua relativização nos casos em que existir vício grave na sentença, ou esta esteja em desacordo com o direito, violando a ordem jurídica. Fez-se um estudo exclusivo sobre a ação rescisória. Finalmente, abordou-se o tema central do presente trabalho: a possibilidade da antecipação da tutela na ação rescisória. Para tanto, falou-se sobre as garantias constitucionais do devido processo legal e da intangibilidade da coisa julgada, fez-se uma breve passagem sobre os princípios constitucionais e seus conflitos. Concluindo, apresentou-se breves aspectos dos pontos comuns e diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória para fins de demonstrar que mesmo com a alteração do artigo 489 do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.280 de 2006, que prevê a possibilidade de se suspender a ação rescisória por medida de natureza cautelar ou antecipatória da tutela, nos casos imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, a tutela antecipada é a forma mais adequada para pleitear a suspensão do julgado rescindendo.

Palavras-chave: Tutela antecipada e efetividade; Ação rescisória; Relativização da coisa julgada.

SUMMARY

This work had as target the study of the provisional remedy on the rescindable action. A scope more centered in the instituting of the provisional remedy, in the judged thing and the rescindable action was established. The objective was to demonstrate the possibility of the provision of the remedy on the rescindable action, on what, the alteration of article 489 of the Code of Civil Action, leaves no doubt. As such, the concept of jurisdictional remedy and its species was discoursed briefly, also informing on the instrumental character of the civil action. Still, a study was performed on the effectiveness of the process and the provisional remedy, to demonstrate that this is one of the most efficient ways (not to say *it is the way*) to change the process into an effective and just one. Immediately after, a specific study on the provisional remedy in the civil procedural Brazilian law was made. Also, a study was made on the judged thing and, mainly, on the possibility of it being relative in the cases where it exists serious vice to the sentence or this one is in disagreement with the law, violating the jurisprudence. An exclusive study about the rescindable action was performed. Finally, the central subject of the present work was approached: The possibility of the provision of the remedy on the rescindable action. As such, there was talk about the constitutional guarantees of the due legal process and of the intangibility of the judged thing, a short passage about the constitutional principles and its conflicts was written. Concluding, brief aspects regarding the common points and differences between the precautionary and provisional remedies were presented, with ends of showing that even with the alteration of the article 489 of the Code of Civil Action by the Law # 11.280 of 2006, that foresees the possibility of the rescindable action being suspended by measure of precautionary nature or provision of the remedy, in the essential cases and under the presuppositions predicted under law, the provisional remedy is the best way to plead the suspension of the rescindable jury.

Key words: Provisional remedy and effectiveness; Rescindable action; Relative of the judged thing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I TUTELA JURISDICIONAL E SUAS ESPÉCIES – BREVES CONSIDERAÇÕES	13
1.1 Tutela jurisdicional	13
1.2 Caráter instrumental do direito processual civil	14
1.3 Tipicidade e universalidade da tutela jurisdicional	16
1.4 Tipologia da tutela jurisdicional	17
1.4.1 Tutela de conhecimento	18
1.4.1.1 Tutela meramente declaratória	19
1.4.1.2 Tutela constitutiva	19
1.4.1.3 Tutela condenatória	20
1.4.1.4 Tutela mandamental	20
1.4.1.5 Executiva <i>lato sensu</i>	21
1.4.2 Tutela cautelar	22
1.4.3 Tutela executiva	22
CAPÍTULO II TUTELA ANTECIPADA E EFETIVIDADE DO PROCESSO	24
2.1 A efetividade do processo	24
2.2 Novos instrumentos para a efetividade processual	25
CAPÍTULO III DA TUTELA ANTECIPADA	28
3.1 Natureza jurídica da tutela antecipada	28
3.2 Hipóteses de antecipação: assecuratória e punitiva	29
3.3 O <i>quantum</i> a antecipar	29
3.4 A exigência da prova inequívoca e da verossimilhança para a concessão da tutela – pressupostos concorrentes	31
3.4.1 Prova inequívoca	31
3.4.2 Verossimilhança da alegação	32
3.5 <i>Periculum in mora</i> e atos protelatórios do réu – pressupostos alternativos	34
3.5.1 A tutela fundada em receio de dano irreparável ou de difícil reparação	34
3.6 A tutela fundada em abuso de direito de defesa	34
3.6.1 A antecipação no caso de defesa infundada	35
3.6.2 A tutela antecipada por meio da técnica monitória	36
3.6.3 A antecipação fundada na não apresentação da contestação e no reconhecimento jurídico parcial do pedido	36
3.6.4 A antecipação da tutela por meio de julgamento antecipado de um ou mais dos pedidos cumulados	37
3.6.5 A tutela antecipada por meio do julgamento antecipado de parcela do pedido ..	38

3.6.6 A antecipação no caso de abuso no direito de recorrer	38
3.7 Momento da antecipação	39
3.7.1 Antes de ser ouvido o réu em juízo	40
3.7.2 Na sentença	40
3.7.3 No processo de execução	42
3.8 A efetivação da tutela antecipada	43
3.8.1 O pedido de cominação de multa	44
3.9 Antecipação e reversibilidade	45
CAPÍTULO IV COISA JULGADA – BREVES CONSIDERAÇÕES	47
4.1 Conceito	47
4.2 Espécies – coisa julgada formal e coisa julgada material	49
4.3 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	50
4.4 Breves considerações sobre a coisa julgada nas ações coletivas	52
4.5 Relativização da coisa julgada	53
CAPÍTULO V AÇÃO RESCISÓRIA	55
5.1 Conceito e natureza jurídica	55
5.2 Objeto	56
5.3 <i>Judicium rescindens</i> e <i>judicium rescissorium</i>	57
5.4 Pressupostos processuais	58
5.4.1 Pressuposto genérico	58
5.4.2 Pressuposto específico	59
5.4.2.1 Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz	59
5.4.2.2 Impedimento ou incompetência absoluta	60
5.4.2.3 Dolo da parte vencedora	60
5.4.2.4 Colusão entre as partes em fraude à lei	61
5.4.2.5 Ofensa à coisa julgada	62
5.4.2.6 Violação de literal disposição de lei	62
5.4.2.7 Prova falsa	65
5.4.2.8 Documento novo	67
5.4.2.9 Invalidez de confissão, desistência ou transação	68
5.4.2.10 Erro de fato	69
5.5 Legitimidade ativa	70
5.6 Legitimidade passiva	71
5.7 O pedido	71
5.8 O prazo	72
5.8.1 O direito intertemporal	73
5.8.2 Controle da tempestividade	73
5.9 O julgamento	74
5.9.1 Juízo de admissibilidade	74
5.9.2 <i>Judicium rescindens</i>	75
5.9.3 <i>Judicium rescissorium</i>	76
5.10 O depósito	77
5.11 A competência	78
CAPÍTULO VI ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA AÇÃO RESCISÓRIA	79
6.1 A garantia do devido processo legal	79

6.2 Princípios constitucionais e seus conflitos	80
6.3 Garantia da intangibilidade da coisa julgada <i>versus</i> efetividade da jurisdição na ação rescisória	82
6.4 Breves aspectos sobre os pontos em comum e diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória	84
6.5 A admissibilidade da tutela antecipada em sede de ação rescisória	85
CONCLUSÃO	97
BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido no presente trabalho vem despertando muito interesse, tanto nos estudiosos do direito como, e principalmente, nos operadores do direito, porque com a possibilidade de se antecipar a tutela na ação rescisória abre-se a oportunidade de se suspender a execução do julgado rescindendo.

O tema é de tanta relevância que mereceu destaque na nova reforma do Código de Processo Civil, em especial pela Lei n. 11.280 de 2006, que alterou o artigo 489 do Código de Processo Civil para prever a possibilidade da suspensão do julgado rescindendo, por medida de natureza cautelar ou antecipatória, desde que preenchidos os requisitos para sua concessão.

Não resta dúvida de que essa alteração veio ao encontro da efetividade processual tão almejada pelos operadores do direito e, principalmente, pelos jurisdicionados, já que, como é sabido, a jurisdição não se esgota com o reconhecimento ou a atribuição do direito a uma das partes. Pelo contrário, a tarefa do legislador somente se completa com a satisfação do direito, geralmente alcançada por meio de medidas executivas.

Foi jungido nesse motivo, busca pela efetividade processual, que este tema foi escolhido muito antes da nova reforma do Código de Processo Civil, vindo ao encontro do entendimento deste trabalho.

O instituto da tutela antecipada foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro para fins de possibilitar a parte que, além de apresentar provas pungentes sobre o seu direito violado, tem esse direito ameaçado por fundado receio de dano irreparável, de difícil reparação e de abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu e tenha a situação jurídica recomposta a seu favor muito antes da decisão final.

Precedeu-se portanto, provisoriamente, a tutela requerida pelo autor por receio de que no curso do processo ocorra o perecimento do direito afirmado por ele.

Apesar de muito se falar em tutela antecipada, pouco se fala ou quase nada se falou ou foi escrito sobre a possibilidade de ser deferida ou pleiteada a tutela antecipada na ação rescisória. Há, portanto, um campo a ser explorado, o que tornou a feitura deste trabalho em um só tempo interessante e dificultoso.

Iniciou-se este trabalho discorrendo sobre o conceito de tutela jurisdicional e suas espécies, inclusive informando sobre o caráter instrumental do processo civil.

Pretendeu-se com isso demonstrar que o fim do processo é a busca pela justiça *justa* com todos os recursos a ela inerentes, ou seja, o jurisdicionado que busca o seu direito violado deve receber exatamente o que teria direito se o seu direito não tivesse sido violado por outrem, no menor tempo possível.

Fez-se, ainda, um estudo sobre a efetividade do processo e a tutela antecipada, para demonstrar que a tutela antecipada é um dos meios (para não dizer *é o meio*) mais eficaz para fins de tornar o processo efetivo e justo.

Foi feita uma abordagem específica sobre a tutela antecipada, sua natureza jurídica, requisitos necessários para sua concessão, momento para sua concessão e modo de sua efetivação para fins de demonstrar como o fator tempo pode atrapalhar na efetiva entrega da prestação jurisdicional, devendo, para tanto, os operadores do direito e principalmente os magistrados adequarem os procedimentos à pretensão do direito material (atipicidade das tutelas) e, como consequência, deferirem a tutela antecipada em todas as hipóteses em que seus requisitos estiverem preenchidos porque, como ensina Silva:

Se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência – esta última solução torna-se perfeitamente legítima.¹

Com o fim de estudar a tutela antecipada na ação rescisória, foi feita uma pequena abordagem sobre a coisa julgada, suas espécies (coisa julgada formal e material), seus limites (objetivos e subjetivos) e, principalmente, sobre a possibilidade de sua relativização nos casos em que existir vício grave na sentença ou em que ela esteja em desacordo com o direito, violando a ordem jurídica.

Este tema – relativização da coisa julgada – está despertando enorme interesse entre os estudiosos do direito porque hoje, após muitas décadas acreditando que a sentença, quando operada a coisa julgada, é uma sentença justa, sabe-se que a coisa julgada não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas pragmaticamente torna imutável o resultado da atuação do Poder Judiciário.²

Por conta disso, poderão ocorrer hipóteses em que a decisão transitada em julgado aplicou incorretamente a lei, violando, conseqüentemente, o princípio constitucional do direito de ação. Nessas hipóteses será cabível ação rescisória.

¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 142.

² TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

Sobre a ação rescisória fez-se um estudo mais aprofundado, falou-se sobre o seu conceito, seu objeto, seus pressupostos (genéricos e específicos) à legitimidade, o prazo para sua interposição e, por fim, foi feita uma breve análise das duas fases em que se divide o julgamento, o juízo rescindente, que é a desconstituição ou rescisão do julgado, e o juízo rescisório, momento em que é proferido novo julgamento da causa originária.

Finalmente, no último capítulo, abordou-se o tema principal deste trabalho, sem contudo a pretensão de esgotá-lo.

Para se falar sobre a antecipação da tutela na ação rescisória não se pode deixar de abordar as garantias constitucionais do devido processo legal e a intangibilidade da coisa julgada, uma vez que são esses os dois princípios constitucionais em conflito (o da segurança jurídica e o da efetividade jurisdicional).

Antes da reforma do Código de Processo Civil de 1994, que introduziu o instituto da tutela antecipada no direito brasileiro, vigia a regra de que a ação rescisória somente teria o condão de suspender a execução do julgado rescindendo com o trânsito em julgado da sentença.

Existiam poucos doutrinadores que entendiam que o julgado rescindendo poderia ser suspenso por medida cautelar.

Após, com a introdução da tutela antecipada no direito pátrio, alguns doutrinadores, que entendiam ser cabível a medida de natureza cautelar na ação rescisória para fins de suspender o julgado rescindendo, passaram a entender que a medida judicial cabível para suspender a execução do julgado é a tutela antecipada e não mais a medida de natureza cautelar.

De forma sucinta, os doutrinadores que não concordam com a suspensão do julgado rescindendo, seja por medida de natureza cautelar seja por tutela antecipada, usam como fundamento o princípio constitucional da segurança jurídica.

Por outro lado, os adeptos da segunda posição prestigiam o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Para eles, de nada adianta ter uma decisão trânsita em julgado se esta é injusta, se é contrária à lei.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que mesmo antes da última reforma do Código de Processo Civil (Lei n. 11.280 de 2006) a antecipação da tutela em sede de ação rescisória já era permitida.

Como já dito, o assunto é de suma importância, merecendo destaque na última reforma processual, que alterou o artigo 489 do Código de Processo Civil.

No entanto, com a reforma, ficou autorizada a suspensão da sentença ou acórdão rescindendo pela interposição de uma medida cautelar ou antecipatória, dependendo do caso, desde que, é óbvio, preenchidos os requisitos legais, podendo inclusive ser utilizado o princípio da fungibilidade previsto no § 7.º do artigo 273 do Código de Processo Civil para o caso concreto.

O assunto, como se vê, por ser de extrema necessidade para a efetividade processual e para a justiça das decisões, despertou interesse.

Espera-se que este trabalho seja uma contribuição efetiva para os operadores do direito, porque, como já dito, não se tem a pretensão de esgotar todo o tema, mas que ele seja apenas e tão somente uma contribuição acadêmica.

CAPÍTULO I

TUTELA JURISDICIONAL E SUAS ESPÉCIES – BREVES CONSIDERAÇÕES

1.1 Tutela jurisdicional

Nos dias de hoje, como é sabido, o tema tutela jurisdicional está sendo estudado pela perspectiva instrumentalista dos resultados que do exercício da jurisdição se esperam, ou seja, estão dando mais ênfase ao resultado prático da tutela do que aos conceitos propriamente ditos, o que não os torna dispensáveis.

É por isso, também, que, nos tempos modernos, além das tutelas típicas, que são as ações que advêm de previsão legal das hipóteses de cabimento da ação, como, por exemplo, a ação de consignação em pagamento, existem as atípicas ou diferenciadas, que não levam em consideração apenas o resultado a ser proporcionado ao titular de um direito, mas também os meios predispostos à consecução desse resultado (ex: tutela antecipada).

Tutela jurisdicional nada mais é do que a proteção que se proporciona ao jurisdicionado por meio do exercício da jurisdição, que é a atividade-função-poder estatal.

Para Dinamarco, em estudo sobre o tema, “a tutela jurisdicional constitui o grau mais elevado na escalada que vai de mera faculdade de ingresso em juízo, passa pela ação e pelo efetivo direito ao provimento de mérito e só finalmente chega a ela.”³ E mais adiante afirma que “quando se fala em tutela jurisdicional não se pensa no meio, e sim no resultado útil da experiência processual.”⁴

Nesse sentido, a tutela jurisdicional serve para designar o resultado da atividade jurisdicional, assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz em determinada relação material.⁵

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 334, p. 31, 1996.

⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁵ YARSHELL, Flávio Luis. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 28.

Para Dinamarco,⁶ a tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão, isto é, em favor de quem está respaldado no plano material pelo ordenamento jurídico.

Pensa-se diferente. Aliás, segue-se a posição de Yarshell⁷ quando ele diz que o Estado também presta tutela jurisdicional ao vencido. Isso ocorre porque quando o Estado põe fim ao litígio, traz com essa decisão a pacificação pela eliminação da controvérsia.

Carnelutti, ao descrever sobre a finalidade do processo, diz que este (processo) tem que se desenvolver para a composição justa do litígio. Para o ilustre jurista italiano a composição justa do litígio significa:

Paz com justiça. Nem paz sem justiça, nem justiça sem paz. Nada de paz sem justiça, porque o processo, como se viu, não tende a compor o litígio de qualquer modo, e sim, segundo o Direito. Nada de justiça sem paz porque o Direito não se aplica ou se realiza por quem está em conflito, e sim por quem está sob o conflito; supra partes, não inter partes; a fim de compor um litígio e não de tutelar um interesse.⁸

Concorda-se com o entendimento deste jurista, para quem a paz e a justiça são o fim último da jurisdição.

1.2 Caráter instrumental do direito processual civil

Em linhas gerais, o processo é instrumento da jurisdição e tem como escopo tutelar direitos que, na visão chiovendiana, resumem-se em “dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”⁹

O processo é, portanto, o meio pelo qual se provoca a jurisdição a fim de que esta, por meio de um provimento jurisdicional, proporcione ao jurisdicionado o *bem da vida* por ele pretendido ou a *tutela* do direito que afirma possuir.

Dar o bem da vida ou proporcionar tutela ao direito afirmado é a prestação jurisdicional almejada pelas partes e pela sociedade como um todo, já que o processo, mesmo que indiretamente, a ela interessa (paz social).

⁶ DINAMARCO apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 24-26.

⁷ YARSHELL, op. cit., p. 28.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 373.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe apud MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 30.

Não obstante a concepção abstrata da ação no direito brasileiro, imprescindível é a preocupação do direito processual para com o direito material afirmado pelo autor, cuja eventual existência será reconhecida pela jurisdição. Procura-se visualizar o direito processual como um instrumento para a realização do direito material.

Nessa ordem de idéias, diz-se que o direito processual passou por uma evolução ao longo dos tempos, saindo de uma posição em que pouco ou nada lhe importava o direito material para obter uma posição de instrumento para a realização dos direitos e interesses em conflitos.

Hoje, incontestavelmente, a doutrina, a jurisprudência, a lei, enfim, todos os estudiosos do direito, preocupam-se intensamente com a relação que o direito processual tem com o direito material.

Nas palavras de Marinoni,

A questão de tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo.¹⁰

O processo, a princípio, era visto como mero acessório do direito material, não contemplando qualquer autonomia e sem considerações específicas.

Desenvolve-se, posteriormente, a fase da autonomia do direito processual, contendo princípios e métodos próprios, distintos daqueles adotados pelo direito material.

Após, o processo foi visto como instrumento do direito material, como uma ferramenta que como tal pode ser útil para desempenhar seu papel. “A ferramenta inútil ou inadequada para certa tarefa não tem serventia e será descartada. Para manter a ferramenta, é necessário torná-la apta a desenvolver suas funções.”¹¹

Reconhecido o caráter instrumental do direito processual, reconhece-se, conseqüentemente, a necessidade de que se demonstre adequado concretizar uma finalidade: a justiça, por meio da promoção do direito material cujo gozo se pretende por meio da demanda judicial.

¹⁰ MARINONI, op. cit., p. 31.

¹¹ Ibidem, p. 30.

Hoje, portanto, o direito processual é concebido como uma ciência autônoma, mas que é instrumental e fundamental ao direito material, à medida que serve de *meio* para o patrocínio da tutela jurisdicional.

Sobre a instrumentalidade, manifesta-se Silva nos seguintes termos: “a utilização de alguma coisa como instrumento pressupõe uma atividade humana orientada para um fim. O agente que se serve do instrumento pode usá-lo para finalidade muito diferente daquela para a qual ele foi criado.”¹²

Concebendo que o processo é instrumental, um meio para a realização do direito material, e que como tal deve patrocinar uma tutela jurisdicional adequada, a doutrina, para atingir essa finalidade, reformulou a classificação trinária das sentenças, bem como o procedimento ordinário, já que nos moldes anteriores eram insuficientes para patrociná-la.

1.3 Tipicidade e universalidade da tutela jurisdicional

É incontroverso que as garantias constitucionais do direito de ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional devem ser vistas como formas de tutelas aptas a solucionar, efetiva e adequadamente, todas as situações de violação ou ameaça de violação de direitos e interesses protegidos no plano substancial.¹³

A bem da verdade deve-se extrair das aludidas garantias os maiores efeitos aptos da tutela de todos os direitos postulados em juízo, dando-se sempre maior ênfase ao resultado do processo.

Para tanto, deve-se reconhecer, primeiramente, a atipicidade da tutela jurisdicional, ou seja, para toda ação deve ser entregue aquele que tem direito a um resultado prático equivalente ao que ele teria se não tivesse tido o seu direito aviltado, mesmo que tal resultado não esteja previsto literalmente em lei. É a adequação das diversas situações da vida com o processo e o direito.¹⁴

Não se deve esquecer também que as *formas de tutela* ou os *tipos de provimento* são estabelecidos de acordo com o resultado final do processo, ou seja, de acordo com a eficácia jurídica que o processo trará ao bem da vida.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória coletiva**. 2002. 463 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. p. 14.

¹³ YARSHELL, op. cit., p. 138.

¹⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 33.

Nesse sentido, a universalidade de tutela jurisdicional significa dizer que o sistema deve estabelecer provimentos ou resultados aptos à efetividade de qualquer direito pleiteado em juízo, seja típico ou atípico.

Nas palavras de Bedaque:

A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo.¹⁵

Isso se faz necessário porque a sociedade atual, devido ao seu desenvolvimento, passa a conviver com novas modalidades de direitos, muitos dos quais ainda sem proteção adequada.

Com o surgimento desses novos direitos, deve-se buscar uma correspondência entre o direito e a tutela judicial e, para isso, é necessário que os operadores do direito conscientizem-se de que a tutela jurisdicional clássica não se presta à tutela dos direitos surgidos diante das contingências sociais contemporâneas.

O direito à tutela jurisdicional posto pelos doutrinadores contemporâneos, preconiza não só o direito de provocar a jurisdição, mas o direito de obter uma prestação jurisdicional que proporcione um procedimento, meios de defesa e provimento adequados à natureza do direito que se quer tutelar.

É aí que surge a teoria da atipicidade da tutela, ou seja, o Estado deve conferir efetividade ao direito material postulado, independentemente dele estar previsto expressamente em lei.

1.4 Tipologia da tutela jurisdicional

Apesar de ser reconhecida a atipicidade da tutela jurisdicional, é necessário que se busque uma tipologia para essa tutela.

¹⁵ BEDAQUE, op. cit., p. 43.

Pensando nisso, a doutrina encontrou formas para sistematizá-la considerando diferentes critérios; no entanto, a regra utilizada é a da separação tendo em vista a eficácia processual do provimento, ou seja, o resultado pretendido.

Miranda, para classificar as ações, utilizou como critério a “eficácia preponderante”¹⁶ do julgado.

Para ele as ações são classificadas em ação declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*.

A doutrina, há tempos, classificou os tipos de tutelas, hoje conhecidas como *tipologia clássica ou tradicional*, composta das tutelas de conhecimento, executiva e cautelar.

A primeira, de conhecimento, também na visão tradicional, é composta pelas tutelas meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Essa classificação trinar já foi rechaçada pela doutrina, em especial por Assis, que reputa essa teoria em “teoria ultrapassada e falsificável.”¹⁷

Hoje, parte da doutrina, e que cada vez ganha mais adeptos, inclui nessa divisão trinar dois outros tipos de tutela, a mandamental e a executiva *lato sensu*.

Existem renomados doutrinadores, como Marinoni¹⁸, que com a finalidade de classificar os tipos de tutelas tendo em vista o resultado prático alcançado, classificam-nas em preventiva ou inibitória, opondo-se à tutela sancionatória ou reparatória; tutela coletiva, opondo-se à individual; tutela específica, opondo-se à genérica; e, finalmente, tutela antecipada ou antecipatória.

Na lição do autor:

Para a classificação das tutelas jurisdicionais não basta a declaração contida na sentença; não é suficiente, por exemplo, que o juiz ordene um não-fazer para que a tutela seja definida como inibitória. A tutela jurisdicional deve ser classificada a partir de seu resultado prático; não a partir de seu conteúdo normativo. Não pode ser definida como inibitória a tutela que ordena um não-fazer e não pode ser atuada através de meios coercivos.¹⁹

Percebe-se, portanto, que também para o renomado processualista, o resultado do provimento é muito importante para a classificação do tipo de tutela.

¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. p. 62.

¹⁷ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações cautelares. In: **Medidas cautelares: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 10.

¹⁸ MARINONI, Luis Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 2, p. 356-357, jul./set. 1996.

Tem-se, a seguir, a classificação *típica* das tutelas jurisdicionais.

1.4.1 Tutela de conhecimento

Esta espécie de tutela figura como a maioria das existentes.

O autor, neste tipo de tutela, visa ao conhecimento da lide por parte do Poder Judiciário, com o intuito de que este, depois de apreciadas as alegações e colhidas as provas, profira uma decisão sobre o mérito da questão.

Há dentro da espécie da tutela de conhecimento três subespécies, a saber: tutelas de condenação, constitutivas e declaratórias (ou meramente declaratórias).

1.4.1.1 Tutela meramente declaratória

É aquela que se presta a sanar *crises de certeza*. Visa apenas à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica; excepcionalmente a lei prevê a declaração de meros fatos como, por exemplo, a falsidade documental. O provimento jurisdicional, portanto, exaure com a decisão quanto à existência ou inexistência da relação jurídica. O interesse do autor fica adstrito apenas à certeza do direito.

Em verdade, nos casos em que o autor requer sentença declaratória, o direito já existe e não há qualquer modificação nas relações intersubjetivas.

No processo civil brasileiro a regra geral que prevê esta forma de tutela está contida no artigo 4.º do Código de Processo Civil que, a rigor, poderia não existir, e nem por isso deixaria de ser invocável essa modalidade de provimento.

Assim como ocorre nas ações constitutivas, às ações meramente declaratórias não se segue execução de seu julgado, uma vez que por si só já operam os efeitos jurídicos previstos no comando sentencial.

1.4.1.2 Tutela constitutiva

É a que visa a um provimento jurisdicional que constitua, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica. Nesse caso, não é a sentença que cria o direito, ela apenas se limita a declarar o direito preexistente previsto no ordenamento jurídico.

¹⁹ Ibidem, p. 359.

Percebe-se, portanto, que, ao contrário da tutela meramente declaratória, este tipo de tutela possui dois momentos: um de natureza declaratória, em que se afirma o direito à modificação jurídica pleiteada, e o outro propriamente constitutivo, que é a modificação em si mesma.

As ações constitutivas podem ser classificadas em positivas e negativas. Quando há um novo estado jurídico, diz-se que a sentença é constitutiva positiva como, por exemplo, as sentenças que constituem servidão de passagem ou de aqueduto.

Ao revés, se a sentença acarretar em extinção de direito, diz-se que a sentença é constitutiva negativa ou desconstitutiva como, por exemplo, as sentenças de divórcio, *v.g.*, na medida em que põem fim ao estado jurídico de casado, figuram como tutela de natureza desconstitutiva.

Sendo positiva ou negativa, a ação constitutiva independe de execução de seu julgado, uma vez que a própria sentença opera a criação, modificação ou extinção do direito.

1.4.1.3 Tutela condenatória

É mais conhecida como a tutela apta a sanar *crises de inadimplemento*, mediante a imposição de uma prestação.

Portanto, sendo acolhida a pretensão do autor, a decisão afirma a existência do direito e a violação, aplicando a sanção correspondente pela não observância da norma regulamentadora.

Essa sanção consiste em possibilitar o acesso à via processual de execução forçada, que nada mais é do que a prática de atos materiais de invasão da esfera patrimonial do devedor para a satisfação do credor.

Como bem observou Medina,²⁰ a sentença condenatória, sob esse prisma, nem mesmo poderia ser arrolada dentre os instrumentos de tutela jurídica de direito material, já que não se tutela qualquer direito material com a sentença condenatória. Daí a necessidade de se ajuizar outra ação (de execução) para se tutelar o direito reconhecido pela sentença condenatória.²¹

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 222. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 48).

²¹ Hoje, com a entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005, que introduziu o art. 475-N, não se tem mais o processo de execução de sentença, tem-se apenas o cumprimento da sentença, que nada mais é do que simples prosseguimento do processo de conhecimento.

Aliás, é por tal motivo que Chiovenda diz que, “historicamente, a sentença nasce, como preparação à execução, como sentença de condenação.”²²

Na realidade, a sentença condenatória supõe a idéia de que é possível, após a realização de cognição exauriente e definitiva, a obtenção de grau razoável de certeza acerca da existência do direito que autorize realizar a execução.²³

Como observa Calamandrei, “a espada do executor não pode se movimentar se antes o juiz não tem pesado imparcialmente as razões da justiça.”²⁴

1.4.1.4 Tutela mandamental

Tradicionalmente, a tutela mandamental era vista pela doutrina como o mandado de segurança.²⁵ Por tal motivo tinha-se a idéia de que na ação mandamental a ordem emitida pelo juiz era contra alguma outra autoridade do Estado.

Com a nova redação dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil, essa noção de ação mandamental como mandado de segurança foi bastante modificada.

Esse tipo de sentença tem mais força que a sentença condenatória, uma vez que o magistrado não se limita a verificar se há direito violado e a fixar a sanção correspondente; ele vai além porque, visto isto (direito e sanção), ele ordena ao demandado o cumprimento da sanção declarada.

Tem-se a tutela mandamental quando a decisão judicial tem como escopo dirigir uma ordem para uma das partes, geralmente a vencida, para que ela faça ou deixe de fazer alguma coisa, sob pena de receber alguma sanção.

Dessa forma, ao invés de o juiz *condenar*, ele emite uma *ordem*, cuja inobservância dará ensejo à prática de sanções tendentes a compelir o devedor ao adimplemento como, por exemplo, a responsabilidade criminal pelo crime de desobediência.

Tem-se o caso, por exemplo, do arresto: se o executado não indicar bens à penhora, serão arrestados seus bens o tanto quanto bastem para garantir a execução, ou seja, o

²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Institutos de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Book Seller, 1998. p. 230.

²³ MEDINA, op. cit., p. 220.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Book Seller, 1999. p. 137-138.

²⁵ Em vista disso, boa parte da doutrina negava a existência de uma tutela jurisdicional mandamental; para a maioria dos juristas ou era caso de ação condenatória ou de ação constitutiva.

arresto de seus bens é uma sanção à desobediência da parte em não indicar bens a serem penhorados.

Para Miranda,²⁶ a ação mandamental fica no meio do caminho entre o ato judicial e o ato de administração.

1.4.1.5 Executiva *lato sensu*

Não há na doutrina, ainda, uniformidade acerca do que se deve entender por ação executiva *lato sensu*.

A elaboração das bases de tal categoria de ação deve-se à doutrina de Miranda.²⁷

Foi com a reforma do artigo 461 do Código de Processo Civil, no entanto, que este tema voltou, de forma intensa, a interessar aos juristas.

Normalmente, quando se fala em ação de execução *lato sensu*, limita-se a se referir ao aspecto exterior ou procedimental desta ação, ou seja, limita-se a dizer que a execução da sentença realiza-se no mesmo processo em que foi proferida a sentença condenatória.

Nesse tipo de tutela a eficácia da ordem judicial é imediata, ou seja, o juiz não dirige uma ordem para que alguém faça ou deixe de fazer algo; ele diretamente o faz, por meio, é claro, dos auxiliares do juízo.

Um exemplo desse tipo de tutela é a ação de despejo: o juiz emite uma ordem para que a pessoa saia do imóvel, se ela não sair por bem, o juiz determinará reforço policial para que a pessoa que recebeu a ordem saia do imóvel.

Conveniente notar que muito antes da doutrina falar em provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, o ordenamento jurídico brasileiro já os contemplava. Atualmente, a doutrina vem se atentando para essa nova classificação, tendo em vista a maior utilização desses provimentos e a necessidade de criar outros, o que corrobora para a efetivação de uma tutela jurisdicional adequada.

1.4.2 Tutela cautelar

²⁶ MIRANDA, op. cit., p. 70.

²⁷ Id. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t.1, p. 111 s. e 135 s.

É o único tipo de tutela que não tem um fim em si mesma; ela é, na verdade, um meio idôneo para que a providência definitiva produza todos os seus efeitos úteis.²⁸

Possui como características a instrumentalidade (instrumento de garantia e prevenção do processo principal), a autonomia (independe do principal, ou seja, a parte vencedora neste processo pode sair vencida no principal), a provisoriedade (só possui valor enquanto não for modificada, absorvida ou substituída pela sentença do processo principal) e a revogabilidade (pode ser revogada a qualquer tempo).

1.4.3 Tutela executiva

Como é sabido, quando se pensa em tutela jurisdicional como resultado em prol do vencedor, o provimento de natureza condenatória é insuficiente para proporcionar ao credor o bem da vida, salva a hipótese de cumprimento voluntário da ordem judicial.

Esta tutela é a que pratica atos de execução propriamente ditos. Dá-se a invasão da esfera patrimonial do devedor por meio de um novo processo, que é o da execução, com o intuito de satisfazer o credor com a menor oneração possível do devedor.

Para compelir o devedor a adimplir sua obrigação, o credor tem a seu favor vários meios coercitivos, dentre eles: desconto em folha de pagamento, prisão etc. Já na execução de fazer ou não fazer o credor tem como garantia, apenas exemplificativa, as modalidades previstas no artigo 461, § 5.º do Código de Processo Civil.

Percebe-se, portanto, que os meios de coerção ao adimplemento da ordem judicial, seja pagamento ou obrigação de fazer, são os mesmos da tutela executiva *lato sensu*; no entanto, as duas são diferentes: enquanto que para a tutela executiva deve-se *entrar* com o novo processo (de execução), na executiva *lato sensu* a ordem (de atos executivos) é emanada no próprio processo de conhecimento.

O resultado, tanto da tutela executiva como da mandamental, é uma transformação da realidade. A distinção entre ambas, no entanto, é nítida: o ato executivo é originariamente ato privado que o juiz executa substituindo-se ao demandado; ao revés, o que se ordena em virtude de uma sentença mandamental é ato essencialmente estatal que não poderia ser praticado originariamente pelos particulares, fora ou antes do surgimento do Estado.²⁹

²⁸ SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 103-104.

Hoje, com a entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005, que introduziu o art. 475-N, não se tem mais o processo de execução de sentença nos casos específicos de condenação em dinheiro, tem-se apenas o cumprimento da sentença, que nada mais é do que simples prosseguimento do processo de conhecimento; portanto, essa distinção que se fazia entre ação executiva *lato sensu* e executiva não deve mais prevalecer nesses casos específicos, já que se o julgado não for cumprido voluntariamente, com uma simples manifestação do credor, passa-se à fase executória.

Deve ser salientado, ademais, que essa lei alterou diversos dispositivos que passam a alimentar, subsidiariamente, o processo de execução. O legislador levou em consideração a nova visão do provimento jurisdicional, ou seja, a entrega efetiva e justa da tutela pretendida pelo jurisdicionado, de modo que ele receba exatamente o que teria se o seu direito não tivesse sido violado, no menor espaço de tempo possível.³⁰

CAPÍTULO II

TUTELA ANTECIPADA E EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 A efetividade do processo

Vários são os doutrinadores que falam da efetividade processual; no entanto, nenhum ainda hoje a conceituou de forma clara e objetiva.

³⁰ Sobre a alteração legislativa, consultar a obra de Cássio Scarpinella Bueno. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: comentários sistemáticos às leis n. 11.187, de 19.10.2005, e 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

Moreira³¹ sintetizou o conceito da efetividade do processo em cinco itens. São eles: a) instrumentos adequados a todos os direitos; b) esses instrumentos devem ser utilizáveis, sejam quais forem os titulares do direito; c) condições adequadas para o restabelecimento do direito; d) o direito a ser resgatado deve corresponder exatamente àquilo a que faz jus o titular desse direito; e) máximo de resultado com o mínimo de esforço possível.

Para o jurista o processo será efetivado quando forem aplicados sobre ele instrumentos processuais céleres, sem muito custo para as partes e que respondam, no menor prazo possível, àquilo que a parte alcançaria caso não tivesse seu direito aviltado.³²

Sintetizando, pode-se conceituar efetividade do processo como sendo “eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.”³³

Para se poder pensar em efetividade do processo, deve-se tirar de imediato a idéia de que o efetivo cumprimento das decisões judiciais somente existirá após cognição exauriente do juiz. Porque na realidade a idéia da cognição irrestrita ao processo ordinário não atende mais às necessidades dos jurisdicionados, havendo, por conseguinte, necessidade de uma sumarização dos processos como forma de imediata prestação jurisdicional e conseqüentemente maior efetividade processual.

Nesta idéia de sumarização dos processos está presente, dentre outros, como observa Moreira³⁴, a dispensabilidade do processo exauriente para que o titular tenha o seu direito reconhecido, uma vez que a urgência muitas vezes não permite o esgotamento de toda a atividade cognitiva do juiz para efeito de deferimento da tutela objetivada.

Nesse contexto, Marinoni³⁵ afirma que vedar o juízo de plausibilidade do direito é o mesmo que pretender, a todo custo, dar sustentação à teoria do processo de conhecimento.

Não é à toa que hoje existem os institutos da tutela antecipada (art. 273 do CPC) e da tutela específica (art. 461 do CPC), por meio dos quais o operador do direito se vê diante de instrumentos mais eficazes a serem utilizados no próprio processo de conhecimento e que trazem um resultado efetivo à parte, sem que exista a necessidade da plena e exauriente cognição do juiz.

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, p. 99, jan./mar. 1995.

³² Aliás, essa também é a definição de Chiovenda: “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell’azione nascente dal contratto preliminare**: Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 110.

³³ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127.

³⁴ MOREIRA, op. cit., p. 99.

³⁵ MARINONI, 1999, op. cit., p. 4.

Aliás, esse é o novo caminho trilhado pelo processo civil moderno, que vem formando um verdadeiro sistema, até mesmo por meio do próprio direito positivo, como é o caso dos artigos acima citados ou, então, por meio dos princípios e regras que dele se extraem, que os torna diferente do sistema tradicional, justamente para atingir um único objetivo – a efetividade da tutela jurisdicional.³⁶

Como se vê, esses novos institutos colocados à disposição dos jurisdicionados quebraram aquele rigorismo formal de que o processo justo e eficaz advém de uma cognição ampla e de certeza absoluta.

2.2 Novos instrumentos para a efetividade processual

Como foi dito, o processo apenas será útil e capaz de cumprir suas funções institucionais – sócio-político-jurídico – quando conseguir unir o pleno exercício do direito de ação e de defesa, entrelaçado a este o direito de pedir, alegar, provar e recorrer, com a entrega efetiva do direito material ao ganhador da ação, de modo a realizar tudo aquilo a que ele teria direito e exatamente aquilo a que teria direito se não necessitasse entrar com a ação, ou seja, se o seu direito não tivesse sido violado por outrem.³⁷

Alvim³⁸ professa que antes da reforma processual havia uma *desatualização* do sistema jurídico processual e, o que é pior, havia uma profunda insuficiência do próprio aparato do Estado, mormente por pretender constituir-se no *único e exclusivo sistema* para resolver a totalidade dos conflitos de interesses, revelando-se inapto a essa *totalização* de ser o sistema processual.

Nos dias atuais, o que se percebe é que o legislador, tentando intervir nos setores críticos da sociedade, está disponibilizando aos jurisdicionados instrumentos capazes de atender suas necessidades judiciais primárias – como o direito ao processo justo.

Nessa ordem de idéias e para tentar oferecer e garantir aos jurisdicionados a tutela jurisdicional justa, o sistema processual civil brasileiro colocou à disposição de todos importantes instrumentos processuais, como a medida liminar no procedimento da ação

³⁶ ALVIM, Arruda. O direito de defesa e efetividade do processo: 20 anos após a vigência do código. In: SIMPÓSIO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 1994. Conferência inaugural, proferida no Centro de Extensão Universitária, em curso coordenado pelos profs. Luiz Carlos de Azevedo, Milton Paulo de Carvalho e Paulo Restiffe Neto. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 214, jan./mar. 1996.

³⁷ Nas palavras de Machado: “garantia de um provimento jurisdicional útil.” MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 35.

³⁸ ALVIM, op. cit., p. 207.

popular (Lei n. 6.513/77); a liminar na ação civil pública (art. 12 da Lei n. 7.347/85); a criação do mandado de segurança coletivo (art. 5.º, inciso LXX, da Constituição Federal) e o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, com garantia, inclusive, de liminar nas ações de conteúdo cominatório, entre outros.

Moreira,³⁹ com muita propriedade, criticava o sistema atual, alegando que a maioria das medidas, apesar de toda a utilidade, privilegiava mais o campo publicista, sendo necessários, portanto, instrumentos hábeis a atender aos anseios das lides privadas.

Foi justamente para atingir esse anseio, que houve a reforma do Código de Processo Civil, em dezembro de 1994, e que, dentre outras conquistas, previu a figura extraordinária da tutela antecipada que, nas palavras de Wambier, é “uma inovação corajosa, em que o legislador assumiu o risco de permitir que o juiz profira decisão com base em prova não exauriente.”⁴⁰

Por meio desse instituto – localizado no artigo 273, do Capítulo I, das *Disposições Gerais*, do Título VII, do *Processo e do Procedimento*, do Livro I, do *Processo de Conhecimento*, do Código de Processo Civil –, outorga-se ao procedimento ordinário e sumário a potencialidade de antecipar os efeitos da tutela pretendida.

A possibilidade da medida liminar antecipatória, prevista no inciso I do artigo 273 (para as obrigações em geral) e no § 3.º do artigo 461 (para as obrigações de fazer), representa a efetividade concreta da tutela jurisdicional justa.⁴¹

Elimina-se com essa tutela o fator tempo, um dos maiores obstáculos à entrega da ordem jurídica justa,⁴² sem eliminar a atividade probatória – que na maioria das vezes fica postergado para o futuro sem que com isso fira o princípio do contraditório (direito fundamental para garantir o direito de ação que, na visão da doutrina moderna, é também um direito do réu para comprovar sua defesa).

Como visto, a efetividade não só é sinônimo de rapidez, mas também a garantia de que o credor poderá gozar, por meio do resultado do processo, exatamente o bem da vida que

³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 25.

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 531.

⁴¹ Infelizmente se sabe que enquanto o sistema brasileiro não alterar o processo de execução, para garantir ao exequente maiores e melhores meios para reaver o seu crédito, a antecipação da tutela por si só não tem o condão de tornar justa a tutela integralmente pleiteada.

⁴² Nas palavras de Alvim: “a demora do processo é um mal universal.” ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 385.

a ordem jurídica material lhe atribuiu.⁴³ A exata realização desse mister, uma das maneiras de revelação da efetividade do processo, encontra-se também erigida no instituto da tutela específica do art. 461 do Código de Processo Civil.⁴⁴

Por fim, é importante salientar que, além da possibilidade de antecipar os efeitos da tutela nos casos de *receio de dano irreparável ou de difícil reparação* – tutela de urgência, que tem como objetivo amenizar os efeitos deletérios do tempo –, tem-se também a antecipação fundada no inciso II do artigo 273, que representa um grande passo no sistema processual brasileiro porque tem como finalidade moralizar a conduta desleal do réu, já que será possível antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor toda vez que o réu tiver uma conduta antiética e reprovável, desde que, é obvio, a pretensão do autor parecer provável.

CAPÍTULO III

DA TUTELA ANTECIPADA

3.1 Natureza jurídica da tutela antecipada

⁴³ Tal aspecto negativo, mormente para os litigantes desprovidos de patrimônio, foi sublinhado por Cappelletti, quando afirma que a demasiada duração do processo constituía fonte de injustiça social, “porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una justicia lenta.” CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social da masa. In: **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução de Santiago Sentis Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicos Europa-América, 1974. p. 133.

Os juristas são quase unânimes em dizer que a natureza jurídica da tutela antecipada não é cautelar, mas sim de antecipação provisória do provimento final.⁴⁵

Em relação à tutela de urgência (inciso I do art. 273), o fundamento basilar para diversificá-la da tutela cautelar é o fato de que a primeira não tem como objetivo resguardar a eficácia de outro provimento jurisdicional ou de outro processo.

Dinamarco⁴⁶ defende a não-cautelaridade da antecipação, sustentando que não se trata de obter medida tenente a impedir o perecimento de um direito ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. Segundo o renomado jurista, a medida antecipatória concederá ao autor o exercício do direito afirmado na inicial antes da sentença.

Na prática, a decisão antecipatória terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que a concederá de forma definitiva. A sua concessão equivale, em regra, à procedência da demanda inicial com a diferença do momento e de sua provisoriedade.

Em relação à tutela repressiva (inciso II do art. 273) usa-se, como fundamento principal para não incluí-la na natureza cautelar, o fato da inexistência do *periculum in mora*, pressuposto necessário para configuração dessa natureza (cautelar).

Essa espécie de provimento antecipatório tem como finalidade precípua a repressão do abuso do direito de defesa por parte do réu mediante a antecipação da pretensão do autor (nunca, é óbvio, por meio de medida liminar), o que, de forma absoluta, diverge das cautelares propriamente ditas.

Nesse sentido, percebe-se que tanto no inciso I (tutela de emergência), como no inciso II (tutela repressiva), a natureza da antecipação da tutela não é cautelar porque diversos são seus objetos.

Em síntese, enquanto as primeiras têm como finalidade a antecipação do provimento requerido pelo autor de forma provisória, a segunda tem como finalidade assegurar o resultado prático de outro processo.

3.2 Hipóteses de antecipação: assecuratória e punitiva

⁴⁴ MACHADO, op. cit., p. 41.

⁴⁵ Theodoro Júnior, com autoridade, diz que tanto a medida cautelar propriamente dita como a medida antecipatória representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária; no entanto, enquanto a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, a tutela antecipatória realiza de imediato essa pretensão. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 12-13.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 139-140.

A doutrina classifica a tutela antecipada em duas espécies, a assecuratória e a punitiva.

Pela primeira tem-se a antecipação fundamentada nos casos em que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I, do CPC). Precede-se provisoriamente a tutela requerida pelo autor por receio de que no curso do processo ocorra o perecimento do direito afirmado por ele. Antecipa-se por segurança.

Ao revés, a segunda hipótese de tutela antecipada decorre do “abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, do CPC). Na realidade, não se trata de uma punição, como diz o nome, mas de um benefício para o autor decorrente das manobras ardizes por parte do réu.

3.3 O *quantum* a antecipar

A antecipação da tutela pode ser total ou parcial. O artigo 273, *caput*, prevê expressamente as duas formas de antecipação da tutela.

Segundo Zavascki,⁴⁷ o juiz deve observar o princípio da menor restrição possível no momento de determinar a extensão da antecipação da tutela.

Para o renomado jurista, sendo a tutela antecipada uma exceção à regra jurídica de que os efeitos do pedido inicial somente vigirão após o trânsito em julgado da sentença, quando julgada procedente ou parcialmente procedente a demanda proposta pelo autor, deve o magistrado restringir a antecipação dos efeitos da sentença nos casos estritamente necessários para salvaguardar outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito ao contraditório e o direito à segurança jurídica.

Assim, valendo-se do princípio da proporcionalidade, deve o magistrado – para não lesar o direito fundamental à segurança jurídica – apenas antecipar os efeitos dos pedidos que sejam suficientes para proteger o direito que se encontra sob ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação, até porque é incontestável que o juiz e, aliás, todos os operadores do processo devem buscar a abreviação do tempo, opondo-se a formalismos inúteis, às demoras injustificáveis e às protelações maliciosas.⁴⁸

Dessa forma, mesmo no caso de se tratar de antecipação parcial do pedido postulado pelo autor, mesmo que esta não corresponda exatamente ao pedido inicial, deve ser ela concedida porque deve prevalecer o princípio do acesso à justiça e da instrumentalidade

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 75.

⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 2.

das formas sobre qualquer outro posicionamento arcaico e formalista dos institutos processuais de vanguarda, mormente aqueles inseridos dentro das chamadas “tutelas diferenciadas.”⁴⁹

Em realidade, pensar diferente seria o mesmo que negar o direito à prevenção do ilícito.

Releva notar, ainda, que é firme a posição da doutrina sobre a necessidade de uma maior sumarização dos processos, como forma de se conferir aos jurisdicionados a tão almejada efetividade do processo civil, contrapondo-se, dessa forma, à arcaica e superada ordinarização processual que, como é sabido, somente atende aos interesses de poucos, mormente quando a plausibilidade do direito é aferida de plano, desde o exame da prefacial.

Antecipando total ou parcialmente os efeitos do pedido do autor, deverá o juiz indicar “de modo claro e preciso as razões de seu convencimento” (art. 273, § 1.º).

Esse mesmo alerta foi reafirmado no § 4.º do mesmo artigo, que prescreve que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”⁵⁰

A bem da verdade, esses dispositivos poderiam ter sido dispensados porque o inciso IX, do artigo constitucional 93, prescreve que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

No entanto, parece que o legislador quis deixar claro que em se tratando de caso excepcional – em que legalmente o princípio da segurança jurídica vai ser *infringido* – deve o magistrado justificar de maneira clara e precisa os motivos que o levaram a conceder ou não a tutela antecipada.

3.4 A exigência da prova inequívoca e da verossimilhança para a concessão da tutela – pressupostos concorrentes

O artigo 273, *caput*, afirma que o juiz poderá conceder a tutela antecipada desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 158.

⁵⁰ O artigo 463, § 3.º, também dita que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

Trata-se dos requisitos necessários e comuns às duas espécies de antecipação de tutela (preventiva e punitiva).

Moreira⁵¹ adverte que esses pressupostos, embora concorrentes, devem ser analisados de forma harmoniosa porque, assevera o ilustre processualista, se se for levar *ao pé da letra* cada expressão (cada pressuposto), chegar-se-á à conclusão de que é impossível tais pressupostos existirem conjuntamente, já que não são harmônicos entre si.

Realmente, uma prova inequívoca, que é aquela que não deixa dúvida no espírito do julgador, em hipótese alguma conduziria a uma simples verossimilhança, como previu o legislador.

Nesse sentido, conclui o renomado processualista, prova inequívoca, para este caso, não se trata da prova cabal, aquela que não deixa nenhuma outra possibilidade de reconstrução dos fatos, mas uma prova isenta de ambigüidade, clara e dotada de sentido unívoco.

3.4.1 Prova inequívoca

O significado da expressão *prova inequívoca*, como condição para a concessão da tutela antecipada, tem que ser interpretado de maneira correta, sob pena de contrariar a intenção do legislador, uma vez que a leitura desatenta do texto legal poderia levar à conclusão de que seria necessária a existência de prova documental para a concessão da antecipação da tutela, como já advertido.

Para Alvim,⁵² “prova inequívoca” será aquela que apresente alto grau de convencimento, cuja autenticidade e veracidade sejam prováveis.

Passos⁵³ diz que prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado.

Prova inequívoca, portanto, deve ser considerada aquela cuja autenticidade e veracidade sejam prováveis; é a prova suficiente para o surgimento da verossimilhança da alegação.

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. Conferência realizada no Plenário do ministro José Carlos da Fonseca, no dia 2 de junho de 1995, na sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em Vitória-ES. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 203, jan./mar. 1996.

⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 115.

⁵³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 195.

Nesse sentido, a prova inequívoca deve ser interpretada no contexto do relativismo das provas processuais como, aliás, observou Calamandrei.⁵⁴

Assim, o que a lei exige não é a prova da verdade absoluta, mas a prova que convence o magistrado de tal maneira que não pareça dúvida para ele, naquele momento, a respeito do alegado pelo autor.

Vale ressaltar que há casos em que o juiz poderá antecipar a tutela independentemente da existência de provas, como nos casos do artigo 334, incisos I a IV, do Código de Processo Civil⁵⁵ e nos casos de relação de consumo, em que o magistrado inverte o ônus da prova no despacho inicial (artigos 6.º, VII, 38 e 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor).

Por fim, é importante deixar claro que a justificação prévia prevista no art. 461, § 3.º, do Código de Processo Civil, é plenamente aplicável aos casos de tutela antecipada (art. 273), porquanto tanto a tutela específica (art. 461) quanto a tutela antecipada (art. 273) formam um microsistema dentro do processo civil das chamadas tutelas diferenciadas, de sorte que as regras de uma e de outra são reciprocamente aplicadas.⁵⁶

3.4.2 Verossimilhança da alegação

Verossímil, segundo Ferreira, é “semelhante à verdade; que parece verdadeiro; provável.”⁵⁷

A verossimilhança, no caso de antecipação da tutela, é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a concessão de medidas cautelares. Todavia, não há necessidade de que a prova seja tão clara, evidente e precisa porque, nesses casos, ter-se-á o julgamento antecipado da lide, como reza o artigo 330, do Código de Processo Civil.

Theodoro Júnior⁵⁸ afirma que a verossimilhança somente ficará configurada quando a prova tiver o condão de confirmar com alta precisão que o alegado pelo autor é verdadeiro.

⁵⁴ “Todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud. [...] Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de la naturaleza humana: lo que vemos, solo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad.” CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1986. p. 317.

⁵⁵ “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por parte e confessados pela contrária; III – admitidos no processo como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Apesar de se concordar com esses conceitos formados pelos doutos juristas, pensa-se que para efeito de concessão de tutela antecipada, a verossimilhança tem que ser analisada juntamente com a prova inequívoca, porque é a existência da *prova inequívoca* que conduzirá o julgador a um *juízo de verossimilhança*.

O juízo de verossimilhança somente estará concluído pelo magistrado quando houver a ligação de três requisitos: 1) prova inequívoca (todas as provas admitidas pelo direito vigente); 2) o fato que pretende provar; e 3) a alegação na qual se baseia o fato, por meio do qual está pedindo a antecipação.⁵⁹

Marinoni⁶⁰, com muita propriedade, diz que a verossimilhança capaz de convencer o magistrado deve ser considerada casuisticamente, pois o juiz deve levar em consideração o valor do bem jurídico ameaçado, a dificuldade do autor provar a sua alegação, a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação e a própria urgência do caso descrito.

Na realidade, o magistrado deve, antes de se convencer da verossimilhança da alegação por meio da prova inequívoca, contrabalançar os direitos e interesses em jogo, para saber se vale a pena correr riscos ou se é melhor manter-se inerte.

O que tem que se ter em mente, no entanto, é que os julgamentos provisórios são sempre feitos com base em juízo de probabilidade, em que o risco é inerente ao julgamento, porque, como diz Marinoni, “é óbvio que não há efetividade sem riscos.”⁶¹

Assim, para que se torne efetiva a tutela jurisdicional e não dê força à ilegalidade capaz de acarretar prejuízos às partes, convém citar os ensinamentos de Silva que aduz: “se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência –, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.”⁶²

3.5 *Periculum in mora* e atos protelatórios do réu – pressupostos alternativos

⁵⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 564.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada**: aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 195-196.

⁵⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual**: antecipação de tutela em ação de reparação de dano. Curitiba: Juruá, 1999. p. 50.

⁶⁰ MARINONI, A **antecipação da tutela**, 2000, op. cit., p. 164.

⁶¹ *Ibidem*, p. 205.

⁶² SILVA apud TEIXEIRA, op. cit, p. 142.

Além dos pressupostos concorrentes, que sempre deverão estar presentes para a concessão da tutela antecipada, devem também estar presentes um dos dois pressupostos a seguir analisados – por isso são chamados de pressupostos alternativos – que são o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu.

3.5.1 A tutela fundada em receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Trata-se da tutela antecipada preventiva ou assecuratória porque, como já dito, antecipa-se por segurança, por receio de que o pedido feito pelo autor pereça devido à demora da prestação jurisdicional.

Nessa linha de idéias, para que se conceda a tutela antecipada nesses casos, há necessidade de que o risco seja concreto, atual ou iminente e grave.

Não há um critério pré-determinado para sua concessão; deve o magistrado conduzir-se sempre pelo bom senso, baseado nas circunstâncias do caso concreto.

Quando se fala em dano irreparável logo se pensa em direito não patrimonial (direito à honra, por exemplo), mas é importante consignar que a irreparabilidade está presente tanto nos direitos não patrimoniais como nos direitos patrimoniais com função não patrimonial (por exemplo, a indenização necessária para amenizar a dor moral de uma vítima de erro médico) e também nos direitos estritamente patrimoniais quando, por exemplo, o réu/devedor está se desfazendo de seu patrimônio, que é a garantia do recebimento do crédito pelo autor/credor. Assim, para que o autor não tenha que propor ação pauliana ou requerer, incidentalmente, a declaração de fraude de execução, poderá requerer a antecipação da tutela nas obrigações de fazer ou não fazer.⁶³

3.6 A tutela fundada em abuso de direito de defesa

A prática tem mostrado que em regra o autor sempre pretende uma modificação da realidade enquanto o réu deseja a manutenção desta.

⁶³ O art. 461 do Código de Processo Civil prevê a antecipação da tutela nas obrigações de fazer ou de não fazer, caso em que a lei apenas fala em “justificado receio de ineficácia do provimento final” (é o caso da antecipação de tutela nas sentenças condenatórias). No Brasil são poucos os que admitem a antecipação da tutela nas ações de condenação em dinheiro. A jurisprudência italiana, por outro lado, com base no art. 700, do Código de Processo Civil italiano, admite a antecipação de pagamento de soma em dinheiro.

O réu, na maioria das vezes, aproveita da morosidade da justiça⁶⁴ para protelar a entrega do direito pleiteado pelo autor; é que para ele é mais conveniente entregar o bem da vida ao autor após a decisão final do que adimplir com pontualidade.⁶⁵

Aliás, essa conduta apenas beneficia o réu porque demorará mais para entregar o bem da vida ao autor.

Para jogar uma pá de cal nesses atos protelatórios do réu, o sistema processual civil, corroborado com os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação e da efetividade do processo, adotou a tutela antecipada não apenas nos casos de urgência (art. 273, I, do CPC), mas também para as hipóteses em que o réu manifestar condutas protelatórias ao bom andamento do processo.

Nesse último caso, há necessidade da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu e, é lógico, de que esse tenha condutas protelatórias.

O *abuso do direito de defesa* está intimamente ligado aos atos praticados pelo réu para se defender. Trata-se, portanto, de atos processuais, aqueles ocorridos dentro do processo. Por outro lado, o *manifesto propósito protelatório* são os comportamentos do réu fora do processo como, por exemplo, o não atendimento de diligência e a ocultação de prova.

3.6.1 A antecipação no caso de defesa infundada

No direito processual civil brasileiro a regra é que o ônus da prova repartir-se-á entre o autor e o réu. Enquanto para este incumbe provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II) para o autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I).

Se assim é, por que quando o autor prova o fato constitutivo (prova a razão) tem que esperar o “tempo que o réu achar necessário” para obter o bem da vida?⁶⁶

Nesses casos – em que o autor prova o seu direito – deve ser antecipada a tutela condicionada a não comprovação por parte do réu dos fatos extintivos modificativos ou impeditivos do direito do autor.⁶⁷

A antecipação fundamentada na defesa infundada só tem cabimento quando não

⁶⁴ Em decorrência da grande quantidade de feitos.

⁶⁵ RICCI, Edoardo. Il progetto rognoni di riforma urgente Del proceso civile. **Revista di Diritto Processuale**, p. 631, 1987.

⁶⁶ Ao autor não pode ser imposto o peso do tempo que serve apenas ao réu e, geralmente, é utilizado de forma protelatória. SCARSELLI, Giuliano. **La condonna com riserva**. Milano: Giuffrè, 1989. p. 511.

couber o julgamento antecipado da lide (art. 330), porque ela é justificada pelo tempo que o réu vai consumir para provar suas alegações e, sendo caso de julgamento antecipado da lide, não haverá oportunidade para o réu protelar o tempo com a produção das provas muitas vezes desnecessárias.

Caso contrário, a antecipação tem eficácia imediata à comprovação dos fatos alegados pelo autor desde que, é óbvio, preenchidos os demais requisitos, perdendo a sua eficácia se o réu demonstrar o contrário (causa resolutive da antecipação).

3.6.2 A tutela antecipada por meio da técnica monitória⁶⁸

A finalidade do processo monitório é a formação de um título executivo sem a necessidade do procedimento ordinário que, como é sabido, é muito longo, mormente nos casos em que o autor tem razão.

A tutela antecipada com base nessa técnica pressupõe a prova do fato constitutivo do direito do autor; defesa que exige dilação probatória e de embargos infundados.

Assim como a anterior, a defesa não pode ser fundada em prova documental, que demonstra de imediato o fundamento da defesa e sobre fatos incontroversos, já que ambos permitem o julgamento antecipado da lide, conseqüentemente sem necessidade de dilação probatória por parte do réu.

Essa técnica aproxima-se da anterior (baseada em prova infundada); contudo, nesse caso, é sempre exigida a prova do fato constitutivo, ao passo que a anterior está ligada à falta de controvérsia dos fatos constitutivos.

3.6.3 A antecipação fundada na não apresentação da contestação e no reconhecimento jurídico parcial do pedido

Essa antecipação da tutela tem o propósito de impedir que a defesa do réu protele, indevidamente, a entrega do bem da vida ao autor, já que os fatos tornaram-se incontroversos devido a não apresentação da contestação (art. 319) ou devido ao reconhecimento pelo réu de parcela dos pedidos do autor.

Assim, quando o autor pleiteia dois ou mais pedidos e o réu reconhece um deles ou apenas contesta sobre um deles, os demais tornar-se-ão incontroversos.

⁶⁷ MARINONI, A **antecipação da tutela**, 2000, op. cit., p. 148.

⁶⁸ Nome utilizado por MARINONI, A **antecipação da tutela**, 2000, op. cit., p. 150.

Nesses dois casos não seria justo que o autor tivesse que esperar o término do processo para ver algum de seus pedidos atendidos, já que despido de controvérsia.

Como diz Marinoni,⁶⁹ com muita inteligência e sabedoria, nesses casos é possível a antecipação da tutela, pois o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo; seria injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido.

Essa nova previsão veio corroborar com a efetividade da tutela jurisdicional porque o autor, que antes necessitava esperar a demora do processo para executar o seu direito estampado na decisão judicial, agora, estando diante de fato juridicamente incontroverso, poderá desde logo executá-lo.

No entanto, como adverte Marinoni, o simples fato do réu não apresentar contestação não tem o condão de ensejar a concessão da tutela antecipada. A não contestação deve ser considerada em face da defesa efetiva do réu⁷⁰ e sempre considerando o nexo causal entre os fatos alegados pelo autor e as provas existentes no processo e até mesmo a realidade social, isso porque o juiz pode considerar não provados fatos não contestados e até mesmo julgar o pedido improcedente.⁷¹

3.6.4 A antecipação da tutela por meio de julgamento antecipado de um ou mais dos pedidos cumulados

Essa antecipação tem cabimento quando um dos pedidos apresentados pelo autor está apto a ser julgado, ou porque diz respeito apenas à matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de provas (art. 330, I).

Nesses casos de julgamento antecipado da lide, a antecipação da tutela ocorrerá apenas em relação aos pedidos do autor em que é possível o julgamento antecipado. Os demais pedidos terão seus trâmites normais (produção de prova).

Para que ocorra a antecipação da tutela neste caso, é necessário que um dos pedidos esteja apto para julgamento e que outro pedido exija a dilação probatória.

⁶⁹ MARINONI, **A antecipação da tutela**, 2000, op. cit., p. 152.

⁷⁰ Id. **Tutela antecipada e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108.

⁷¹ REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, v. 74, n. 597, p. 199, jul. 1985.

Dinamarco,⁷² ao dissertar sobre o assunto, enfatiza que se o direito provável pode não admitir protelação, o direito incontrovertido, por razões óbvias, não deve ter a sua tutela postergada. Sendo assim, é possível antecipar a tutela mediante o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados.

3.6.5 A tutela antecipada por meio do julgamento antecipado de parcela do pedido

Um exemplo clássico que pode ser utilizado para essa espécie de antecipação de tutela ocorre quando o credor requer a condenação do devedor na importância de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e este, em contestação, alega que deve apenas R\$ 300,00 (trezentos reais). O autor, percebendo o caráter protelatório do réu, pode requerer a antecipação da tutela de apenas parcela do pedido que, nesse caso, seria a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Fundamenta-se a concessão da tutela nessa hipótese porque estando evidente parte do pedido do autor e não havendo necessidade de produção de provas, não seria justo ao autor ter que esperar o término do processo para obter o seu direito, que desde o início do procedimento é incontrovertido.

3.6.6 A antecipação no caso de abuso no direito de recorrer

Como é sabido, a regra no direito brasileiro é que a apelação é recebida em seu duplo efeito (art. 520 do Código de Processo Civil).

Nesse diapasão, o réu quando perdedor da ação tem sempre interesse em recorrer, uma vez que recebida a apelação em seu duplo efeito, os efeitos da sentença ficarão suspensos até decisão da apelação pelo tribunal, inibindo portanto a execução provisória (diversamente do direito italiano que tem como regra o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, cabendo portanto a execução provisória de todas as sentenças).

Assim, tendo em vista o tempo que o processo leva para chegar ao fim quando entra na segunda instância, o autor fica mais propício a fazer um acordo, sempre abrindo mão de grande parte de seu direito, o que conseqüentemente aumenta o interesse do réu em recorrer; não porque se sente prejudicado pela sentença de primeiro grau, mas apenas porque

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 302.

se recorrer os efeitos dessa sentença favorável ao autor ficarão suspensos até o final do julgamento do recurso (esse recurso tem nítido caráter protelatório).

Nesse sentido, nos casos em que o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado ou, ainda, se for contrário à súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, caberá a tutela antecipada, que deverá ser pleiteada pelo recorrido nas contra-razões do recurso de apelação.

Para Oliveira,⁷³ sob esse fundamento a tutela antecipada baseada no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil encontra seu campo maior de atuação. Isso porque com a prolação da sentença de primeiro grau ou quando o processo chega ao juízo de apelação poder-se-á aferir se está havendo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu.

Ademais, como já dito e lembrado pelo douto jurista, nessas hipóteses a antecipação afastará o efeito suspensivo do recurso, permitindo a execução provisória que nada mais é do que a realização prática do determinado provimento judicial recorrido.

3.7 Momento da antecipação

Assim como na hora de aferir o *quantum* a se antecipar, nesse momento o juiz também deve ficar adstrito ao princípio da menor restrição possível. Esse, aliás, é o entendimento de Zavascki.⁷⁴

O perigo de dano pode ser anterior ou ulterior ao ajuizamento, motivo pelo qual a doutrina classifica a antecipação da tutela em duas espécies – assecuratória e punitiva (ver 3.2).

Na realidade, a lei não impõe limite temporal à pretensão da tutela antecipada. Ao revés, impõe que o autor comprove a existência dos pressupostos concorrentes – prova inequívoca e verossimilhança da alegação (3.4) e os pressupostos alternativos – *periculum in mora* e atos protelatórios do réu (3.5).

Estando presentes os pressupostos legais, deverá o juiz conceder a antecipação da tutela independentemente da fase procedimental em que se encontra o processo, haja vista que essa concessão ocorre antes do momento normal (sentença, acórdão) em razão da urgência. Poderá ser concedida desde o despacho da inicial até em grau recursal, inclusive em ação rescisória.

⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 66, p. 204-205, mar. 1996.

Há momentos, todavia, em que a possibilidade de concessão da antecipação inspira controvérsias entre os juristas. Veja-se os casos que mais acirram contradições entre os processualistas:

3.7.1 Antes de ser ouvido o réu em juízo

Em regra, o juiz defere a antecipação após ouvir o réu mas, havendo necessidade – urgência –, poderá, excepcionalmente, concedê-la antes mesmo de ouvir o réu – liminarmente.⁷⁵

Nery Júnior⁷⁶ diz que a tutela antecipada pode ser concedida ouvindo ou sem ouvir o réu.

Adverte o brilhante processualista que, havendo receio de o réu tornar ineficaz a medida após sua citação ou se a urgência indicar a necessidade da concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera parte*, que não constitui ofensa mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

Ademais, nenhum artigo pode vedar a concessão da tutela só pelo fato de ainda não ter sido ouvido o réu, porque nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. Aliás a tutela de urgência não pode ser eliminada onde se faz necessária para evitar um prejuízo irreparável pelo simples fato de o réu não ter sido ainda ouvido.⁷⁷

Deve-se aplicar, analogicamente, a regra do art. 804 do Código de Processo Civil.⁷⁸

Por fim, sendo necessário, o magistrado poderá designar audiência de justificação prévia (art. 461, § 3.º, do Código de Processo Civil) para comprovação do alegado pelo autor.

Por obviedade, a concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte* só é possível no caso do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil.

⁷⁴ ZAVASCKI, op. cit., p. 80.

⁷⁵ A neutralização do *periculum in mora* é o escopo de todas as medidas cautelares, incluindo as antecipatórias – como a prevista no art. 273, inciso I – em que o juiz é colocado frente ao angustioso dilema: ou antecipa os efeitos da sentença e assim resguarda a razoabilidade futura do direito material invocado, ou simplesmente o direito perece. Referem tal escopo na Itália: PISANI, Proto. Sulla al invocado giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, p. 537, 1979; e MACHADO, op. cit., p. 56.

⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 58.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 60.

3.7.2 Na sentença

Moreira⁷⁹ defende a tese, quase que isoladamente, que a antecipação da tutela só pode ser deferida na ocasião de ser proferida a sentença.

Passos⁸⁰ considera que a razão de ser da tutela antecipada é possibilitar a execução provisória nos casos em que essa providência seria inadmitida tendo em vista os efeitos dos recursos (a regra no processo civil é a interposição do recurso de apelação, que normalmente é recebido no duplo efeito, impossibilitando assim a execução provisória do decidido em primeira instância).

Data máxima vênia, concorda-se com Moreira⁸¹ quando diz que esse entendimento não condiz com a letra da lei e, muito menos, com o objetivo do instituto que, de forma singela, é acabar com a *via crucis*,⁸² geralmente vivida pelo autor da demanda durante o tramitar do processo.

Para alguns doutrinadores, como Alvim⁸³ e Nery Júnior,⁸⁴ a tutela antecipada não pode ser deferida na sentença. Todavia outros doutrinadores como Zavascki⁸⁵, Theodoro Júnior⁸⁶ e Lopes⁸⁷ admitem a sua admissibilidade a qualquer tempo.

Como diz Lopes,⁸⁸ o art. 273 do Código de Processo Civil não estabelece qualquer restrição de ordem temporal para impedir que a providência possa ser tomada na sentença.

Ademais, o argumento de que a provisoriedade da tutela antecipada não combina com a definitividade da sentença não tem o condão de impedir sua concessão, mormente se

⁷⁸ “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória e ressarcir os danos requeridos pelo autor.”

⁷⁹ MOREIRA apud PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 205.

⁸⁰ PASSOS, op. cit., p. 205.

⁸¹ MOREIRA apud PASSOS, ibidem, p. 205.

⁸² Termo utilizado por LIPPMANN JÚNIOR, Edgard Antônio. Antecipação da tutela: utopia ou realidade. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 38, jan./mar. 1996.

⁸³ ALVIM, 1999, op. cit.

⁸⁴ “A medida pode ser concedida tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença [...] Proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão.” NERY JÚNIOR, op. cit., p. 58.

⁸⁵ ZAVASCKI, op. cit.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 94, p. 24-33, abr./jun. 1999.

⁸⁷ LOPES, João Batista Lopes. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 77.

⁸⁸ Ibidem, p. 77.

considerado que a sentença para ter eficácia fica condicionada a sua confirmação pelo tribunal, já que a apelação, em regra, é recebida em seu duplo efeito.

Nesse sentido, a concessão da tutela antecipada na sentença é muito viável ao autor que tem razão, que teve seu direito reconhecido judicialmente mas que, devido ao sistema arcaico existente, tem que ficar esperando por muitos anos, às vezes décadas, para que obtenha efetivamente seu direito.

Por outro lado, não se pode esquecer do problema procedimental que a concessão da tutela antecipada na sentença acarreta. Qual o recurso cabível contra a decisão que antecipa ou não a tutela antecipada? Agravo de instrumento ou apelação?

Aliás, é devido a esse problema procedimental que Marinoni,⁸⁹ que admite a antecipação a qualquer tempo, é contra sua concessão na própria sentença, porque, segundo ele, o recurso adequado para impugná-la é o agravo de instrumento, ficando portanto inadequada a sua impugnação via apelação. Para ele, o magistrado deverá concedê-la por meio de decisão interlocutória antes de proferir a sentença.

Não obstante esses respeitáveis entendimentos, segue-se o entendimento de Zavascki,⁹⁰ segundo o qual a antecipação da tutela pode ser concedida na própria sentença, porque em momento algum a legislação prevê expressamente o contrário. Ademais, o recurso é que se deve adequar ao ato procedimental sob pena desses novos institutos processuais – tutela de urgência que visam maior celeridade processual – tornarem-se inócuos.

3.7.3 No processo de execução

A antecipação da tutela, entende-se, caberia na ação de execução de sentença ou de título executivo extrajudicial, porquanto havendo interposição de embargos, sempre e em qualquer caso, o processo ficava suspenso (antigo art. 739, § 1.º, CPC), conseqüentemente os atos executivos ficariam sobrestados até o julgamento dos embargos.

Nesse diapasão, provando o embargado/exeqüente a urgência de seu direito, ou até mesmo a intenção protelatória do embargante, poderá o juiz conceder a tutela antecipada.

Hoje, com a introdução do art. 475-M, pela Lei n. 11.232 de 2005, a regra é que a impugnação (e não mais embargos) que se dará no próprio processo de conhecimento, no caso específico de execução de título executivo judicial, não tem efeito suspensivo.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**, 1996, op. cit., p. 61.

⁹⁰ ZAVASCKI, op. cit.

É possível, no entanto, que o magistrado atribua tal efeito se o executado provar que sua impugnação apresenta fundamentos relevantes e que o prosseguimento da execução poderá causar a ele grave dano de difícil reparação.

Fica portanto a suspensão do processo adstrita ao poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC), que será feita no mesmo processo de conhecimento.

Dessa forma, entende-se que a tutela antecipada somente tem cabimento nos casos de execução de título executivo extrajudicial, já que, em se tratando de título executivo judicial, a impugnação (e não embargos) não suspende por si só a execução do julgado.

3.8 A efetivação da tutela antecipada

O art. 273 do Código de Processo Civil prevê em seu § 3.º que a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos art. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A.

Verifica-se que essa alteração do art. 273 aumentou os meios para se possibilitar a efetivação do cumprimento da decisão que determinou a antecipação.

As medidas coercitivas que eram previstas apenas no art. 461, agora, de forma expressa, encontram previsão no art. 273 do Código de Processo Civil. As medidas coercitivas, entre elas a multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, poderão ser concedidas de ofício pelo juiz ou a requerimento do autor, ao conceder a tutela antecipada.

O art. 588 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei n. 10.444 de 2002, também foi modificado no sentido de proporcionar maior efetividade ao direito do credor. Assim, a nova lei centrou grandes cuidados na caução a ser prestada, em certos casos mitigando em boa medida a exigência e chegando a dispensá-la em casos de extrema necessidade (art. 588, § 2.º).

O § 2.º do art. 588 ressalva a possibilidade de execução provisória independente de caução, nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontre em estado de necessidade.

Ressalta-se que mesmo com essas alterações legislativas no intuito de acelerar a entrega jurisdicional àquele que tem razão, ainda se encontra na execução da tutela antecipada vicissitudes e asperezas implacáveis no cumprimento imediato das decisões judiciais. Por tal

motivo o cumprimento da ordem judicial às vezes se frustrará, mesmo que o credor tenha ao seu alcance medidas de caráter coativas.

É por esse motivo que o provimento antecipatório, quando em virtude da sua natureza exige execução, compartilha as dificuldades comuns ao cumprimento de toda e qualquer decisão judicial, ou seja, sua inefetividade.

O sistema jurídico dos países anglo-saxônicos resolveu a questão do eventual descumprimento da *injunction* por meio de enérgico expediente.

Com efeito, o meio mais eficiente encontrado para induzir as partes e terceiros à obediência, consiste desde a imposição de multas até em ordem de prisão de natureza penal.

No sistema jurídico nacional tem-se pensado também não apenas na tutela jurisdicional executiva como resultado mas sim como meios tendentes à sua consecução, ou seja, de nada adiantaria ter um *título executivo* se não conseguir obter o direito ali descrito.

Dessa forma, o legislador brasileiro, seguindo a orientação do direito anglo-saxônico, prevê também as medidas de coerção indireta para persuadir o executado/devedor a cumprir a obrigação estampada nas decisões judiciais.

Referidas medidas coercitivas recaem sobre o patrimônio ou sobre a pessoa do réu, como a multa e a expedição de ordem judicial que, se não for cumprida, pode ensejar a prisão penal do réu por crime de desobediência. Essas medidas coercitivas são aplicáveis tanto na execução de obrigação de fazer fungíveis como nas infungíveis.

A multa não tem caráter indenizatório, uma vez que se trata de meio de coerção para fazer com que o réu cumpra a obrigação imposta pelo juiz. Tendo essa natureza (coerção) o valor da multa não se limita ao valor da obrigação principal, podendo ser aplicada por dia ou qualquer outro período fixo.

Se o juiz verificar que a multa não teve o condão de persuadir o réu a cumprir a obrigação judicial, poderá modificar o seu valor, bem como a medida executiva que está sendo realizada (art. 461, § 5.º, CPC).

É importante salientar que a multa aplicada liminarmente ou em qualquer outro momento pode ser exigida de imediato, ou seja, executa-se imediatamente, não sendo necessário esperar a sentença para ser exigível.

Por outro lado, a concomitante e paralela imposição de multa (*astreinte*) prevista no art. 461, § 3.º, esbarra em sério obstáculo, próprio dessa técnica de pressão psicológica para induzir ao cumprimento – os derivados das condições financeiras do réu –, uma vez que a multa torna-se inútil se a pessoa não dispõe de patrimônio apto a suportar seu pagamento.

Em relação à prisão de natureza penal, que pode ser ordenada quando o réu não cumprir a ordem judicial, todos sabem, a exemplo da prisão civil por descumprimento de obrigação de caráter alimentar, que essa sanção constitui ameaça ineficaz para o alcance do cumprimento da decisão judicial, porque muito embora o réu seja penalizado, ele continuará inerte na sua obrigação, qual seja, atender à ordem judicial.

Percebe-se, então, que mesmo com a imposição dessas medidas coativas, muitas vezes o direito do autor não será almejado, ou seja, a tutela jurisdicional será ineficaz.

3.8.1 O pedido de cominação de multa

O art. 287, alterado pela Lei n. 10.444 de 2002, anuncia que:

Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4.º, e 461-A).

Ampliaram os casos de execução indireta, ou seja, os meios coercitivos para que o réu faça ou deixe de fazer alguma coisa nas hipóteses de obrigações de prestar ato ou entregar coisa, que poderá inclusive ser imposta de ofício, conforme previsto no art. 461, § 4.º.

Houve também uma substituição da expressão “prestar fato que não possa ser realizado por terceiro” por “prestar fato”, o que demonstra que as obrigações de fazer fungíveis devem ser abrangidas pela norma legal.

A nova lei possibilita a aplicação do art. 287 nas decisões de antecipação de tutela, procurando dar maior efetividade no que tange à preventividade.

3.9 Antecipação e reversibilidade

O § 2.º do art. 273 do Código de Processo Civil prescreve que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

Irreversibilidade é um conceito vago e indeterminado, que o juiz deverá analisar em cada caso especificamente.

Será reversível a medida nos casos em que será possível, mesmo com a revogação da decisão que deferiu a tutela antecipada, a recomposição integral da situação fática anterior

ao seu deferimento, ou seja, o retorno ao *status quo ante*. Por outro lado, será irreversível quando o retorno ao estado anterior à antecipação não for possível.

Percebe-se, dessa forma, que o que deve ser reversível ou o que não pode ser irreversível, para que a tutela possa ser antecipada, é a situação criada pelo provimento, ou seja, são os efeitos que o provimento produz e não a decisão propriamente dita, já que sempre se pode dizer o contrário do que foi dito antes.

Nesse sentido, segundo norma expressa da legislação processual, a antecipação da tutela apenas será possível nos casos em que não houver perigo de irreversibilidade.

Como se sabe, é impossível ou pouco provável que exista caso em que esse perigo não se apresente e mesmo assim o deferimento da medida é de rigor.

Faz-se necessária, mormente nesses casos, uma relativização da norma para atender situações excepcionais em que sua aplicação *ipsis literes* implicaria sacrifício da própria tutela jurisdicional.

Deve-se aplicar, nesses casos, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o magistrado estando diante de dois interesses colididos – o direito provável do autor em risco de lesão e o interesse do réu que em caso de concessão da medida terá seu direito violado, ao menos em tese – deverá dar prevalência ao que ostentar maior relevo. Assim, entre um direito fundamental da pessoa humana e um direito patrimonial, deverá o magistrado sacrificar este em benefício daquele, mas nunca deverá desconsiderá-lo.

Por último, é bom lembrar que a decisão que antecipa os efeitos da tutela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 272, § 4.º, CPC), cujo efeito será imediato e *ex tunc*, salvo raríssimas exceções, como nos casos de alimentos provisórios, em que o efeito é *ex nunc*, com o propósito de salvaguardar o bem jurídico que foi protegido devido a sua maior relevância.

Assim, revogada a medida, as coisas restituir-se-ão ao estado anterior a sua concessão, sendo que os danos serão apurados e executados em ação autônoma.

CAPÍTULO IV

COISA JULGADA – BREVES CONSIDERAÇÕES

4.1 Conceito

O Decreto-Lei n. 4.657/42, Lei de Introdução do Código Civil de 1916, em seu art. 6.º, § 3.º, estabelece que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial que não caiba mais recurso.”

A sentença torna-se imutável pelo juiz que a prolatou com a sua publicação no Diário Oficial, salvo nas hipóteses do art. 463, I e II, do Código de Processo Civil.⁹¹

Muito embora não possa mais o juiz prolator da sentença alterá-la, poderá a mesma ser impugnada dentro do mesmo processo pelos recursos previstos no Código de Processo Civil e legislações aplicáveis à espécie.

⁹¹ Art. 463. “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.”

Assim, após o julgamento do último recurso cabível ou após o decurso do prazo para a sua interposição, a sentença tornar-se-á imutável, adquirindo, conseqüentemente, autoridade de coisa julgada.

Como diz Nery Júnior,⁹² o recurso retarda a ocorrência do trânsito em julgado e, nos casos dos recursos com efeito suspensivo, o que se suspende não é a coisa julgada – que ocorrerá mais dia menos dia – mas sim os efeitos da sentença recorrida que, enquanto pendente de julgamento do recurso, será desprovida de executoriedade imediata.

Enquanto a imperatividade se manifesta em relação às partes cuja sentença foi pronunciada (partes do processo), a imutabilidade incide em relação ao processo e principalmente quanto aos poderes do juiz (art. 474, CPC). Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide).⁹³

Para Carnelutti,⁹⁴ a força ou eficácia da coisa julgada também se traduz nesses dois efeitos fundamentais: a imperatividade e a imutabilidade.

Assim, esgotados todos os recursos cabíveis, a decisão judicial tornar-se-á imutável dentro do processo em que foi prolatada. E a partir desse momento, a sentença passa a ter executoriedade definitiva, vez que operou o seu trânsito em julgado em decorrência da coisa julgada.⁹⁵

Ao mencionar sobre a coisa julgada não se poderia deixar de citar a divergência existente entre os estudiosos do direito sobre a sua conceituação.

Como se sabe, existe hoje na doutrina uma corrente que identifica a coisa julgada como o conteúdo da sentença e outra como efeito ou qualidade da sentença.

Segundo Liebman,⁹⁶ a coisa julgada é uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença, já que não pode ser visto como um efeito autônomo da sentença. Indica, a bem da verdade, a forma como certos atos se exteriorizam, a sua força, a sua autoridade.

De acordo com esse entendimento o conteúdo e os efeitos da sentença tornam-se imutáveis.

Por outro lado, a Lei de Introdução do Código Civil, em seu art. 6.º, § 3.º, identifica a coisa julgada com a própria sentença, ou seja, por essa lei a coisa julgada é a decisão judicial em que não caiba mais recurso.

⁹² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 180.

⁹³ SILVA, Bruno Freire e. **Ação rescisória**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 25.

⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 74.

⁹⁵ CARNELUTTI, **Sistema de direito processual**, 2000, op. cit., p. 414.

Data venia, esse entendimento é impróprio, já que define a coisa julgada pelo momento de sua formação.

Silva,⁹⁷ por seu turno, admite que a coisa julgada não é um efeito da sentença, já que este pode ser desfeito pelas partes a qualquer momento, mas sim uma qualidade que se soma à sentença e não ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, mas apenas o efeito declaratório.

Ao revés, existe uma parte da doutrina, encaminhada por Moreira,⁹⁸ que entende ser a coisa julgada uma situação jurídica que se opera sobre o conteúdo da sentença; este sim se tornará imutável.

A coisa julgada é um instituto que tem como finalidade estender os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro.⁹⁹ Portanto, a coisa julgada, entende-se, é um efeito da sentença.

Pretende-se, com a coisa julgada, zelar pela segurança extrínseca das relações e negócios jurídicos; este é o fundamento político do instituto.

O princípio da segurança jurídica é essencial ao Estado Democrático de Direito porque primeiro visa à estabilidade das decisões dos poderes públicos, que não poderão ser alteradas, salvo se algo de muita relevância ocorrer, mas mesmo assim deverá ser feito por meio de procedimentos legalmente autorizados (ex. art. 485, CPC), e segundo porque visa à previsibilidade das decisões por parte dos jurisdicionados.¹⁰⁰

Neves,¹⁰¹ com muita propriedade, diz que a coisa julgada desempenha função dupla. De um lado define vinculativamente a situação jurídica das partes e, de outro, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia.

Por fim, salienta-se que a coisa julgada é um fenômeno exclusivo da jurisdição.¹⁰² Apenas a atividade jurisdicional é capaz de produzi-la; a legislativa, a executiva

⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 5.

⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 496-498.

⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 146.

⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipótese de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 252.

¹⁰¹ NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 489.

¹⁰² SILVA, 1998, op. cit., p. 485.

e a administrativa não têm esse poder. Por isso Couture¹⁰³ a define como atributo da jurisdição.¹⁰⁴

4.2 Espécies – coisa julgada formal e coisa julgada material

Segundo Santos, coisa julgada formal “consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos.”¹⁰⁵

Nesse sentido, há coisa julgada formal¹⁰⁶ quando a sentença apenas se torna imutável no âmbito do processo em que foi proferida, apenas entre as partes que compuseram a lide, ou porque decorreu o prazo para a interposição de recurso ou porque, tendo sido interposto o recurso cabível, esse não foi conhecido ou, se conhecido, não foi provido e contra o acórdão proferido nesse recurso não cabe mais recurso.

No entanto, não há impedimento que em outro processo seja proferida outra decisão sobre o mesmo objeto, uma vez que a sentença apenas torna-se imutável no mesmo processo.

Na realidade, é a impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença/acórdão que acarreta a coisa julgada formal.¹⁰⁷

Por outro lado, a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos da sentença dentro e fora do processo em que esta foi proferida, não podendo mais ser reexaminada por qualquer juízo ou tribunal, adquirindo força de lei entre as partes e perante todos os órgãos jurisdicionais.

A bem da verdade, a coisa julgada material é um *plus* que se junta à coisa julgada formal impedindo que a questão volte a ser discutida em futuros processos.¹⁰⁸

¹⁰³ COUTURE apud SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Coisa julgada: direito facultativo ou imperativo? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, p. 23, jul./set. 1999.

¹⁰⁴ Talamini assevera que a coisa julgada não é inerente à atividade jurisdicional, mas ao contrário, a atividade jurisdicional é a única compatível com a coisa julgada. TALAMINI, op. cit., p. 48.

¹⁰⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 424.

¹⁰⁶ Para Silva, coisa julgada formal é a “estabilidade relativa, através da qual, uma vez proferida a sentença e exauridos os possíveis recursos contra ela admissíveis, não mais poderá modificá-la na mesma relação processual, dá-se o nome de coisa julgada formal, por muitos definidos como preclusão máxima, na medida em que encerra o respectivo processo e as possibilidades que as partes teriam, a partir daí, de reabri-lo para novas discussões, ou para os pedidos de modificação daquilo que fora decidido. É o que se denomina princípio da inalterabilidade do julgamento.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 485.

¹⁰⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 501.

¹⁰⁸ GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcellos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede de ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99.

Como prelecionado por Miranda, “qualquer sentença, com eficácia de coisa julgada material, é, necessariamente, sentença de eficácia de coisa julgada formal, porque a materialidade eficaz é *plus*.”¹⁰⁹

Finalizando, a coisa julgada formal é inerente a todo tipo de sentença enquanto a material se dá apenas naquela em que o mérito é discutido.¹¹⁰

4.3 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Dispõe o art. 472 do Código de Processo Civil que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros,” assentando assim os limites subjetivos do instituto e apontando principalmente quais são as pessoas que não podem fugir de sua força vinculante e conseqüentemente não podem mais reabrir a discussão ali já decidida.¹¹¹

Por outro lado, o art. 468 do Código de Processo Civil define os limites objetos da coisa julgada quando prevê que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

Entende-se por limite objetivo da coisa julgada a parte da sentença que transitará em julgado, ou seja, a parte da sentença que não poderá mais ser discutida em juízo, salvo exceções legais.

Na doutrina brasileira, a autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos ali decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos.¹¹²

Nesse diapasão os motivos da sentença não são objetos da coisa julgada mas devem ser considerados para entender o verdadeiro alcance da decisão.

Liebman adverte que:

É exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendido e sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a fase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura tenha considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois,

¹⁰⁹ MIRANDA, op. cit., p. 104.

¹¹⁰ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 21, p. 80, jan./mar. 1981.

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada. Ação declaratória seguida de condenatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 81, jan./mar. 1996.

¹¹² BATISTA, Paula apud LIEBMAN, op. cit., p. 55.

excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar o alcance do dispositivo.¹¹³

Nessa ordem de idéias o artigo 469 do Código de Processo Civil prevê que não fazem coisa julgada: 1) os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; 2) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; 3) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Conforme Assevera Yarshell:

Dizer que o objeto da rescisão é a parte dispositiva da sentença não significa dizer que o vício deva residir na própria sentença, podendo ser anterior a ela. E, sendo assim, é muito provável que o vício tenha natureza processual, uma vez que, no curso do processo, é escassa a possibilidade da resolução de questões de mérito. Isso, contudo, não obsta à rescisória, porque o que a justifica, como se verá, é a aptidão da sentença transitada em julgado de projetar efeitos para fora do processo (ser 'de mérito,' na dicção do *caput* do art. 485).¹¹⁴

Por seu turno o limite subjetivo da coisa julgada significa que a imutabilidade vale somente entre as partes que figuraram no processo, salvo hipóteses previstas nas ações coletivas, cujo tema será tratado abaixo.

4.4 Breves considerações sobre a coisa julgada nas ações coletivas

Os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas são bem diversos no sistema brasileiro.

Entre nós as pessoas legitimadas para o ajuizamento de ações coletivas são determinadas pela lei (Lei de Popular, Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor), ou seja, tem-se um sistema legal e não judicial, muito embora possa o juiz aferir a legitimidade ou não do autor da ação.

Esse critério, a bem da verdade, foi estabelecido tendo em vista a pouca informação disponível pelo povo brasileiro, aliado ao baixo nível cultural de nossa população que, caso assim não fosse, certamente seria penalizada.

¹¹³ THEODORO JÚNIOR, 1996, op. cit., p. 90.

¹¹⁴ YARSHELL, Flávio Luis. **Ação rescisória**: juízos rescidente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129.

Ademais, é de nossa tradição, desde a edição da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), o regime dos limites subjetivos da coisa julgada *secundum eventus litis e in utilibus*.

Nos casos de interesses difusos ou coletivos, portanto dos interesses indivisíveis, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a eficácia *erga omnes* do julgado, seja favorável ou desfavorável, estabelecendo apenas a inexistência de coisa julgada material nos casos de improcedência por falta de provas (art. 103, I e II, do CDC, aplicável à LACP, por força do art. 117 do CDC). Idêntica regra é seguida pelo art. 18 da Lei da Ação Popular.

Essa regra, entretanto, não prejudica os interesses individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe, porque o § 1.º do art. 103 faz expressamente essa ressalva.

Dessa forma a coisa julgada material operada no caso de improcedência atinge apenas o autor e os demais legitimados para a ação coletiva (art. 82 do CDC)¹¹⁵ mas não impede o acesso individual em juízo pelos integrantes daquela coletividade atingida pelo ato danoso, ainda que o fundamento jurídico da decisão que rejeitou o pedido seja outro, que não o da insuficiência de provas.

Ao revés, se o pedido na ação coletiva for julgado procedente, as pessoas poderão, individualmente, se beneficiar do resultado dessa demanda, liquidando neste feito o valor a que tiverem direito (art. 98 do CDC) para, em seguida, promover a execução.

Percebe-se claramente que o Código de Defesa do Consumidor adotou a regra *secundum eventum litis e in utilibus*, ou seja, somente há benefícios; nunca malefícios, salvo, é claro, a hipótese do art. 104 do mesmo código.¹¹⁶

4.5 Relativização da coisa julgada

Conforme mencionado em linhas precedentes, a coisa julgada visa a estabilizar as relações jurídicas, com o escopo de garantir a paz social e a convivência entre seus membros (estabilidade/previsibilidade).

¹¹⁵ Salvo nos casos de improcedência por falta de provas.

¹¹⁶ Art. 104 do CDC: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for

Essa garantia é assegurada pela Constituição Federal, mais especificamente em seu art. 5.º, inciso XXXVI, e disciplinada pelo Código de Processo Civil, no art. 467 e seguintes.

Dessa forma, uma vez atingido o estágio da coisa julgada, a eficácia da sentença supera qualquer problema do plano da validade ou da justiça do decisório.¹¹⁷

A coisa julgada, no entanto, não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação do Poder Judiciário.¹¹⁸

Por conta disso, poderão ocorrer hipóteses em que a decisão transitada em julgado possua um vício muito grave, esteja em desacordo com o direito, violando a ordem jurídica, ou porque o direito foi aplicado de modo equivocado ou porque foi concebido erroneamente um fato sobre o qual incidiria a lei correta.

Nesses casos haverá a aplicação incorreta da lei, o que, de certa forma, violará o princípio constitucional do direito de ação, que prevê que todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada que, segundo Dinamarco,¹¹⁹ nada mais é do que a obtenção a ordem jurídica justa.

Nessas hipóteses, portanto, será admitida a ação rescisória como remédio processual extremo para fins de atacar a sentença viciada transitada em julgado.

Segundo Dantas, nestas hipóteses a coisa julgada deve ser analisada em face dos princípios da moralidade pública e da legalidade.

Diz ele:

É perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em algum ou todos os casos. O que a Carta Política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a cada caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso [...] Repito, para clareza: sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade.¹²⁰

E conclui:

requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 164, jul./set. 1995.

¹¹⁸ TALAMINI, Op. cit., p. 38.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 maio 2006.

¹²⁰ DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 29.

[...] é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. **A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente legítimos, que a Constituição repudia.** Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.¹²¹ (grifo nosso)

Não há como não se curvar a essa idéia quando se está diante de decisões contrárias à lei e princípios, bem como calcadas em erros gritantes porque, como dito pelo ministro, não se consegue imunizar efeitos que violem a ordem jurídico-constitucional.

Nessa linha de idéia, Dinamarco¹²² diz que a intenção não é minar imprudentemente o instituto da coisa julgada para tornar regra geral a sua infringência mas, ao contrário, pretende apenas, com essa relativização, afastar absurdos, injustiças e fraudes à Constituição em situações excepcionais.

Para que se limite a exceção, faz-se necessária a utilização do critério da proporcionalidade, haja vista a existência dos conflitos constitucionais – segurança jurídica e do acesso à ordem jurídica justa (direito de ação) – para se estabelecer quais os valores em conflito deverão prevalecer (tema que se verá adiante).

CAPÍTULO V

AÇÃO RESCISÓRIA

5.1 Conceito e natureza jurídica

¹²¹ Ibidem, p. 30.

¹²² DINAMARCO, 2006, op. cit., p. 67.

A ação rescisória é de competência originária dos tribunais, cuja finalidade é a desconstituição de uma decisão de mérito transitada em julgado, ensejando novo julgamento da causa originária.

Tem a ação rescisória natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, por meio da qual se impugna uma decisão judicial em outro processo. Trata-se, portanto, de ação constitutiva negativa ou desconstitutiva.¹²³

Em sua origem no direito italiano a *querella nulitatis* era o modo autônomo¹²⁴ que o *ofendido* tinha de se rebelar contra o *error in procedendo*.¹²⁵ Na verdade, esse instituto surgiu no direito visigótico, que nada mais era do que a ação contra o juiz suspeito, bem assim o remédio jurídico contra a sentença injusta.¹²⁶

No atual contexto do direito brasileiro, consiste no uso de ação própria – impugnativa – como forma de sanar qualquer *error in iudicando*.

Palaia definiu muito bem a natureza da ação rescisória, quando diz que:

[...] a ação rescisória é uma ação de natureza constitutiva negativa (ou desconstitutiva), podendo, no caso de cumular pedido de nova decisão, ser classificada com dupla natureza, sendo esta decisão da mesma natureza que se atribuía à sentença rescindida substituída. Por outro lado, se o pedido ou pedidos forem rejeitados, julgando-se improcedente a ação, tal sentença, nesse caso, será de natureza meramente declaratória.¹²⁷

5.2 Objeto

O objeto da ação rescisória é a sentença de mérito,¹²⁸ aquela em que o juiz acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor, decidindo imperativamente na qualidade de

¹²³ MIRANDA, 1998, op. cit., p. 152.

¹²⁴ Mas não por ação e sim por simples *imploratio officii iudicis*. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 5, p. 91.

¹²⁵ MIRANDA, 1998, op. cit., p. 83.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 83.

¹²⁷ PALAIA, Nelson. **Ação rescisória e os vícios da sentença**. [s.d.] Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, [s.d.]. p. 48.

¹²⁸ O art. 485 do Código de Processo Civil prescreve que “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando [...]. No direito anterior, era possível rescindir decisões não definitivas, ou seja, as que não julgavam o mérito.

representante do Estado¹²⁹ (não se pode olvidar que os acórdãos que julgam o mérito das causas de competência originária dos tribunais também são objetos de ação rescisória).¹³⁰

As sentenças de mérito correspondem às sentenças definitivas, que têm uma dupla função: definem a questão principal e põem fim ao processo.

O art. 269 do Código de Processo Civil arrola as hipóteses de extinção do processo com julgamento de mérito. Aliás, esse artigo serve de interpretação ao art. 485, *caput*, no qual reaparece o vocábulo “de mérito.”¹³¹

O critério inicial e decisivo para aferir sobre a rescindibilidade ou não de uma sentença se baseia na aptidão desta adquirir a autoridade de coisa julgada. Havendo essa possibilidade, independentemente da natureza da ação, essa será passível de rescindibilidade, é óbvio, se preenchidos os demais requisitos.

Um ponto que costuma suscitar dúvidas, diante da omissão da lei processual, é o cabimento de ação rescisória contra as decisões interlocutórias.

Como é sabido, existem decisões interlocutórias que têm natureza de sentença por se tratarem do mérito da causa, apesar de serem recorríveis por meio do recurso de agravo de instrumento ou retido.

Nestes casos entende-se que cabe a ação rescisória já que, para seu cabimento, o que importa é o conteúdo da decisão (de mérito).

Portanto, tratando-se de decisão de mérito, ainda que não seja final, porém capaz de projetar efeitos externos ao processo e disciplinar relações jurídicas entre as partes, tal julgamento poderá ser rescindido via ação rescisória.¹³²

Esse posicionamento aplica-se aos acórdãos proferidos em agravo de instrumento, como bem lecionado por Bermudes, quando diz:

Acrescenta-se, *ex abundatía*, que, na espécie, é absolutamente irrelevante o fato de os acórdãos, cuja rescisão se busca, terem sido proferidos em agravo de instrumento. No processo de falência que, decidida uma questão de fundo, prossegue para a solução de outras, o agravo de instrumento é o recurso com que se impugnam decisões de mérito (aliás, tal relevância podem assumir as questões objeto de agravo no processo falimentar, que o legislador, no parágrafo primeiro, do art. 207, da lei específica, admitiu a

¹²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 72.

¹³⁰ FURTADO, Fabrício Adroaldo. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 58, p. 23, abr./jun. 1990.

¹³¹ Tem-se entendido incabível a ação rescisória contra decisão de jurisdição voluntária (não se decide o mérito, porque não se tem lide, que é o conflito de interesses). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 86.348. 6 de junho de 1978. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 15, n. 94, p. 677, nov. 1991.

¹³² SILVA, 2005, op. cit., p. 71.

sustentação oral na sessão de julgamento desse recurso). Nada obsta, por isso, a que se rescindam acórdãos proferidos em agravo de instrumento.¹³³

Portanto, embora o art. 485 do Código de Processo Civil diga respeito apenas à sentença que, desde muito, estendia os efeitos aos acórdãos, hoje há entendimento, ao qual este estudo se filiou, de que cabe ação rescisória contra as decisões interlocutórias que tenham adentrado no mérito da causa.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência dominante dos tribunais. Vejamos:

Em princípio, as decisões proferidas em agravo de instrumento não examinam o mérito da questão, o que constitui, em tese, óbice previsto no art. 485 do CPC ao cabimento de rescisória. Contudo, se a decisão proferida constitui autêntico exame de mérito, de forma que, deferida ou indeferida a preensão, não resta outra providência, pondo o *decisium* fim ao processo, contra ele cabe, evidentemente, Ação Rescisória.¹³⁴

A bem da verdade, o elemento decisivo para que caiba desconstituição por ação rescisória, além, é claro, do trânsito em julgado, é o conteúdo da decisão (de mérito), ou seja, o que determina a possibilidade de um ato ser cassado pela via rescisória é a circunstância do mesmo apreciar o mérito ou, de alguma forma, prover sobre o bem da vida efeitos substanciais para fora do processo.¹³⁵

5.3 *Judicium rescindens e judicium rescissorium*

Trata-se das duas etapas do julgamento do mérito no âmbito da ação rescisória.

Enquanto o juízo *rescindens* refere-se à admissibilidade da ação rescisória (verificação da admissibilidade, exame do pedido de rescisão no mérito em que o tribunal decide rescindir ou não a sentença impugnada) o juízo *rescissorium* refere-se ao julgamento da matéria que por ela foi decidida.¹³⁶

Na verdade, só se passa à segunda fase após o exame da primeira, aquela fica condicionada a esta. Todavia, nem sempre haverá a segunda, porque o juízo rescindente pode

¹³³ BERMUDEZ apud SILVA, 2005, op. cit., p. 71-72.

¹³⁴ SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. 1.º Grupo de Câmaras. Ação Rescisória n. 380.002. Relator: juiz Bruno Netto. 10 de agosto de 1998. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 634, p. 92, ago. 1988.

¹³⁵ YARSHELL, 2005, op. cit., p. 192.

ser suficiente para o interesse da parte autora da ação rescisória, aliás o autor não está proibido de pedir somente o juízo rescindente.

5.4 Pressupostos processuais

A doutrina classifica os pressupostos da ação rescisória em genérico e específico. O primeiro é a existência da sentença de mérito transitada em julgado; o segundo é o enquadramento em alguma das hipóteses elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil.

Teixeira¹³⁷ inclui, além desses pressupostos, o não decurso do prazo decadencial de dois anos, conforme regra prevista no art. 485 do Código de Processo Civil.

5.4.1 Pressuposto genérico

Conforme dito anteriormente, o pressuposto genérico de admissibilidade da ação rescisória é o trânsito em julgado da sentença de mérito (o termo decisão de mérito utilizado pelo código engloba tanto a sentença de mérito como o acórdão que tenha se pronunciado sobre o mérito).¹³⁸

Uma sentença transita em julgado quando sobre ela não é mais possível interpor recurso, ou porque não cabe (todos os recursos cabíveis já foram interpostos) ou porque a parte prejudicada perdeu o prazo para interpô-lo.

Dessa forma, para a sua admissibilidade não se faz necessário que se tenham utilizado todos os recursos cabíveis contra ela.¹³⁹

É importante salientar que se contra a sentença foi interposto recurso, essa apenas transitará em julgado no caso do órgão *ad quem* deixar de conhecer o recurso porque se este conhecer o recurso a decisão impugnada jamais transitará em julgado; ou será anulada ou substituída pelo julgamento de grau superior. Daí dizer que nunca terá cabimento ação rescisória contra sentença da qual interpôs recurso conhecido.¹⁴⁰

¹³⁶ MOREIRA, 1995, op. cit., p. 184.

¹³⁷ TEIXEIRA, op. cit., p. 260.

¹³⁸ Incluem-se os acórdãos que julgarem o mérito de causas de competência originária dos tribunais; os referentes às causas submetidas ao duplo grau obrigatório de jurisdição; os acórdãos proferidos no julgamento de recursos atinentes ao mérito de outras causas, desde, é lógico, que conhecendo do recurso tenha havido reforma ou a manutenção da decisão de grau inferior.

¹³⁹ Esse é o teor da Súmula 574, do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁰ MOREIRA, 1995, op. cit, p. 105.

5.4.2 Pressuposto específico

A princípio, o rol do art. 485 do Código de Processo Civil é taxativo, ou seja, apenas nas hipóteses ali elencadas poder-se-ia falar em ação rescisória, até como forma de garantir a estabilidade da coisa julgada material, ou melhor, das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Todavia, a doutrina mais moderna, acompanhada da jurisprudência, vem mitigando o rigor desse rol como forma de admitir a ação rescisória em outras hipóteses que não aquelas abrangidas por este rol.

Nesse sentido, Teixeira¹⁴¹ já admitiu a rescisória para a apreciação de ato viciado e até mesmo para efeito de rescindir partilha judicial que, como é sabido, trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, que não sofre os efeitos da coisa julgada material.

Passa-se a analisar cada hipótese elencada no art. 485, do Código de Processo Civil.

5.4.2.1 Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

São figuras típicas do direito penal previstas nos arts. 319,¹⁴² 316,¹⁴³ e 317¹⁴⁴ desta lei.

Tratando-se de pressuposto para a propositura da ação rescisória, a lei processual civil não exige que tenha havido condenação criminal ou que tenha sido proposta a ação penal; o juízo da ação rescisória é quem vai decidir se efetivamente ocorreu qualquer dessas hipóteses.

É necessário esclarecer que se a decisão rescindenda provier de órgão colegiado, será preciso analisar se o voto do juiz infrator teve relevância na decisão, porque a simples participação do juiz infrator no julgamento da causa por si só não tem o condão de servir de pressuposto para futura ação rescisória.

¹⁴¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 260-79.

¹⁴² Art. 319 do CP: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal [...]”

¹⁴³ Art. 316 do CP: “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[...].”

¹⁴⁴ Art. 317 do CP: “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 [...]”

Assim, se o seu voto for vencido, se não influenciou no resultado, deve-se aplicar o princípio geral de que não há nulidade sem prejuízo. Por outro lado, se o voto do juiz infrator, de qualquer forma, influenciou no resultado da demanda, ainda que o desfecho continuasse o mesmo, serve de pressuposto para a propositura da ação rescisória.

5.4.2.2 Impedimento ou incompetência absoluta

O art. 134 do Código de Processo Civil prevê os casos de impedimento do juiz que, existindo, enseja a nulidade da sentença, se anterior ao trânsito em julgado, ou sua rescisão, se posterior ao seu trânsito.

É relevante esclarecer que apenas nos casos de impedimento do juiz torna-se possível eventual propositura de ação rescisória; em casos de suspeição de magistrado (art. 135, do CPC) a propositura dessa ação fica vedada.¹⁴⁵

Ademais, só será possível a propositura da ação rescisória quando o impedimento do magistrado existir no momento em que este (magistrado impedido) estiver proferindo a sentença; se a causa do impedimento existir antes ou depois do proferimento da sentença não servirá de pressuposto para a ação rescisória, pelo menos com base neste pressuposto.

No que diz respeito à incompetência, somente a absoluta constitui causa para a rescindibilidade, desde que, é óbvio, após o trânsito em julgado da sentença, porque, se antes, será causa de nulidade.

Tratando-se de incompetência relativa, se o interessado não a declinar no prazo legal, por meio de exceção de incompetência (art. 112 do CPC), ter-se-á como prorrogada a sua competência (art. 114 do CPC), desaparecendo conseqüentemente seu vício.

Por fim, em se tratando de decisão proferida por órgão colegiado, aplica-se o princípio de que não há nulidade sem prejuízo.

5.4.2.3 Dolo da parte vencedora

Este motivo de rescisão ocorre quando a parte vencedora, faltando o dever de

¹⁴⁵ No direito anterior, havia entendimento de que tanto nos casos de impedimento como nos casos de suspeição do juiz (hipóteses previstas no art. 185 fundamentavam a suspeita da imparcialidade do juiz) caberia a ação rescisória. Com o advento do Código Processual de 1939 nenhuma dúvida mais pairou sobre o tema, já que a lei é clara em dizer que apenas os casos de impedimento do magistrado têm o condão de rescindir o julgado.

lealdade e boa-fé, impedir ou dificultar a atuação processual do adversário ou, de qualquer forma, influenciar o juízo do magistrado com a intenção de afastá-lo da verdade como, por exemplo, quando a parte vitoriosa, de caso pensado, cria empecilho à produção de prova que sabia vantajosa para o adversário, subtraindo documento por este juntado aos autos.¹⁴⁶

O dolo que permite a rescisão é o dolo processual¹⁴⁷ (da parte ou de seu advogado) que prejudicou a outra parte, porque se se tratar de dolo material, o caso será de ação anulatória e não rescisória.

Os requisitos desse dolo são dois: 1) com a sua prática prejudicou-se a parte adversa; 2) exista relação de causalidade entre o ato processual doloso e o resultado da ação em prejuízo da outra parte (sem a existência do ato doloso pela parte vencedor o julgamento seria outro).

Os artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil exemplificam algumas práticas que podem caracterizar o dolo processual; aliás, devido ao aumento vultoso de casos como este – dolo processual –, a lei processual civil, em seu art. 273, inciso II, o prevê como pressuposto para concessão de tutela antecipada (ver item. 2.2).

5.4.2.4 Colusão entre as partes em fraude à lei

Esta hipótese está intimamente relacionada com o art. 129 do Código de Processo Civil, que prescreve: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”

Enquanto a primeira parte deste parágrafo diz respeito ao processo simulado, que é passível de ação anulatória, a segunda parte, que diz respeito ao processo fraudulento (e que interesse agora), é passível de ação rescisória.

Ocorre o processo fraudulento quando as partes, de comum acordo, utilizam o processo com o fito único de atingir um resultado vedado por lei.¹⁴⁸ Aliás, a bilateralidade é uma das peculiaridades que faz com que essa hipótese divirja da anterior (dolo processual) em que o objetivo de fraudar a lei é de apenas uma das partes.

¹⁴⁶ MIRANDA, 1998, op. cit., p. 111.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 244. Nesse sentido também NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 472.

¹⁴⁸ Exemplo dado por Rizzi: “ação de alimentos de mãe contra filho, com objetivo de criar dedução ilegal de imposto de renda, em detrimento do erário.” RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. **Ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 95.

Nesse caso, a competência para propor a ação rescisória é do Ministério Público, tenha ou não intervindo no processo em que ocorreu o *acordo fraudulento*. Todavia, essa legitimação não é exclusiva porque todos aqueles que de alguma forma foram prejudicados pelo ajuste fraudulento têm competência para propor a rescisória.

5.4.2.5 Ofensa à coisa julgada

A ocorrência da coisa julgada em uma decisão judicial impede o magistrado de emitir novo pronunciamento a respeito da matéria já decidida.

Essa proibição incide tanto no mesmo processo, quando se opera a coisa julgada formal, como em outro processo, quando opera a coisa julgada material.

Tal regra está disposta no art. 461, do Código de Processo Civil, quando prevê que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide.”

Um dos fundamentos principais da imutabilidade da decisão pela ocorrência da coisa julgada, além, é claro, da perpetuação da jurisdição, é o fato de que a autoridade da coisa julgada impede eventual contradição de sentenças – segurança jurídica.

Vale lembrar, porém, que há ofensa à coisa julgada mesmo que o segundo pronunciamento for conforme o primeiro. Não há necessidade, portanto, de que o segundo pronunciamento seja desconforme ao primeiro para que haja ofensa à coisa julgada.

Pressupõe-se, portanto, a existência de dois requisitos: 1) sentença passada em julgado; 2) outra sentença, com infração da preclusão, portanto, posterior à primeira e que também tenha transitado em julgado.

Por fim, ressalta-se que, no direito brasileiro, ao contrário do direito italiano, em que é exigido, além desses dois pressupostos, que a sentença impugnada não se haja pronunciado sobre a alegação da coisa julgada (art. 395, n. 5, do Código italiano), é irrelevante que a preliminar de ofensa à coisa julgada tenha ou não sido suscitada ou apreciada de ofício no processo em que se proferiu a sentença rescindenda.¹⁴⁹

5.4.2.6 Violação de literal disposição de lei

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 53.

O termo lei, usado no dispositivo sob exame, deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Deve ser considerada lei, para esse efeito, desde leis complementares até os atos normativos baixados pelo Poder Judiciário.

No mesmo sentido, expressa-se Moreira:

Lei, no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo. Compreende-se, à evidência, a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, o decreto-lei, o decreto legislativo, a resolução, (Carta da República, art. 46, o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário v.g regimento interno: Constituição Federal, art. 115, n. III, na redação da Emenda Constitucional n. 7, de 1977). Inexiste qualquer diferença, a esse respeito, entre normas jurídicas editadas pela União, por Estado-Membro ou por Município. Também a violação de norma estrangeira torna rescindível a sentença, na hipótese de ter-se de aplicar à espécie o direito do país [...] É irrelevante que se viole o direito material ou processual.¹⁵⁰

Ao revés, a ofensa a enunciado de súmula de tribunal não enseja rescisória, pois os verbetes não têm força normativa em nosso direito. A respeito do tema, merece ser prestigiada a proposição n. 118 da Segunda Subseção do Tribunal Superior do Trabalho:

Ação rescisória. Expressão 'Lei' do art. 485, V, do CPC. Indicação de contrariedade à súmula ou orientação jurisprudencial do TST. Descabimento. Não prospera pedido de rescisão fundado no art. 485, inciso V, do CPC, com indicação de contrariedade à súmula, uma vez que a jurisprudência consolidada dos tribunais não corresponde ao texto de lei.¹⁵¹

Para a análise desse caso, torna-se irrelevante tratar de norma que viola o direito material ou o direito processual.

No entanto, é importante ressaltar que a injustiça e a má apreciação das provas não autorizam a ação rescisória.

Apesar de existir entendimento divergente, pensa-se que apenas a ofensa a literal dispositivo de lei é pressuposto para propositura da ação rescisória. Esta somente é cabível quando a decisão ofende a lei em sua literalidade, ou seja, explicitamente. A mera interpretação da lei, dentre as hipóteses possíveis, não autoriza o ajuizamento de ação rescisória com fundamento no inciso V, do art. 485, do Código de Processo Civil.¹⁵²

¹⁵⁰ MOREIRA, 1985, op. cit., p. 198-199.

¹⁵¹ GUERRA, op. cit. p. 119.

¹⁵² Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 154, nov. 1996.

A inexistência de controvérsia, na jurisprudência, é requisito que deve concorrer para que se delineie a violação de literal disposição de lei.

Os conceitos de direito em tese e violação literal diferem para efeito de ajuizamento de ação rescisória porque, enquanto o primeiro permite mais de uma interpretação para uma mesma lei, no segundo caso (violação literal da lei) a decisão violou, de forma acintosa, aquilo que estava previsto no direito posto e, por isso mesmo, possibilita a rescisão.

Concorda-se, assim, com o posicionamento de Rizzi, quando diz:

Pode-se dizer que há violação a literal disposição de lei quando a sentença: a) nega validade a uma lei, evidentemente válida; b) dá validade a uma lei que não vale; c) nega vigência a uma lei que ainda vige; d) admite a vigência de uma lei que ainda não vige ou já não vige; e) nega aplicação a uma lei reguladora da espécie; f) aplica uma lei não reguladora da espécie; g) interpreta tão erroneamente a lei, que sob a cor de interpretar, é a lei tratada ainda no sentido literal. Há casos evidentes em que não se figura violação de literal disposição de lei, *verbi gratia*, quando a sentença: a) afirma ocorrido ou não ocorrido um fato; b) rende ensejo a simples injustiça, aprecia erroneamente uma prova ou interpreta com erronia um contrato, porque a má apreciação da prova consiste em má solução de *questio facti* ou de *quaestioni facti*; viola a lei, mas a violação não está em relação de causalidade com a decisão, de modo que o declarar-se a violação tenha efeito prático.¹⁵³

Hoje, como é sabido, há muitas discussões em torno da inconstitucionalidade das leis, sobretudo no âmbito tributário.

Comumente ocorre que, até o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, seja via controle difuso seja via controle concentrado, as decisões, cujas ações iniciaram-se na primeira instância, que versam sobre a mesma matéria, transitam em julgado, tornando-se, como consequência, imutáveis.

Ocorre, todavia, que haverá casos em que essa decisão que transitou em julgado será contrária à decisão após decidida pela Suprema Corte.

Nessa hipótese específica, indaga-se: poderá tal decisão ser rescindida pela alegação de ofensa a literal dispositivo de lei constitucional?

Para se buscar essa resposta deve-se debater, primeiramente, o teor da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a inaplicabilidade da ação rescisória fundada em ofensa a literal disposição de lei “quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

¹⁵³ RIZZI, op. cit., p. 107-108.

Yarshell,¹⁵⁴ descrevendo sobre o tema, informa que é praticamente certo a matéria antes de chegar ao Supremo ser alvo de controvérsias junto aos órgãos judiciários, motivo pelo qual, à primeira vista, estaria descartada a hipótese de rescisão do julgado por esse dispositivo.

Por outro lado, adverte o autor dizendo que já é de conhecimento público que a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que a Súmula 343 não vigora em matéria constitucional.¹⁵⁵

Dessa forma, se for negado cabimento da rescisória em matéria constitucional pela simples existência de controvérsia jurisprudencial é o mesmo que admitir que a coisa julgada poderia, em controvérsias já decididas e em seus respectivos limites, convalidar o vício de inconstitucionalidade, o que se entende inadmissível.

Por outro lado, aceita-se a premissa de que nenhuma validade possui a decisão inconstitucional. Tornar-se-ia desnecessária a propositura da ação rescisória, o que é incoerente com o sistema processual brasileiro, já que, como é sabido, as hipóteses da ação rescisória devem sempre ser interpretadas restritivamente, sob pena de instabilidade das relações sociais.

Percebe-se, portanto, que quem der prevalência à segurança jurídica é contrário à propositura da ação rescisória, e, por outro lado, quem der prevalência à *justiça das decisões* é a favor da propositura da ação rescisória, que é o caso deste trabalho.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Se a decisão judicial rescindenda aplicou lei cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada pelo STF, a ação é cabível. Nada importa a circunstância de que, na época em que se formou tal decisão, era controvertida nos tribunais a compatibilidade entre a Constituição e a lei: a restrição contida na Súmula 343 do STF incide somente quando o dissídio pretoriano envolvia a interpretação do dispositivo legal.¹⁵⁶

¹⁵⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Breve revisita ao tema da ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 242, jul./set. 1995.

¹⁵⁵ “Não se aplica a Súmula 343 do STF se a controvérsia existente na época da decisão rescindenda dizia respeito à constitucionalidade da lei aplicada. É admissível a ação rescisória, mesmo que, à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação do texto constitucional. Inaplicável à espécie a Súmula 343 do STF, ainda mais porque o aresto rescindendo divergira do pacífico entendimento do STF sobre o tema de índole constitucional.” BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 155.654-RS. Relator: ministro José Arnaldo. Rio Grande do Sul, 16 de junho de 1999. **Julgados da Associação dos Advogados de São Paulo**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.aasp.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2006.

¹⁵⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 1.ª Turma. Recurso Especial n. 191.093-RS. Relator: ministro Humberto Gomes de Barros. Rio Grande do Sul, 8 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 20 mar. 2000, p. 38.

5.4.2.7 Prova falsa

O artigo 485, inciso VI, prevê a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória quando a sentença se basear em prova falsa apurada em processo criminal ou na própria ação rescisória.

Apenas existirá o direito à rescisão quando a sentença fundar-se na prova falsa.¹⁵⁷

Faz-se necessário, portanto, que a prova falsa tenha sido determinante para a conclusão da sentença, porque se a sentença se sustentar por qualquer outro fundamento não servirá essa prova como fundamento para a propositura de ação rescisória.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que assim se pronunciou, com votação unânime:

Quando a decisão rescindenda está apoiada em prova cuja falsidade se demonstra na ação rescisória, o *decisium* prolatado na ação originária deve ser desconstituído, proferindo-se novo julgamento somente à luz das provas que não estão eivadas de falsidade ou sob suspeita. A desconstituição se faz necessária, porque a conclusão do juiz acerca da questão fática está baseada no conjunto probatório como um todo. Se o magistrado tivesse ciência da falsidade de determinada prova, na qual se apoiou para resolver a *quaestio facti*, poderia ter dado outra solução à causa. Só a falsidade de prova de fato irrelevante para desate da causa é que não acarreta a rescisão do julgado. Já quando a prova for importante para a formação do convencimento do juiz, deve-se desconstituir o julgado, ainda que outras provas tenham sido invocadas na decisão rescindenda. O valor dessas será averiguado quando o juízo rescisório – consubstanciado no rejuízo da causa ou do recurso por parte do tribunal. Inteligência do art. 485, VI do CPC.¹⁵⁸

A falsa prova pode ser de qualquer espécie: material, ideológica, documental, dentre outras.

Não se exige, também, que no processo que requer a rescisão da sentença, tenha-se suscitado a questão da falsidade da prova. No entanto, em se tratando de falsidade de documento, se a sentença o reconheceu como autêntico (art. 395 do CPC) fica vedada a possibilidade de rescindir a sentença com base neste dispositivo; apenas a sentença que julgou

¹⁵⁷ “O artigo 798, II, do Código de 1939, exigia que a prova falsa houvesse constituído o ‘principal fundamento’ da sentença rescindenda.” MOREIRA, 1985, op. cit., p. 118.

¹⁵⁸ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. 2.^a Turma. Recurso Especial n. 11.106/SC. Relator: ministro Adhemar Maciel. Santa Catarina. **Julgados da Associação dos Advogados de São Paulo**, 2006, op. cit.

a causa principal com base no documento falso poderá ser rescindida fundamentada em outra hipótese, é claro.

A falsidade da prova pode ser apurada tanto no juízo cível como no juízo criminal, como também no próprio bojo da ação rescisória.

Em se tratando de apuração no juízo criminal, apenas a sentença criminal transitada em julgado tem o dom de fundamentar a rescisória. Neste caso, não se permitirá mais a discussão sobre a falsidade ou não da prova, o réu da ação rescisória, em sua contestação, apenas poderá argüir que existiu outro fundamento suficiente para embasar a decisão judicial (hipótese do item anterior).

Todavia, isso não significa dizer que a pessoa interessada em propor ação rescisória deverá esperar o trânsito em julgado do processo crime para propô-la. Poderá propor a rescisória antes mesmo de ser instaurado processo-crime; no entanto, nesse caso, deverá ser provada a falsidade da prova na própria ação rescisória.

Ficará excluída a via rescisória se ficar comprovado, por decisão judicial trântita em julgado, a inexistência material dos fatos; nos demais casos previstos nos incisos do art. 386 o direito a esta via persiste.

Em se tratando de prova falsa reconhecida em processo civil, seja incidente, seja em ação declaratória, persistirá o dever do autor da rescisória comprovar a falsidade na ação rescisória, vez que a sentença civil, nessas hipóteses (reconhecimento da falsidade), diversamente da criminal, não tem o condão de fundamentar a rescisória, ainda que transitada em julgado.¹⁵⁹

Não resta dúvida de que nesses casos a decisão civil transitada em julgado reconhecendo a falsidade da prova é um poderoso meio de prova que o juiz da rescisória não poderá deixar de lado.¹⁶⁰

5.4.2.8 Documento novo

O documento novo que se refere a esse inciso é aquele que surge após o trânsito em julgado da sentença que se quer rescindir ou que, embora surgido antes do trânsito em

¹⁵⁹ Tanto do direito italiano (Código di Procedura Civile, art. 395, n. 2) como o português (Código de Processo Civil, art. 771, letra b) não fazem distinção entre a sentença civil e a penal; em qualquer das hipóteses, desde que satisfeitos os requisitos, fará o autor jus à rescisória (equipara-se ao caso da sentença penal transitada em julgado que reconhece a falsidade da prova).

¹⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. atual. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 311.

julgado, somente chegou ao conhecimento da parte interessa a destempo, de sorte a impossibilitar o seu uso no processo rescindente.¹⁶¹

Nesse sentido, a novidade do documento deve referir-se ao processo anterior; é novo porque não foi produzido no processo que se quer rescindir porque a parte interessada o ignorava e, portanto, não pôde utilizá-lo no processo.¹⁶²

A propósito, confira-se o proêmio da correta proposição n. 20 da Segunda Subseção do Tribunal Superior do Trabalho: “Documento novo é o cronologicamente velho já existente a tempo da decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou de impossível utilização à época do processo.”

Esclarece-se, ainda, que há necessidade da parte não ter utilizado por circunstâncias alheias a sua vontade, ou seja, a parte não pode ter sido culpada pela não utilização do documento. Assim, a parte que não diligenciou para obter o documento carece de ação rescisória.¹⁶³

Por último, não se deve confundir documento novo com fato novo porque, enquanto aquele se refere a fato antigo (prova documental), que apenas foi descoberto após o trânsito em julgado, ou melhor, depois do último momento em que teria sido lícito à parte utilizá-lo no feito em que se proferiu a decisão rescindenda,¹⁶⁴ este, ao revés, não autoriza rescisória, uma vez que se trata de fato novo, cujo fundamento é diverso do que serviu à primeira ação e, portanto, pode ser objeto de outra demanda, já que se trata de lide diferente.

5.4.2.9 Invalidade de confissão, desistência ou transação

De início, é importante esclarecer que o termo desistência foi utilizado impropriamente.

Como é sabido, a desistência da ação apenas faz coisa julgada formal, já que a sentença que extingue o processo pela desistência da ação não julga o mérito (art. 267, VIII,

¹⁶¹ No direito alemão, o § 582 da ZPO proclama a necessidade de que a parte não tenha tido culpa pela não utilização do documento no processo que quer rescindir.

¹⁶² REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. Coimbra: Coimbra, 1952. v. 5, p. 353.

¹⁶³ BUZAID, Alfredo. Da ação rescisória fundada em documento novo. **Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, p. 41, 1982. Na Itália: ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**. 3. ed. Napoli, 1964. v. 2, p. 628; LIEBMAN, Francisco Tullio. **Manuale de diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. v. 2, p. 372.

¹⁶⁴ ANDRIOLI, op. cit., p. 629.

do CPC). Por outro lado, apenas as sentenças que julgam o mérito são passíveis de rescisão, já que só elas têm o condão de transitar em julgado materialmente.

Dessa forma, o termo desistência deve ser entendido como reconhecimento do pedido¹⁶⁵ (art. 269, II, do CPC) porque esta sim é capaz de produzir a extinção do processo com julgamento de mérito.

Tratando-se de qualquer das hipóteses – confissão, reconhecimento do pedido ou transação – é preciso que a sentença rescindenda tenha se baseado no ato inválido. No

entanto, não é necessário que o ato já tenha sido invalidado por sentença.¹⁶⁶

Especificamente no caso da confissão, se existir outro fundamento para sustentar a sentença, não caberá a ação rescisória.¹⁶⁷

Ademais, é necessário esclarecer, ainda, que a confissão ficta não tem o condão de invalidar uma sentença/acórdão, conforme revela a proposição n. 108 da Segunda Subseção do Tribunal Superior do Trabalho:

Ação rescisória. Fundamento para invalidar confissão. Confissão ficta. Inadequação do enquadramento no art. 485, VIII, do CPC, ao tratar do fundamento para invalidar a confissão como hipótese de rescindibilidade da decisão judicial, refere-se à confissão real, fruto de erro, dolo ou coação, e não à confissão ficta resultante de revelia.

A jurisprudência brasileira tem entendido que se tratando de sentença meramente homologatória a ação cabível será a anulatória; se, porém, tratar-se de sentença que adota o ato de vontade das partes como fundamento ter-se-á o caso de ação rescisória.

Nesse sentido tem-se o acórdão com o seguinte teor:

Transação – Ação anulatória de homologação – Improcedência – Inteligência do art. 485 do CPC. O art. 485 endereça a ação rescisória contra sentença de mérito. E a transação julgada por sentença é representativa de que houve julgamento de mérito.¹⁶⁸

5.4.2.10 Erro de fato

¹⁶⁵ RIZZI, op. cit., p. 87-88.

¹⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. 2, p. 18.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual civil**. São Paulo: José Butshasky, 1974. p. 169.

¹⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 14.ª Câmara Cível. Apelação n. 16.959-2. Relator: desembargador Arruda Alvim. **Julgados da Associação dos Advogados de São Paulo**, 2006, op. cit.

O erro de fato “é a falta de coincidência entre a idéia e o estado verdadeiro da coisa ou do fato.”¹⁶⁹ Na verdade, é uma falsa idéia do juiz sobre alguma circunstância da causa sob sua apreciação, que redundou em decisão desfavorável ao autor da ação rescisória.

Há requisitos positivos e negativos para a configuração do erro de fato. Os positivos decorrem de ato da parte ou dos auxiliares do juiz (certidão errônea quanto ao decurso de algum prazo) que o induzem em erro. Os negativos, por sua vez, decorrem de ato do próprio juiz, quando há correta interpretação de um fato ou de uma prova.

Na realidade, há o erro de fato quando a sentença admite um fato inexistente ou quando considera inexistente um fato efetivamente ocorrido (§ 1.º).

Para que a sentença baseada em erro de fato possa ser rescindida, há necessidade da ocorrência de quatro pressupostos, a saber: 1) que a sentença seja fundamentada no erro;¹⁷⁰ 2) que o erro seja apurável nos próprios autos, porque nesse caso não se admite a produção de outras provas na rescisória;¹⁷¹ 3) que não tenha havido controvérsia sobre o fato (§ 2.º) – fato não contestado;¹⁷² e 4) que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o erro¹⁷³ (§2.º).

Se as partes debateram sobre o fato e o juiz não se pronunciou como deveria ou, ao revés, se as partes não o debateram mas a sentença decidiu sobre ele – o que não deveria ter feito (julgamento *extra petita*) não há erro de fato mas sim, erro de julgamento, que deve ser impugnado mediante recurso.¹⁷⁴

Haverá o erro de fato quando o juiz falhar na formulação de seu raciocínio, quando, por exemplo, parte de uma premissa para chegar a uma conclusão diversa.

5.5 Legitimidade ativa

¹⁶⁹ MIRANDA, 1999, op. cit., p. 344.

¹⁷⁰ O erro deve ter sido relevante para o fundamento da decisão. SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 752.

¹⁷¹ “Ação-rescisória – Erro de fato. O erro que justifica o pedido de rescisão há de evidenciar-se de exame dos elementos constantes dos autos que proferida a decisão que se intenta rescindir.” SANCHES, Sydney. Da ação rescisória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 66, n. 501, p. 22-23, jul. 1977.

¹⁷² A existência de controvérsia entre as partes acerca do fato impede a desconstituição do julgado. SOUZA, op. cit., p. 752.

¹⁷³ Parece que o que o legislador quis dizer é que não pode ter havido pronunciamento acerca da existência de fato que não ocorreu e vice-versa. Tudo indica que a restrição quanto ao pronunciamento judicial diz respeito à controvérsia sobre ponto relevante para a solução da causa.

¹⁷⁴ Como já exposto, a injustiça da decisão não autoriza a ação rescisória. Assim, se o juiz decidir, equivocadamente, que um fato ocorreu quando na verdade ficar comprovado que o fato não ocorreu, ou vice-versa, trata-se de erro de sentença, suscetível portanto de ação rescisória.

As pessoas legitimadas para propor ação rescisória são aquelas arroladas nos incisos I, II e III do art. 487 do Código de Processo Civil, bem como os terceiros juridicamente interessados.¹⁷⁵

A legitimidade para intentar ação rescisória com fundamento em colusão das partes para fraudar a lei é do Ministério Público (art. 487, inciso III, letra “b”, do CPC). Entretanto, quando houver pluralidade de partes, aquele que não participou da colusão para fraudar a lei, também terá legitimidade para propor a ação rescisória com este fundamento. O terceiro juridicamente interessado também tem legitimidade neste caso.

Para finalizar, “qualquer interesse, no mundo jurídico, que se prenda à sentença que transitou em julgado, faz nascer a legitimidade ativa à propositura da ação rescisória.”¹⁷⁶

O terceiro legitimamente interessado é aquele que não foi alcançado pela autoridade da coisa julgada; no entanto, tem interesse jurídico e não meramente de fato na desconstituição da sentença.

Uma questão de grande controvérsia diz respeito à possibilidade ou não do réu da ação rescisória opor reconvenção em face do autor.

Yarshell, com muita propriedade, diz que:

O cabimento da reconvenção na ação rescisória parece ser aceito, de um modo geral, pela doutrina e pela jurisprudência, desde que o réu reconvidando busque também a rescisão de uma sentença; o que parece rigorosamente correto, tendo em vista que a competência originária do tribunal é regra excepcional, e como tal deve ser interpretada, não se devendo permitir que, por vias reflexas, o tribunal julgue o que, por regra, deveria competir ao órgão singular. A divergência deve estar no alcance da reconvenção. A questão consiste em saber se a demanda reconvenicional deve ter por objeto a mesma sentença que é objeto da demanda inicial ou, diversamente, se pode voltar-se contra outra sentença.¹⁷⁷

Entende-se como Vidigal,¹⁷⁸ para quem a demanda reconvenicional pode ter como objeto outra sentença, que não o objeto da rescisória, que no entanto deve ser oriunda de ação conexa com a ação objeto da rescisão.

5.6 Legitimidade passiva

¹⁷⁵ MIRANDA apud MOREIRA, 2004, op. cit., p. 151.

¹⁷⁶ MIRANDA, ibidem, p. 149.

¹⁷⁷ YARSHELL, 2005, op. cit., p. 130.

¹⁷⁸ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 6, p. 215-216.

O Código não dispõe expressamente sobre quem tem legitimidade passiva para a ação rescisória. Dessa forma, aplica-se a regra geral de que devem integrar o contraditório todos aqueles que foram partes no feito anterior no momento em que se proferiu a sentença rescindenda.¹⁷⁹

5.7 O pedido

O autor da rescisória não é obrigado a cumular o juízo rescindente com o rescisório. Se o primeiro bastar para a satisfação de seu direito, não será necessário pedir o juízo rescisório. Exemplo clássico é o da coisa julgada. Se na ação rescisória ele alega que houve violação a uma anterior decisão trânsita em julgado, não haverá nem mesmo possibilidade de pedido rescisório, porque o juízo rescindente vai rescindir a sentença que violou a anterior, sobre a qual pesava a autoridade de coisa julgada.¹⁸⁰

Todavia, há casos quando, por exemplo, for preciso um novo julgamento da causa, que é indispensável a cumulação dos pedidos, sob pena de indeferimento da inicial. Esta é a regra – cumulação dos pedidos.

5.8 Prazo

O art. 495 do Código de Processo Civil prevê que o direito de propor ação rescisória se extingue em dois (2) anos,¹⁸¹ contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, seja de mérito ou não,¹⁸² salvo nas hipóteses de interposição de recurso parcial¹⁸³

¹⁷⁹ MOREIRA, 1985, op. cit., p. 157.

¹⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões práticas de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 56.

¹⁸¹ Por meio de Medidas Provisórias n. 1.577/97 e n. 1.658/98 tentou-se ampliar o prazo para a interposição da ação rescisória pela Fazenda Pública. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em decisão de seu Plenário, suspendeu liminarmente essas regras, por considerá-las ofensivas ao princípio constitucional da isonomia, além de não urgente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.1753-MC. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. 16 de abril de 1998. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 12 jun. 1998; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.910-MC. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. 22 de abril de 1999. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 27 fev. 2004.

¹⁸² Acerca de tal regra, merece ser prestigiado o item I do enunciado n. 100 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, com a nova redação conferida pela Resolução n. 109, de 2001, a saber: “Ação rescisória. Decadência. I – O prazo de decadência, na Ação Rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não.”

¹⁸³ De acordo Fux: “Se a impugnação à sentença foi parcial (arts. 505 e 512, *in fine*), forma-se a coisa julgada sobre o que não fora objeto do recurso, iniciando-se, portanto, o prazo para propositura da rescisória, quanto a esta parte.” FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 727.

e manifestamente inadmissível (ex. intempestividade notória e inadequação evidente) quando o prazo para a rescisória é contado à luz da anterior decisão – e não da última prolatada no recurso parcial ou de manifesta inadmissibilidade.

Trata-se de prazo decadencial, cuja não interposição nesse período da ação rescisória acarreta a perda do direito à rescisão da sentença propriamente dita e não o direito de propor a ação rescisória; perde-se o direito material à rescisória e não o direito processual de estar em juízo.

Consumada a decadência, a sentença torna-se irrevocável, tornando-se, conseqüentemente, irrelevante e sem efeito o vício de que se achava eivada (para todos os efeitos tem-se uma sentença sem vício).

Esse prazo decadencial de 02 (dois) anos não se suspende nem se interrompe. No entanto, a citação válida impede a consumação da decadência (art. 220 e 219 do CPC) retroagindo o efeito impeditório à data do despacho (art. 219, § 1.º do CPC) desde que o despacho tenha sido proferido dentro do biênio, pouco importando se o réu tenha ou não sido citado durante o biênio ou após.

Concorda-se com a posição de Marques¹⁸⁴ que, aliás, acompanha o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça,¹⁸⁵ quando diz que basta a propositura da ação rescisória – distribuição da ação ou despacho da inicial (art. 263 do CPC) – durante o biênio para impedir a configuração da decadência.

5.8.1 O direito intertemporal

A ação rescisória está submetida à lei vigente na data do trânsito em julgado da sentença, vez que é nesse momento que nasce o direito à rescisória.

Portanto, se a sentença transita em julgado sem que certo fato esteja previsto no ordenamento como motivo de rescindibilidade, a superveniência de lei que passe a considerá-lo como tal não o torna rescindível por esse fundamento. E vice-versa: a lei nova que exclua

¹⁸⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 15-16.

¹⁸⁵ Súmula n. 106 do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora da citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

determinado fato do rol dos fundamentos de rescisão não impede que se rescinda a sentença, se na data do trânsito em julgado o fato constituía motivo para a rescisão.¹⁸⁶

5.8.2 Controle da tempestividade

O órgão judicial poderá controlar a tempestividade do ajuizamento da ação rescisória em várias fases processuais: 1) pelo relator do feito, liminarmente, caso em que poderá indeferir a petição inicial; 2) após as *providências preliminares*, também pelo relator; 3) na sessão de julgamento da ação rescisória, pelo órgão colegiado; 4) no julgamento dos recursos cabíveis.

Em ambas as hipóteses a decisão declaratória da decadência é definitiva, suscetível de aquisição da coisa julgada material. No entanto, transitando em julgado, assim como as demais sentenças trânsitas em julgado, é passível de rescisão, nos moldes do art. 485 do Código de Processo Civil.

5.9 O julgamento

O julgamento da ação rescisória pode ocorrer em três etapas sucessivas e dependentes.

Primeiramente tem-se o juízo de admissibilidade da ação. Nela o tribunal verifica se, em tese, há o enquadramento nos permissivos legais, bem como se estão satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação.

Sendo negativo o juízo de admissibilidade da ação, o colegiado julga inadmissível a rescisória, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito. Por outro lado, sendo positivo, o órgão julgador passa à segunda etapa do julgamento: o juízo rescindendo.

Pelo segundo juízo, denominado rescindendo, tem-se o exame do pedido da rescisão do mérito; nesse momento o tribunal decide se vai rescindir ou não a sentença impugnada (*iudicium rescindens*). É nesta fase que o tribunal analisará se houve o vício apontado pelo autor.

¹⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, p. 154.

Sendo negativo o juízo rescindendo, o colegiado julga improcedente a rescisória, extinguindo o processo com julgamento de mérito. Sendo positivo, há a desconstituição do julgado, que é eliminado do mundo jurídico e passa-se à terceira e última etapa.

Na terceira etapa haverá o rejuízo da matéria que foi decidida pela sentença impugnada (*iudicium rescissorium*) que poderá ser o mesmo do julgado desconstituído.¹⁸⁷

Cada etapa é preliminar da seguinte; no entanto, seus resultados são independentes – é possível rescindir a sentença e rejuizá-la no mesmo sentido da decisão rescindenda, como é o caso, por exemplo, quando a sentença, apesar de decidida por juiz culpado de corrupção, é justa.

5.9.1 Juízo de admissibilidade

Essa é a primeira etapa para se julgar a ação rescisória. Esta será admitida sempre que a *causa pretendi* se enquadrar em algumas das hipóteses elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil.

Este pedido pode ser implícito quando, então, o tribunal passará ao exame do mérito – a 2.^a etapa – *iudicium rescindens*.

5.9.2 *Judicium rescindens*

A decisão que julga procedente o pedido, rescindindo a sentença, tem natureza constitutivo-negativa, já que nasce uma outra situação jurídica diversa da anterior.

Há entendimento pacificado entre os juristas que as sentenças constitutivas têm eficácia *ex nunc* – que não retroagem – ressalvadas disposições legais em contrário.

Dessa forma, apesar de ser rescindida a sentença anterior, seu passado nunca será apagado,¹⁸⁸ já que até esse momento – procedência do juízo rescindente – a primeira sentença, agora rescindida, proporcionou efeitos que subsistem validamente.

No entanto, em entendimento oposto e seguindo a linha civilista,¹⁸⁹ mais especificamente o art. 182 do Código Civil,¹⁹⁰ difundiu-se o entendimento de que a sentença

¹⁸⁷ Nesse mesmo sentido: “O novo julgamento pode perfeitamente coincidir com o da sentença rescindida. Juiz impedido profere sentença condenatória contra a parte. Por tal motivo, a rescisória é admissível e deve ser julgada procedente. A nova decisão na rescisória, porém, pode manter a condenação, mas, em princípio, com efeitos a partir dela própria.” SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 636.

¹⁸⁸ MOREIRA, 2004, op. cit., p. 189.

proferida na ação rescisória retroage os seus efeitos à época da sentença rescindida.¹⁹¹ (efeito *ex tunc*).

Como assevera Moreira,¹⁹² nenhuma dessas posições se mostra capaz de atender satisfatoriamente interesse em questão; portanto, diz ele, o julgador deve se ater ao caso concreto para aplicar uma ou outra posição porque, por exemplo, não seria justo após uma ação de divórcio transitada em julgado, um dos cônjuges contrair novas núpcias e, após esse novo casamento, ser rescindida a sentença do divórcio, o que, conseqüentemente, tornaria o segundo matrimônio nulo, já que ninguém pode contrair novo matrimônio sem antes ter se divorciado.

Percebe-se, portanto, que a maneira mais fácil e correta para prevenir eventuais injustiças deve ser a de transferir ao magistrado, após a análise minuciosa do caso, a decisão – pelo seu livre convencimento – de dar a decisão que julga procedente o *iudicium rescindens* a eficácia retroativa ou não.

Após o julgamento de procedência do juízo rescindente – que invalida a sentença – a regra é que o próprio tribunal emitirá novo pronunciamento, que pode ser favorável ou não ao autor da ação rescisória.

Todavia nem sempre é assim que acontece. Pode ocorrer que:

a) a rescisão da sentença, por si só, esgote toda a atividade jurisdicional, sendo portanto desnecessário novo julgamento, como é o caso, por exemplo, da rescisória fundada em ofensa à coisa julgada de decisão anterior sobre a mesma lide (art. 485, IV); se for dada nova decisão, perpetrar-se-á ofensa;

b) o tribunal que apreciou a rescisão não é competente para rejulgar a lide, como ocorre, por exemplo, na rescisória fundamentada em decisão transitada em julgado proferida por juiz absolutamente incompetente (art. 485, II, *fine*), caso em que o tribunal não poderá rejulgá-la, salvo se ele era o competente para decidir a primeira lide, devendo assim remeter os autos ao juízo competente;

¹⁸⁹ Esse mesmo posicionamento é adotado na doutrina germânica, quando diz que, sempre que possível, a situação posterior à anulação da sentença no *iudicium rescindens* deve ser igual a que existiria sem a decisão rescindida. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz. **Zivilprozessrecht**. 14. ed. Munique: [s.n.], 1986. p. 1037.

¹⁹⁰ Art. 182 do Código Civil: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las serão indenizadas com o equivalente.”

¹⁹¹ AMERICANO, Jorge. **Da ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1936. p. 224.

¹⁹² MOREIRA, 2004, op. cit., p. 189.

c) o tribunal não possa mais rejulgar a matéria por ter tornado impossível a análise do mérito com, por exemplo, quando cessa ao autor da primeira ação (rescindida) o interesse pleiteado; nessa hipótese o tribunal declarará o autor carecedor da ação, não da rescisória mas sim da primeira ação.

Em relação à decisão que julga improcedente o pedido da rescisória, sua natureza é declaratória negativa, uma vez que declara a inexistência do direito alegado para a invalidação da sentença.

5.9.3 *Judicium rescissorium*

O juízo rescisório é o re julgamento propriamente dito da primeira sentença. É a terceira e última etapa do julgamento da ação rescisória.

Poderá ter qualquer tipo de pedido, declaratório, constitutivo ou condenatório. Essa natureza pode ser igual ou diversa da primeira sentença – dependerá sempre se a sentença rescisória será igual ou não à anterior.

O juízo rescisório, segundo Yarshell,¹⁹³ fazendo uma comparação com os recursos no Código de Processo Civil, diz que este (juízo rescisório) parece estar no meio do caminho entre a provocação de um órgão de primeiro grau, para apreciar determinado pedido, de um lado, e, de outro lado, a devolução (com extensão) que é próprio de um recurso, ou seja, está no meio do caminho entre a demanda originária e uma demanda recursal.

Por fim, é necessário salientar que o julgamento a ser feito pelo juízo rescisório está limitado pelo pedido e pela causa de pedir constantes da demanda originária, portanto tem como objeto a relação controvertida decidida pela sentença impugnada.¹⁹⁴

5.10 Depósito

Uma das condições específicas ao exercício da ação rescisória é o depósito da importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa junto com a inicial (art. 490, II, do CPC).

Rescindida a sentença, o depósito será devolvido ao autor, mesmo na hipótese em que o novo julgamento não lhe seja favorável.

¹⁹³ YARSHELL, 2005, op. cit., p. 346.

¹⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bolonha: Il Mulino, 1998. p. 863.

Ao revés, se a ação for julgada inadmissível ou improcedente por unanimidade, o depósito será revertido para o réu sem prejuízo de ser o autor condenado em custas e honorários advocatícios. Não sendo unânime o julgamento de improcedência, mesmo que seja julgada inadmissível ou improcedente em parte a ação, o depósito retornará para o autor e, sendo a sentença rescindida apenas em parte, distribui-se proporcionalmente a sucumbência, conforme dispõe o art. 21 do Código de Processo Civil.

Questão interessante surge em relação à parte beneficiária da assistência judiciária gratuita. A Lei n. 1060/50 foi omissa em relação à dispensa do valor do depósito na ação rescisória.

Tendo em vista essa omissão, parte da doutrina entende que a falta de depósito prévio, mesmo sendo a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, acarreta a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Para essa corrente, portanto, o depósito é obrigatório.

Nesse sentido é o entendimento de Rodrigues Filho¹⁹⁵ que, ao defender a obrigatoriedade do depósito, citou o julgamento cuja ementa é a seguinte:

Justiça gratuita. Litigante beneficiária da assistência judiciária. Propositura de ação rescisória. Depósito legal devido. Inteligência dos art. 3.º da Lei 1.060/50 e 448, inc., II, do CPC. Como o art. 3.º da Lei 1.060/50 é exaustivo na enumeração das despesas alcançadas pela isenção concedida, incabível se torna interpretação mais ampla, de forma a alcançar também o depósito necessário para a propositura da ação rescisória.¹⁹⁶

Data maxima venia, não se concorda com esse entendimento.

Apesar de a Lei n. 1060/50 não prever a hipótese relativa ao depósito da ação rescisória, tem-se que interpretá-la sistematicamente.

Ora, se a Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso XXXV, garante a inafastabilidade do controle jurisdicional e o inciso LXXXIV do mesmo artigo 5.º prevê que “O Estado prestará assistência jurídica interal e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos,” não há como se olvidar que, comprovado ser a parte beneficiária da assistência judiciária, fica isenta do depósito prévio, no valor de 5% sobre o valor da causa.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O autor, amparado pela assistência judiciária, embora o depósito (CPC, art. 488, inc. II) não configure custas ou despesas processuais, está dispensado de recolhê-lo. Caso contrário, seria afetado o mandamento constitucional de

¹⁹⁵ RODRIGUES FILHO, Eulámpio. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 49, jan./mar. 1988.

¹⁹⁶ SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. AR n. 39.260. Relator: juiz Regis de Oliveira. 16 de abril de 1985. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 74, n. 602, p. 114, dez. 1985.

que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹⁹⁷

5.11 Competência

O julgamento da ação rescisória será sempre de competência de um tribunal, ainda que a decisão rescindenda seja uma sentença de primeiro grau.

CAPÍTULO VI

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA AÇÃO RESCISÓRIA

6.1 A garantia do devido processo legal

Segundo o ensinamento de Grinover, Cintra e Dinamarco, o direito processual constitucional corresponde à:

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1.^a Seção. AR n. 43/SP. Relator: juiz Luciano Tolentino Amaral. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 11 out. 1999, p. 27.

Condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, compreendendo a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e, por outro lado, a jurisdição constitucional, que se identifica com o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a jurisdição constitucional das liberdades.¹⁹⁸

Por sua vez, a tutela constitucional do processo possui duplo significado: primeiro, o direito ao acesso à justiça, que é representado principalmente pelo direito de ação e pelo direito de defesa; e segundo, pelo direito ao processo propriamente dito, que é traduzido pela garantia ao devido processo legal em todas as suas nuances.

Foi com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que a garantia ao processo tornou-se direito fundamental, posto que elencado no rol do art. 5.º, da Lei Maior, mais especificamente em seus incisos XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – princípio da inafastabilidade jurisdicional) e LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal – do *due process of law* do direito anglo-saxão).

Pois bem, todo esse complexo de princípios,¹⁹⁹ oriundos do devido processo legal, que representam direitos fundamentais de caráter constitucional, representam o interesse estatal em oferecer aos seus jurisdicionados o direito a um processo justo, pelo qual garante ao lesado tudo aquilo que ele teria e exatamente o que teria se seu direito não fosse violado por outrem.

Assim, procura-se atribuir ao processo o seu verdadeiro escopo: “ser faticamente o caminho, e não o obstáculo, à obtenção do bem da vida almejado.”²⁰⁰

Nesse sentido, se o cidadão afirma que tem um direito, deve o Estado (como único legitimado, já que foi abolida a autotutela no direito brasileiro) dispor a ele os instrumentos necessários à comprovação de seu direito e, ao final, à realização de seu direito.

Nessa ordem de idéias tem-se a tutela antecipada como corolário do direito à adequada tutela jurisdicional, principalmente nos casos em que a parte não pode esperar o término do moroso processo para ter o seu direito. Nesses casos – que são os casos de antecipação da tutela – o magistrado antecipará por meio de decisão interlocutória os efeitos do provimento final para ser alcançada a ordem jurídica justa.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 76.

¹⁹⁹ Direito de ação, direito de defesa, direito de petição, direito de provar, direito às decisões fundamentadas etc.

6.2 Princípios constitucionais e seus conflitos

A Constituição federal, em especial o seu art. 5.º – que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais – prevê uma gama de princípios e garantias que, à primeira vista, parecem ser compatíveis entre si, de modo a receber aplicação plena e absoluta.

No entanto, apesar de possuírem aplicação imediata, aliás garantia de ordem constitucional (art. 5.º, § 1.º, da CF), esses princípios não são absolutos.

A Constituição Federal é a base fundamental para o direito no país. Suas regras, bem como seus princípios ali descritos devem ser respeitados por todos, principalmente pelo legislador infraconstitucional.

O julgador, por sua vez, deve buscar a aplicação do direito sempre tendo como base a Constituição Federal e, só depois disso, deverá consultar a legislação infraconstitucional, dando sempre preferência a esta em detrimento daquela.

Pois bem, no tema ora apresentado, à primeira vista, tem-se a incompatibilidade entre dois princípios constitucionais – o da segurança jurídica, que é garantido pela coisa julgada, e o da efetividade e garantia do processo justo, que é garantido pela tutela antecipada.

Em cada caso concreto deverá o magistrado utilizar-se, como forma de interpretação, do princípio da proporcionalidade, devendo, para tanto, prevalecer o de maior interesse social (o da segurança jurídica ou o da garantia do processo justo).

Garapon, dissertando a respeito do assunto, passa a importância dos princípios constitucionais e o enfraquecimento da lei, quando prescreve que:

A lei constituía o elo principal do positivismo, uma vez que supostamente deveria assegurar a ligação entre o ofício do juiz e a soberania popular. O juiz deveria ser apenas a ‘boca da lei’, segundo a célebre expressão de Montesquieu. Ora, esta lei tão essencial para a separação de poderes não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões. Ele deve apelar para fontes externas antes de proferir suas sentenças. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico.²⁰¹

E continua o ilustre jurista:

[...] a inflação de leis que nem sempre têm conteúdo normativo e a multiplicação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do descrédito da regra – lei descartável

²⁰⁰ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26.

²⁰¹ GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 40.

não é lei respeitada – é um risco de ‘quebra’ jurídica. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância. Ele só a reencontrará no momento em que passar a ser concebido não apenas como um conjunto de regras mas também como um conjunto de princípios.²⁰²

Dessa forma, não deve o juiz se contentar somente com a aplicação das leis, deve, antes de tudo, verificar se ela está conforme a Constituição e, principalmente, de acordo com os princípios que dela se extraem.

Dinamarco, dissertando sobre o tema, deixa claro que “em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitada da utilidade do processo e a outra capaz de favorecer sua efetividade.”²⁰³

Nesses casos, diz o ilustre jurista: “é dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento do processo.”²⁰⁴

E finaliza: “se o direito provável pode não admitir protelação, o direito incontrovertido, por razões óbvias, não deve ter a sua tutela postergada.”²⁰⁵

Marinoni, com muita propriedade, salienta a importância da avaliação, do princípio da probabilidade (proporcionalidade) como elemento indispensável para o juízo decisório liminar.

Segundo o renomado jurista:

O princípio da probabilidade consagra a própria lógica da tutela antecipatória contra o *periculum in mora*. Na tutela antecipatória fundada em *periculum in mora* está sempre em jogo um direito provável que pode ser lesado. Assim, a afirmação de que o direito do réu, em virtude da tutela antecipatória, pode ser lesado de forma irreparável, não é suficiente para convencer alguém – que esteja caminhando sobre os trilhos da biológica – de que a tutela antecipatória não pode ser concedida. Admitir que a tutela antecipatória está obstaculizada, apenas porque sua concessão pode trazer um dano irreversível ao réu, é esquecer que a própria tutela antecipatória pressupõe que o direito do autor pode ser lesado e, mais do que isso, que o direito do autor é provável. Portanto, cair na armadilha de que a tutela antecipatória não pode ser admitida penas porque pode causar dano irreparável ao réu é desprezar a obviedade de que não tem cabimento se impedir a tutela adequada de um direito provável para se proteger um direito improvável.²⁰⁶

²⁰² Ibidem, p. 41.

²⁰³ DINAMARCO, 1994, op. cit., p. 302.

²⁰⁴ Ibidem, p. 302.

²⁰⁵ Ibidem, p. 302.

²⁰⁶ MARINONI, **A antecipação da tutela**, 2000, op. cit., p. 157.

Observa-se, portanto, que o magistrado diante do caso concreto deverá ver qual o princípio que deverá ser utilizado, sempre dando maior ênfase ao de maior interesse social.

6.3 Garantia da intangibilidade da coisa julgada *versus* efetividade da jurisdição na ação rescisória

Como já alinhavado, a coisa julgada é instituto vinculado ao princípio da segurança jurídica que, inclusive, mereceu expressa menção no texto constitucional, no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais exatamente no art. 5.º, inciso XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada.”

Não há como, portanto, deixar de conferir relevância constitucional à coisa julgada.

Ademais, como é sabido, a coisa julgada não pode ser suprimida da Constituição Federal, nem mesmo mediante emenda constitucional, já que se trata de cláusula pétreia (art. 60, § 4.º, inciso IV, da CF).

A coisa julgada, por outro lado, com sua função de *imunizar decisões*,²⁰⁷ é instituto que se coaduna com a eficiência de resultados, já que dispensa o órgão jurisdicional de ter que trabalhar mais de um vez sobre o mesmo objeto.

Soma-se a tudo isso a segurança jurídica e, indiretamente, a paz social que se espalha à coletividade e principalmente aos jurisdicionados.

Conforme leciona Canotilho, além de relacionar-se com o princípio da proteção da confiança:

As idéias nucleares de segurança jurídicas desenvolvem-se em torno de dois aspectos essenciais (1.º) a estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adotadas na forma e modo regulares, as decisões estatais não podem ser arbitrariamente modificadas, sendo razoável sua alteração apenas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2.º) a previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.²⁰⁸

Diante disso, é nítido perceber o interesse público deste instituto que, inclusive, pode ser conhecido de ofício pelo magistrado, além de ser pressuposto processual negativo a

²⁰⁷ DINAMARCO, 1994, op. cit., p. 91-95.

²⁰⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 381.

ser verificado em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, inciso V, § 3.º e 302, inciso VI, § 4.º do CPC).

De outro lado, em posição quase que *antagônica*, a Constituição Federal prevê o instituto da ação rescisória (art. 102, inciso I, letra “j” e 105, inciso I, letra “e” e 108, inciso I, letra “b”) que se destina a mitigar a garantia da coisa julgada.

Isso, no entanto, não significa dizer que toda sentença revestida de coisa julgada seja passível de ação rescisória, uma vez que as hipóteses de seu cabimento são incumbência do legislador infraconstitucional, que se utilizou do princípio da razoabilidade e do bom senso para prever tais hipóteses, que se encontram exaustivamente elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil.

Percebe-se, portanto, que a ação rescisória é um instrumento típico e excepcional em face da garantia da coisa julgada.

O art. 489 do Código de Processo Civil, antes da alteração sofrida pela Lei n. 11.280, dispunha que “a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda.”

Trata-se de tradicional regra do direito brasileiro, apesar de no código anterior não ter tido previsão expressa.

Por esse dispositivo legal a distribuição da ação rescisória não tem o condão de suspender a execução da sentença rescindenda.

Aliás trata-se de regra muito comum no direito brasileiro, em que vários recursos (apesar de a ação rescisória não ser propriamente um recurso) não têm o condão de suspender os efeitos do julgado, vide o exemplo do recurso especial e extraordinário.

Ao revés, o próprio sistema processual prevê mecanismos para garantir a efetividade da função jurisdicional, como é o caso do art. 798 do Código de Processo Civil, que prevê a “possibilidade do juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

Trata-se do poder geral de cautela do juiz, em que o magistrado, percebendo que uma parte pode causar à outra lesão grave ou de difícil reparação, tem o poder-dever de determinar medidas provisórias que julgar necessárias para o bom andamento do processo e a entrega, ao final, de um *processo justo* para ambas as partes.

As duas regras de âmbito constitucional (garantia da coisa julgada e garantia do direito de ação), apesar de serem contrárias à primeira vista, não são incompatíveis.

No entanto, é no caso concreto que a dificuldade aparece, principalmente nesses casos, em que o que está em jogo é a coisa julgada. Nessas hipóteses deverá o julgador se ater

ao princípio da proporcionalidade, para fazer prevalecer o direito de maior valia, neste caso específico – o da segurança jurídica ou o do direito de ação (direito à efetividade jurisdicional).

Como bem dito por Yarshell,²⁰⁹ nesses casos a garantia da coisa julgada cede espaço à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional; aquela é apenas e provisoriamente mitigada diante da probabilidade de que o julgamento venha a ser desconstituído.²¹⁰

Para colocar uma pá de cal no assunto e imbuído na efetividade processual, o legislador alterou esse artigo que, a partir da alteração desta lei (Lei n. 11.280 de 2006), tem o seguinte conteúdo: “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindível e sob os pressupostos previstos em lei, de medida de natureza cautelar ou antecipatória da tutela.”

Hoje, portanto, além de ser passível a propositura da ação rescisória para mitigar a coisa julgada, estão autorizadas a concessão da tutela antecipada e medidas liminares na ação rescisória.

6.4 Breves aspectos sobre os pontos em comum e diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória

Para que se possa falar em suspensão da sentença rescindenda, faz-se necessário apresentar, mesmo que em linhas gerais, algumas diferenças existentes entre a tutela antecipada e a providência de natureza cautelar.

Enquanto a tutela antecipada, medida de caráter satisfativo, possui como requisitos para a sua concessão a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, antecipando-se total ou parcialmente os efeitos da sentença, as cautelares têm como requisitos o *fumus boni iuris* (plausibilidade jurídica) e o *periculum in mora* (perigo da demora), revestindo-se de caráter de acessoriedade e dependência a um processo principal, pendente ou futuro, não satisfazendo um direito pretendido de fundo mas, apenas e tão somente, o resguardo do processo principal.

Verifica-se, portanto, que os requisitos necessários à tutela cautelar são menos sólidos do que os exigidos para a concessão da tutela antecipada. A plausibilidade jurídica e o perigo da demora, necessários à concessão da cautelar, são elementos de direito mais frágeis, enquanto a verossimilhança e a prova inequívoca – ínsitos à tutela antecipatória – traduzem

²⁰⁹ YARSHELL, 2005, op. cit., p. 286.

em um comando que engessa esta antecipação. A cautelar não requer prova. A tutela antecipada reclama prova que, inclusive, deve ser necessariamente robusta e inequívoca.

As cautelares são meramente instrumentais, isto é, têm por escopo precípuo assegurar o resultado útil de um processo principal; ao conceder uma medida cautelar o juiz não examina o pedido de fundo, o direito alegado, limita-se a conceder a medida que evite o perecimento de direito ou o dano irreparável.

Ao revés, na antecipação de tutela, o juiz julga o direito deduzido na inicial, reconhece sua possível procedência e antecipa não o provimento do pedido mas sim os efeitos práticos, mais precisamente os atos materiais atinentes à prevenção do dano.

Em síntese, há mais pontos em comum do que distinções entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Ambas possuem por escopo a ordem jurídica justa; ambas são provisórias e comportam revogação ou modificação a qualquer tempo; ambas são aferidas em cognição sumária e têm natureza instrumental e efeitos práticos de ordem processual.

6.5 A admissibilidade da tutela antecipada em sede de ação rescisória

Este tema tem enorme importância quando se depara com o disposto no art. 489 do Código de Processo Civil²¹⁰: “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda.”

Como já dito em linhas atrás, trata-se de tradicional regra do direito processual brasileiro, que já se regia desde o Código de Processo Civil anterior.

Tal regra indica que a execução da sentença que está *sub judice* pela ação rescisória é definitiva e não provisória.

Baseando-se no disposto no art. 489, a doutrina e jurisprudência se dividiram em duas correntes: a primeira, interpretando literalmente o texto legal, nega a suspensão da execução do julgado rescindendo; a segunda, ao revés, levando em consideração a efetividade jurisdicional, posiciona-se no sentido contrário, ou seja, entende ser possível a suspensão da execução do julgado rescindendo.

O principal motivo que levou os adeptos da primeira corrente a tomar tal posicionamento foi o princípio constitucional da coisa julgada (art. 5.º, inciso XXXVI, da CF)

²¹⁰ Da mesma forma que ocorre nas hipóteses de concessão de liminar sem antes ser ouvido o réu; nestes casos, o direito do contraditório continua, porém fica postergado para fase futura.

²¹¹ Que foi alterado em fevereiro de 2006.

que, segundo essa corrente, seria violado com a suspensão cautelar do julgado rescindendo e, é lógico, a interpretação restritiva do art. 489 do Código de Processo Civil.

Corroborar com essa posição Theodoro Júnior. Para esse jurista:

Não se admite que a pretexto de medida provisória atípica, seja pretendida a suspensão de eficácia ou de executoriedade de sentença ou outro provimento judicial de mérito. Isso feriria o princípio que impede o juiz de decidir novamente as questões já decididas e ofenderia a garantia da intangibilidade da coisa julgada.²¹²

Para essa corrente somente o acolhimento da ação rescisória tem força de impedir a execução da sentença que se quis rescindir.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, com base nesse entendimento, chegou inclusive a editar a Súmula 234 com o seguinte teor: “Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada.”

Baseados nesta súmula, os tribunais não admitiam a suspensão da execução da sentença rescindenda, alegando a ofensa à coisa julgada e a impossibilidade de a ação rescisória ser suspensa pela medida de caráter cautelar.²¹³

Na segunda corrente encontram-se os juristas Lacerda,²¹⁴ Tucci²¹⁵ e Passos²¹⁶, dentre outros.

Para Lacerda, que interpreta de maneira restritiva o art. 489 do Código de Processo Civil:

A Ação rescisória se constitui em lide nova, com finalidade legal e constitucional de cassar a sentença viciada. Se se revestir, desde logo, de *fumus boni iuris* e se houver *periculum in mora* em virtude da execução atual ou provável do julgado rescindendo, legitima-se, portanto, de modo inequívoco, o uso de outra ação, de outra função jurisdicional cuja finalidade consiste, precisamente, em tornar possível, útil e eficaz o resultado da ação rescisória. Exatamente porque entre as duas não existe identidade de ação e de função, não cabe aplicar o princípio *accessorium sequitur principale*, o

²¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 109.

²¹³ “Processo Civil Cautelar. Incidente para dar efeito suspensivo à ação rescisória. Descabimento. Não cabe ação cautelar incidente a ação rescisória para suspender os efeitos da coisa julgada que esta ataca. Impossível atribuir-se à acessória (cautelar) atributo que o legislador negou à principal; o de obstar *in limine*, os efeitos da coisa julgada. Agravo regimental a que se nega provimento mantendo decisão do relator que indeferiu a petição inicial da cautelar.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo Regimental em medida cautelar n. 60. Relator: desembargador Humberto Eustáquio Martins. Brasília, 19 de outubro de 1994, **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 13, 1995.

²¹⁴ LACERDA, Galeno. Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 38-40. jan./mar. 1983.

²¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Ação rescisória: medida cautelar. Suspensão da execução da decisão rescindenda. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 44, p. 239-247, out./dez. 1986.

²¹⁶ PASSOS apud ZAVASCKI, op. cit., p. 183.

qual pressupõe, ao contrário, homogeneidade e inter-relação de natureza entre acessório e principal, coisa que não ocorre entre medida cautelar e a demanda cuja eficácia ela garante.²¹⁷

Este mesmo jurista, com o brilhantismo que lhe é peculiar, refuta todos os argumentos da corrente contrária.

Em relação ao argumento de que a ação rescisória ofende o princípio constitucional da coisa julgada, ataca dizendo que a ação rescisória também tem sede constitucional, já que está prevista no art. 102, inciso I, linha “j” da Constituição Federal.

Para ele a ação rescisória situa como um “imperativo de interesse público relevante”²¹⁸

Já em relação ao art. 489 do Código de Processo Civil que, segundo os adeptos da primeira corrente, é um óbice à suspensão da execução da sentença rescindenda, diz que este artigo prega apenas e tão somente que o ajuizamento da ação rescisória, por si só, não suspende a execução da sentença rescindenda; todavia, nada impede que o interessado, juntamente com esta ação (rescisória) requeira a tutela antecipada ou providência de medida cautelar para fins de suspender a execução da sentença rescindenda assim como qualquer ação.²¹⁹ Ademais, diz ele, deve-se fazer uma interpretação sistemática.

Ora, se o legislador, cheio de motivos, reformou o sistema processual no sentido de agilizar e encurtar o caminho da prestação jurisdicional para fins de que a justiça seja entregue ainda justa àquele que tem o direito, não pode tal feito ser desconsiderado na leitura de dispositivos legais anteriores à reforma processual, sob pena dessa alteração ser considerada letra morta.

Por fim, os adeptos dessa corrente ainda salientam que o juiz, munido do poder geral de cautela que a lei lhe autoriza, conforme disposto no art. 798 do Código de Processo Civil, poderá valer-se dos mecanismos necessários para fazer sobreviver o direito da parte ameaçado pela outra, principalmente quando presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada.

Passos anota que:

No tocante à rescisória inadmitir a cautelar invocando-se a coisa julgada da ação rescindenda vale zero, porquanto esta coisa julgada está *sub judice*, o que passa a ser relevante é a probabilidade da futura sentença ser favorável ao autor da rescisória. Porque a tutela que a rescisória persegue sobreleva à

²¹⁷ LACERDA, op. cit., p. 40.

²¹⁸ Ibidem, p. 38.

²¹⁹ Ibidem, p. 40.

que foi *contra legem*, obtida com a decisão rescindenda. Seria incompreensível que uma ação rescisória, mais típica de ação de direito objetivo do que de direito subjetivo, vale dizer, mais voltada para afastar gravame objetivo que o gravame subjetivo, se desprezasse o problema, sempre relevante, da ineficácia da futura sentença possível e provavelmente favorável.²²⁰

Este estudo é adepto da segunda corrente, que admite a suspensão cautelar do julgado rescindendo, por meio da tutela antecipada.

No entanto, entende-se que essa posição não deve ser aplicada ao bel prazer, como regra geral, mas tão somente em situações emergenciais, em que a procedência da ação rescisória seja muito provável, tal como as sentenças proferidas por juízes absolutamente incompetentes, eivadas de fraudes, dentre todas as outras hipóteses elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil, desde que, é claro, presentes os requisitos do art. 273 do mesmo *codex* que, sendo genérico, se aplica a todo tipo de processo e procedimento, já que o Poder Judiciário não pode pactuar com atitudes indignas, espúrias e fraudulentas.

Ademais, como bem dito por Lacerda:

Em situações dessa ordem seria hipocrisia invocar a garantia constitucional da coisa julgada, ou elidir-se o resultado útil da rescisória pelo veto ao emprego de cautela salvadora do bom direito, em virtude de interpretação inelástica do artigo 489 [...].²²¹

Essa posição coaduna com o que se falou anteriormente, que, apesar da existência do princípio constitucional da garantia da coisa julgada, tal princípio não é absoluto, assim como nenhum outro princípio o é. Portanto, apesar de transitada em julgado a sentença, isso por si só não confere presunção absoluta ao vencedor.

A jurisprudência brasileira, apesar de vagarosamente, caminha no mesmo sentido.

Antes de se admitir a tutela antecipada na ação rescisória, era adotada a tese

absoluta de que a execução da sentença rescindenda não poderia ser suspensa pela ação rescisória, nem mesmo por ação cautelar (prevalecia o entendimento da primeira corrente).²²²

²²⁰ PASSOS apud ZAVASCKI, op. cit., p. 183.

²²¹ LACERDA, op. cit., p. 36.

²²² É descabida a medida cautelar em ação rescisória, intentada com o fito de obstar os efeitos da coisa julgada.” Recurso Especial n. 4076/90. Relator: ministro Barros Monteiro. **Diário da Justiça**, São Paulo, 22 abr. 1991, p. 4792.

Após, iniciou-se o entendimento de que a execução da sentença rescindenda poderia ser suspensa por medida cautelar interposta juntamente ou incidentalmente com a ação rescisória, desde que, é óbvio, presentes os requisitos da cautelar.²²³

Tal procedimento visa a evitar que o futuro provimento não tenha seus efeitos frustrados.²²⁴

Um dos principais argumentos para concessão da medida, a fim de evitar a contrariedade ao disposto no art. 489 do Código de Processo Civil, consistiu no fato de que a providência que suspende os efeitos da sentença é concedida na cautelar e não na ação rescisória.

Nesse sentido, confira o julgado:

Medida Cautelar. Efeito Suspensivo à ação rescisória. Possibilidade. Admite-se a Medida Cautelar para conferir efeito suspensivo à ação rescisória, desde que presentes os pressupostos específicos, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. A grande possibilidade de rescisão do julgado autoriza, como medida acauteladora, a suspensão de sua execução.²²⁵

Finalmente, com o advento da reforma processual de 1994, Lei n. 8.952, de 1994, em que foi introduzido o instituto da tutela antecipada no direito brasileiro, a jurisprudência passou a entender que a execução da sentença rescindenda poderia ser suspensa mas não mais por medida cautelar e sim via tutela antecipada, conforme demonstra o aresto do Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Atribuição do efeito suspensivo à ação rescisória. A partir da Lei n. 8.952, de 1994, a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória deve ser requerida, nos respectivos autos, como antecipação de tutela e não mais por meio de ação cautelar.²²⁶

²²³ PET. 441-93. Relator: ministro Nilson Naves. **Diário da Justiça**, São Paulo, 14 jun. 1993, p. 11782.

²²⁴ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

²²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (5.ª Região). Medida Cautelar n. 6/RN. Relator: juiz Francisco Falcão. Rio Grande do Norte, 8 de junho de 1994. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 317, 1994. No mesmo sentido: “Processual Civil. Cautelar em Rescisória. Suspensão dos efeitos da sentença. Já constando da ementa que a ação rescisória pode ser proposta juntamente com medida cautelar, e que esta última comporta liminar suspendendo provisoriamente os efeitos da sentença rescindenda, inexistente omissão. A providência que suspende os efeitos da sentença, no caso, é a decisão proferida na cautelar e não no ajuizamento da rescisória, que não tem efeito suspensivo. Inexistência de lesão ao artigo 489 do CPC. Embargos de declaração improvidos.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na Medida Cautelar n. 0203884/95/RJ. Relator: juiz Clélio Erthal. **Diário da Justiça**, Brasília, 2 jul. 1996.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 81.529. Relator: ministro Ari Pagendler. **Jurisprudência STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2006.

Portanto, a partir da introdução deste instituto – tutela antecipada – todos os argumentos antes utilizados para ser deferida a cautelar para efeito de suspender a execução da sentença rescindenda devem ser utilizados agora na seara da tutela antecipada, com suas especificidades.

Como é sabido, este instituto nasceu para trazer mais efetividade ao processo e, como consequência, ao jurisdicionado, porquanto de nada adiantaria julgar procedente a ação rescisória se a sentença já houvesse sido executada.

Outros argumentos também devem ser utilizados para fortalecer a idéia de que a tutela antecipada é o meio mais adequado para suspender a execução do julgado rescindendo.

O primeiro deles é o fato de que, quando se suspende a execução da decisão rescindenda, não se está acautelando o direito da parte mas sim antecipando um efeito da futura sentença de procedência.

O que se antecipa, como já dito em linhas atrás, não é o dispositivo da sentença de mérito mas sim os efeitos práticos da sentença da ação rescisória que, no caso específico, é a impossibilidade de se executar a sentença, objeto da ação rescisória.

No mesmo sentido é o posicionamento de Amaral, quando se refere à possibilidade de concessão da tutela antecipada na ação rescisória. Segundo esse jurista “a tutela antecipada não se refere à antecipação do provimento jurisdicional final pleiteado, mas apenas aos efeitos decorrentes deste pedido. O juiz, quando concede tutela antecipada, não antecipa o próprio provimento final, mas apenas e tão somente os seus efeitos.”²²⁷

Outro argumento importante, para fins de utilização do instituto da tutela antecipada ao revés da cautelar, é o fato de que a prova exigida para a concessão da tutela antecipada é mais robusta do que a exigida na medida cautelar.

Dinamarco, inclusive, diz que a suspensão da decisão rescindenda por medida cautelar é ilegal. Para ela, quando

[...] afirmamos que a suspensão da execução da decisão rescindenda através de liminar concedida em sede de processo cautelar é eivada de ilegalidade pelo fato de que para sua concessão é necessário apenas *fumus boni iuris*, ou seja, prova precária, ou como preferem alguns, início de prova, ou seja, plausibilidade do direito e o *periculum in mora* (perigo de que com a demora natural do deslinde da causa venha a ser inócua a sentença, por já não mais existir o objeto correspondente).²²⁸

²²⁷ AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 162.

²²⁸ DINAMARCO, Márcia. Meio processual adequado pra suspender a execução do julgado rescindendo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 343.

Conclui a processualista:

Ora, como pode mero *fumus* abalar a coisa julgada? Presume-se que para a formação da coisa julgada tenha-se percorrido um longo caminho até a prolação da sentença, inclusive com dilação probatória (quando necessário for), julgamento de recursos, etc., sendo que mero *fumus* não pode ter o condão de suspender uma execução que se iniciou após tudo isso.²²⁹

Apesar de se entender que a via adequada para pleitear a suspensão da execução da sentença rescindenda é a tutela antecipada, não se considera ilegal a suspensão da execução por meio da medida cautelar.

Diante desses esclarecimentos, entende-se que mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 11.280 de 2006 já era cabível e adequada a tutela antecipada para suspender a execução da sentença rescindente.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial: “Tutela antecipada. Ação rescisória. Admissibilidade. É admissível, em tese, a antecipação da tutela na ação rescisória. Recurso Especial não conhecido.”²³⁰

No mesmo sentido:

Processual Civil. Atribuição de efeito suspensivo a ação rescisória. Antecipação da tutela. 1. A partir da Lei 8.952, de 1994, a atribuição de efeito suspensivo a ação rescisória deve ser requerida, nos respectivos autos, como antecipação da tutela, e não mais por meio de cautelar. 2. Cabimento. A regra do art. 489 do CPC cede sempre que, sem a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória, se possa prever que o acórdão, mesmo se o pedido for julgado procedente, não terá utilidade. Recurso Especial não conhecido.²³¹

E ainda:

Tutela antecipada. Ajuizamento em ação rescisória. Suspensão da execução de título judicial. Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Requerimento na petição inicial ou no curso da lide. Admissibilidade. É cabível a antecipação da tutela em ação rescisória, respeitados seus requisitos específicos, podendo ser requerida logo na petição inicial ou mesmo no curso da lide, mas desde que a ação rescisória possa se tornar inútil sem a providência antecipatória.²³²

²²⁹ Ibidem, p. 343.

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.^a Turma. Recurso Especial n. 127.342/PB. Resp. 1.997 – 0025030-0. Relator: juiz ministro Barros Monteiro. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 out. 2001.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.^a Turma. Recurso Especial n. 81.529/PI. Resp. 1.995 – 0064086-4. Relator: juiz ministro Ari Pargendler. **Diário da Justiça**, Brasília, 16 out. 1997, p. 236.

Hoje, com a reforma processual, não paira mais dúvida sobre o seu cabimento (tutela antecipada); no entanto, essa lei também abriu porta para que a medida cautelar suspenda a execução da sentença rescindenda.

Embora ambas as correntes jurisprudenciais apresentadas no intróito deste item apresentem argumentos fortes, uma no sentido de que não pode ser suspensa a execução da decisão rescindenda e a outra no sentido contrário, de que pode, mesmo antes da entrada em vigor dessa alteração processual, duas leis não podiam ser desconsideradas para o desate da questão.

A primeira, art. 71, parágrafo único, da Lei n. 8.212/91, que dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio e dá outras providências, e reza que: “Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisória e revisional para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado.”

Para essas hipóteses não havia como duvidar da derrogação do art. 489 do Código de Processo Civil.

A segunda, art. 15 da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que, apesar de ser genérico demais, foi suficiente para dar sustento ao entendimento de revogação do art. 489 do Código de Processo Civil.²³³

Por meio desta lei, ficou estabelecido que o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil, aplica-se a ação rescisória.

Como dito por Bueno,²³⁴ esse dispositivo, apesar de ter sido motivo para várias ações de declarações de inconstitucionalidade em cada caso concreto, acabou por motivar a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a rigidez do art. 489 do Código de Processo Civil deveria ceder espaço ao princípio constitucional da efetividade da jurisdição (art. 5.º, inciso XXXV da CF).

Nesta ordem de idéias, a medida cautelar inominada, sob a ordem daquele

²³² SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. 4.ª Câmara. Ag. Reg. 485.094-01/0. Relator: juiz Mariano Siqueira. São Paulo, 24 de agosto de 1999. **Julgados da Associação dos Advogados de São Paulo**, 2006, op. cit.

²³³ BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: comentários sistemáticos às leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 126.

²³⁴ *Ibidem*, p. 127.

dispositivo, era o mecanismo processual correto para suspender a execução da decisão rescindenda em caso de frustração da máxima eficácia da tutela jurisdicional pleiteada na ação rescisória.

No entanto, a doutrina autorizada entendeu como correta a aplicação, nestas hipóteses, da regra prevista no § 7.º do art. 273 do Código de Processo Civil, que prevê a fungibilidade das tutelas de urgências.

Com o advento da Lei n. 11.280 de 16 de fevereiro de 2006, o citado art. 15 da Medida Provisória n. 2.180-35 de 2001 revogou-se tacitamente (art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Como bem dito por Bueno, “resolveu-se, pra todos os fins, a questão relativa à inconstitucionalidade formal daquele dispositivo, preservando o que lhe era essencial e importante: seu conteúdo.”²³⁵

E continua o ilustre processualista:

Mesmo que haja espaço para sustentar, de outra sorte, a sobrevivência do parágrafo único do artigo 71 da Lei n. 8212/1991, norma específica para a hipótese (art. 2.º, parágrafo 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil), não há como negar que a nova redação dada ao art. 489 do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.280/2006 é mais ampla do que aquela, tendo tudo, portanto, para ocupar o seu espaço de incidência.²³⁶

Portanto, com nova redação dada ao art. 489 do Código de Processo Civil fica autorizada a suspensão da sentença ou acórdão rescindendo pela interposição de uma medida cautelar ou antecipatória, dependendo do caso, desde que, é óbvio, preenchidos os requisitos legais.

Tendo em vista a dúvida que no caso concreto pode surgir quanto à medida a ser tomada (cautelar ou antecipatória) o julgador deve utilizar-se do princípio da fungibilidade previsto no § 7.º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Isto porque em muitas situações práticas, inclusive no que diz respeito à suspensão da execução da decisão rescindenda, face à similaridade dos institutos, sequer os estudiosos do direito chegaram a um consenso,²³⁷ deve o magistrado, no caso concreto e para que não

²³⁵ BUENO, op. cit., p. 128.

²³⁶ Ibidem, p. 129.

²³⁷ “Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos

traga prejuízo ao jurisdicionado, aplicar o instituto da fungibilidade, aplicando ao caso a medida mais adequada, porquanto no direito impera a máxima do *iura novit cúria da mihi factum dabo tibi ius*.

Bedaque sintetiza a possibilidade da fungibilidade entre a medida cautelar e a tutela antecipada na ação rescisória, alegando que:

Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não pode haver dúvida que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Também é possível deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final.²³⁸

Dessa forma o que importa é a existência dos requisitos à concessão, não a forma como se requer essa concessão, haja vista que o sistema processual vigente permite, agora expressamente, a possibilidade de o magistrado utilizar-se do princípio da fungibilidade na análise da ação rescisória.²³⁹

Resta saber, agora, em qual das fases deve tal pleito ser analisado – juízo rescindendo ou juízo rescisório.

Enquanto o primeiro tem natureza constitutiva negativa, o segundo tem natureza declaratória, condenatória, constitutiva, executiva ou mandamental, depende do efeito da nova sentença que será proferida.

A princípio, a doutrina não admite a tutela antecipada nas sentenças de conteúdo declaratório (ou a certeza existe ou inexistente) e constitutivo (como antecipar a aquisição de um

em litígio. Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se depara com algum desvio

procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 742, p. 53, ago. 1997.

²³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutela sumária e de emergência. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 381-382.

²³⁹ Nesse sentido: “Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela – Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela. – De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial

direito se ele ainda não foi constituído), uma vez que tais efeitos só podem ser aferidos após cognição exauriente do processo.

Hoje é sabido, no entanto, que o que se pretende antecipar são os efeitos práticos que dessas decisões podem advir, portanto a tutela antecipada tem cabimento em todos os tipos de sentenças.

Theodoro Júnior, com muita propriedade, diz que:

A execução que se antecipa provisoriamente não deve ser entendida no sentido técnico de providências realizadas através de processo de execução, mas de realização prática através de ordens ou mandamentos emanados do órgão judicial, ou seja, execução no sentido mais amplo do termo, execução *lato sensu*, ou efetivação das medidas práticas.²⁴⁰

Entende-se que o momento oportuno para a apreciação da tutela antecipada é na primeira fase da ação rescisória²⁴¹ (juízo rescindente) porque é nesta fase que o tribunal analisará o mérito da ação rescisória; nesse momento o tribunal decide se vai rescindir ou não a sentença impugnada (*iudicium rescindens*).

Portanto, é nesta fase que o magistrado verificará o preenchimento dos requisitos específicos da ação rescisória, ou seja, é nesta fase que ele se convencerá da existência ou não do vício da sentença que se quer rescindir apontada pelo autor.

Ao contrário, no juízo rescisório ter-se-á o rejulgamento, propriamente dito, da primeira sentença.

Ora, se para a concessão da tutela antecipada se faz necessária a presença da prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, é somente no juízo rescindendo que o magistrado poderá analisar o preenchimento desses requisitos, um vez que, como já dito, é nesta fase que será analisada a existência ou não do vício da sentença alegada pelo autor da ação rescisória.

Preenchidos os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada, neste caso específico – *vício da sentença rescindenda* e receio ou execução do julgado rescindendo que poderá tornar ineficaz o direito do autor da ação rescisória – poderá ser concedida a tutela antecipada para fins de suspender eventual ação de execução do julgado rescindendo²⁴² ou,

do débito. Recurso especial provido.” Resp n. 627759/MG; Recurso Especial n. 2004/0016326-4. 25 de abril de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, 8 maio 2006, p. 198.

²⁴⁰ TEHODORO JÚNIOR apud GUERRA, op. cit., p. 121.

²⁴¹ Na verdade é na segunda fase, já que na primeira fase serão analisados os preenchimentos dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória. Vide item 5.9.

²⁴² “AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL. 1. A despeito da norma inserta no artigo 489 do Código de Processo Civil, a jurisprudência

em caso desta ainda não ter sido proposta, a tutela antecipada terá a finalidade de impedir a propositura desta ação que, como já dito em linhas atrás, com a introdução do art. 475-N pela Lei n. 11.232/2005, não se trata de uma nova ação, mas tão somente de cumprimento da sentença, que nada mais é do que simples prosseguimento do processo de conhecimento.

Portanto, nesta última hipótese – não pedido de cumprimento de sentença – o relator emitirá uma ordem para o réu da ação rescisória no sentido de informá-lo de que, até decisão final da ação rescisória, ou antes, já que a tutela antecipada pode ser revogada a qualquer tempo (até ordem expressa em contrário) não poderá pleitear o cumprimento da sentença rescindenda.

Finalmente, é importante salientar que esse pedido (cautelar ou antecipatório) deve ser formulado ao relator da rescisória, cuja decisão poderá ser impugnada por meio de agravo interno endereçada ao respectivo órgão colegiado.

Nelson Nery Júnior, que também defende a possibilidade da suspensão da execução rescindenda por meio do instituto da tutela antecipada professa que:

Na ação rescisória, em tese, pode ser concedida a antecipação da tutela. O relator deverá ter a prudência de observar os requisitos legais para a concessão da medida, atendendo também para o art. 489, que dispõe não haver suspensão dos efeitos da sentença ou do acórdão rescindendo pelo simples ajuizamento da rescisória [...]. Vislumbrando o relator que o pedido contido na rescisória é fundado (CPC, 273, *caput*) e que o atraso na entrega da prestação jurisdicional poderá tornar ineficaz o direito do autor (CPC, 273, inc. I), pode conceder o adiantamento em nome da efetividade do processo, que deve ser buscada e implementada pelo magistrado.²⁴³

desta Corte tem admitido, excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação rescisória para suspender a execução da decisão rescindenda, quando presentes as hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil. 2. Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado. (artigo 71, parágrafo único, da Lei n. 8.212/91). 3. Em existindo fortes indícios de que o benefício previdenciário deferido à ré fundou-se em prova falsa e em havendo sido fixada multa diária para a mora na

implantação do benefício, resta demonstrada a verossimilhança da alegação, assim como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a autorizar a suspensão da execução da decisão rescindenda, mormente porque, em se tratando de verba de natureza alimentar, obtendo êxito a autarquia previdenciária, dificilmente terá como se ressarcir do prejuízo que a execução possa lhe acarretar. 4. agravo regimental provido.” AgRg na AR 2130/SP. Agravo Regimental na Ação Rescisória 2002/0003964-8. 13 de agosto de 2003. **Diário da Justiça**, São Paulo, 24 out. 2005. p. 168. No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. RESCISÓRIA. 1. É de se conceder os efeitos da tutela antecipada em sede de ação rescisória intentada para desconstituir acórdão decorrente de julgamento proferido sem intimação prévia da parte vencida. 2. Acórdão que está em fase de execução com capacidade de provocar danos de difícil reparação à parte executada, em face de penhora de seus bens. 3. Pressupostos presentes para a concessão dos efeitos da tutela antecipada. 4. Doutrina e jurisprudência apresentam fundamentos, na atualidade, em prol da concessão dos efeitos da tutela antecipada em ação rescisória, quando são evidentes os pressupostos para a sua concessão. 5. Agravo regimental provido por maioria concedendo os efeitos da tutela antecipada requerida.” AgRg na AR 3319/SP. Agravo Regimental na Ação Rescisória 2005/0076524-9. 22 de junho de 2005. **Diário da Justiça**, São Paulo, 10 out. 2005, p. 207.

Apenas para deixar registrado, parece muito difícil que a tutela antecipada seja pleiteada com base em seu inciso II (abuso de direito de defesa), já que o próprio sistema é restritivo ao cabimento da ação rescisória e ao conseqüente novo julgamento.

CONCLUSÃO

À guisa do que foi exposto, viu-se que a coisa julgada, concebida para trazer segurança jurídica às relações e negócios jurídicos, não é um dogma absoluto, apesar de seu caráter constitucional.

A prova disso é a própria previsão constitucional da ação rescisória, que foi concebida pelo ordenamento jurídico objetivando desconstituir decisões eivadas de graves vícios, todos elencados no art. 485 do Código de Processo Civil.

Com a ação rescisória desconstitui-se a coisa julgada. Sua previsão é fundamentada pelo restabelecimento da justiça das decisões em contraposição ao princípio da segurança jurídica consubstanciada na coisa julgada.

Tanto a ação rescisória como a coisa julgada possuem caráter constitucional e, apesar de serem contrárias à primeira vista, não são incompatíveis, já que nenhum princípio constitucional é absoluto.

É no caso concreto, no entanto, que a dificuldade aparece. Qual princípio deverá prevalecer? O da segurança jurídica representada pela coisa julgada da decisão ou o do direito de ação representado pela ação rescisória?

Deverá o julgador, nestas hipóteses, utilizar-se do princípio da proporcionalidade, para prevalecer o direito de maior valia, neste caso específico – o da segurança jurídica ou o do direito de ação (direito à efetividade jurisdicional).

Não resta dúvida, portanto, da possibilidade de ser desconstituída a coisa julgada, nas hipóteses estritamente elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil, por meio da ação rescisória.

²⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 548.

Questão de relevância e que até a alteração do art. 489 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 11.280 de 2006, era motivo de grandes conflitos, é sobre a possibilidade ou não de se conceder a tutela antecipada no bojo da ação rescisória.

No entendimento deste trabalho, com a reforma de 1994, que introduziu o instituto da tutela antecipada no direito brasileiro, já se tornou admissível a concessão da tutela antecipada na ação rescisória, assim como em qualquer outro tipo de ação, uma vez que a tutela antecipada também tem caráter constitucional, apesar de estar prevista expressamente no Código de Processo Civil.

Não se pode olvidar que a prestação jurisdicional tempestiva e efetiva, fins da tutela antecipada, é o símbolo da efetividade processual que está intimamente ligada com o princípio constitucional do direito de ação.

A ação rescisória, pelo simples fato de ser medida excepcional, não poderia ficar isolada do contexto pela busca da efetividade jurisdicional.

Assim, preenchidos os requisitos legais, a sua concessão é de rigor sob pena de afronta à lei e desprestígio ao princípio constitucional da efetividade processual, tão almejado nas últimas décadas.

Ademais, de nada adiantaria a parte ser vencedora na ação rescisória se não pudesse usufruir o bem da vida alcançado pela decisão judicial. De que adiantaria o autor da rescisória ganhar a ação se já teve todo o seu patrimônio penhorado com a execução da sentença rescindenda?

Jungidos nesse pensamento – efetividade processual – todos os operadores do direito – advogados, promotores, juízes – devem se conscientizar de que o instrumento para o alcance da justiça está em suas mãos; basta, para tanto, efetivá-los.

Espera-se que este trabalho sirva de contribuição para despertar a efetividade processual, também disponibilizada e de extrema necessidade, nas lides que se encontram sob o manto da coisa julgada.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. O direito de defesa e efetividade do processo: 20 anos pós a vigência do código. In: SIMPÓSIO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 1994. Conferência inaugural proferida no Centro de Extensão Universitária, em curso coordenado pelos profs. Luiz Carlos de Azevedo, Milton Paulo de Carvalho e Paulo Restiffe Neto. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 214, jan./mar. 1996.

_____. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ALVIM José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Tutela antecipada na reforma processual**: antecipação de tutela em ação de reparação de dano. Curitiba: Juruá, 1999.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.

AMERICANO, Jorge. **Da ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1936.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al código di procedura civile**. 3. ed. Napoli:[s.n.], 1964. v. 2.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória coletiva**. 2002, 463 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

ASSIS, Araken de. Cumulação de ações cautelares. In: **Medidas cautelares**: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Informação e documentação – Citações em documento - Apresentação**. NBR 10520. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. **Informação e documentação – Referências - Elaboração**. NBR 6023. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. **Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação**. NBR 14724. Rio de Janeiro, 30 dez. 2005.

BATISTA, Paula. **Compêndio da teoria e prática de processo civil**. 8. ed. São Paulo, 1935.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de emergência**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às leis n. 11.187, de 19.10.2005, e 11.232, de 22.12.2005**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006 e 11.280, de 16-2-2006**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

BUZAID, Alfredo. Da ação rescisória fundada em documento novo. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, p. 41, 1982.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Book Seller, 1999.

_____. **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1986.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social da masa. In: **Proceso, ideologias, sociedad**. Tradução de Santiago Sentis Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**: Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

_____. **Institutos de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Book Seller, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bolonha: Il Mulino, 1998.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Curitiba: Juruá, 2003.

DIÁRIO DA JUSTIÇA, São Paulo, 22. abr. 1991, p. 4792.

_____, São Paulo, 14 jun. 1993, p. 11782.

DIÁRIO DA JUSTIÇA, Brasília, 2 jul. 1996.

_____, Brasília, 16 out. 1997, p. 236.

_____, Brasília, 22 out. 2001, p. 326.

_____, São Paulo, 10 out. 2005, p. 207.

_____, São Paulo, 24 out. 2005, p. 168.

_____, Brasília, 8 maio 2006, p. 198.

DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO, Brasília, 12 jun. 1998.

_____, Brasília, 11 out. 1999, p. 27.

_____, Brasília, 20 mar. 2000, p. 38.

_____, Brasília, 27 fev. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 maio 2006.

_____. Tutela jurisdicional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 334, p. 31-32, 1996.

DINAMARCO, Márcia. Meio processual adequado para suspender a execução do julgado rescindendo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 21, p. 80, jan./mar. 1981.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FURTADO, Fabrício Adroaldo. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 58, p. 23, abr./jun. 1990.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual civil**. São Paulo: José Butshasky, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUERRA, Adriana Diniz de Vasconcellos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede de ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JULGADOS DA ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, São Paulo. Disponível em: <<http://www.aasp.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2006.

JURISPRUDÊNCIA STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2006.

LACERDA, Galeno. Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 38-40, jan./mar. 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Manuale de diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. v. 2.

LIPPMANN JÚNIOR, Edgard Antônio. Antecipação da tutela: utopia ou realidade. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 38, jan./mar. 1996.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela antecipada e julgamento antecipado:** parte incontroversa da demanda. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 2, p. 356-357, jul./set. 1996.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil:** princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 48).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 5. ed. atual. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

_____. **Tratado de ação rescisória.** Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Book Seller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. Conferência realizada no Plenário do ministro José Carlos da Fonseca, no dia 2 de junho de 1995, na sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17.^a Região, em Vitória-ES. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 203, jan./mar. 1996.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 5.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

_____. **Direito processual civil:** ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, p. 99, jan./mar. 1995.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de direito processual.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. **Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 66, p. 204-205, mar. 1996.

PALAIA, Nelson. **Ação rescisória e os vícios da sentença** [s.d.]. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, [s.d.].

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PISANI, Proto. Sulla al invocato giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, p. 537, 1979.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. Coimbra: Coimbra, 1952. v. 5.

REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 13, 1995.

_____, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 317, 1994.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, v. 74, n. 597, p. 199, jul. 1985.

_____, São Paulo, v. 74, n. 602, p. 114, dez. 1985.

_____, São Paulo, v. 77, n. 634, p. 92, ago. 1988.

_____, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 154, nov. 1996.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, v. 15, n. 94, p. 677, nov. 1991.

RICCI, Edoardo. Il progetto rognoni di riforma urgente Del proceso civile. **Revista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, p. 631, 1987.

RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. **Ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

RODRIGUES FILHO, Eulâmpio. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 49, jan./mar. 1998.

ROSEMBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz. **Zivilprozessrecht**. 14. ed. Munique, 1986.

SANCHES, Sydney. Da ação rescisória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 66, n. 501, p. 22-23, jul. 1977.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCARSELLI, Giuliano. **La condonna com riserva**. Milano: Giuffrè, 1989.

SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Bruno Freire e. **Ação rescisória**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Org.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Sentença e coisa julgada: ensaios**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Coisa julgada: direito facultativo ou imperativo? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, p. 23, jul./set. 1999.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 94, p. 24-33, abr./jun. 1999.

_____. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 64, jul./set. 1995.

_____. Coisa julgada. Ação declaratória seguida de condenatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 81, jan./mar. 1996.

_____. **As inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989.

_____. **Tutela antecipada**: aspectos polêmicos da antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 742, p. 53, ago. 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões práticas de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação rescisória: medida cautelar. Suspensão da decisão rescindenda. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 44, p. 239-247, out./dez. 1986.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 6.

YARSHELL, Flávio Luis. **Ação rescisória**: juízos rescidente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Breve revisita ao tema da ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p. 241-248, jul./set 1995.

_____. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2.^a fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.