

AÇÃO RESCISÓRIA, POSSIBILIDADE E EFEITOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

José Carvalho Carneiro¹

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os institutos da ação rescisória e da antecipação de tutela, seus aspectos jurídicos e reflexos na execução da sentença rescindenda. Previsto no art. 485 do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece um rol de pressupostos para o seu ajuizamento, o primeiro remédio jurídico visa desconstituir a decisão judicial de mérito que transitou em julgado, contaminada por vícios de ilegalidade ou de procedimentos. Por sua vez, o segundo inclina-se a antecipar total ou parcialmente o direito material em litígio, quando requerido na petição inicial, no curso do processo, ou na fase recursal, desde que presente um dos requisitos previstos nos incisos I e II, do art 273 do CPC. O enfoque desta pesquisa é verificar a possibilidade de cumulação na ação rescisória, do pedido de antecipação de tutela, para fins de suspender a execução da sentença matriz, diante do princípio Constitucional que revestiu a coisa julgada de imutabilidade e intangibilidade.

Palavras-chave: Ação rescisória, Antecipação de tutela, Suspensão da execução da sentença rescindenda.

ABSTRACT: The present article is about the institutes of the finish action (ação rescisória) and of the tutors anticipation, its juridical aspects and reflexes in the execution of the finished sentence. Foreseen in the art. 485 of the Code of Civil Process (CPC), that it establishes a list of presuppositions for its judgement, the first juridical medicine seeks to unmake the judicial decision of merit that in having judged, contaminated by illegality addictions or of procedures. So, the second is about the advance total or partially the material right in litigation, when requested in the initial petition, in the course of the process, or in the recursal phase, since present one of the requirements foreseen in the interruptions 1 and II, of the art. 273 of CPC. The focus of this research isto verify the cumulation possibility in the finish action (ação rescisória), of the request of tutors anticipation, trying suspending the execution of the main sentence, before the Constitutional beginning that covered the judged thing, of imutability and intangibility.

Key Wrds: Tutors anticipation, Suspension of the execution of the finished sentence.

INTRODUÇÃO

Em face do paradigma focado na construção de uma sociedade voltada para a cultura da paz e do afastamento do estado de guerra em que convivia o homem, este renunciou parcela de seus direitos ao Estado. Por sua vez, o Estado, visando cumprir fielmente a sua missão, absorveu a tutela privada, atraindo para si o poder, a função e a atividade jurisdicional. A partir desse momento histórico, o Estado assumiu o monopólio de “dizer o direito” aos jurisdicionados. Direito e Jurisdição passaram, em tese, a serem os instrumentos a serviço da justiça, em prol da harmonia social, sendo inconcebível o uso destes em sentido contrário.

Ocorre que hodiernamente não é incomum o Estado-Juiz na sua missão jurisdicional, proferir decisão (sentença ou acórdão) que se afastam da expressão “justiça”, em razão deste pronunciamento judicial, na sua essência, encontrar-se contaminado de vícios, tanto de procedimento quanto de agressões aos dispositivos legais previstos na Lei Adjetiva Processual.

Para combater defeitos desta natureza, quando transitou em julgado a decisão contaminada, o art. 485 do CPC prevê o remédio jurídico da ação rescisória. Todavia, está por si só não tem força para obstar a execução da sentença rescindenda eivada de vício, ou seja, enquanto aquela tramita, além da demora que infelizmente é aceita como fato corriqueiro e normal na entrega da prestação jurisdicional, neste lapso temporal, a decisão combatida se encontra apta a ser executada.

Convêm destacar, que após a execução, em muitos casos, a ação acima mencionada perderá seu objeto, haja vista que a consequência lógica da decisão judicial executiva é o perecimento do direito material deduzido em juízo, pelo requerente do remédio antecipatório.

Nesta esteira, analisar-se-á a possibilidade da cumulação na ação rescisória, do pedido de antecipação de tutela previsto no artigo 273, do Codex Processual - para suspender a execução da causa matriz, preservando desta forma o bem de vida disputado pelas partes, enquanto não sobrevir à decisão judicial que colocará fim ao litígio -, bem como, os aspectos jurídicos e doutrinários acerca destes remédios jurídicos.

ACAO RESCISÓRIA, CONCEITO, NATUREZA, OBJETIVO E PRESSUPOSTOS.

A decisão judicial pode ser atacada por dois remédios processuais distintos: pelos recursos e pela ação rescisória. O primeiro somente poderá ser interposto enquanto a decisão não transitou em julgado, haja vista que após esta ocorrência, a sentença ou o acórdão toma-se imutável e indiscutível para as partes litigantes. Oportuno frisar, que as decisões de mérito ou terminativas, como qualquer outro ato jurídico, podem conter vícios ou nulidades.

Por conseguinte, desde que presente os requisitos e alguma das previsões contida na lei processual civil, é facultados a parte recalcitrante o direito de pleitear a sua desconstituição, mediante ação rescisória, a qual se encontra prevista no artigo 485 do CPC, e que “[...] não se confunde com recurso justamente por atacar uma decisão já sob o efeito da *res iudicata*. [...]” (PONTES DE MIRANDA apud THEODORO JUNIOR, 2009, p. 694).

A doutrina e a jurisprudência seguem unívocas no entendimento de que a ação rescisória não se volta contra a injustiça do julgado ou a má apreciação da prova; seu alvo é a correção da ilegalidade contida na decisão judicial, objetivando prestigiar a higidez do julgado e sanar vícios de procedimento ou de julgamento (reexame).

Neste sentido, pontifica Francisco Antonio de Oliveira (2008, p. 147):

O objeto da ação rescisória é desconstituir a decisão (sentença ou acórdão) que transitou em julgado formal e materialmente. E bem de ver que o trânsito em julgado material (coisa julgada), para chegar a tanto, fez escala no trânsito em julgado formal. Só se desconstitui aquela decisão que culminou com o julgamento do mérito. Vale dizer, cuidará a ação rescisória, sempre, da desconstituição de sentença definitiva.

Expurgar do mundo jurídico a sentença eivada de vícios é a principal função da ação supramencionada, entretanto, esta também propicia ao autor, quando possível e necessário, a possibilidade de cumulação na mesma ação (art. 488, I do CPC), do pedido de novo julgamento da matéria nela julgada (*iudicium rescissorium*).

Saliente-se que a ação rescisória é uma medida excepcional, a ser utilizada com moderação nos casos previstos na lei, cuja competência originária para processamento e julgamento é de tribunal hierarquicamente superior à autoridade que proferiu a decisão judicial a ser atacada. Todavia, se a decisão a ser rescindida for de tribunal (competência originária ou recursal), competirá ao próprio tribunal julgá-la.

PRESSUPOSTOS PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O entendimento jurisprudencial (STF, Súmula nº514) é uniforme no sentido de que, “para a propositura da ação rescisória não é necessário o esgotamento prévio de todos os recursos disponíveis.” Desta forma, infere-se que os pressupostos exigidos são aqueles comuns a qualquer ação, juntamente com a cópia da decisão de mérito transitada em julgado e a prova da violação de um dos dispositivos previstos no artigo 485 do CPC.

Por sentença de mérito, devem-se entender aquelas proferidas e que solucionam por inteiro o objeto do processo, conforme dispõe o artigo 269, incs. I a V do CPC. Assim, “[...] se uma *decisão de mérito* veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa julgada; é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 485 [...]” (NERY JUNIOR; ANDRADE, 2007, p. 777, grifos do autor).

No mesmo sentido, discorre Theodoro Júnior (2009, p. 696-697):

Na técnica processual moderna, o mérito da causa é a própria lide, ou seja, o fundo da questão substancial controvertida.

[...] não importa se ato decisório era atacável por apelação ou por agravo, se foi decisão singular ou coletiva, nem se ocorreu em instância originária ou recursal. Se se enfrentou matéria de mérito [como, v.g. o saneador que decreta prescrição parcial da dívida ajuizada, ou que nega o direito e evicção contra o denunciado à lide], mesmo sob a forma de decisão incidental, terá havido, para efeito da ação rescisória, sentença de mérito. Sob esse enfoque, o Supremo Tribunal Federal decidiu que ‘é cabível ação rescisória contra despacho de relator que, no STF, nega seguimento a agravo de instrumento, apreciando o mérito da causa discutido no recurso extraordinário’[...].

Visando prevenir o uso abusivo deste remédio jurídico, o CPC dispõe taxativamente (*numerus clausus*) nos incisos I a IX, e § 1º e 2º do art. 485, um rol de vícios que, presentes na sentença ou acórdão, fundamentam a acolhida da ação rescisória. No entanto, estes dispositivos não serão na sua totalidade abordados nas exposições que se seguem, tendo em vista a abrangência destes, bem como o entendimento jurisprudencial e doutrinário, que majoritariamente seguem pacíficos.

Por conseguinte, para fins didáticos, trataremos do disposto nos incisos V e VII do art. 485 do referido *Codex, in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I—[...];
V - violar literal disposição de lei;
VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Violação literal disposição de lei, segundo a doutrina, tem caráter mais abrangente, haja vista a extensão da palavra lei, incluindo neste conceito regulamentos, decretos e outras normas de caráter assemelhado; porém, esta abrangência não se estende a portarias e resoluções ministeriais, por apresentarem natureza diversa.

Ainda no que tange a violação de dispositivo de lei, avulta-se a dicotomia entre uma parte da doutrina e o entendimento sumulado pelos tribunais superiores — STF 343, TST 83 e TFR 134 -, que discorrem: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Em sentido contrário, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 781), ressaltam que estes sumulados “[...] não podem ser aplicados por contrariarem as garantias constitucionais do direito de ação e da igualdade, bem como ofendem os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da legalidade. [...]”.

Dentro deste tema, por entenderem que fontes do direito se equiparam à lei em sentido amplo, propugnam os referidos hermeneutas:

[...] A ação rescisória é cabível quando a sentença de mérito viole *cláusulas* gerais, tais como a função social do contrato (CC 421), boa-fé-objetiva (CC 422), função social da propriedade (CF 50 XXIII e 70 III; CC 1228 § 1.º), função social da empresa (CF 170; CC 421 c/c 981) etc. E admissível a ação rescisória, com base no CPC 485 V, por ofensa à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, porque são regras jurídicas com previsão expressa na lei (LICC 4º) [...J.]” (NERY JUNIOR; ANDRADE, 2007, p. 779).

Concluindo o tema positivado no art. 485, V do CPC, lecionam os mencionados autores que “[...] a sentença ou acórdão de mérito, transitado em julgado, que tiverem sido proferidos contra a CF, são impugnáveis por ação rescisória, com fundamento no CPC 485 V. [...] Decisão inconstitucional transitada em julgado não pode ficar imune ao controle jurisdicional da ação rescisória.” (NERY JUNIOR; ANDRADE, 2007, p. 780).

Com referência ao significado da expressão documento novo, a doutrina e a jurisprudência majoritariamente entendem como sendo àquele pré-existente à época da tramitação da ação; que era desconhecido da parte vencida ou que a ele não teve acesso por razões escusáveis; e, que este documento, caso tivesse sido transportada para os autos no decorrer do processo, por si só poderia ter mudado o resultado da sentença.

Por outro lado, em virtude do avanço da tecnologia e da ciência, a mesma doutrina e jurisprudência vêm aceitando como documento novo o exame de DNA realizado *aposteriori*, desde que, na época da sentença inexistisse tal exame ou se a sua existência era desconhecida da parte vencida, conforme se colhe da exegese de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 689-690), onde pontificam que, “[...] nos casos em que a investigação ‘le paternidade ocorreu na

época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um documento novo.”.

Coaduna deste entendimento, a decisão proferida pela 2ª Seção do egrégio STJ, (REsp. n.º 300084-GO, DJ 06/09/2004):

AÇÃO RESCISÓRIA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE - FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ-VERDADEIRO “STATUS PATER”.

- O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). E que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico.

Nesse aspecto, constata-se também que vem se espraiando a corrente doutrinária que defende a relativização da coisa julgada, propugnando que a prova ficta deve sucumbir frente à prova real, e que os fatos reais, devidamente comprovados com o uso da avançada tecnologia e da ciência, devem prevalecer sobre o dogmatismo da coisa julgada.

Nesta trilha, John Rawls, autor da mais moderna teoria da justiça da atualidade, destaca que: “[...] ‘a única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea é a carência de uma melhor; analogicamente, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça maior’.” (apud, MARINONI; ARENI-IART, 2008, p. 687)

Nessa senda, destacou o Ministro Carlos Filho, durante o II Encontro de Direito de Família, realizado no STF, no dia 12.5.2004: “A relativização da coisa julgada ‘é admitir que questões já julgadas e que não mais admitem recurso possam voltar a ser reapreciada em juízo’.” (2004, apud MONTENEGRO FILHO, 2008, p. 568[grifo do autor]).

Consoante ao tema acerca do exame de DNA, os autores acima citados (2008, p. 693) propugnam que a fruição do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, nesses casos, deve iniciar a sua contagem a partir da ciência da parte a respeito da existência dessa técnica, e não do trânsito em julgado da decisão.

No que tange a ação supramencionada, além dos pré-requisitos exigidos para a petição inicial, também é imprescindível para a sua propositura, que o autor efetue o depósito de 5% do valor da causa (art. 490, I e II), a título de multa, cujo valor, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente, será revertido ao réu, sem prejuízo das demais custas e danos decorrentes do litígio.

Calcula-se o sobredito valor da causa, segundo Nery Junior e Andrade (2007, p. 794) pelo valor

[...] da ação matriz, na qual foi proferida decisão de mérito que se pretende rescindir, atualizada monetariamente, ou valor do proveito econômico total que se pretende obter com a procedência da rescisória (*iudicium rescindens*) e rejuízo (*iudicium rescissorium*) da causa. [...].

A teor do parágrafo único, art. 488 do CPC, à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público, não se aplica à obrigatoriedade deste depósito. Estende-se a referida isenção às autarquias e fundações, e aos processos que envolvam o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conforme

dispõe o art. 24-A, caput e parágrafo único da Medida Provisória nº2.180-35 de 24 de agosto de 2001, *in verbis*:

Art. 24-A A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS seja no pólo ativo ou passivo, extensiva à isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele.

No mesmo sentido, aduz o enunciado da Súmula 175, (30/10/1996) da 3ª Seção do colendo STJ: “Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.” Esta decisão vem referendar o disposto no art. 8º da Lei nº 8.620/93, *in verbis*:

Art. 8º. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou oponente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quando à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens.

Nessa seara, Theodoro Junior (2009, p. 711), com supedâneo nas decisões proferidas pelos egrégios STF e STJ, acerca dos beneficiários da assistência judiciária gratuita, enfatiza que, “[...] não se pode exigir o depósito do art. 488, II, para não inviabilizar o pleno acesso à jurisdição assegurado constitucionalmente àqueles cujas disponibilidades econômicas são nulas ou escassas (CF, art. 5º, XXXV).[...]”.

Também, por força da Resolução nº 129, de 3 1.08.95, do Presidente do STF, “[...] A massa falida está dispensada de fazer este depósito inicial; fica, porém, em aberto a questão relativa à sua exigência, se vencida na rescisória (RJTJESP 112/461) [...]” (apud NEGRAO; GOUVEA; BONDIOLI, 2009, p. 651).

Evidencia-se que o objetivo deste depósito é de obstaculizar a propositura de ação rescisória aleatoriamente, convertendo-o em multa contra autor que, inadvertidamente e sem a observância dos dispositivos autorizadores do Código de Processo Civil, ajuizar o remédio ora comentado.

NATUREZA JURÍDICA, PRAZO E LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA.

Interposta a ação rescisória, o Estado-Juiz proferirá uma decisão que repercutirá no *status quo* jurídico dos envolvidos na demanda. Esta decisão deve ser dada através da vontade da lei, manifestada pelo juiz na sentença. A doutrina dominante segue no sentido de que essa prestação jurisdicional tem natureza jurídica constitutiva negativa.

Neste diapasão, leciona Nery Junior e Andrade (2007, p. 485); “É ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescindendo, dando ensejo à instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescindenda.” [Grifo do autor].

No mesmo tom, discorre Montenegro Filho (2008, p. 571), “[...] a ação rescisória apresenta natureza jurídica de ação constitutiva negativa, com pretensão de que seja proferida decisão que rescinda a sentença antes prolatada, [...]” [Grifo do autor].

Concernente ao prazo para a propositura do remédio em epígrafe (art. 495), o mesmo se extingue em de dois anos, “[...] contados do dia seguinte ao término do prazo do último recurso

cabível no processo, sendo decadencial, e, portanto, nem se interrompendo nem se suspendendo, a teor do art. 207 do CC, [...]” (MONTENEGRO FILHO, 2008, p. 57 1-572).

Corroborando nesta trilha, enfatiza a ementa da decisão proferida pela 3ª Seção do Colendo STJ (AR nº 1.292/MG, 2008):

ACÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. IRREGULARIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.
1. Tendo em conta que esta Corte já firmou entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo para a propositura da ação rescisória é o trânsito em julgado da última decisão **proferida na causa**, não ocorreu a decadência para o ajuizamento da rescisória. [...]. [Grifo nosso]

Com supedâneo no art. 487 do suprarreferido *Codex*, são legitimados para a propositura da ação rescisória—desde que demonstrado o interesse processual—as partes litigantes no processo originário ou os seus sucessores a título universal ou singular; o terceiro juridicamente interessado; e, o Ministério Público, no processo que tenha atuado como parte ou como fiscal da lei, quando: a) não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Por terceiro juridicamente interessado, entende-se aquele que está em comunhão de direito com a parte (litisconsórcio necessário), ou que seja titular de relação jurídica material (litisconsorte facultativo) ou, ainda, a quem se reconheça à qualidade de assistente, oponente, nomeado à autoria, denunciado a lide, e o chamado ao processo.

Ulderico dos Santos (1978, apud OLIVIERA, 2008, p. 141) destaca:

[...] ‘O que o terceiro precisa, para estar legitimado a exercer o juízo rescisório, é a prova da incompatibilidade moral ou material que a sentença ou o acórdão acarretou. Sim, porque se não comprovar a ocorrência de qualquer prejuízo, nenhuma lógica existirá na sua intenção de querer obstar os eleitos da sentença. Para que essa legitimação ocorra, basta o prejuízo reflexo’.

Em relação ao Ministério Público, as previsões acima citadas não são exaustivas embora não seja pacífica a doutrina neste sentido conforme se colhe das decisões judiciais citadas na obra de Negrão, Gouvêa e Bondioli (2009, p. 649):

“As hipóteses do art. 487, III, do CPC não são exaustivas; o MP também está legitimado a pedir a rescisão de sentença em que há comprometimento de interesses públicos indisponíveis” [RSTJ 98/23 e STJ-RF 342/323, maioria].
Promotor de justiça com exercício em comarca onde inexistente serviço oficial de assistência judiciária pode propor, prestando tal assistência à parte necessitada, ação rescisória objetivando desconstituir acórdão pelo fundamento de não haver intervindo o MP, quando necessária tal intervenção, no processo em que foi proferida a decisão rescindenda [RT 682/157 e RJTJERGS 154/239, maioria].

Nesse cotejo, sobressai a Súmula nº 100 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que concedeu, excepcionalmente, ao Ministério Público do Trabalho que não interveio no processo principal, dilatação do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, nos casos específicos de colusão das partes, cujo prazo somente começará fruir para o *parquet*, no momento em que vir a ter ciência da fraude.

Concernente ao prazo de resposta da Fazenda Pública e do Ministério Público em sede de ação rescisória, não há consenso na doutrina quanto ao dispositivo legal a ser-lhes aplicado; se o previsto no art. 188, ou no art. 491 do CPC. Em sentido diametralmente contrário àqueles que rechaçam a concessão dos prazos do art. 188 do CPC - defendendo que por ser esta um remédio excepcional, o

prazo igual para todos os litigantes é o previsto no art. 491 do CPC, em respeito ao princípio da isonomia extrai-se a ementa do acórdão do STJ, resultante do julgamento do REsp nº 363780- RS/2002:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PARA CONTESTAÇÃO. ARTIGO 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. A regra do artigo 188 do Código de Processo Civil, referente à dilação de prazos processuais, é aplicável ao prazo de resposta para a ação rescisória.
2. Precedentes do STF e do STJ.
3. Recurso especial conhecido.

Insta salientar, que ao ser acolhida à ação rescisória, o relator determinará a citação do réu para apresentar resposta no prazo fixado entre quinze e trinta dias, exceto se este for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, para os quais o prazo é àquele previsto no art. 188 do CPC, em decorrência de entendimento jurisprudencial acima exposto, cujo precedente, conforme pontua Montenegro Filho (2008, p. 582), [...] reputamos seja praticamente incontroverso.”

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, OBJETIVOS E EFEITOS NA AÇÃO RESCISÓRIA.

Inserido no nosso ordenamento jurídico através da Lei no 8.952/94, o instituto da antecipação de tutela é conceituado por uma parte da doutrina como o adiantamento dos efeitos da decisão final a ser proferida em processo de conhecimento. Noutra trilha estão os que aduzem que este remédio antecipa o pedido feito na exordial. Contudo, em que pese esta divergência, é pacífico o entendimento de que não se trata de tutela cautelar, haja vista seu caráter satisfativo no plano dos fatos, concedendo antecipadamente ao postulante o bem de vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

A expressão antecipar, segundo Zavascki (2000, p. 48), “[...] significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença.[...]” (grifos do autor)

Prescreve o *caput* do art. 273 do CPC, *verbis*: “O juiz pode rá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial[...].“Esta faculdade concedida ao magistrado, visa instrumentá-lo para salvaguardar o direito deduzido em juízo pelo requerente, que se encontra sob risco de perecimento permitindo ao juiz que antecipe o direito material do litígio, enquanto as partes aguardam a solução da demanda”.

Sobressai da exegese de Zavascki (2000, p. 49), que “[...] a tutela antecipada é medida que se destina a atender uma situação de urgência, a afastar um perigo de dano ao direito de alguém, em função da demora na prestação da tutela definitiva.” Assim sendo, deduz-se que este remédio distribui o tempo de espera entre os litigantes, enquanto aguardam o julgamento do mérito, na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu.

Como se vê, o instituto em comento é uma medida excepcional, requerida pela parte e deferida pelo juiz, mediante decisão sumária e fundamentada. Embora o art. 273 contenha a expressão “poderá”, entende a doutrina que o juiz, quando presentes os requisitos obrigatórios, “deve” conceder o remédio antecipatório, conforme pontua Theodoro Júnior (2009, p. 53).

[...] As medidas de urgência, seja na tutela c’itelar, seja na tutela antecipada, apresentam-se sempre como excepcionais e não como mera faculdade da parte ou do juiz. Não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais e configuram abuso de direito ou de poder, quando fora dos condicionamentos rigorosos da lei.

Em face do caráter provisório desta medida, em qualquer fase processual é possível revogar ou modificar a tutela concedida. Neste caso, a exemplo da decisão que concede o supracitado remédio jurídico, também a que revoga ou que modifica a sentença concessiva, deve ser fundamentada.

NATUREZA JURÍDICA, PRÉ-REQUISITOS E FUNGIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Segue pacífica a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a natureza jurídica da tutela prevista no art. 273, I do CPC, nada possui de cautelar, mas sim, de adiantamento do provimento de mérito, de pura antecipação satisfativa do resultado final do processo.

Conforme destaca Nery Júnior e Andrade (2007, p. 523), “... é providência que tem natureza jurídica *mandamental* que se efetiva mediante *execução* lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos.” [Grifo do autor]

Denota-se que o remédio antecipatório pode ser requerido a qualquer tempo, podendo ser concedida antes da citação, no curso do processo ou na sentença, na fase recursal e mesmo no curso da ação de execução, na pendência de embargos suspensivos. No entanto, a concessão da antecipação de tutela exige à presença de dois requisitos básicos (art. 273, I e II): a) prova inequívoca que conduza ao juízo da verossimilhança da alegação (indispensável); b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, prova inequívoca da ocorrência de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório de réu.

Nesse aspecto, extrai-se do corolário de Arruda Alvim (2008, p. 423), que prova inequívoca “[...] significa, apenas, que o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor, e, bem assim, convencido da juridicidade da solução pleiteada.”

No mesmo sentido, enfatiza Elpídio Donizetti Nunes (2004, p. 163). “[...] Para a concessão da tutela antecipada, não se exige que da prova surja a certeza das alegações, contentando-se com a verossimilhança delas, isto é, a aparência da verdade.”

Por sua vez, a verossimilhança é um juízo de probabilidade de ser verdadeiro o fato alegado pela parte, ou seja, a alegação contida no pedido e as provas que acompanham a peça inaugural conduzem o julgador a um juízo de semelhança à verdade, tendo em vista que o juiz, para deferir a tutela solicitada, não está obrigado a realização de uma cognição exauriente acerca da legitimidade dos direitos ser tutelado.

A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade de o autor provar sua alegação, (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência, e (iv) a própria urgência descrita. [...] (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 212).

Do exposto, deduz-se que os fundados receios de dano irreparável ou de difícil reparação se constituem como elementos complementares da inequívocidade e verossimilhança, no entanto, não são presunções ou suposições do julgador, e sim questões incontroversas (fatos, atos, pessoas, coisas) presentes na vestibular ou no curso processo. Todavia, a jurisprudência assevera que tão somente a demora do processo não é fundamento suficiente para a concessão do remédio jurídico suprarreferido.

Depreende-se da hermenêutica de Emame Fidelis dos Santos (*apud* NUNES, 2004, p. 163), que “Há abuso de direito de defesa, ou intuito protelatório, quando, por exemplo, o réu argú defesa contra evidência dos fatos e de sua conclusão ou requer provas e diligências, reveladas como absurdas pelas circunstâncias do processo. [...]“ Como se nota, restando evidente a deslealdade da parte ou do seu procurador no manuseio de recursos, formas e outros meios flagrantemente procrastinatórios, o juiz poderá conceder incidentalmente, a pedido da parte prejudicada, a antecipação de tutela, com supedâneo no artigo 273, II do CPC.

Insta destacar, que o § 2º deste artigo prescreve que é facultado ao juiz não conceder a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Contudo, frise-se que este perigo em hipótese alguma deverá servir de óbice a contemplar o excesso de zelo ou o dogmatismo que obstam o avanço, a eficiência e a eficácia da prestação jurisdicional, haja vista que a inserção no CPC do remédio antecipatório, deve ser visto pelo julgador sobre o prisma dos princípios constitucionais da finalidade, da efetividade, da instrumentalidade das formas de busca da verdade e da preservação do direito material, como também, da relativização do formalismo exacerbado.

Neste sentido, manifestou-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 144.656- ES., DJ 27.10.1997): “[...] A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levado ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão.”

Acerca da irreversibilidade supramencionada, Zavascki (2000, p. 97) salienta que “[...] a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela.”

Por sua vez, o disposto no § 6º, art. 273 do CPC contribuiu significativamente para a efetividade da prestação jurisdicional, ao prever que “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.” Esta técnica torna-se cabível e mais facilmente alcançável, quando o autor apresenta vários pedidos na peça preâmbular, e o réu contesta apenas um ou alguns destes pedidos, deixando incontroversos os outros; ou então, quando o réu concorda parcialmente com o pedido do autor ou manifesta expressamente sobre o reconhecimento de um dos pedidos cumulados, restando, nestes casos, evidente a parcela ou à parte por este assumida.

Nestes casos, é possível a concessão da tutela antecipada pelo juízo da causa, mesmo que não estejam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conforme preleciona Theodoro Junior (2009, p. 368). “[...] E que pela não contestação, o fato básico se tornou presumido e a conseqüência dele extraível não depende mais de outras provas. [...]“

Haja vista os objetivos comuns da medida antecipatória e da tutela cautelar, de servirem como instrumentos para afastarem o perigo de dano ao direito material postulado em juízo, não é incomum a ocorrência de situações fronteiriças entre estas medidas acautelatórias, levando os operadores do direito a ajuizarem erroneamente o primeiro instrumento ao invés do segundo ou vice-versa. Este problema foi solucionado com a entrada em vigor da Lei nº 10.444/2007, que introduziu o § 7º ao art. 273 do CPC, *verbis*: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Esta lei inseriu no instituto da antecipação de tutela o princípio da fungibilidade dos pedidos de medidas assecuratórias, atualmente pacificado na doutrina e na jurisprudência, conforme ilustra Theodoro Junior (2009, p. 365). “[...] Nenhuma regra jurídica pode ser imposta e acatada de maneira rígida, ou inflexível. Em direito, tudo é relativo, e se governa mais pela lógica do razoável do que pela lógica formal.”

Nesse aspecto, discorre Arruda Alvim (2008, p. 429); “[...] essa fungibilidade, tendo em vista a efetividade e instrumentalidade do processo, deve ser considerada em ambos os sentidos, i. e., da tutela antecipada para o campo da cautelar, mas também inversamente. [...]”

Hodiernamente, este princípio é aceito pelos tribunais e se harmonizou com os princípios da efetividade, da celeridade processual e do formalismo moderado, de tal modo que, desde que presentes os pressupostos exigidos pela lei, não se impede a decretação da medida a em vez da b, ou vice-versa, recepcionando aquela que efetivamente acautela o interesse das partes.

AÇÃO RESCISÓRIA E A SUSPENSÃO DA SENTENÇA RESCINDENDA

A primitiva redação do artigo 489 do CPC prescrevia: “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda.” Em razão desta vedação, a decisão judicial eivada de vício era intocável, indiscutível, apta a ser executada, tendo em vista que após o trânsito em julgado, mesmo que notoriamente teratológica, esta se encontrava acobertada sob o manto constitucional do princípio da imutabilidade da coisa julgada.

Entretanto, o mesmo *Codex* previa no art. 798 o chamado “poder geral de cautela”, ao discorrer que “[...] poderá o 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.”

A colisão entre os arts. 489 e 798 do CPC eram evidente, o primeiro negando à ação rescisória o efeito suspensivo da sentença atacada, e o segundo conferindo ao juiz amplo poder para acautelar a função jurisdicional. Acentuava-se a divergência doutrinária e jurisprudencial em face desta colisão, prejudicando sobremaneira o autor da ação rescisória, que juntamente com a execução da sentença combatida, assistia o perecimento do seu direito material, enquanto aguardava o pronunciamento judicial rescindendo.

Nesse imbróglio, veio a lume a decisão inusitada preferida pelo STJ, em sede de recurso especial, relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, no qual, ao ser verificado o trânsito em julgado da sentença e constatada a ocorrência de fraude contra a autarquia previdenciária, decidiram os Ministros da 6ª Seção suspender *ex officio* a execução da sentença, determinando a entidade autárquica que, em noventa dias, propusesse ação rescisória (REsp 35.105-8-RJ, *Di* 28 jun. 1993, *apud* ZAVASCKI, 2000, p. 186).

Acredita-se, que este evento propiciou que a doutrina e a jurisprudência atenuassem as divergências e, em seguida os tribunais passaram a conceder, em casos desta natureza, a cautelar inominada para suspender liminarmente a execução da sentença combatida. No passo seguinte, sobreveio a Lei nº 8.952/94, que transferiu para o parágrafo único do art. 272, o antigo texto do art. 273 do CPC, e neste introduziu o instituto da antecipação de tutela.

Nesse contexto, a questão que ora se apresentava era definir e esta medida era aplicável à ação rescisória, havendo entendimento, com ressalva, quanto à sua admissibilidade. E por derradeiro, com o advento da Lei nº 11.280/2006, que alterou a primitiva redação do art. 489 do *Codex*, conferindo a este dispositivo a seguinte redação: “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis [sic] e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.”

Por força desta redação, unificou-se o entendimento de que é cabível a tutela antecipada na ação rescisória, para fins de suspender a execução da decisão atacada, conforme ementa do acórdão proferido pela 3ª Seção do egrégio STJ (AR nº 4.031 — RJ, 2008).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 489 DO CPC. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. PRESENÇA CUMULATIVA. DEFERIMENTO.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que é possível a antecipação da tutela em Ação Rescisória para suspender os efeitos do acórdão rescindendo, quando presentes cumulativamente seus requisitos autorizadores.

2. [...]

4. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido para suspender a execução do acórdão rescindendo até julgamento final da Ação Rescisória.

A novel redação esclareceu de maneira definitiva que o fato do ajuizamento da ação rescisória não impedir o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, não exclui a concessão em caráter excepcional, com supedâneo nos pressupostos previstos neste código, de medida de natureza cautelar ou de antecipação de tutela. Oportuno ressaltar, que para fins de suspensão da execução da sentença rescindenda, é pacífico na doutrina e na jurisprudência a cumulação do pedido de antecipação de tutela na exordial da ação rescisória, no curso desta ação, na prolação da sentença terminativa ou na fase recursal.

CONCLUSÃO

Contemporaneamente o instituto da ação rescisória goza de univocidade por parte da doutrina e jurisprudência nacional. Não remanescem dúvidas quando a enorme importância deste remédio jurídico para o combate e destituição da decisão judicial proferida num cenário de ilegalidade, fraude, culpa ou dolo, cujo resultado expressa a manifestação do devido processo legal, comprometido com a prestação judicial hígida, correta, íntegra e incólume, como também, com a efetiva realização da ideia de Justiça.

Impregnada na sua essência por vícios de ilegalidade ou de procedimentos, independentemente do esgotamento ou não dos recursos cabíveis, a sentença que nestas condições se originou é um ato jurídico rechaçado, a ser combatido e expurgado do mundo jurídico mediante a ação supracitada, tendo em vista a inadmissibilidade da aferição de imutabilidade Constitucional a uma anomalia jurídica desta natureza.

O julgamento da ação rescisória ocorre em três etapas sucessivas: a primeira se dá com a verificação de sua admissibilidade; a segunda ocorre com o exame do pedido de rescisão no mérito, proferindo pelo acolhimento ou pela denegação da rescisão da sentença impugnada (*iudicium rescindens*); e, por fim, a última etapa é o rejuízo da matéria que por ela fora decidida (*iudicium rescissorium*).

A ação rescisória perderia grande parte da sua eficácia, se a ela não se emprestasse à força para suspender a execução da sentença atacada (rescindenda), uma vez que a demora na prestação judicial a tornaria parcialmente inócua, haja vista que em inúmeros casos, se a execução da sentença combatida ocorrer antes da decisão de mérito naquela ação, o direito material juridicamente tutelado perecerá.

Diante deste fato a doutrina e jurisprudência por longa data debateu qual o remédio eficaz a ser utilizada para emprestar a referida ação, força para suspender a execução em trânsito da decisão

matriz teratológica. Entretanto, prevalecia a resistência a qualquer remédio jurídico a ser manejado para este fim, condenável em face do paradigma do princípio da imutabilidade e intangibilidade da coisa julgada.

Encontrava-se em campos divergentes o formalismo exacerbado e o princípio do direito a justiça e da verdade real. No transcorrer do tempo e com o advento da Lei nº 8.952/94, que reformou o CPC, acrescentado o artigo 273, a jurisprudência passou a aceitar o uso de medidas cautelares e antecipatórias de tutela, com o fito de suspender liminarmente a exequibilidade do julgado rescindendo.

Por derradeiro, com o advento da Lei nº 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 489 do CPC, concedendo a ação rescisória, nos casos imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei (art. 485), as medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela, desapareceram-se os escrúpulos jurisdicionais que se posicionam em sentido contrário, e, definitivamente se pacificou o entendimento de que é cabível, excepcionalmente, na ação rescisória, a cumulação do pedido de antecipação de tutela, visando a suspensão da execução da sentença rescindenda, nos termos do art. 273 do mencionado *Codex*, cujo entendimento acreditamos que hodiernamente seja incontroverso.

REFERÊNCIAS

_____. **Ação Rescisória nº 4.031** RJ, 1ª Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. Publicado no Dje: no 224 de 23.09.2008, p. 1. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/devO/files/JUS/STJ/IT/AR_403_1_RJ_24.09.2008.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2009.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil, processo de conhecimento**. 12. ed. Rev. e atual. v. 2., São Paulo: RT, 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 1.292 - MG, 3ª Seção. Relator Ministro Paulo Gallotti. Publicado no DJU: n.224 de 26.09.2008. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/devO/files/JUS/STJ/IT/AR_1_292_MG_22_08.2007.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 100**. Tribunal Pleno. Precedentes Normativos. Ex-OJ 0 122 da SBDI-2. Publicado no DJ: 11.08.2003 A-30. Disponível em <http://www.tst.gov.br/Cmjpn/livropdf_atual.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed., rev. e atual. 3. tir. São Paulo: RT, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1, 4. ed., 4. reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar (Colab.). **Curso de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 41. ed. ampl., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação rescisória: enfoques trabalhistas (doutrina, jurisprudência e súmulas)**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

Recurso Especial nº 144656. ES, 2ª Seção. Relator Ministro Adhemar Maciel. Publicado no DJU. 27/10/1997, p. 54.778. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523775/recurso-especial-resp-144656-es-1997-0052333-0-stj>. Acesso em: 08jul 2009

Recurso Especial nº 300084 GO, 2ª Seção. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Publicado no DJ: 06/09/2004, p. 161. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS/STJ/IT/RESP3_00084_GO_28_04_2004.pdf. Acesso em: 07 jul 2009

Recurso Especial nº 363780 — RS, 6ª Seção. Relator Ministro Paulo Galotti. Publicado no DJU: 02/12/2002, p. 379. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS/STJ/IT/RESP_3_63_780_RS_27_08.2002.pdf. Acesso em: 07 jul 2009

Súmula nº 175. 3ª Seção. Publicada no DJ em 31/10/1996, p. 42124, RSTJ vol. 91 p. 211, RT vol. 734, p. 240. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/tocsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&bSUMU&ptrue&t&l10&i=211. Acesso em: 07 jul 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2009..

ZAVASCKI. Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 3.ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva 2000.

¹ Pós-Graduando em Direito Processual Civil da UnC. .Mafra-SC. Linha de Pesquisa: Produção e Aplicação do Direito