

ACÇÃO RESCISÓRIA E MEDIDA CAUTELAR: SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO ATO JUDICIAL RESCINDENDO

Francesco Conte
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O binômio *efetividade/celeridade*, sabe-se, é a pedra angular nas modernas reflexões sobre o processo civil.

Observa José Carlos Barbosa Moreira, em preciosa síntese, que:

"Sente-se, porém, a precisão de aplicar com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos. Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil"¹.

Em semelhante contexto, brota a indagação quanto à viabilidade jurídica da antecipação dos efeitos da ação rescisória, através da via da ação cautelar inominada, com o objetivo de suspender-se a execução do julgado rescindendo?

Sob perspectiva puramente histórica, cabe referir que, em seu texto original, o Código de 1939, a propósito do tema, não albergava disposição expressa, sendo certo que, no entanto, o Decreto-lei n° 1.030, de 21.10.1969, acrescentou ao art. 822 um parágrafo único com a seguinte formulação: "Se proposta ação rescisória, ficará sobrestada, em relação à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a execução da sentença rescindenda referente a domínio ou posse de imóveis, ou a reclassificação, equiparação ou promoção de servidor público civil ou de militar, desde que a parte autora for (sic) uma daquelas entidades."

É digno de nota que "mais de um ordenamento estrangeiro faculta ao órgão judicial, sob determinadas condições, ordenar a suspensão da execução, quando se utilizam os remédios correspondentes à nossa rescisória: é o que se dá, v.g., nos países germânicos, na Espanha, na Grécia.", cf. José Carlos Barbosa Moreira, In **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª edição, volume V, Forense, nota de rodapé 205, p. 172.

No ordenamento jurídico-processual brasileiro, contra tal possibilidade poder-se-ia argumentar, primeiramente, com a dicção da Súmula n° 234, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *ipsis verbis*:

"Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada".

Ainda no tocante ao não cabimento da ação cautelar, em órbita de ação rescisória, é possível refugiar-se no princípio constitucional de proteção à coisa julgada, consagrado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, cuja expressão, em sede infraconstitucional, repousa nos arts. 467-475, do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, aparentemente refratária ao emprego da ação cautelar em casos que tais, haveria a garantia da execução do julgado rescindendo, consubstanciada no art. 489, do CPC, *in verbis*:

"Art. 489 - A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda".

Sem embargo, o nosso entendimento, diametralmente oposto, é no sentido de admitir-se a possibilidade da ação cautelar (preparatória ou incidental) na espécie vertente.

Mencione-se, nesse passo, que o argumento da coisa julgada absolutamente não se erige em obstáculo intransponível, pela razão, trivial, de que a ação rescisória visa, precisamente, a desconstituição da *res iudicata*.

Em outras palavras: o objeto da ação rescisória não é outro senão o desfazimento da coisa julgada, circunstância que, indubitavelmente, torna desinfluyente para o desate da questão a regra de proteção à coisa julgada estampada no art. 5º, inciso XXXVI, da CF².

Demais disso, a ação rescisória também ostenta dignidade constitucional (art. 102, inciso I, alínea "j", art. 105, inciso I, alínea "e" e art. 108, inciso I, alínea "b", da CF), circunstância que, sem disfarces, exorciza o fantasma da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI).

De sorte que a precipitação, no tempo, dos efeitos da ação rescisória, pelas mãos da ação cautelar, não exhibe o talento de ofender a coisa julgada - cuja existência, aliás, é precária e provisória, no biênio decadencial que se segue ao trânsito em julgado do *decisum* (art. 495, do CPC).

Anote-se, de outro lado, que, concorrentes os pressupostos legais - *fumus boni iuris* (provável existência de um direito agitado no processo principal) e o *periculum in mora* (perigo da demora do processo, capaz de torná-lo, afinal, inútil) - impõe-se o deferimento da tutela cautelar, antecipativa dos efeitos da ação rescisória.

O fundado receio de dano irreparável ou de incerta e difícil reparação (*periculum in mora*), que se esboça pela própria execução do julgado, tem o condão de esvaziar a cláusula do art. 489, do CPC, cuja exegese há que ser estrita.

Insista-se no ponto: a regra de execução (atual ou virtual) do julgado, nada obstante a propositura da ação rescisória, preconizada no sobredito art. 489, agasalha o próprio fundamento para o deferimento da tutela cautelar, face a configuração do **periculum in mora** (exsurgente do teor da norma) e do **fumus boni iuris**.³

Não colhe objetar que, em boa técnica processual, o **fumus boni iuris** não pode ser contrastado com a coisa julgada. E não colhe de vez que em face da coisa julgada há o antídoto da ação rescisória, também com feição constitucional, consubstanciando a ação cautelar o simples instrumento antecipatório dos seus efeitos.

O requisito do **fumus boni iuris** traduz-se na razoabilidade e plausibilidade dos argumentos expendidos na ação rescisória e, ademais, na possibilidade do pedido ali deduzido vir a ser julgado procedente.

Ajunte-se, em reforço, que se o ordenamento jurídico prevê a possibilidade do Poder Judiciário suspender a **própria lei** (Constituição Federal, art. 97 e art. 102, inciso I, alíneas "a" e "p"), não seria crível (ou seria ilógico), que, **a fortiori**, não pudesse ele suspender os efeitos de seus próprios julgados quando o autor demonstra, ao primeiro lance de vista, a plausibilidade do direito invocado na rescisória.

Last but not least, haveria outra razão, bastante em si mesma, para lastrear, na espécie, o cabimento da ação cautelar: é a possibilidade de requerer-se a tutela antecipada no contexto da ação rescisória, com fulcro no art. 273, do CPC (com a redação ditada pelo art. 1º, da Lei nº 8.952, de 13.12.94), precipitando-se, no tempo, a própria proteção jurídica postulada ou, em outros termos, o próprio provimento jurisdicional almejado - encerrando prestação de natureza cognitiva, provisória e satisfativa.

Relembre-se, por mais, que a função precípua da tutela cautelar, a cuja luz se aquece o interesse público, é assegurar, resguardar, preventivamente, a eficácia prática e a utilidade do provimento jurisdicional a ser expedido no processo principal - instrumentalidade hipotética, na celeberrima dicção de CALAMANDREI - (na espécie, o da ação rescisória) -, finalidade esta, reitera-se, plasmada pelo interesse público, mormente por robustecer a respeitabilidade do Poder Judiciário.

A riqueza multifária da vida delinea situações e hipóteses, como, exemplificativamente, julgados proferidos por juízos manifestamente incompetentes, a falta ou nulidade da citação, a execução de julgado - violador de literal disposição de lei - contra a Fazenda Pública capaz de causar grave lesão à economia pública, ou mesmo que impeça o ente público de arrecadar significativa porção de receita tributária, em detrimento da prestação dos serviços próprios do Estado **lato sensu**, que autorizam o magistrado Relator, no exercício do seu poder cautelar genérico (art. 798 do CPC), a conceder, coexistindo os pressupostos legais, em cognição inicial e sumária, medida liminar, em ação cautelar inominada, para sustar

a execução do julgado rescindendo, antecipando-se, assim, os efeitos do pedido formulado na ação rescisória, para remover os riscos de lesão grave ou de difícil reparação, salvaguardando direitos e o prestígio institucional da Justiça⁴.

Tal possibilidade é admitida pelo E. Supremo Tribunal Federal, consoante o julgamento da petição nº 526, sendo Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, como, de resto, se colhe do seguinte fragmento do acórdão:

"Não descarto, entretanto, a possibilidade de, em certos casos, casos excepcionais, admitir a cautelar, na linha da lição de Galeno Lacerda (**Comentários ao CPC**, Forense, 1980, VIII, Tomo I, pp. 62ss; **Revista de Processo**, 29/38), conforme registra o eminente Ministro Athos Carneiro, no voto que proferiu no julgamento do Resp. 4.076-SP. Aqui, entretanto, não ocorrem os pressupostos excepcionais que autorizariam a cautelar". (RTJ 140/705).

Confiram-se, nessa linha de raciocínio, dentre outros, os arestos do E. Superior Tribunal de Justiça concedendo liminar, para sustar o andamento da ação principal em virtude de ação rescisória: AR 338, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, e Pet. 441-3-SP, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, J. 25.05.93, maioria, DJU 14.06.93, p. 11.782, 1ª col., e.m. (**Apud** Theotônio Negrão, **Código de Processo Civil**, 26ª ed., Saraiva, p. 376).

Na mesma trilha: ADV 28.731/86, 47.113/89 e RT 687/148.

Conseqüentemente, a tutela cautelar, aqui e alhures, garante a eficácia e a utilidade da rescisória (processo principal), de modo a elidir a conhecida "**vitória de Pirro**" que empurra o Poder Judiciário, cuja tutela cognitiva seria inócua e teria atuado em vão, para o despenhadeiro do descrédito e do desprestígio institucional.⁵

Numa linha: é fora de dúvida que, em ação rescisória, cabe o exercício da jurisdição cautelar (antecipatória ou incidental), com o objetivo de sustar-se a execução do julgado rescindendo, antes do julgamento da rescisória, cuja procedência poderia ser frustrada em seus efeitos, face a ocorrência de atos ou fatos que causem lesão de difícil ou insatisfatória reparação, quando o direito pareça verossímil (aparência de razão) segundo cálculo de probabilidade⁶.

NOTAS

(1) Conforme **Revista de Processo** 31/199.

(2) No sentido do texto, Rogério Lauria Tucci, in **Revista de Processo** 44/239.

(3) Vide, nessa direção, José Roberto de Barros Magalhães, in **Revista de Processo** 53/228.

(4) Galeno Lacerda, in **Revista de Processo** 29/38, enfatiza que: "Se acrescentarmos a essas hipóteses comuns os casos raros, porém gravíssimos, de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 485, I), ver-se-á que a sustação da execução se impõe como imperativo elementar de resguardo ao Poder Judiciário e de preservação do resultado eficaz de um

remédio da mais alta importância, previsto com esse objetivo pela própria Constituição, que é a ação rescisória. Seria positivamente injurídico e imoral que sentenças portadoras de tamanha eiva, apesar disto, se executassem em detrimento e desdouro da Justiça, a tudo assistindo, impotentes, Ministros, Desembargadores, Juizes de segundo grau - todos competentes para cassá-la, mas, por irrisão, impotentes e inertes para garantir o resultado útil de seu Acórdão, em virtude da impossibilidade material de sustar a execução absurda e frustrante, quiçá imoral! Claro está que tal aberração não pode residir nas intenções do legislador, nem na própria Carta Magna quando prevê e legitima a ação rescisória".

(5) Conforme Humberto Theodoro Junior, **Processo Cautelar**, pp. 55-56.

(6) **Vide**, em sentido contrário, Pontes de Miranda, in **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**, edição de 1974, tomo 6/408 e 409, nº 1 e José Carlos Barbosa Moreira, in obra cit., p. 172.