

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL.

de

José IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades
e garantias constitucionais do processo
Execução
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(*Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil*)

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2 : jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais / José Ignacio Botelho de Mesquita; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2793-1

I. Processo civil. 2. Processo civil – Brasil. I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título.

05-6905

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 2

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA
SENTENÇA E COISA JULGADA
RECURSOS E PROCESSOS
DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA
DOS TRIBUNAIS

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Trata-se, antes, de fenômeno radicado no desprezo da administração pública pelas decisões do Poder Judiciário, diariamente comprovado pela recusa, cada vez mais comum, de cumprimento aos precatórios expedidos em execução de sentenças e ao solene pouco caso votado às representações para intervenção, inclusive às julgadas procedentes. Este mal tem que ser atacado na raiz — para o que está o Ministério Público perfeitamente aparelhado — e não pela rama.

5. Com o presente substitutivo pretende-se, em suma, contribuir para que sejam sanadas três deficiências de que padece o Código de Processo Civil nesta matéria: (a) a falta de eficácia das decisões tomadas em uniformização de jurisprudência; (b) a falta de determinação das consequências da inobservância das interpretações sumuladas; (c) a falta de previsão do modo pelo qual se deva processar a revisão das sumulas.

12

DA AÇÃO RESCISÓRIA¹

SUMÁRIO: 1. Introdução: natureza, objeto e classificação da ação rescisória: 1.1 Da natureza da ação rescisória; 1.2 Do objeto da ação rescisória; 1.3 Da classificação da ação rescisória — 2. Condições de admissibilidade da ação rescisória: alegatimação de terceiros — 3. Pressupostos processuais — 4. Condições de procedência da ação rescisória — 5. Medida cautelar em ação rescisória — 6. Conclusão.

1. Introdução: natureza, objeto e classificação da ação rescisória

1.1 Da natureza da ação rescisória

A ação rescisória inclui-se entre os meios de impugnação dos atos judiciais. Esses meios de impugnação se dividem em duas categorias: recursos e ações de impugnação. Cada uma destas categorias, por sua vez, compreende diversas espécies. Espécies de recurso são, por exemplo, a apelação e o agravo de instrumento. Espécies de ações de impugnação são, também, exemplificativamente, os embargos de terceiro e os embargos do executado, notadamente, quanto a estes últimos, no caso previsto no art. 741, I, do CPC, isto é, quando a execução se fundar em sentença e o devedor alegar falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia. Se o mandado de segurança fosse uma ação, poderia também ser incluído entre as ações de impugnação, quando tivesse por objeto a suspensão ou a desconstituição da eficácia de um ato judicial.

Qual a diferença entre recurso e ação de impugnação?

¹ *Da ação rescisória*, "in" Revista do Advogado, São Paulo, n. 27, p. 48.

A diferença que a doutrina normalmente assinala entre essas categorias está posta no fato de que os recursos dão continuidade a uma relação jurídica processual já existente, enquanto que as ações de impugnação dariam nascimento a uma nova relação processual. Este critério, porém, não explica suficientemente a diferença entre ambas as categorias e acaba conduzindo a um círculo vicioso: o meio de impugnação seria recurso porque dá continuidade à relação processual e dá continuidade à relação processual porque seria recurso. Na verdade, o dar ou não dar continuidade à relação processual é uma consequência, mas não a causa, da diferença existente entre os recursos e as ações de impugnação.

O que faz com que os recursos sejam diferentes das ações de impugnação é o fato de que, nestas, o desfazimento do ato impugnado constitui o objeto principal da prestação jurisdicional exigida pela parte no processo, enquanto que, nos recursos, o desfazimento do ato constitui simplesmente um meio para a consecução daquele objeto principal. Naquelas, a desconstituição do ato é considerada pela lei como um bem jurídico autônomo, enquanto que nestes a lei o considera como um bem a serviço de outro. Daí a consequência de que a impugnação mediante recurso se vincula à relação processual em que outro bem está sendo demandado, enquanto que a impugnação mediante ação exige a constituição de uma relação processual nova.

Estabelecida a distinção sobre esta base, cabe perguntar qual a vantagem que ela ofereceria em relação à que é comumente proposta pela doutrina.

A vantagem está na revelação de um direito importantíssimo, que o critério anterior simplesmente encobre.

Vejam os senhores.

Na medida em que as ações de impugnação e os recursos só se distinguem entre si pelo fato de que as primeiras criam uma relação processual nova e os últimos continuam a relação existente, não se apresentam nenhuma diferença entre eles a respeito do direito em que se fundam. As ações de impugnação e os recursos teriam por fundamento o mesmo direito, que seria o mero direito à revisão dos atos judiciais, independentemente do fato de estar certa ou errada a decisão impugnada. Para que exista o direito ao recurso, só se exige que a parte tenha sido vencida, não que a decisão esteja errada. Do fato de a lei conceder recurso contra uma

decisão, não se extrai o reconhecimento da existência de um direito da parte contra o Estado nascido do erro ou dos vícios que maculem a decisão impugnada.

Ao contrário, na medida em que a diferença se estabelece com base na autonomia do interesse na desconstituição do ato judicial, igual à do interesse na desconstituição dos atos jurídicos em geral, tanto os de direito privado como os de direito público, começa a levantar-se o véu que encobre a existência de uma relação entre a parte e o Estado (representado pelo juiz, como órgão da jurisdição), da qual se origina o ato impugnado, deixando entrever a existência de um interesse reconhecido por lei em que o ato judicial seja prestado em conformidade com determinadas regras de forma e de fundo, para cuja proteção a lei impõe a sanção de rescindibilidade — um verdadeiro direito, em suma, da parte contra o Estado, a um determinado modo e conteúdo da prestação jurisdicional, direito esse ao qual correspondem as ações de impugnação que o asseguram: *o direito de ação autônomo, mas "concreto"*.

A revelação desse direito constitui vantagem que está longe de poder ser desprezada, porque importa a revelação de um vínculo imposto ao Estado que é imprescindível à segurança jurídica dos que são por ele governados e que se traduz no dever do Estado de, presentes determinadas condições de fato e de direito, dar sentença de conteúdo determinado e não de conteúdo qualquer, à vontade ou segundo o livre entendimento de quem esteja naquela hora exercendo as funções de juiz.

Não há de ser difícil para os senhores compreender o grau a que pode atingir a resistência ao reconhecimento da existência desse direito por parte de quem só vê no processo um veículo para o poder do Estado, nem tampouco o grau de conforto que lhes propiciam teorias como a de Liebman, segundo as quais não têm os governados, diante do juiz, outro direito que o de lhe demandar a prestação de uma sentença de mérito de conteúdo qualquer.

Vencida porém esta resistência, vários problemas se esclarecem.

O primeiro deles diz respeito ao direito em que a ação rescisória se funda e que, como visto, é o direito a uma determinada prestação jurisdicional de mérito, violado pelo Estado que não entregou a prestação jurisdicional devida, mas outra qualquer, com ofensa às normas de direito material ou de direito processual a que devia obedecer. O funda-

mento jurídico da rescisória é constituído pelo direito de ação (ou de defesa) violado pela sentença transitada em julgado. Da violação desse direito é que nasce o direito à rejeição da sentença.

Isto significa que, nas ações de impugnação em geral e na ação rescisória em particular, o Poder Judiciário não decide sobre um ato ou relação jurídica das partes, em relação aos quais seja um "tertius" colocado acima de ambas, mas, sim, sobre o cumprimento ou descumprimento do próprio dever, originado de uma relação da qual ele mesmo é parte.

O processo civil se revela, assim, não como instrumento posto à disposição do Estado para o exercício do seu poder, mas como instrumento à disposição das partes para exigir do Estado o cumprimento de seu dever. É preciso não confundir nunca o processo civil com o penal.

1.2 *Do objeto da ação rescisória*

Objeto da ação rescisória é a desconstituição de um ato judicial, mas não de qualquer ato judicial: só da sentença de mérito.

Há, porém, exceções a essa regra: nem tudo o que o CPC considera como julgamento de mérito é susceptível de rescisão e, de outro lado, nem sempre se tem exigido que o objeto da rescisória seja uma sentença de mérito. Vamos examinar esses dois aspectos da questão.

O art. 269 do CPC define os casos em que o processo se extingue com julgamento do mérito e entre eles inclui as hipóteses em que as partes transgirem ou em que o autor renunciar o direito sobre que se funda a ação. Nesses casos, porém, não cabe ação rescisória.

Quando as partes transgirem, o processo não termina por uma sentença que julgue a ação. As partes se põem de acordo e o juiz simplesmente homologa a transação que, nos expressos termos do art. 486 do CPC, é "rescindível" como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. Por outro lado, quando o autor renuncia ao direito sobre que a ação se funda, a ação se extingue. Sendo ela fundada no direito renunciado, é evidente que não pode sobreviver à extinção desse direito. Sobreveria, apenas, se, além de autônoma, o Código a considerasse "abstrata". Reconhecendo, porém, que a ação se funda no direito, o Código a tem como autônoma, sem dúvida, mas "concreta". Daí a consequência de que,

renunciado o direito sobre que ela se funda, o direito de ação se extingue, não havendo nada mais para ser decidido pelo juiz. Como o que se rescinde só pode ser o ato decisório, é fácil de entender que também neste caso não cabe a ação rescisória.

Ao lado disto, pode-se afirmar que, graças à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nem sempre é exigível, para que se admita uma ação rescisória, que o ato impugnado seja uma sentença de mérito.

Com efeito, embora sem razão a meu ver, tem o STF admitido ação rescisória da decisão do relator que indefere o processamento de agravo interposto contra a denegação de recurso extraordinário (v. RTJ 70/187, 73/866, 75/29, 92/922 e RT 593/240).

Para entender como o STF chegou a isto, é preciso conhecer a história do problema.

Ela começa na vigência do CPC de 1939 que admitia a rescisão das sentenças, mas não exigia, como o atual, que se tratasse de sentenças de mérito.

Naquela época, admitia-se o cabimento de ação rescisória contra acórdão do STF que negasse provimento ao agravo interposto contra decisão denegatória do recurso extraordinário, desde que o acórdão rescindendo houvesse apreciado a questão federal controvertida. O fato de o acórdão rescindendo haver decidido apenas uma questão de cabimento do recurso extraordinário não constituía empecilho, à luz do Código então vigente, ao cabimento da rescisória.

Sobrevindo modificação no Regimento Interno do STF, pela qual se atribuiu ao Relator o poder de indeferir o processamento do agravo, entendeu o STF, coerentemente, que esta decisão também poderia ser atacada por via da ação rescisória, porque o relator, aí, fazia as vezes da Turma. E tudo diante do Código de Processo Civil de 1939.

Ao lado desta orientação jurisprudencial formou-se outra, tendo por objeto não o cabimento da ação rescisória, mas a competência para julgá-la. Essa jurisprudência, paralela à primeira, acabou se cristalizando na Súmula 249, cujo enunciado é o seguinte: "É competente o STF para a ação rescisória quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado o provimento do agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida".

À luz, porém, da Constituição Federal e do CPC em vigor, esta orientação não tem como se sustentar. Dispõe o art. 119, I, letra "m",^{M1} que compete ao STF processar e julgar originariamente as ações rescisórias *de sensu julgadas*. Limitada a ação rescisória, pelo CPC, à rescisão das sentenças de mérito, é manifesto que não tem o STF competência para rescindir sentenças ("rectius", acórdãos) de mérito de outros tribunais nem acórdãos seus, ou decisões de seus Ministros, que não sejam de mérito, como se dá no caso dos acórdãos de suas Turmas, ou decisões do Relator, não admitiam o recurso extraordinário ou que neguem provimento a agravo contra decisão denegatória do processamento de recursos extraordinários.

Poder-se-ia objetar que compete ao STF, pela via regimental, estabelecer o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária (CF art. 119, § 3.º, letra "c")^{M2} e que por essa via poderia admitir a rescisão de seus acórdãos nos casos supra mencionados, sempre que a decisão houvesse apreciado a questão federal controvertida. Essa objeção, porém, não teria o menor fundamento. Não só a competência regimental não vai ao ponto de permitir a criação de ações novas, não previstas na lei processual, como o próprio Regimento Interno do STF não foi tão longe e, no seu art. 259, remete expressamente à lei processual a definição dos casos de cabimento da ação rescisória.

Dai a clara inconstitucionalidade da Súmula 249 em face das normas atualmente em vigor:

Continuando a examinar o objeto da ação rescisória, podemos passar a uma outra questão: o cabimento da rescisória de sentenças que julgam o mérito de uma ação cautelar ou de um processo de jurisdição voluntária. Costuma-se dizer que nesses casos não cabe a ação rescisória porque essas sentenças não fazem coisa julgada.

Isto no entanto é apenas uma meia verdade.

É certo que as medidas cautelares têm eficácia provisória, limitada ao tempo do processo principal, podendo ser a qualquer momento revogadas se desaparecido o perigo admitido pelo juiz; como é certo também que as sentenças de jurisdição voluntária, quando referentes a

relações continuativas, podem ser modificadas se sobrevier alteração no estado de fato.

Dai não se segue, porém, que dentro dos seus limites, essas sentenças não se tornem tão imutáveis quanto quaisquer outras de que não cabia mais recurso algum. E não se vê motivo para que em matéria de jurisdição voluntária ou cautelar fique o juiz dispensado do dever de não prescrever a atividade jurisdicional contra as normas de direito processual ou material, podendo dar sentenças geradas por prevaricação, concussão ou corrupção, ou com base em prova falsa, com danos ao direito da parte não menores, ou menos significativos, que os resultantes de uma sentença dada em processo de conhecimento e de jurisdição contenciosa. É preciso ter presente, além disto, que o trânsito em julgado pode decorrer de mero acidente, como a perda do prazo para recorrer ou o simples engano na contagem desse prazo, a que qualquer advogado se acha exposto, caso em que a decisão não terá passado por crivo nenhum.

Trata-se na verdade de problema que tem que ser resolvido, não por critérios apriorísticos, mas com base no interesse de agir para a ação rescisória, que variará de caso para caso. É evidente que não se admitirá a ação rescisória se o interessado dispõe de outros meios para fazer reverter a eficácia da sentença, mas é evidente também, ao menos para mim, que havendo a necessidade da ação rescisória não se possa considerá-la descabida só porque a decisão é de jurisdição cautelar ou voluntária.

Por último, sendo objeto da rescisão a sentença de mérito com trânsito em julgado, torna-se importante determinar o momento em que o trânsito em julgado ocorre. Esta questão assume particular relevo no caso da ação rescisória, pois o prazo para propô-la se conta do trânsito em julgado. A questão parece simples, mas não é.

Atendido o conceito do art. 467 do CPC, dar-se-ia o trânsito em julgado no momento em que a sentença já não estivesse mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Com base nesta definição entendem Pontes de Miranda e José Carlos Barbosa Moreira que a decisão denegatória do conhecimento do recurso extraordinário contém uma declaração de que a sentença não estava sujeita a esse recurso e, como toda declaração, retroagiria à data da publicação da decisão recorrida, a partir da qual, então, deveria ser contado o prazo de dois anos para

^{M1} Refere-se à CF/1969. V. CF/1988, art. 102, I, j.

^{M2} Refere-se à CF/1969.

a propositura da rescisória. Esse raciocínio, que, sem dúvida, tem a sua lógica, cuntra em crise profunda quando, para decidir o recurso extraordinário, ou o agravo contra a decisão denegatória, leve o STF mais de dois anos; caso este em que, a ser adotada a lição daqueles eminentes processualistas, ver-se-ia o interessado diante de um dilema crucial: enquanto não fosse decidido o recurso, não poderia propor ação rescisória porque havia recurso pendente, que poderia ser conhecido pelo STF e, depois de denegado o recurso, também não a poderia propor por já se haver esgotado o prazo para ajuizá-la.

O que me parece é que os efeitos da declaração de descabimento do recurso, embora retroativos, não têm o condão de desconstituir retroativamente a litispendência. A litispendência é um fato e os fatos não se desconstituem por sentença. O fato, no caso, consiste no *estar em curso a ação* consoante a definição do art. 301, § 3.º, do CPC, não importa se procedente ou improcedente a ação, nem se cabível ou incabível o recurso pendente, que dá continuidade ao processo e, pois, mantém *em curso* a ação. Estando a ação ainda em curso, há litispendência e não pode haver concomitantemente a coisa julgada. Segue daí que o efeito retroativo da decisão de não cabimento do recurso não ilide o fato da litispendência e, por isto, na pendência do recurso extraordinário ou do agravo para fazê-lo processar não se dá o trânsito da sentença em julgado. O prazo para a rescisória, portanto, só começa a correr a partir do momento em que *de fato* a sentença não esteja mais sujeita a recurso algum.

Diversa é a situação quando o recurso não é conhecido por ter sido interposto intempesivamente. O decurso do prazo para o recurso *é fato*. Se o tribunal declara intempetivo o recurso, declara que o fato do decurso do prazo ocorreu antes da data em que o recurso foi manifestado e, sendo retroativa essa declaração, é lógico que, aí sim, o prazo se conta da data do fato declarado. A partir daquela data não havia mais ação em curso, pois o seu curso fora interrompido pelo término do prazo e a interposição do recurso não restabelece a seqüência temporal.

1.3 Da classificação da ação rescisória

A doutrina tem classificado a rescisória como uma ação constitutiva negativa, porque visa à desconstituição da sentença transitada em julgado. Não é declaratória de nulidade, porque a nulidade depende

de sentença para ser declarada e não convalésce com o decurso do prazo para demandar o seu reconhecimento, podendo até sustentar-se que a ação de nulidade não prescreve nunca. As causas de rescindibilidade, ao contrário, só podem ser alegadas como fundamento da ação para rescindir a sentença e o direito de propô-la só pode ser exercido dentro do prazo de dois anos contados do trânsito em julgado. Passado este prazo, a sentença se torna inepugnável.

A desconstituição da sentença acarreta três seqüências: (a) desfaz o ato que pôs fim ao processo em que a sentença foi proferida, o que pode tornar necessário, conforme o caso, que nova sentença seja pronunciada em seu lugar; (b) desfaz os efeitos condenatórios, constitutivos ou meramente declaratórios produzidos pela sentença rescindida; e (c) desfaz os efeitos processuais do fato do trânsito em julgado, ou seja, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença rescindida.

Dessas três seqüências a mais importante é a segunda, que domina todo o panorama do interesse na propositura da ação rescisória. Só há interesse em rescindir uma sentença, quando haja necessidade de impedir que os seus efeitos continuem a produzir-se. Se a sentença por algum motivo for ineficaz, será uma sentença inócua, que nada altera no mundo do direito e não haverá, por isto, necessidade alguma de rescindi-la. Para opor-se aos atos de execução ou de cumprimento dessa sentença, bastará ao interessado alegar sua ineficácia, o que poderá ser feito a qualquer tempo, perante qualquer juízo ou grau de jurisdição. Note-se que isto não implica mudar ou discutir a sentença; implica tão-somente o reconhecimento de que a sentença, com o conteúdo que tenha, bom ou mal, certo ou errado, não produz efeitos.

Há dois casos em que o Código considera ineficaz a sentença: (a) o da falta ou nulidade da citação do réu, quando o processo correu à sua revelia (art. 741, I); e (b) o de falta (ou nulidade) da citação do litisconsorte necessário (art. 47).

À hipótese de ineficácia se equipara a da inexistência da sentença. Admitidos os três planos a que alude *Pontes de Miranda*, o da existência, o da validade e o da eficácia dos atos jurídicos, é fácil de ver que só pode ser eficaz a sentença que preencha os requisitos necessários à sua existência. Reputa-se ato inexistente, por exemplo, a sentença proferida em processo promovido por advogado a que o autor não tenha outorgado o mandato judicial (CPC, art. 37, parágrafo único).

O reconhecimento da ineficácia ou da inexistência da sentença transitada em julgado independe da propositura de ação rescisória.

2. Condições de admissibilidade da ação rescisória: a legitimção de terceiros

Neste capítulo, para não me estender muito, ficarei apenas numa questão que me parece importante pelo alcance que tem em relação ao tema dos limites subjetivos da coisa julgada. Sem desprezar, naturalmente, o que já decorre do que acabamos de ver, quanto ao interesse processual para a ação rescisória, destacando que falta essa condição de admissibilidade quando se trata de sentenças inexistentes ou ineficazes, ou cujos efeitos possam ser desfeitos por outra via.

A questão que desejo enfatizar diz respeito à legitimção do terceiro para propor a ação rescisória.

Confrontando as normas dos arts. 472 e 487, II, do CPC, enxerga-se uma aparente contradição entre elas, pois a primeira diz que a sentença *não prejudica* nem benefício terceiros e a segunda confere legitimidade ao terceiro *prejudicado*, para propor a ação rescisória.

Para resolver essa aparente contradição temos que fazer distinção:

(a) entre conteúdo e efeitos da sentença e (b) entre efeitos da sentença e efeitos do trânsito em julgado.

Conteúdo da sentença é um juízo lógico. *Efeitos da sentença* (declaratórios, constitutivos ou condenatórios) são as alterações que a sentença de procedência produz no mundo do direito (a sentença de improcedência nada altera, tudo conserva: é sentença que nega a produção da alteração pretendida pelo autor). Os efeitos declaratórios, constitutivo ou condenatório, são efeitos da sentença e não do trânsito em julgado. Podem produzir-se e frequentemente se produzem antes do trânsito em julgado. Sirva de exemplo a declaração da falência, que opera de imediato, inobstante os recursos que se possam interpor contra ela. *Efeito do trânsito da sentença em julgado* é a atribuição de duas qualidades ao conteúdo da sentença: a imutabilidade e a indiscutibilidade daquilo que sentença diz na sua conclusão (CPC art. 469).

Pois bem. Os efeitos da sentença, como qualquer outra alteração no mundo do direito, operam sempre “erga omnes”, porque uma alte-

ração no direito não pode, ao mesmo tempo, existir para uma pessoa e não existir para as demais. Portanto, os efeitos da sentença tanto podem beneficiar como prejudicar terceiros. Exatamente por isto, admite-se que o terceiro possa intervir como assistente, ou interpor recurso, ou propor ação rescisória.

Extraí-se daí que a regra do art. 472 do CPC não se refere aos efeitos mas, sim, ao conteúdo das sentenças. O que não prejudica terceiros é a imutabilidade e a indiscutibilidade do juízo contido na sentença, que são efeitos do trânsito em julgado, estes sim restritos às partes perante as quais a sentença foi dada. Podem os terceiros discutir a justiça da sentença. Só não podem opor-se à produção dos seus efeitos. Poderão, pois, discuti-la sempre que tenham ação ou defesa cujo acolhimento dependa de um juízo contrário ao contido na sentença transitada em julgado, mas cujos efeitos não obstem a produção dos efeitos da sentença anterior entre as partes perante as quais esta sentença foi dada. Assim, exemplificando: condenado o fiador no pagamento da multa estipulada no contrato entre o credor e o afiançado, nada obsta que este se defenda, na ação de regresso que lhe mova o fiador, alegando que a multa não era devida (daí a importância do chamamento ao processo).

O terceiro que propõe ação rescisória age em nome próprio mas na defesa de direito alheio. É, pois, substituto processual.

3. Pressupostos processuais

No tocante aos pressupostos processuais quero fazer uma breve referência a apenas dois deles: a competência para ação rescisória e o depósito prévio para propô-la.

No tocante à competência, como é sabido, a rescisória é ação de competência originária dos tribunais. Não incide o princípio do duplo grau de jurisdição. A competência para a rescisória é estabelecida pela Constituição Federal e pelo regimento interno dos tribunais. No que tange à competência do Supremo Tribunal Federal, conforme já dissemos, apesar do enunciado da Súmula 249, ela é hoje restrita à rescisão dos acórdãos da Corte que tenham julgado o mérito da ação.

Quanto ao depósito prévio exigido pelo art. 488, II, do CPC, assinado, apenas a título de curiosidade, uma decisão do Segundo Tribunal de

Alçada Civil de S. Paulo (no Agravo Regimental 65.709) que autorizou o réu a levantar a importância depositada, mas sem a correção monetária que se lhe acrescencara no curso do processo, porque, segundo a letra do Código, o direito do réu seria restrito ao levantamento do depósito inicialmente feito. Concorro com que as normas de natureza penal devam ser restritivamente interpretadas, mas no caso a restrição era indevida, posto que a correção monetária não amplia o valor depositado, apenas o traduz em face do valor da moeda na época do levantamento.

4. Condições de procedência da ação rescisória

Conforme decorre da exposição que fiz de início, entendo que há um direito das partes contra o Estado, que tem por objeto a entrega de uma prestação jurisdicional de conteúdo determinado. Este direito pressupõe a existência de um processo para exercê-lo e, conseqüentemente, pressupõe a existência do direito a esse processo.

Temos assim dois direitos fundamentais: (a) o direito a uma sentença dada por um juiz imparcial, previamente designado pela lei, e mediante processo regular; e (b) o direito a uma sentença justa, pois os juízes não estão postos para, indiferentemente, condenar ou absolver, mas só para condenar os culpados e absolver os inocentes. Denomino estes direitos de, respectivamente, direito à administração da justiça e direito de ação.

Sob este prisma, as causas de rescisão das sentenças transitadas em julgado podem ser agrupadas conforme se refram à violação de um ou outro desses dois direitos.

Nos casos do art. 485, I a IV, temos hipóteses de violação do direito a uma sentença dada por juiz imparcial e competente; mediante processo regular. Nos casos dos incisos VI a IX do mesmo artigo, temos hipóteses de violação do direito a uma sentença justa. E, no caso do inciso V, teremos ofensa a um ou outro desses direitos, conforme a norma legal violada seja de direito processual ou de direito material.

Dentre esses casos, o que tem ensejado maiores dúvidas é o do art. 485, VIII, em virtude da disposição do art. 486.

Dispõe o primeiro que a sentença de mérito poderá ser rescindida quando "houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou

transação em que se baseou a sentença". E, dispõe o segundo que "os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil".

A questão que se propõe é a seguinte: havendo fundamento para invalidar a transação homologada por sentença, deveria ser proposta a ação do art. 485, VIII, para rescindir a sentença, ou a ação de anulação da transação prevista pela lei civil?¹⁹

Diante dessa dúvida, parece-me que a interpretação do art. 485, VIII, deve orientar-se pelo que ocorre no caso da confissão. Orientando-nos por este caso, veremos que a procedência da ação rescisória é subordinada à condição de que haja fundamento para invalidar o ato (confissão) sobre o qual tenha se baseado a sentença de mérito; vale dizer, o ato que tenha constituído o *fundamento* da sentença de mérito. A transação homologada por sentença não é o fundamento da homologação; é o seu objeto. Segue-se daí que, havendo fundamento para invalidar uma transação homologada por sentença não se aplica o art. 485, VIII, mas sim o art. 486 do CPC.

Aplicar-se-á o art. 485, VIII, se a sentença decidir o mérito com fundamento numa transação sujeita a invalidação. Assim, exemplificando: uma sentença julga improcedentes os embargos do devedor, que se fundaram na nulidade da transação celebrada entre este e o credor, havendo o juiz julgado válida a transação. Ter-se-á, no caso, sentença de mérito *baseada* em transação susceptível de ser invalidada. Essa sentença pode ser objeto de ação rescisória.

O mesmo raciocínio se aplica à hipótese de desistência.

Poder-se-ia cogitar da hipótese de haver causa para rescindir o ato homologatório (como ocorreria, por exemplo, se a transação houvesse sido homologada por juiz absolutamente incompetente) sem que houvesse motivo para invalidar o ato homologado, a transação. É hipótese que se poderia qualificar como caso de laboratório, pois de reduzidíssimo interesse prático mas em sede doutrinária tem que ser enfrentada.

Desde logo, é situação que não se acha prevista nem no art. 485, VIII, nem no art. 486. Poder-se-ia invocar o art. 269, III, para sustentar

¹⁹ Refere-se ao CC/1916.

a afirmação de que o ato homologatório poria fim ao processo com julgamento de mérito e, em consequência, que estaria exposto à rescisão por incompetência absoluta do juiz, com fundamento no art. 485, II.

Contra isto, teria duas objeções a formular. Primeiro, que “extinção do processo com julgamento de mérito” não é o mesmo que “sentença de mérito”. O critério a que obedecem essas designações não é o mesmo. O primeiro se prende ao que resulta do mérito da causa após a extinção do processo. O segundo se atém ao objeto do ato judicial. A segunda objeção consiste em que a rescisória, como qualquer ação, pressupõe o interesse processual, isto é, a necessidade da rescisão para obstar algum prejuízo jurídico para a parte. Ora, não havendo motivo para invalidar a transação, não se vislumbra prejuízo jurídico para a parte como consequência exclusiva da incompetência do juiz. Daí não ser caso de ação rescisória.

5. Medida cautelar em ação rescisória

Dispondo o art. 489 do CPC que a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda, é lícito indagar se esta norma obsta a concessão de medida cautelar que tivesse por fim suspender a execução da sentença rescindenda durante o curso da ação para rescindi-la.

Parece-me que não, porque o citado artigo dispõe apenas sobre os efeitos da propositura da ação rescisória que, exatamente por não ser recurso, não poderia, salvo expressa disposição em contrário, suspender a execução da sentença rescindenda. A norma do art. 489 visa tão-somente a cortar cerce eventuais discussões sobre o tema. É antes uma disposição de natureza declaratória, do que normativa. No silêncio da lei, atendida a natureza deste meio de impugnação, ter-se-ia que entender que a rescisória não suspende mesmo a execução da sentença rescindenda.

Assim, para elucidar a questão do cabimento daquela medida cautelar é indifferente a existência da norma do art. 489.

Trata-se de questão que deve ser resolvida com base nas normas que disciplinam as medidas cautelares e, nestas, não se encontra nenhuma que, presentes as condições da ação cautelar, exclua “a priori” a possibilidade de se conceder, cautelarmente, a suspensão da execução da sentença rescindenda.

Naturalmente, o “periculum in mora” e o “fumus boni iuris” terão que ser aferidos em relação à ação rescisória e não em relação à situação criada pela sentença rescindenda.

Por isto, se a execução da sentença rescindenda na pendência da ação rescisória cria o risco de tornar inútil a sentença que julgue procedente a rescisória, é mais do que evidente, a meu ver, que a suspensão cautelar não poderá ser negada pelo tribunal. Ou outra medida que resguardar a utilidade da sentença rescindente.

O que não se pode admitir de modo algum é que caiba dentro do sistema do Código de Processo Civil a afirmação de que a lei confere o direito à rescisão da sentença mas não o garante contra os riscos a que fica exposto durante o curso do processo.

6. Conclusão

Têm aí os senhores o exame de algumas das questões suscitadas pela ação rescisória, a que dei preferência em atenção às exigências mais evidentes da prática dessas ações, cujo êxito depende, antes de mais nada, de um manejo seguro dos elementos teóricos.