

DA TUTELA ANTECIPADA E SUA APLICAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA

2.1 NEOPROCESSUALISMO E O TEMPO PROCESSUAL (SEGURANÇA JURÍDICA *VERSUS* TUTELAS DE URGÊNCIA)

O Direito Processual em toda a sua evolução, e, sobretudo, desde que ganhou autonomia,¹ experimentou muitos progressos até assumir sua forma atual, firmando-se o senso comum segundo o qual a tutela jurisdicional (ou resultado da atividade judicante) pode ser esquadrihada com dois objetivos bem definidos: conhecimento e execução.²

Aprofundando-se o estudo sobre o processo de conhecimento, tal como ocorrente na ação rescisória, verifica-se que tal tutela foi concebida sob a égide do contraditório amplo, e, via de regra, a parte deve aguardar o desfecho da ação para colher os frutos da decisão definitiva de mérito, máxime em ação rescisória,

1 O significado, a importância, o papel e as espécies de pressupostos e de exceções processuais levaram Oskar Von Büllow, com sua obra de 1868, sobre a teoria das exceções e dos pressupostos processuais, a inaugurar a fase da autonomia do direito processual, destacando-o como ramo autônomo e distanciando-o da velha concepção de mero apêndice do direito material. (BÜLLOW, Oskar Von. “*Die lehre von den Prozessinreden und die Prozessoraussetzungen*”, Giessen, 1868, com tradução para o português como *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 18 e ss.).

2 Portanto, o autor pode buscar o reconhecimento judicial do direito (processo de conhecimento); visar a satisfação do direito (processo de execução). “Conhecimento e execução são técnicas processuais de que o juiz se vale para satisfazer ou acautelar os direitos valendo-se do processo”. (MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. Processo de conhecimento e processo de execução no Novo Código de Processo Civil. In: MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-p4-5-processo-de-conhecimento-e-processo-de-execucao-no-novo-codigo-de-processo-civil-parte-iv-o-processo-no-estado-constitucional/1188258440#:~:text=Conhecimento%20e%20execu%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%A3o%20t%C3%A9cnicas,conhecimento%20ou%20processo%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o>).

pois se pretende impugnar uma decisão judicial transitada em julgado. É o que propugnava a doutrina tradicional.³

Os tempos passaram e, no embate entre a segurança jurídica das decisões e a duração razoável do processo em que se pretende impugnar uma decisão judicial, a corrente neoprocessualista propugna por um mecanismo que possa dar o máximo de rendimento, objetivando proporcionar um processo de resultados.⁴

Tal teoria é de fácil aderência, isso porque, na mesma sequência de ideias, o processo não pode servir essencialmente para ser um veículo a noticiar fatos consumados e apontar, no mais das vezes, soluções indenizatórias. Daí a importância do destaque às tutelas diferenciadas, atuando preventivamente aos efeitos aziagos anunciados pelo tempo do processo.⁵

A propósito, advirta-se que “o trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. Sente-se, porém, a necessidade de aplicar com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos”.⁶ Aliás, em tempos de efetividade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), como conceber a ineficiência do aparato do Poder Judiciário? Parece mesmo que a questão posta mistura atuações distintas: a efetividade explícita na legislação não tem relação diretamente proporcional com a eficiência das decisões judiciais.

3 Essa era a concepção que vinha sendo adotada como processo justo e que certamente norteava a redação anterior do art. 968 do CPC de 2015 e até mesmo do 489 do CPC de 1973, sem alusão às tutelas de urgência. Em tempo, doutrinadores mais antigos compunham suas lições contemplando que, sob o aspecto processual, a cláusula do devido processo legal queria significar a possibilidade efetiva de a parte acessar a justiça, levando ao Judiciário a sua pretensão e utilizando os meios de defesa do modo mais amplo possível. Leia-se: NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1992. p. 250 e; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I, p. 27-28.

4 Há muito vigora a ideia de um processo de resultados, pois “inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes”. (DINAMARCO, Cândido Rangel; FIGUEIREDO, Teixeira Sálvio de (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14).

5 O que inclui a *tutela específica* da obrigação de fazer e não fazer ou de entrega de coisa certa, arts. 497 e 498, e *tutela de urgência* prevista no art. 300, todos do CPC.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 31, 1999. p. 200.

O tempo é um fator natural para o adequado amadurecimento da causa para julgamento, mas não pode ser alargado e amplo em todas as demandas.⁷

Na linha desses progressos, um dos mais importantes foi, sem dúvida, a sedimentação do escopo de evitar o prolongamento da demanda judicial, causando danos desnecessários aos direitos questionados, inaugurando a tendência a formação do processo sincrético, permitindo-se a mescla de pretensões originariamente concebidas em processos diferentes. No Brasil, as reformas processuais e constitucionais, a partir da Lei n. 8.952, de 1994,⁸ foram excepcionalmente importantes para o aprimoramento legislativo e, com isso, fomentar a efetividade das decisões judiciais.⁹

Assim, se a parte pretender que seja concedido algum efeito prático do processo antes do trânsito em julgado da decisão de mérito, deverá recorrer às tutelas de urgência. Portanto, ainda que se possa ver certa antecipação decisória

7 Os próprios órgãos governamentais descumprem decisões judiciais e exercem a recorribilidade à exaustão. E quem diria que a OAB pudesse descumprir uma ordem judicial. Veja-se que, por exemplo, no Mandado de Segurança n. 2005.61.00.020696-8, que tramitou perante a 15ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo – SP, impetrado contra a Ordem dos Advogados do Brasil Seção SP, discutia-se uma falha no edital, que desclassificou um candidato a seguir no certame e ter sua prova da segunda fase corrigida, porque após a divulgação da aprovação na primeira fase, o edital exigia a entrega do diploma de colação de grau ou declaração equivalente. Ora, essa exigência somente poderia ser oposta para o exercício da profissão e não para ter direito à correção da prova. O processo administrativo perante a OAB-SP se mostrou ineficaz, pois foi confirmado o “acerto” do edital. O Poder Judiciário, no processo em referência, deferiu a liminar para a correção da prova, mas a OAB-SP recorreu e, mesmo sem efeito suspensivo, se negou a efetuar a correção da prova. Um ano depois, o impetrante já havia passado em outro certame na cidade de Brasília-DF, onde passou a residir e trabalhar como advogado, quando veio a surpresa: a OAB-SP resolvera corrigir a prova e o candidato havia sido aprovado. Posteriormente, os editais foram modificados, não efetuando mais a exigência errônea. Todavia, a intransigência do Conselho Regional de Fiscalização Profissional de Direito (OAB-SP) no cumprimento da lei e da liminar judicial retardou o sonho da parte em trabalhar na área.

8 Além da Lei citada, seguiram as Leis ns. 9.756/98; 10.352/2001; 10.444/2002; 11.287/2005 e 11.280/2006. Anote-se também a EC 45/04 (art. 5º, LXXVIII, CF).

9 Nesse contexto, as tutelas de urgência são instigadoras da reflexão: “a banalização da dita ‘efetividade da Justiça’ seria um problema congênito de administração judiciária e da cultura de cumprimento pelos jurisdicionados? Seja como for, parece que esse problema não deve ser tratado no campo de reformas legislativas, pois as leis já existem, com largo ‘poder de fogo’ para se trilhar a efetividade processual. Note-se que, não raro, as mudanças legislativas vêm precedidas de aplicações desse direito inovador em decisões judiciais, muitas vezes impulsionadas pela doutrina e pela jurisprudência criativa. Neste sentido, o ‘ativismo’ judicial é uma tendência e tentativas de restringi-lo pode gerar consequências a trilhar nuances de retrocesso processual”. (XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 159, p. 172, maio/2008. p. 172).

nas tutelas de urgência,¹⁰ apresentam-se distintamente a tutela de urgência de natureza cautelar e de natureza tutela antecipada (nitidamente satisfativa), esta última podendo ser ministrada quando se mostrar a probabilidade do direito *ab initio* ou no curso da ação, todavia antes ou concomitantemente com a decisão meritória no processo. Tais ocorrências estão estampadas nos arts. 300, 497, 969 e 297, todos do CPC, dentre outros, sendo essenciais no sistema processual vigente, pois a todo o momento temos notícias da morosidade da justiça.¹¹

2.2 O IDEAL DA CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO

Em verdade, as tutelas de urgência visam dar uma resposta tempestiva a um problema inerente ao processo: a necessidade de amadurecimento da causa e o perigo nefasto do tempo. A agilidade na prestação jurisdicional pode ser um benefício outorgado a todos os cidadãos, minimizando o problema da demora na prestação jurisdicional, contudo, se mal administrado, poderá levar ao autoritarismo e a desmandos sem precedentes.

10 (...) tutela antecipada não é técnica de antecipação da tutela ou técnica antecipatória.³⁰ A tutela antecipada exige a consideração dos pressupostos de direito material da tutela de direito que se quer antecipar, enquanto que a técnica de antecipação nada mais é do que previsão técnico processual que autoriza a antecipação da tutela do direito. A técnica antecipatória é a ferramenta processual que abre oportunidade à tutela do direito material com base em probabilidade (procedimento comum) e à própria tutela cautelar mediante liminar (procedimento da tutela cautelar antecedente). Perceba-se que o juiz, diante do procedimento da tutela cautelar antecedente, pode antecipar a tutela cautelar. (MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 4. ed., 2021).

11 Como exemplo, basta ver os noticiários. Nesse sentido o próprio STJ publicou: “A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) restabeleceu sentença que condenou o Estado do Amazonas a pagar indenização por danos morais no valor de 30 salários mínimos pela demora injustificada na prestação jurisdicional em ação de execução de alimentos. No recurso especial – provido de forma unânime pelo colegiado –, a mãe das duas menores destinatárias dos alimentos alegou que a demora da Justiça em determinar a citação do devedor fez com que suas filhas ficassem sem receber a pensão por cerca de dois anos e meio. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido e fixou a indenização em 30 salários mínimos. O Tribunal de Justiça do Amazonas, no entanto, deu provimento à apelação do Estado do Amazonas para cassar a sentença, sob o argumento de que a demora no despacho citatório decorreu da quantidade de processos e do precário aparelhamento da máquina judiciária, o que afastaria a existência de ato ilícito passível de ser indenizado. O relator do caso no STJ, ministro Og Fernandes, disse que ficou evidente a responsabilidade civil estatal pela “inaceitável morosidade” da Justiça. Ele ressaltou que a ação de execução de alimentos, por sua natureza, exige maior celeridade, e por tal razão “mostra-se excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório”. “O ato, que é dever do magistrado pela obediência ao princípio do impulso oficial, não se reveste de grande complexidade, muito pelo contrário, é ato quase mecânico, o que enfraquece os argumentos utilizados para amenizar a sua postergação”, enfatizou”. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-13_06-51_STJ-condena-Estado-do-Amazonas-a-indenizar-vitimas-da-demora-excessiva-da-justica.aspx>. Acesso em: 30 set. 2024.

Assim, a tutela antecipada é instrumento de efetividade para entrega do bem da vida objetivado pelo autor¹² da demanda judicial.¹³ Atua na otimização do tempo da solução do processo, e, por isso, a necessidade de se ter bem presentes as características e requisitos da aplicação da tutela antecipada, para uma correta aplicação desse instrumento de urgência. Esse desiderato é possível, com base nos princípios da igualdade substancial¹⁴ e do adequado acesso à justiça, o que inclui ministrar as tutelas de urgência, com o fim de inibir os exageros na garantia processual às dilações despiciendas.

Com efeito, a justiça morosa é repugnável, e a justiça demasiadamente rápida é perigosa; ambas, em casos pontuais, são hábeis a induzir injustiças. Não se pode olvidar que o direito apresenta uma teia relacional complexa, e a jurisdição deve estar atenta às técnicas processuais (admissibilidade, tutela jurisdicional e procedimento) apropriadas às diversas feições do direito material, no ofício de conceder integral e milimetricamente aquilo que precisamente faz jus à parte.

E, uma vez concedido o direito por sentença, a parte vencedora aguardará ansiosamente a coisa julgada material, com sua matriz constitucional inserida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, ponto máximo da ação de

12 “O processo é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, p. 22).

13 A Lei n. 9.494/97 preceitua limitação da tutela antecipada. A doutrina resume as limitações à tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ditas como óbices legais, criticando em fazer letra morta dos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988: “1) vedação de concessão de medida liminar visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens (arts. 5º, *caput*, e 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966); 2) o recurso voluntário ou *ex officio* interposto de decisão concessiva que importe em outorga ou adição de vencimentos, bem como reclassificação funcional, terá efeito suspensivo (art. 7º da Lei 4.348/64); 3) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença final, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual ou municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (art. 1º, *caput*, da Lei 5.021/66); 4) vedação de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/66); 5) execução do provimento final de procedência de pedidos dessa matéria só com o trânsito em julgado (art. 5º, par. ún., da Lei 4.348/64); 6) vedação da liminar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de proibição legal (art. 1º, *caput*, da Lei 8.437/92); 7) vedação do provimento de urgência, no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/92); 8) vedação de liminar que esgote, no todo ou em parte, objeto da ação (art. 1º, § 3º, Lei 8.437/92)”. (ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, v. 7, fev. 2011. p. 637).

14 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 98.

conhecimento, pois permitirá o uso da coerção estatal como meio de garantir a efetividade da jurisdição como um direito fundamental (inciso XXXV do art. 5º da CF). Tal efetividade inclui a duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF) e mostra-se em harmonia com o princípio da segurança jurídica (*caput* do art. 5º da CF).

E se houver vício tal na decisão de mérito que a lei autorize a rescindibilidade do decisório? Nesse sentido apresenta-se a ação rescisória. Mas, a formulação do pedido rescindente, por si, não tem o condão de suspender a execução do comando da sentença rescindenda.¹⁵ Vale dizer, não há na ação rescisória, em regra, medidas tendentes à antecipação de tutela de ofício ou como efeito automático do ajuizamento. Por outras palavras, o simples ajuizamento da ação rescisória não implica em suspensão do julgado impugnado.¹⁶

Em socorro a essa realidade, novamente aparece a tutela antecipada, como acontece em outras ações de conhecimento, que tem sido utilizada com êxito, em casos pontuais, na ação rescisória.¹⁷ Como toda ação, nela também incidem as regras benéficas do manejo das tutelas de urgência, mas não se pode olvidar que esse sucesso foi impulsionado pela redação permissiva do art. 969 do CPC (redação dada inicialmente pela Lei n. 11.280, de 2006),¹⁸ e mais, pela consciência dos operadores do direito de que, na ação rescisória, um processo de resultados significa dizer que a tutela antecipada visa antecipar todos os resultados práticos possíveis, uma vez preenchidos os requisitos, efetivamente antecipando o que

15 A antiga redação do art. 489, do CPC de 1973, determinava que “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda”. Era comando categórico que nem mesmo ressaltava a hipótese de tutela antecipada ou medida cautelar suspensiva.

16 GERAIGE NETO, Zaiden. Ação rescisória. Ação cautelar. Efeito suspensivo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 99, jul. 2000. p. 306.

17 “Preserva-se, assim, o princípio de que a demora no processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a ideia – já que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 19).

18 No que tange à possibilidade de o autor requerer tutela provisória, o art. 969 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) aduz que “a propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória. Assim, a ação rescisória não possui efeito suspensivo *ope legis*, podendo ser concedida tutela provisória, fundamentada na urgência (art. 300, CPC/2015 (LGL\2015\1656)) ou na evidência (art. 311, CPC/2015 (LGL\2015\1656)), para retirar a eficácia da decisão rescindenda quando preenchidos os requisitos legais e imprescindível para preservar os direitos da parte. (OLIVEIRA, Pedro Miranda. Poderes do relator na ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 348, ano 49, p. 229-240, fev. 2024).

seria alcançado apenas com o trânsito em julgado da futura sentença de procedência rescisória.¹⁹

Assim, a coisa julgada maculada por vício rescindente pode ser neutralizada com a tutela antecipada na ação rescisória. O equilíbrio entre segurança e duração razoável é o ponto chave para se outorgar a efetividade da justiça. Afinal, conceder o justo importa também repelir o injusto.²⁰

2.3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO RESCISÓRIA

O autor da ação rescisória, uma vez interessado na suspensão da decisão transitada em julgado, por ser medida excepcional,²¹ deverá, preenchendo os requisitos, requerer a tutela provisória, na forma da atual redação do art. 969 do CPC,²² podendo abranger a totalidade do pedido ou objetivar efeitos parciais, em face da urgência e imprescindibilidade. A tutela antecipada na ação rescisória tem suporte também no art. 71, parágrafo único, da Lei n. 8.212/91. É que a verossimilhança da alegação e a prova inequívoca se dirigem para a comprovação de fraude ou erro material.²³

Em atenção à fungibilidade entre as tutelas de urgência, deve-se observar também a aplicação dos dispositivos sobre as cautelares. Nesse sentido, note-se o

19 ARMELIN, Donaldo. Realização é execução das tutelas antecipadas. In: Alvim Netto, José Manoel de Arruda; Alvim, Eduardo Arruda (Coord.). *Inovações sobre o direito processual civil – tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 505.

20 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1, p. 64.

21 Tendo em vista a norma inserida no art. 969 do CPC, o STJ assentou o entendimento de que a execução de sentença rescindenda não pode ser suspensa, salvo em casos excepcionais, quando presentes os requisitos para antecipação da tutela no caso concreto. Precedentes: STJ, Decisão Monocrática, AR 6.087/RS, rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 25.09.2017.

22 CPC, Art. 969. “A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.” (Redação dada inicialmente ao art. 489 do CPC de 1973 pela Lei n. 11.280, de 2006). Mesmo antes dessa alteração legislativa, a tutela antecipada já era aplicada na ação rescisória com base na aplicação direta do art. 273, do CPC de 73. “A modificação introduzida no art. 489 pela Lei 11.280/2006 tem cunho meramente expletivo, pois o que veio a ser texto expresso de lei já defluía da interpretação sistemática do Código de Processo Civil.” (ALVIM, Eduardo Arruda; Alvim, Angélica Arruda. *A ação rescisória e a suspensão da efetivação do julgado rescindendo*, à luz da Lei 11.280/2006, p. 996).

23 O parágrafo único do art. 71 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foi alterado pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, com a seguinte redação: “Será cabível concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisão em caso de fraude ou erro material comprovado”.

texto do art. 4º, da Lei n. 8.437/92, que disciplina as medidas cautelares em face do Poder Público;²⁴ a Lei n. 8.397/92, que trata da medida cautelar fiscal em face do responsável tributário; bem como o chamado Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto e promulgado pelo Decreto n. 2.626/98, que regulamenta as tutelas de urgência no âmbito do Mercosul.²⁵ Eventualmente, a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), em especial o § 2º, do art. 7º, que veda liminares para compensação de créditos tributários ou pagamento de qualquer natureza contra o Poder Público, pode ter aplicação nas tutelas de urgência, inclusive no âmbito da ação rescisória.

A tutela antecipada na ação rescisória era vedada na vigência da antiga Súmula 234 do extinto Tribunal Federal de Recursos.²⁶ A evolução da interpretação sobre o tema permitiu a redação da MP n. 2.180-35, que, textualmente, no seu art. 15, definiu o cabimento da tutela de urgência na modalidade cautelar atrelada às ações rescisórias.²⁷ Somente com o advento do art. 273 do CPC de

24 “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...) Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, com dispositivos acrescentados pela Medida Provisória n. 1.984-21, de 28.08.2000, e MP n. 2.180-35, de 24.08.2001.

25 Confira-se um trecho do documento: “Convencidos da importância e da necessidade de oferecer ao setor privado dos Estados-Partes, um quadro de segurança jurídica que garanta soluções justas às controvérsias privadas e torne viável a cooperação cautelar entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção, acordam: Objeto do Protocolo – Artigo 1: O presente Protocolo tem por objetivo regulamentar entre os Estados-Partes do Tratado de Assunção o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer. Artigo 2: A medida cautelar poderá ser solicitada em processos ordinários, de execução, especiais ou extraordinários, de natureza civil, comercial, trabalhista e em processos penais, quanto à reparação civil. Artigo 3: Admitir-se-ão medidas cautelares preparatórias, incidentais de uma ação principal e as que garantam a execução de uma sentença. Âmbito de Aplicação – Artigo 4: As autoridades jurisdicionais dos Estados-Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou Tribunais de outros Estados-Partes, competentes na esfera internacional, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde sejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida”. (Protocolo de Medidas Cautelares – MERCOSUL – Feito em Ouro Preto, aos 16 dias do mês de dezembro de 1994, em um original nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os mesmos textos igualmente autênticos).

26 “Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada.” Súmula 234 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

27 Art. 15. “Aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil.” (Referência ao código de 1973).

1973, passou a ser corrente na doutrina e em diversas decisões o cabimento da tutela antecipada na ação rescisória. Os requisitos da tutela antecipada na ação rescisória são os mesmos genéricos para toda ação de conhecimento (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), conforme art. 300 do CPC, mas a particularidade da demanda que se volta contra decisão transitada em julgado requer redobrada prudência do magistrado em sua aplicação.²⁸ Toda e qualquer ação tem apoio na causa de pedir, e a causa de pedir da ação rescisória é a desconstituição de um julgado judicial. Desse modo, na tutela antecipada em ação rescisória mantém-se o juízo de probabilidade, como é comum a qualquer ação que permita a tutela antecipada, mas a grau de verificação deve ser mais criterioso.²⁹

Assim, destaca-se a aplicação da tutela antecipada na ação rescisória, como meio eficaz para obstar a efetivação da decisão rescindenda³⁰ e, até mesmo, determinar providências ativas para tutelar o direito do autor, sempre que presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo,³¹ conforme alude o art. 969 do CPC.³²

28 Aliás, a prudência é sempre retumbante no ofício do julgador. *Vide* o seguinte trecho do voto condutor: "(...) 1. No âmbito do Distrito Federal, os consumidores possuem uma proteção ampliada, conferida pelo art. 3º da Lei Distrital n. 514/93, relativa à obrigação de as empresas credoras encaminharem correspondência, mediante aviso de recebimento, cientificando os devedores da existência de requerimento da inscrição dos nomes deles em cadastro de inadimplentes. 2. Essa obrigação não se confunde com a prevista no artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que é destinada aos órgãos que mantêm tais cadastros, conforme se verifica em súmulas e teses firmadas em recursos repetitivos do c. STJ. 3. No presente caso, ainda que a inscrição decorra de exercício regular do direito, ante o fato da Autora não questionar a legitimidade da dívida, o descumprimento da regra imposta pelo art. 3º da Lei Distrital n. 514/93 acarreta o reconhecimento da responsabilidade civil do Réu. 4. Havendo a inscrição indevida do nome da consumidora em cadastro de devedores, o dano moral é presumido (*in re ipsa*), prescindindo de provas, nos termos da jurisprudência do STJ e do TJDF." (Acórdão 1391352, 07144379820218070001, Rel. Robson Teixeira de Freitas, 8ª Turma Cível, julgado em: 02.12.2021, publicado no *DJe* 16.12.2021).

29 É mais um exercício matemático de probabilidade de sucesso da ação do que análise de provas. A cognição não é, nem de longe, exauriente. "A cognição sumária, conforme dito, não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível, fazendo surgir tão somente um juízo de probabilidade acerca da afirmação do fato realizado em Juízo." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1994. p. 31).

30 MARTINS, Cristiano Zanin. Tutela antecipada em ação rescisória. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo (Coord.). *Inovações sobre o direito processual civil – tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 59.

31 "MANDATO – AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE EXIGIR CONTAS – TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência, dispostos no art. 300 do CPC, resta mantida a decisão monocrática do Relator que indeferiu o pedido. (TJSP; Agravo Interno Cível

2.4 TUTELA ANTECIPADA RESCISÓRIA E SEU OBJETO: O *JUDICIUM RESCINDENS* E *JUDICIUM RESCISORIUM*

Como se sabe, o requerimento antecipatório pode visar a suspensão dos efeitos executórios do julgado rescindendo para salvaguardar o resultado prático da futura sentença rescisória. Essa tutela antecipada, requerida no corpo do processo, tem natureza jurídica, na verdade, de medida cautelar. Não há, propriamente, uma antecipação, ou seja, a entrega de um bem da vida juridicamente protegido ou algum efeito deste, mas apenas uma suspensão dos efeitos do julgado rescindendo.³³

O requerimento antecipatório típico objetiva verdadeira antecipação do pedido e, sendo deferido, pode alterar a realidade fática de imediato.

Notadamente, o enfoque da tutela antecipada na ação rescisória, quando seja originada em sentença de procedência, ganha maior sentido no estudo do *judicium rescindens*, uma vez que é neste que poderá haver a desconstituição do título executivo inserido na sentença rescindenda³⁴ e se poderá ensejar, via de consequência, a antecipação de tutela visando a suspensão ou sobrestamento dos seus efeitos executórios da sentença rescindenda.

Por sua vez, nas ações rescisórias que visar combater o trânsito em julgado de sentenças improcedentes, ganha maior relevo o rejuízo da causa (*judicium*

2231776-63.2024.8.26.0000; Rel.(a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 16º Grupo de Câmaras de Direito-Privado; Foro Central Cível – 33ª Vara Cível; julgado em 30.09.2024; registro: 30.09.2024).

32 RECURSO DE AGRAVO INTERNO – DECISÃO QUE DEFERE PARCIALMENTE PEDIDO LIMINAR FORMULADO EM AÇÃO RESCISÓRIA – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO COM O SOBRESTAMENTO DA LIIDE ORIGINÁRIA E ORDEM DE AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL DA EXISTÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA – REQUISITOS PRESENTES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1 – A medida liminar ter caráter provisório, com o único objetivo de evitar dano ao direito da parte, ela não é uma liberalidade da Justiça; constitui-se em providência acauteladora do direito do requerente e, de conseguinte, não pode ser indeferida quando presentes os seus pressupostos, do mesmo modo que não deve ser concedida quando não se verifica os requisitos para o deferimento. (N.U 1009268-20.2019.8.11.0000, PRIMEIRA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, CLARICE CLAUDINO DA SILVA, Primeira Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Julgado em 05.11.2020, Publicado no *DJE* 10.09.2021).

33 Súmula n. 405 do TST: AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA PROVISÓRIA (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Em face do que dispõem a MP 1.984-22/2000 e o art. 969 do CPC de 2015, é cabível o pedido de tutela provisória formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

34 “A finalidade única da pretensão rescindente será desconstituir decisão definitiva e imutável em futuros processos, *a fortiori* naquele em que foi proferida.” (RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação rescisória*, p. 8).

rescisorium), pois uma sentença improcedente possui pouco ou nenhum efeito executório, sendo diminuído o interesse na suspensão da executividade do julgado, havendo maior interesse na tutela antecipada que possa reconhecer algum direito ao autor da ação rescisória.³⁵

É plenamente possível que o objeto de antecipação possa atingir a totalidade dos pedidos (rescindente e rescisório), mas, naturalmente, será sempre um direito mais distante, dependendo da superação, ainda que implícita, do primeiro juízo (*judicium rescindens*).³⁶

Uma vez reconhecida a antecipação da tutela no juízo rescindente, o magistrado estará autorizado a prosseguir com a análise da antecipação de algum ou de todo o resultado prático do juízo rescisório, em especial quando se revelar a causa madura para rejuízo da matéria de fundo. Todavia, em regra, não haverá que se falar em antecipação da tutela do juízo rescisório se o magistrado visualizar que o caso não comporta a antecipação da tutela no juízo rescindente. Em termos gerais, seria mesmo ilógico pensar o contrário, dada a ordem natural das coisas.³⁷

No pedido rescindente não há dilação probatória, e a tutela antecipada (muito embora tenha verdadeira natureza cautelar, garantindo os efeitos práticos de eventual procedência da própria ação rescisória) pode ser deferida desde logo.

Todavia, quanto ao pedido rescisório (rejuízo), caso haja necessidade de prova, haverá dificuldades para ser deferida, *ab initio*, a tutela antecipada rescisória, eis que restarão os autos desprovidos, ainda que momentaneamente, do

35 TJSP; Ação Rescisória 2066605-30.2019.8.26.0000; Rel.(a): Coelho Mendes; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII – Itaquera, 2ª Vara Cível; julgado em 16.07.2020; registro 16.07.2020.

36 Veja-se que, mesmo em casos que haja procedência, ao final, tanto do pedido rescindente como do rescisório, a tutela antecipada pode não ser ministrada no caso, por falta dos requisitos. Anote-se o seguinte precedente: “EMENTA:PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DAS ALEGAÇÕES DOS AUTORES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA. Conforme dispõe o art. 300 do CPC/2015 (art. 273 do CPC/1973), a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Hipótese em que não se faz presente o primeiro dos pressupostos, pois a matéria posta a exame depende de dilação probatória, mostrando-se prematuro emitir qualquer juízo de valor acerca do tema antes de ultimada a instrução processual da ação originária. Denegação do pedido de tutela de urgência”. (Processo n. 0805101-47.2016.4.05.0000 – Ação Rescisória. Relator(a): Desembargador(a) Federal José Lazaro Alfredo Guimarães. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 17.08.2016).

37 “É preciso que do acionamento do Poder Judiciário se possa extrair algum resultado útil e, mais, que em cada caso concreto a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. Além disso, o provimento jurisdicional pretendido há de ser apto a corrigir o mal de que se queixa o demandante.” (MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, p. 774).

requisito da probabilidade do direito.³⁸ Não obstante, o relator da ação rescisória poderá deferir o requerimento de tutela de urgência sobre o juízo rescisório com base nos requisitos do parágrafo único do art. 305, do CPC.

Poderia se concluir o contrário em casos em que a urgência seria tamanha que, mesmo sem o direito, a prudência levaria ao deferimento da medida. Avente-se um caso em que o autor de uma ação ordinária contra o plano de saúde, solicitando internação para tratamento, uma vez acometido de uma doença em médio grau de agressividade, obtenha sentença de improcedência pelo reconhecimento da não cobertura do plano de saúde, a sentença venha a transitar em julgado e, ao distribuir a ação rescisória, a doença se agrave, correndo o autor perigo de vida. Nesses casos em que se debata um direito maior, ou seja, o direito à vida no caso proposto, ainda que havendo remota possibilidade de procedência da ação rescisória, o magistrado deverá conceder diretamente a tutela antecipada para o que seria próprio do rejuízo da causa, ou seja, do deferimento da internação e tratamento. Em face de um direito maior em debate no juízo rescisório (como no exemplo, o direito à vida), sendo o efeito prático do juízo rescindente o debate de um direito de menor importância (como o direito à cobrança, ou seja, quem vai pagar as despesas do tratamento, se o plano de saúde ou não), há evidente deslocamento para o plano secundário do debate sobre o juízo rescindente. Sobressai, nesse caso, em primeiro plano a discussão travada no juízo rescisório. Assim, quando comportar essa inversão de planos, o magistrado estará autorizado, diante do caso concreto, a proferir, excepcionalmente, a decisão favorável à antecipação de tutela no juízo rescisório, mesmo reconhecendo a improbabilidade de procedência do juízo rescindente.

2.5 MOMENTO DO REQUERIMENTO E DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Fazendo-se um paralelo das decisões interlocutórias de primeiro grau e do rito da tutela antecipada ministrada no âmbito das ações originárias dos Tribunais, como há de ocorrer com a ação rescisória, verifica-se que a tutela antecipada foi

38 “A ausência de apenas um dos requisitos elencados no artigo 273 do Código de Processo Civil, por si só já impede o deferimento da tutela de urgência. Não é possível vislumbrar a existência de prova inequívoca que autorize a concessão da tutela pretendida “1. Para a concessão da tutela de urgência, cumpre à parte demonstrar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil. 1.1. O § 3º do art. 300 do Código de Processo Civil estabelece que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (07373010220228070000, Rel. Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, julgado em 16.05.2024, DJE 06.06.2024).

concebida originariamente para ser deferida *initio litis*, via liminar³⁹ e, por consequência, requerida juntamente com a inicial.

Todavia, sabendo da complexidade das diversas causas submetidas ao seu regime, o CPC de 2015 trouxe previsão expressa permitindo um alargamento dessa aplicação, admitindo-se o deferimento da tutela antecipada a qualquer tempo, mesmo antes do pedido principal (caráter antecedente, conforme art. 303 e seguintes do CPC),⁴⁰ durante e na própria decisão meritória⁴¹ ou até mesmo em sede recursal (que são modalidades incidentais).⁴²

Saliente-se que na ação rescisória, a decisão monocrática do relator é regra, mas admite exceção. A tutela antecipada tem natureza incidental quando proferida no início ou no curso do processo, antes da decisão de mérito final. Mas não há óbice que no caso concreto haja pronunciamento no corpo do acórdão, formando capítulo próprio, deferindo-se ou indeferindo-se a tutela antecipada por decisão colegiada, diretamente pelo tribunal.⁴³ Isso porque há casos em que a

39 “Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida *initio litis*.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*, 8. ed., v. III, p. 18).

40 “O Código positiva um sistema procedimental bem mais flexível, pois não há um marco temporal rígido e preclusivo para postulação e deferimento das tutelas provisórias. Primeiramente, o Código admite que a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) seja requerida em caráter antecedente, na peça inaugural do processo em que futuramente se pretende adicionar ou complementar (inclusive com o pedido principal).” (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*, p. 442).

41 Nesse caso, a principal função da sua concessão será conferir eficácia imediata à decisão, jpa que, a não ser assim, o recurso contra a decisão poderia suspender a eficácia da sentença. (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*, p. 443).

42 “Além disso, ela pode ser requerida incidentalmente (tutela interinal): a) de início, no âmbito da petição inicial, em capítulo destacado, cumulada com o pedido de tutela principal definitiva ou; b) quando surgirem, durante a marcha processual, condições que justifiquem o pedido da tutela provisória, oportunidade em que poderá ser requerida via: i) protocolo de petição simples; ii) oralmente em mesa de audiência, quando será reduzida a termo; iii) na petição recursal.” (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*, p. 442).

43 Essa particularidade pode ocorrer no caso de matéria apenas de direito, se houver sedimentação da matéria no curso da demanda. É lógico que interessará ao autor a antecipação, ainda que em sentença, pois poderá ainda estar em tempo para minimizar os efeitos da sentença rescindenda. *Vide*, a respeito, um exemplo com esse interesse: “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REENQUADRAMENTO FUNCIONAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUSPENSÃO DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO JUDICIAL ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA PELOS RECORRIDOS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA QUE POR SI SÓ NÃO SUSPENDE O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA OU DE ACÓRDÃO RESCINDENDO, RESSALVADA A HIPÓTESE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA NOS AUTOS DA PRÓPRIA RESCISÓRIA. ART. 969 DO CPC. SUSPENSÃO DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO JUDICIAL ATÉ QUE SE OPERE A PRECLUSÃO DA DECISÃO SOBRE A

apreciação da tutela antecipada implica em confusão com o mérito da causa e, não havendo imprescindibilidade da medida no momento inicial, poderá a antecipação, sob o prudente arbítrio do relator, ser objeto de apreciação com o julgamento principal.⁴⁴ Assim, quanto ao órgão julgante, poderá a tutela antecipada ser decidida pelo juízo monocrático ou pelo tribunal, em conhecimento originário ou em revisão recursal (agravo interno),⁴⁵ resultando em uma decisão positiva (concessiva do pedido) ou negativa (que indefere o pedido).⁴⁶

Diante de tais possibilidades, qual seria o melhor momento de se realizar a apreciação da tutela de urgência? Naturalmente, todas essas possibilidades convivem no plano hipotético, sendo que somente diante do caso concreto é que se evidenciará a melhor aplicação de uma ou de outra possibilidade.

2.5.1 Momento do requerimento: tutela antecipada formalizada antes ou no curso da ação rescisória, até na decisão definitiva de mérito (acórdão)

O mais comum é que a tutela antecipada seja requerida com a inicial da ação rescisória. Todavia, a decisão que concede ou indefere a tutela antecipada é, por natureza, precária, pode ser revogada ou alterada a qualquer tempo, e, da

TUTELA PROVISÓRIA, NOS AUTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA. SOMENTE NA HIPÓTESE DE DEFERIMENTO DA TUTELA É QUE A EXPEDIÇÃO DEVERÁ PERMANECER SUSPÊNSA, NO JUÍZO DA EXECUÇÃO, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA RESCISÓRIA. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO”. (0044395-77.2020.8.19.0000 – AgI Des. José Carlos Maldonado de Carvalho – julgado em 25.01.2021 – 1ª Câmara Cível).

44 O mais comum: “a antecipação da tutela é concedida (positiva) ou negada (negativa) através de decisão interlocutória”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil reformado*, 5. ed., p. 121).

45 “AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, BEM COMO O DE JUSTIÇA GRATUITA – Argumentos. Indeferimento mantido. Os fundamentos elencados na decisão impugnada subsistem e bastam para rejeitar as alegações deduzidas pela agravante, que se constituem em simples manifestação de inconformismo com a decisão contrária aos seus interesses, não havendo nada a ser corrigido na decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela, ou a que indeferiu o pedido de justiça gratuita, considerando os documentos apresentados pelo autor, que comprovariam a sua hipossuficiência financeira – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo Interno Cível 2141929-50.2024.8.26.0000; Rel. Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 12ª Vara de Fazenda Pública; julgado em 12.08.2024; registro: 12.08.2024).

46 *Mutatis mutandis*, ainda que o precedente seja com referência ao recurso de apelação, colhe-se que a prova inequívoca pode inclusive vir de atos incompatíveis com o direito de defesa do réu, ou seja, o próprio comportamento do réu pode ensejar os elementos autorizadores da antecipação.

mesma forma, a antecipação dos efeitos da tutela na ação rescisória pode ser pedida e deferida a qualquer tempo. Não há mesmo rigor quanto à forma do pedido, vale a correta análise do caso.⁴⁷

Assim, não há óbice a que a tutela antecipada seja veiculada por petição simples, diretamente no curso da ação rescisória, ou renovada após seu indeferimento *initio litis*.⁴⁸

Curiosa é também a possibilidade de tutela antecipada antecedente que, a depender do caso, poderá ser recomendada. Há que se ter presente que existem ações rescisórias complexas, que demandam maior tempo para confecção, e nem sempre o caso concreto comportará essa demora sem que haja prejuízo ao requerente.

Saliente-se que a forma não pode sobrepor o direito. Deve-se privilegiar a efetivação da justiça, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas, zelando-se pelos aspectos constitucionais das tutelas de urgência.

Portanto, não representará nenhuma dificuldade a apresentação do pedido de urgência em feito antecedente. Poderá ser veiculada a tutela antecipada antecedente de ação rescisória.⁴⁹

47 O art. 299 afirma que a tutela “provisória” pode ser requerida ao juiz da causa e, quando antecedente, ao juiz competente para conhecer do pedido principal. É certo que o art. 299 contém um erro de redação, na medida em que apenas a tutela de urgência pode ser requerida na forma antecedente. Seria absurdo admitir tutela da evidência na forma antecedente. Quer dizer que, no lugar de tutela provisória, deve-se ler tutela de urgência. (MARINONI, Luis Guillherme. *Tutela de urgência e evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 4. ed., 2021).

48 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO DESDE FATO OU SUBSÍDIOS PROBATÓRIOS NOVOS. CABIMENTO. – “COMO É SABIDO, A TUTELA DE URGÊNCIA PODE SER SUSCITADA A QUALQUER TEMPO NO CURSO DO PROCESSO, A TEOR DO QUE DISPOSTO NO ART. 294, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. DE OUTRO LADO, É POSSÍVEL A REAPRECIÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA SEMPRE QUE SURGIR FATO NOVO OU CIRCUNSTÂNCIAS ANTERIORMENTE INEXISTENTES NOS AUTOS. É O QUE SE DEPREENDE DO ART. 296, *CAPUT*, DO CPC.” 1. – Renovação do pedido de deferimento da tutela antecipada que deve ser analisado pelo Juízo de 1º Grau, sob pena de supressão de Instância. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA.” (Agravado de Instrumento, n. 51982268420228217000, 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça/RS, Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 13.10.2022).

49 “A tutela antecipada de caráter antecedente pode ser solicitada antes da propositura da ação mediante a qual a tutela final é postulada. A admissão desta técnica de tutela pressupõe uma situação de urgência incompatível com a demora inerente à elaboração da petição inicial da ação. Não se trata, portanto, de mera urgência ‘contemporânea à propositura da ação’. Na verdade, a urgência deve ser contemporânea a todo e qualquer requerimento de tutela cautelar ou antecipada, tanto antecedente quanto incidente. Não se pede tutela cautelar ou antecipada para uma urgência futura, mas para evitar um dano ou ilícito futuro. O perigo de dano ou ilícito e, portanto, a urgência, deve ser sempre presente e contemporâneo. Esse esclarecimento é importante para que não exista abuso no requerimento de

Outra questão refere-se à possibilidade de concessão da tutela antecipada no próprio acórdão que decide o mérito. Há casos que reclamam a tutela antecipada após a contestação e, muitas vezes, amadurecida tal tutela juntamente com a oportunidade do julgamento de mérito. Ainda assim, não haverá óbice em deferir a antecipação na própria decisão de mérito, como capítulo próprio da sentença.

Concluindo, verifica-se que a tutela antecipada poderá ser veiculada diretamente no acórdão, tal como se procede na sentença de primeiro grau, uma vez que não há incompatibilidade dessa regra para aplicação às ações rescisórias.⁵⁰ Até mesmo em sede de embargos de declaração, com fundamento em omissão, poderá ser obtida a tutela antecipada integrativa do julgado e não apreciada em tempo adequado.

2.5.2 Antecipação da tutela *inaudita altera parte* ou *ex officio*

O Ordenamento Jurídico pátrio não veda a concessão da tutela antecipada antes mesmo da citação do réu, muito embora não seja essa a orientação tida como regra jurisprudencial ou doutrinária.⁵¹ Seja como for, uma vez sendo o caso, o magistrado deveria ponderar a necessidade de fixação de caução suficiente para resguardo de eventual necessidade de arbitramento de indenização à parte ré, não obstante o procedimento da ação rescisória já contempla

tutela antecipada na forma antecedente, na medida em que essa técnica de tutela traz várias complicações procedimentais – que podem prejudicar a efetividade da distribuição da justiça. A tutela antecipada só deve ser utilizada na forma antecedente quando a urgência for excepcional, ou seja, capaz de impedir a apresentação dos documentos necessários ao pedido de tutela final, bem como o adequado desenvolvimento dos argumentos da causa de pedir.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça*. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 228).

50 De modo que o Código de 2015, além de ter permitido a tutela da evidência na sentença, atentou para a circunstância de que, após a formação de juízo apto a declarar a existência do direito, pode estar presente o perigo de dano que justifique a concessão da tutela de urgência na sentença. Não fosse assim, o juiz poderia negar a tutela urgente por falta de probabilidade do direito e, depois de realizada a instrução e convencido do direito e do perigo de dano, não ter possibilidade de concedê-la, o que obviamente não teria racionalidade. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 4. ed., 2021).

51 “A concessão da tutela de urgência antes da oitiva do réu é excepcional e assim deve ser tratada. É preciso atentar para o fato de que o deferimento da tutela *inaudita altera parte* restringe o direito fundamental de defesa e que isto apenas tem legitimidade quando o direito fundamental de ação, sem a emissão da tutela, não pode encontrar efetividade no caso concreto.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 4. ed., 2021).

o depósito rescisório, razão pela qual tal procedimento não é recomendado, evidenciado o *bis in idem*.⁵²

O caso típico de antecipação de tutela sem oitiva da parte contrária é aquele em que se pretende preservar a eficácia do provimento final da ação rescisória, e a citação do réu implicará em comprometimento ou até frustração da efetivação da medida de urgência requerida e, com este, a frustração do objeto principal da ação rescisória.⁵³ Não se trata de afastar o princípio do contraditório,⁵⁴ mas apenas diferi-lo para o momento oportuno.⁵⁵

Portanto, a tutela antecipada *inaudita altera parte* é, em regra, apreciada pelo juízo monocrático; mas poderia ser admitida a sua apreciação *ex officio*? Em resposta, note-se que a tutela antecipada no CPC de 73 foi concebida para depender de um pedido expresso da parte autora – art. 273, *caput*, do CPC/73 – e, como regra, não poderia ser deferida de ofício pelo juiz,⁵⁶⁻⁵⁷ como decorrência

52 “Também o juiz, em sua função jurisdicional, realiza juízo prudencial. Assim, Luigi Ferrajoli, ao tratar da atuação do juiz em processo criminal, afirma: ‘a aplicação da lei ao caso concreto é, na realidade, uma atividade cognitiva que requer, por sua vez, como duas condições necessárias e cada uma delas insuficiente, tanto a verificação, quanto a compreensão. Ela é, ao mesmo tempo, *juris-dictio*, ou seja, verificação da correspondência, à lei, do fato provado e apreendido, e *juris-prudentia*, ou seja, compreensão das conotações específicas do caso denotado e verificado. É precisamente na ‘prudência’, ‘compreensão’ ou no ‘discernimento’ das diferenças que Aristóteles identificava a virtude da equidade.’” (FERNANDES, Antonio Scarance. O cumprimento de ordem judicial pelo registrador: aspectos penais e processuais penais. *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, São Paulo: RT, v. 1, dez. 2011. p. 1043).

53 Mas a tutela de urgência também pode ser concedida antes da ouvida do réu mediante “justificação prévia”. Essa justificativa é adequada especialmente quando a ouvida do demandado pode tornar a tutela ineficaz. Como o juiz, diante da urgência e da consequente necessidade da concessão da tutela de urgência antes da ouvida do réu é obrigado a formar a sua convicção apenas com base nos argumentos do autor, é natural que, em situações faticamente mais complexas e delicadas, tenha que exigir a justificação da situação fática que ampara o pedido de tutela de urgência. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 4. ed., 2021).

54 BERMUDES, Sérgio. *A reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29.

55 “Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo ‘*inaudita altera partes*’, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para o momento posterior do procedimento.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 75-76).

56 “O art. 273 exige o pedido do interessado para a concessão da tutela antecipada. Veda-se, assim, a tutela antecipada *ex officio*. (...) Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, 7. ed., v. 2, p. 517).

57 Pela impossibilidade de antecipação de tutela *ex officio*: LOPES, João Batista. Impossibilidade de concessão *ex officio* de tutela antecipada. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 206, p. 337-347, abr. 2012. p. 337.

do princípio da iniciativa da parte e da inércia judicial, regra da congruência presente nos arts. 128 e 460 do CPC/73.⁵⁸ Contudo, essa regra não foi reproduzida no CPC de 2015, podendo prevalecer a máxima de que o que não é proibido, é permitido.⁵⁹

2.5.3 Tutela antecipada após o acórdão meritório de procedência

Outro ponto importante é a possibilidade de a tutela antecipada ser deferida após o Tribunal exarar o acórdão de mérito favorável ao autor, fixando a procedência da ação rescisória.

Assim, sendo interposto recurso cabível pelo sucumbente (recurso especial ou recurso extraordinário), no caso, o réu da ação rescisória, o autor poderá, por simples petição ou na petição de interposição das contrarrazões, demonstrar a imprescindibilidade do deferimento da tutela antecipada, e, se o recurso ainda não foi recebido, então o próprio Tribunal prolator do acórdão de procedência da rescisória será competente para estender os efeitos da tutela antecipada da decisão meritória, no âmbito da decisão que recebe o recurso.

Note-se que, nos embargos de declaração ou na petição de interposição e juntada de contrarrazões recursais, poderá ser veiculado o pedido de tutela antecipada recursal para o próprio juízo que proferiu a decisão de improcedência da ação rescisória, uma vez que poderá, inclusive, rever o despacho que acolheu o efeito único ao recurso, deferindo fundamentadamente a tutela antecipada recursal.

Ainda, a tutela antecipada pode ser ajuizada em petição autônoma incidental. Não é possível a propositura de ação autônoma para se obter a tutela antecipada.⁶⁰

58 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 718.

59 Diante desse cenário, o CPC/75 perdeu a oportunidade de pacificar o tema, e, ao contrário, colocou um ponto de interrogação ainda maior, já que não já em todo o regramento da tutela provisória (arts. 294 a 311) sequer uma única previsão legal expressa que trate da iniciativa da tutela provisória. Portanto, apesar de alguns defenderem a impossibilidade de concessão da tutela de ofício em razão do regime de responsabilidade objetiva do requerente, que foi estipulado no art. 302 do CPC, os autores deste presente curso acreditam que, como não há nenhuma disposição proibitiva, e com a previsão expressa do poder geral de cautela, a jurisprudência casuisticamente, e utilizando-se da proporcionalidade, analisará os possíveis efeitos práticos da sua decisão para deferir de ofício ou não a tutela provisória. (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*, p. 439).

60 Há quem defenda que, uma vez sentenciado o processo, então a solução será levar a discussão ao tribunal. Quando o processo ainda não tenha chegado ao tribunal, via recurso, em caráter excepcional, admitir-se-ia a via autônoma do mandado de segurança contra ato judicial. Essa não nos parece a melhor solução, uma vez que a petição direta ao juiz prolator da sentença tem o potencial de solucionar o impasse. No sentido aqui rechaçado, verifique-se: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 81.

É que a petição direta no processo em curso já tem o potencial de produzir os efeitos desejados, sem maiores dispêndios à parte.

Outra possibilidade é a parte apresentar embargos de declaração para requerer a antecipação de tutela em sede de decisão interlocutória em que o juízo declara os efeitos em que recebe o recurso (se somente no efeito devolutivo, ou no duplo efeito, incluindo efeito suspensivo). A decisão incidental é embargável⁶¹ e há precedentes que acolhem os embargos de declaração para conceder a tutela antecipada recursal, ou seja, o tal efeito suspensivo ativo, privilegiando a celeridade na entrega do bem jurídico tutelado, com certa margem de segurança.⁶²

61 Não é demais lembrar que é firme o entendimento de que os embargos de declaração também podem ser manejados contra decisões interlocutórias, sempre quando presentes os vícios que lhe constituem fundamento. Também são cabíveis quando a decisão, a despeito de rotulada de “despacho de mero expediente”, for suscetível de causar gravame à parte ou ao interessado. Sempre serão dotados de efeito suspensivo, na medida em que suspendem a eficácia da decisão embargada. Também interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes (art. 1.026 do CPC.). Veja-se a seguinte ementa: “ACÓRDÃO 1ª TURMA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. Já de há muito é consolidado na Jurisprudência que os embargos de declaração são cabíveis de qualquer decisão judicial, mesmo as interlocutórias, e isto com arrimo no inciso XI, do art. 93 da Constituição, o qual impõe a fundamentação de todas as decisões judiciais. Ante o evidente cunho decisório do provimento embargado, não se dissocia do princípio da motivação que rege as decisões judiciais, sendo também suscetível de integração quando houver omissão, obscuridade ou contradição do decidido. In casu, o que se tem é que argumentos trazidos pela agravante, capazes de interferir na solução do litígio, não foram apreciados, sendo passível da oposição de embargos de declaração o despacho exarado pelo MM. Juízo exequente. Preliminar de nulidade acolhida”. (Agravo de Petição 0101193-12.2018.5.01.0281 TRT1, Rel. José Nascimento Araujo Neto, 1ª Turma, julgado em 20.04.2021, *DJe* 14.05.2021).

62 Nesse sentido: “A apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a ideia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumirem situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a antecipação dos efeitos da tutela na sentença, afastando-se, no momento do recebimento da apelação, o efeito suspensivo com relação a essa parte do *decisum*. AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – PENDÊNCIA DE APELAÇÃO COM EFEITO SUSPENSIVO – Pretensão de execução da verba honorária arbitrada na sentença da fase de conhecimento, que julgara procedente ação de fornecimento de medicamento, confirmando em seu bojo a antecipação dos efeitos da tutela – Pendência de apelação que, em regra, tem efeito suspensivo – **Apelação com efeito devolutivo apenas quanto ao capítulo que confirmou a tutela antecipada – Inteligência dos arts. 496 e 1.012 do CPC/2015 – A regra do art. 1.012, V, que excepciona a regra geral do efeito suspensivo da apelação, objetiva resguardar os efeitos da tutela antecipada concedida, confirmada ou revogada na sentença – Descabimento de cumprimento provisório da sentença, em razão da pendência de apelo com efeito suspensivo** – Incidente extinto – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 3001372-40.2017.8.26.0000; Rel. Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Atibaia – 2ª Vara Cível; julgado em 10.04.2018; Data de Registro: 11.04.2018).

Note-se que a decisão pode ser proferida normalmente, uma vez que não se trata propriamente de inovação no processo, mas apenas conferir celeridade a pedido já debatido e deferido. Não há esgotamento da instância para atribuição do efeito ativo, uma vez que é decorrência literal da lei e, ainda, trata-se de questão de ordem pública.⁶³ É que neste caso o próprio sistema processual confere ao magistrado prolator da decisão de mérito o poder de conferir o efeito suspensivo recursal, uma vez que a urgência poderá estar presente nesta fase processual, e a demora no processamento do pedido poderá ser o motivo do perecimento do direito já reconhecido em sentença.⁶⁴

Por fim, com o mesmo fundamento, nada impede que a tutela antecipada seja concedida pelo próprio relator prolator, em apreciação de petição simples ou embargos de declaração protocolizados logo após que proferida a decisão de mérito. O poder geral de cautela pode ensejar o efeito ativo recursal.⁶⁵

2.5.4 Pedido de antecipação da tutela direto ao relator

A tutela antecipada, como visto, pode ser requerida em qualquer grau de jurisdição, observadas as regras de competência, em especial, de distribuição e

63 “PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. VÍCIO ALEGADO SOMENTE EM RECURSO INTEGRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. 1. Na hipótese dos autos, nota-se que a parte pretende que a questão referente à prescrição seja analisada sob o argumento de que tal matéria de ordem pública foi suscitada quando da interposição de Embargos de Declaração na instância a quo. 2. Todavia, nos termos da jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, mesmo as questões de ordem pública não podem ser objeto de análise em Embargos Declaratórios, caso não apresentados no momento processual oportuno, tendo em vista a impossibilidade de inovação de tese na ocasião do manejo do recurso integrativo. 3. Agravo Interno não provido.” (STJ, AgInt no REsp n. 1.779.489/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 27.08.2019, DJe 18.10.2019).

64 *Mutatis mutandis*, a doutrina observa, com propriedade, que, “pelas vias ordinárias, haverá razoável demanda de tempo entre a prolação da sentença e a distribuição do recurso a um relator que possa apreciar eventual pedido de antecipação”. A mesma regra deve ser observada para os recursos excepcionais. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, 1997, p. 112.)

65 Sobre a diferenciação da tutela antecipada antes da sentença e tutela antecipada na sentença, cabe lembrar que “existe uma diferença, pouco percebida pela doutrina, entre a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial – a verdadeira tutela antecipada – e a antecipação dos efeitos da sentença, estando a primeira disciplinada pelo art. 273, enquanto a segunda tem residência no art. 518 (‘Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder’). À primeira, denomina-se, simplesmente, ‘tutela antecipada liminar’, e à segunda, vem-se denominando ‘tutela antecipada na sentença’. (...) A diferença está na natureza do próprio juízo formulado pelo julgador, porquanto, na primeira hipótese, a decisão se funda num juízo de verossimilhança (probabilidade), enquanto, na segunda, funda-se num juízo de certeza”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 132-133).

prevenção. Assim, não é incomum a parte requerer, mesmo por simples petição, a tutela antecipada diretamente ao relator do processo no tribunal, mesmo em processo em que já proferido o acórdão meritório, ainda que sem requerimento anterior, ausente a provocação na petição inicial. É que a tutela provisória poderá restar amadurecida com o proferimento do acórdão de mérito, e a parte poderá ter se demorado em formular o pedido de antecipação da tutela, vindo a se despertar para a possibilidade somente depois de proferida a decisão definitiva na ação rescisória. Nem por isso estará perdida a oportunidade de ser formulado o requerimento de tutela antecipada em ação rescisória em curso.

Nessa ordem de ideias, poderá o relator ou o presidente do tribunal, validamente,⁶⁶ produzir decisão sobre o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada – art. 300, com o direito explícito no art. 969, todos do CPC. A urgência poderá resultar da demora na formação da nova coisa julgada material que se quer efetivar com a ação rescisória e da consequente prostração no tempo da possibilidade de sua execução, ou seja, da entrega efetiva do bem da vida guerreado,⁶⁷ mas deve ser qualificada pela respectiva imprescindibilidade da medida.

Ainda, nos casos de manifesta improcedência, a decisão monocrática pela negativa de seguimento não impedirá que o relator conheça e realize o julgamento igualmente negativo do requerimento da tutela antecipada na própria decisão,⁶⁸ ante a inviabilidade, *ab initio*, do processamento da ação rescisória.

Saliente-se que, em sede de ação rescisória, o duplo grau de jurisdição é exercido diretamente nos Tribunais Superiores. Assim, em nota derradeira deste tópico, verifica-se o cabimento da tutela antecipada recursal no STJ e no STF.

66 A decisão faz lei no caso concreto. “A ideia de que a norma jurídica válida é aquela que se ajusta à natureza (i.e., padrões morais, racionais ou religiosos) é própria do jusnaturalismo e se mostra completamente incompatível com as premissas e a orientação deste trabalho [de cunho positivista]. Já fixamos a premissa de que norma jurídica é aquela que surge, se modifica e se altera por força de decisão, tomada por um sujeito competente. [...] O conceito de validade] é sutilmente modificado, deixando de ser um juízo de regularidade e passando a ser a forma de existência da norma.” (GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 303-304).

67 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, 5. ed., 2004, p. 94.

68 No mesmo sentido: “Para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o julgamento liminar de improcedência da ação rescisória é possível desde que esteja presente alguma das hipóteses do artigo 332 do Código de Processo Civil (CPC) – por exemplo, se o pedido contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do STJ, ou decisões tomadas sob a sistemática dos recursos repetitivos. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/29072024-Im-procedencia-liminar-da-acao-rescisoria-so-e-possivel-nas-hipoteses-do-artigo-332-do-CPC.aspx>>. Acesso em: 11 de out. de 2024.

Logo, o pleito de tutela antecipada poderá bater às portas do STJ,⁶⁹ veiculado no recurso especial originário de ação rescisória. Note-se que a tutela antecipada, pura e simples, de ordinário, não desafia o recurso extraordinário no STF, não havendo cabimento para tal desiderato, eis que ausente a decisão definitiva de única ou última instância, haja vista o óbice da Súmula 735 daquele Sodalício,⁷⁰ uma vez que a tônica da tutela antecipada é a provisoriedade da decisão fundamentada em normas infraconstitucionais. Todavia, o recurso do acórdão em ação rescisória pode desafiar o recurso extraordinário e, por conseguinte, atrair a aplicação da tutela antecipada recursal. Nesse sentido, um acórdão de improcedência da ação rescisória no tribunal de origem pode ser revertido pelo STF, e a situação do processo pode recomendar inclusive que o relator defira a tutela antecipada recursal com efeitos de sustar a execução da coisa julgada impugnada.

Em suma, o relator possui poderes para analisar o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada na ação rescisória, ainda que em sede recursal, *ad referendum* do tribunal, que dará a última palavra sobre o direito processual e material.

2.5.5 Diferimento da apreciação da tutela antecipada para após a contestação

Nos casos em que não haja uma urgência explícita, o magistrado poderá deixar de apreciar a tutela antecipada requerida *initio litis*, devendo aguardar a contestação.⁷¹

69 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE NA ORIGEM. ACUSAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM DESFAVOR DO ENTÃO SECRETÁRIO DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS/RJ, PELA CONSTRUÇÃO DE PRAÇA NA URBE FLUMINENSE. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DA TESE ANOTADA NO APELO RARO, RAZÃO PELA QUAL O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DEVE SER INDEFERIDO. AGRAVO INTERNO DO IMPLICADO DESPROVIDO. 1. **Somente se defere proteção cautelar provisória em recurso especial, quando as razões recursais evidenciam a presença de bom direito – plausibilidade de provimento futuro do mérito da pretensão – e, concomitantemente, de perigo grave e iminente ao mesmo direito. Se não for imposto esse filtro procedimental, ter-se-ia de concluir que praticamente todas as impetrações de recursos especiais estariam a merecer tutela de urgência.** 2. No caso presente, os fundamentos do pedido recursal não revelam aquela plausibilidade exigida para servir de esteio à pretensão cautelar. Indeferimento do pedido de tutela provisória. 3. Agravo Interno da parte implicada desprovido”. AgInt no TP 2988/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 23.11.2020, DJe 27.11.2020 (grifo nosso).

70 “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.” (Súmula 735 – STF 26.11.2003, DJ 09.12.2003, p. 2; DJ 10.12.2003, p. 2; DJ 11.12.2003, p. 2).

71 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO QUE POSTERGA A ANÁLISE DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA APÓS A OITIVA DO ENTE

Essa medida é prudente para amearhar melhores fundamentos para apreciação, mas vale também para verificar a possibilidade de julgamento imediato do processo, além de evitar, no mais das vezes, a interposição precoce de agravo interno.⁷²

Ainda que, em tese, presentes os requisitos dispostos no art. 300 do Código de Processo Civil, no caso em que se conclua pela não demonstração do eventual perigo na demora ou risco de ineficácia da decisão a ser proferida, a ponto de justificar a concessão da liminar *inaudita altera parte*, máxime quando se apresentar plenamente possível de que eventuais efeitos da demora ou risco sejam plenamente revertidos, o magistrado deverá reservar-se no direito de apreciar o pedido liminar após a resposta do réu.⁷³

O juiz deve impor cautela no deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, evitando danos desnecessários à parte que, ao menos em tese, poderá ser prejudicada com a retirada dos efeitos da decisão já transitada em julgado e, ainda, sofrer efeitos ativos, inclusive com determinação de eventual tutela inibitória (art. 497 do CPC), que não é descartada quando a tutela antecipada é lançada sobre o juízo rescisório.

2.5.6 Natureza jurídica da antecipação de tutela e sua aplicação pela extinta via anômala da cautelar preparatória no antigo CPC/73

A via anômala de se obter a tutela antecipada por meio da ação cautelar era mais frequente, logo da transição para o regime introduzido pela Lei n. 8.952/94, mas esse procedimento outrora cunhado pela jurisprudência não foi abolido totalmente no CPC de 1973, não havendo maiores dificuldades de assimilação dessa

PÚBLICO. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. IRRECORRIBILIDADE. ART. 1.001 DO NCPC. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. I) É irrecorrível a decisão que posterga a análise do pedido de antecipação de tutela para momento posterior à resposta do réu, pois não possui carga decisória nem causa gravame à parte. Aplicação do disposto no art. 1.001 do Código de Processo Civil de 2015. II) A eventual apreciação da questão pelo Tribunal ensejaria supressão de grau de jurisdição. AGRAVO NÃO CONHECIDO. (Agravo de Instrumento, n. 70079543369, 22ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça/RS, Rel. Francisco José Moesch, julgado em 23.10.2018).

72 Afora o estudo do tema rescisório, essa alternativa é também especialmente útil aos magistrados de primeira instância, nos casos em que comportar.

73 “3. Não evidenciada a probabilidade do direito da postulante, assim como demonstrado, no caso concreto, o risco dos efeitos da decisão serem irreversíveis, cabível a revogação da decisão liminar que concedeu a tutela provisória antecedente de urgência.” (Acórdão 1080094, 07097121120178070000, Rel. Luís Gustavo B. de Oliveira, 4ª Turma Cível, julgamento em 07.03.2018, *DJe* 14.03.2018).

modalidade no sistema processual antigo,⁷⁴ uma vez que a medida pretendia atingir o mesmo fim⁷⁵ e, portanto, se coadunava com a regra do art. 489 do CPC/73.⁷⁶

Como é cediço, a tutela antecipada visa a entrega ao autor de efeitos do pedido ou de parte dele, já a medida cautelar objetiva proteger (salvaguardar) o direito que está em discussão. A tutela antecipada tem caráter material, e a medida cautelar é instrumental. O deferimento da tutela antecipada exigia a probabilidade (prova inequívoca que produza no julgador o convencimento da verossimilhança da alegação) e o risco (dano irreparável ou de difícil reparação). Esse mesmo binômio, probabilidade e risco, está presente na análise da medida cautelar, apenas alterando a denominação. A medida cautelar exigia também a probabilidade (*fumus boni juris*) e o risco (*periculum in mora*). A diferença entre a tutela antecipada e a medida cautelar não estava propriamente nos requisitos, mas no grau de profundidade de comprovação dos requisitos.⁷⁷

O magistrado que atuava deferindo antecipação de tutela no juízo *rescindens* e, se comportava, no juízo *rescisorium*, como liminar na ação rescisória, o fazia com decisão que tinha boa carga de natureza cautelar, assecuratória do resultado prático da ação. Esse é o objeto da antecipação de tutela no juízo *rescindens*. Assim, sempre que o magistrado defere a suspensão da decisão rescindenda, inibindo sua execução, inegavelmente estará acautelando uma eventual sentença de procedência rescisória. Pouco importa se, por forma, seja obtida nos próprios autos.⁷⁸

74 STJ – AgRg na MC 6.613/SC, 1ª Seção, Rel. Franciulli Netto, julgado em 26.02.2004, DJ 19.04.2004.

75 STJ – AgRg na AR 1.423/PE, 3ª Seção, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 27.08.2003, DJ 29.09.2003.

76 “A antecipação de tutela por via anômala, a da ação cautelar, como anteriormente [sem o advento da Lei 8.952/94] se fazia. Nessa fase de transição, de um regime para outro, o fato de ser assimilado sem maiores dificuldades, posto que atingida a finalidade visada.” (STJ – REsp 81.529/PI, 2ª Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJU 10.11.1997.)

77 Há autores que, inclusive, tratam os requisitos com unificação das denominações. Confira-se a seguinte passagem: “O *fumus boni iuris* exigido para a medida antecipatória é mais rigoroso que aquele atinente às cautelares pois deve o autor exibir prova inequívoca e verossimilhança da alegação, fundamental, então, demonstração prévia quanto à certeza (relativa) do direito e fatos alegados”. (CASCONI, Francisco Antônio. *Tutela antecipada nas ações rescisórias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 61).

78 Em sentido contrário, confira-se a doutrina: “não há dúvida de que a suspensão da execução da sentença rescindenda tem natureza antecipatória. A ordem de sustação, determinada pelo Tribunal, é exemplo típico de medida com integral relação de pertinência em face da consequência jurídica resultante do direito afirmado pelo autor da rescisória”. E, incisivamente conclui a doutrina: “a ordem para sustar a execução da sentença rescindenda até o julgamento da ação rescisória correspondente tem natureza antecipatória, e não cautelar”. (ZAVASKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 226).

Da mesma forma, quando o juízo rescindendo confere liminar para acautelar o resultado prático do provimento final, nada declara quanto ao mérito, apenas, sob o rótulo de antecipação de tutela, cabal por conceder uma medida típica cautelar.

Assim, verificado que a forma da tutela antecipada (nos próprios autos) poderia veicular providência cautelar, então a pretensão de tutela antecipatória rescindente ou rescisória, ainda que veiculada em ação cautelar preparatória,⁷⁹ deveria ser concedida,⁸⁰ sempre quando presentes os requisitos.⁸¹

2.6 CLASSIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS OU REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA

O art. 300, do CPC, na *caput* e parágrafos, estabelece os requisitos para concessão da tutela antecipada. Todavia, esses dispositivos podem ser aplicados à ação rescisória, conforme permissivo do art. 969 do CPC, desde que sejam compatíveis com o processamento e com os objetivos rescindente e rescisório.

E, iniciando o aprofundamento, é de suma importância o estudo das relações entre os pressupostos ou requisitos que ensejam o deferimento da tutela

⁷⁹ Note-se que há resistência de nossos Tribunais para esse entendimento. Por todos, *vide* a seguinte ementa: “Ação cautelar preparatória de ação rescisória. Petição inicial indeferida. Artigos 295, III, c/c 267, VI, do CPC. Ausência de interesse processual, em razão da evidente inadequação da via processual eleita. Possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a teor do artigo 489 do CPC. Indeferida a petição inicial, com extinção do processo, sem resolução de mérito, pela ausência de interesse processual”. (TJRS – Cautelar Inominada n. 70045366838, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Agathe Elsa Schmidt da Silva, julgado em 03.10.2011).

⁸⁰ STJ – 3ª Turma, R.Esp 351.766/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJ 26.08.2002.

⁸¹ “Colocando fim à discussão na doutrina e na jurisprudência, o CPC de 2015 admite a concessão de tutela provisória para determinar a suspensão da execução da decisão rescindenda ao estatuir no seu artigo 969: “a propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória”. Trata-se da antecipação dos efeitos da decisão rescindente – antecipação dos efeitos da tutela constitutiva, portanto.” (COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Os diversos contextos da afetação da ação rescisória na execução. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, out. 2022, v. 1044, ano 111, p. 213-243. Disponível em:

antecipada, especialmente pelo método sistemático classificatório,⁸² ou seja, pela organização das espécies em categorias, fazendo associação entre os tipos, suas afinidades e repulsões diferenciadoras, para se atingir uma classificação adequada. Assim, os pressupostos da tutela antecipada podem ser classificados em cumulativos, em regra, necessários e indissociáveis.

Preenchidos os requisitos, é poder-dever do magistrado deferir a tutela antecipada pleiteada e, inclusive, fixar multa diária para o caso de descumprimento, se a natureza da obrigação assim comportar.⁸³ Portanto, vale aprofundar cada um desses pressupostos, que serão analisados a seguir.

2.6.1 Probabilidade do direito

A ação rescisória destina-se a impugnar a coisa julgada material. Assim, logo se vê que não é fácil conseguir êxito nessa empreitada, pois há presunção de que o ato estatal decisório alcançou esse *status* após trilhar o devido processo legal e que seu resultado possua a chancela da justiça.

Em verdade, com a verossimilhança das alegações, a probabilidade do direito constitui-se em pressuposto objetivo e requisito essencial para concessão de toda e qualquer tutela antecipada, segundo prescreve o *caput* do art. 300 do CPC. A probabilidade do direito, para efeitos da antecipação de tutela, afigura-se presente quando incute no magistrado o convencimento do direito alegado pelo

82 Como se percebe, o grande critério classificatório adotado pelo legislador foi justamente a provisoriedade da decisão. Em outras palavras, se a decisão foi tomada a partir de um procedimento de cognição exauriente, seria tutela definitiva, a antítese da tutela provisória, fruto de cognição sumária ou superficial. “O fato é que o perigo da demora para fazer surgir a necessidade da tutela antecipada continua a ser ontologicamente diverso do perigo da demora apto a concessão da tutela cautelar. Isso porque, além da probabilidade do direito, para a concessão da tutela antecipada ou cautelar deve-se fazer presente o perigo na demora em entregar a prestação jurisdicional e que esse perigo possa causar dano ao direito da parte diretamente ou colocar em risco a possibilidade de fruir completamente esse direito após o término do processo”. (LACHTER, Arthur. *Tutela antecipada antecedente: procedimento e estabilização*, 2019).

83 Nesse sentido, vide a seguinte decisão: “O art. 537 do CPC prevê a aplicação da multa cominatória na fase de conhecimento, por meio de tutela provisória, ou na fase executiva, sob a condição de atender aos critérios de suficiência e de compatibilidade com a obrigação, ajustando-se um prazo razoável para o cumprimento do comando judicial. Descumprida a determinação judicial de fazer ou não fazer no prazo ajustado, a multa cominatória incidirá imediatamente, segundo a previsão do art. 537, § 4º, do CPC, podendo ser fixa, periódica ou ainda, progressiva. O valor final da multa será revertido para o exequente, conforme a disposição do art. 537, § 2º, do CPC”. (Acórdão 1609992, 07089467920228070000, Rel. Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, julgado em 24.08.2022, PJe 06.09.2022).

autor, ou seja, o mesmo que seria necessário para a procedência da ação.⁸⁴ A prova inequívoca, requisito previsto no antigo CPC de 1973, era a prova robusta,⁸⁵ alentada, pujante, ou seja, suficientemente forte para dela o intérprete autêntico da lei passar a encampar, ainda que em caráter provisório da formação de sua convicção, a tese esposada no requerimento de antecipação da tutela.⁸⁶

A probabilidade do direito não é, necessariamente, a prova irrefutável. Como probabilidade não se tem aquela que conduz a uma verdade absoluta, pois esta só é aferível após uma típica cognição exauriente. Para efeitos da tutela antecipada não se exige a cognição exauriente, trata-se apenas de uma prova segura, que induza a conclusões favoráveis à existência do fato alegado, distanciando-se de ambiguidades que poderiam infirmar tais fatos.⁸⁷

O termo *prova* não se insere numa espécie de gradação da valoração da prova (que é reservada aos aspectos fáticos), mas tão somente ao próprio meio de prova, podendo ser aquilatada em prova documental (juntada pela parte, pré-constituída ou provocada por resposta a ofício judicial), testemunhal (colhida em justificação ou instrução), pericial (em procedimento antecipado preparatório ou oralmente, em audiência) ou pela inspeção judicial. Anote-se, ainda, que no estudo da distribuição da carga dinâmica das provas há fatos incontroversos ou notórios, ou ainda, já protegidos pela coisa julgada material, que estão fora do objeto probatório e autorizam o conhecimento direto pelo magistrado.

A forma da obtenção da prova é, via de regra, irrestrita no âmbito das provas lícitas, admitidas em direito. Nada obsta que seja utilizada inclusive a inversão do ônus da prova. Como o sistema positivo permite em alguns casos o

84 “Mas se é indiscutível que a probabilidade é suficiente para a tutela de urgência, é indispensável perceber que a probabilidade se relaciona com os pressupostos da tutela que se pretende obter ao final. Ou seja, tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipada é imprescindível ter em consideração os verdadeiros pressupostos da tutela final – dano, inadimplemento, probabilidade de ilícito, ilícito já praticado etc. Embora isso seja óbvio, o certo é que as decisões judiciais costumam apenas afirmar que há probabilidade ou *fumus boni iuris* – sem invocar quaisquer pressupostos da tutela final. (MARRINONI, Luis Guilherme. *Tutela de urgência e evidência*, 4. ed., 2021).

85 Trata-se da “pura e simples prova, mas com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção.” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 144).

86 “É, portanto, uma prova que concede ao magistrado um juízo de probabilidade em relação às alegações apresentadas, o que é perfeitamente possível no contexto de cognição sumária.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. II, p. 488-489).

87 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controversas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2001, n. 104, p. 103.

reconhecimento do direito em sentença pela inversão do ônus da prova (a exemplo das disposições sobre agiotagem, conforme Medida Provisória n. 2.172/2001; e de demandas consumeristas, do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor), também é lícito conceder a respectiva tutela antecipada do direito nas matérias que comportar, pois, incidindo as regras da inversão do ônus da prova, equivale a que os fatos estejam provados. Vale o critério de julgamento da inversão do ônus da prova, tanto no final do processo como no seu início. O mesmo ocorre quanto aos efeitos da revelia⁸⁸ e a tutela antecipada seja requerida no curso do processo ou deferida juntamente com a prolação da sentença. Estes casos de inversão do ônus da prova e de revelia são de visível aplicação do art. 356, do CPC, ensejando no julgamento parcial do mérito.

O julgador, ainda no plano da cognição não exauriente, ao se deparar com tal prova, aliada a uma narrativa igualmente convincente, não vê outra saída justa que não seja o de deferir a antecipação do direito afirmado. A probabilidade do direito é o fundamento suficiente para antecipação da tutela, ainda que haja outros elementos probatórios, mesmo em sentido contrário, em que possa ser verificável uma menor força probante, a critério do julgador. O mesmo ocorre quando da prova possam se fazer duas leituras, e a leitura contrária à tutela antecipada tenha menor poder de convencimento.

Não obstante, caso o magistrado não vislumbre que determinada prova seja convincente para concessão da tutela antecipada, pode exigir a justificação prévia, oportunizando à parte a demonstração do direito suscitado, nos termos do art. 300, § 2º do CPC.⁸⁹

A probabilidade do direito se destaca como um dos requisitos para deferimento da tutela antecipada genuína e, assim, em regra, se a parte não demonstra em seu pleito o fato constitutivo do seu direito, ou seja, se alega, mas não traz elementos mínimos, faz incidir o princípio: o que não está nos autos não está no

⁸⁸ Observar apenas que os efeitos da revelia não são automáticos na ação rescisória. *Vide a seguinte ementa: "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO CUMULADA COM PEDIDO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, IV, E 1.013 DO CPC/2015. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 2. A revelia não importa em procedência automática dos pedidos, porquanto a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa, cabendo ao magistrado a análise conjunta das alegações e das provas produzidas. Precedentes. Agravo interno não provido. Ministro Raul Araújo. REsp 1.588.993.*

⁸⁹ LACHTER, Arthur. *Tutela antecipada antecedente: procedimento e estabilização*. 2019.

mundo (*quod non est in actis non est in mundo*), por incidência da regra do ônus da prova (art. 373, I, do CPC).

Nesse particular, outra hipótese que não comporta a tutela antecipada, por ausência do próprio cabimento da rescisória, é aquela em que não haja probabilidade do direito ou, ao menos, o *fumus boni iuris*, a amparar a tese rescisória, não obstante possa ser visualizado, estremes de dúvidas, o *periculum in mora* ou o risco de dano.⁹⁰

Nos processos em geral, a antecipação de tutela pode ser deferida com base em provas colhidas no desenrolar do próprio processo, mas, via de regra, tal não ocorre no procedimento da ação rescisória.⁹¹ Destarte, o pedido rescisório é típico de prova pré-constituída, salvo hipótese de falsidade de documento em que se baseou a sentença rescindenda, que admite a prova no curso do processo (art. 966, VI, do CPC).⁹²

Não há que se falar em perigo na demora ou em dano se não há direito, pois, ao contrário, a parte beneficiária da sentença a exhibe e a executa no exercício

90 Veja-se julgado selecionado: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. OPOSIÇÃO DA AUTORA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A concessão da Tutela Antecipada em Ação Rescisória está condicionada à presença cumulada dos requisitos autorizadores da medida extrema, que se traduzem no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, de modo que somente pode ser deferida quando ficarem demonstrados, no caso concreto, a probabilidade do direito alegado e a presença do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, pressupostos que podem ensejar a procedência do pedido veiculado na Ação Rescisória. [...] 3. Como bem analisada a questão pelo Parquet federal às fls. 797-818, e-STJ, “mesmo que no caso concreto seja caracterizado o *periculum in mora*, não foi demonstrada a fumaça do bom direito, não sendo possível, portanto, a concessão da tutela antecipada de urgência”. (grifou-se) 4. Agravo Interno não provido. AgInt na Ação Rescisória n. 6371-DF (2018/0323932-5) Rel. Min. Herman Benjamin, 05.05.2020.

91 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 31.

92 Assim, a prova poderá ser produzida durante o curso da ação rescisória. Precedente: “EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO DE CONHECIMENTO QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL – ALEGAÇÃO DE PROVA NOVA – DEPOIMENTOS COLHIDOS EM SINDICÂNCIA REALIZADA JUNTO AO INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO – OITIVA DE TESTEMUNHAS NA PRESENTE AÇÃO – NEGATIVA EM JUÍZO DO FATO QUE ENSEJARIA A RESCISÃO – PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO IMPROCEDENTE. 1 – A prova nova, para os fins da ação rescisória, é aquela que, para além de o respectivo conhecimento ser ulterior ao julgamento do feito originário, encerra prova capaz, por si só, de assegurar pronunciamento judicial favorável ao demandante. Inteligência do art. 966, VII, do Código de Processo Civil. 2 – Em sede de ação rescisória é permitida a produção de prova de forma excepcional. 3 – Se as testemunhas ouvidas em juízo negam o fato que ensejaria a rescisão da ação de conhecimento, deve o pedido rescisório ser julgado improcedente. 4 – Pedido julgado improcedente.” (TJMG – Ação Rescisória 1.0000.17.103327-7/000, Rel. Desa. Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, julgado em 21.03.2023, publicação da súmula em 27.03.2023).

regular do que lhe confere o ordenamento jurídico.⁹³ Excepcionam-se dessa regra os casos em que a tutela antecipada seja requerida sobre desdobramentos do fato já comprovado, sendo, dada a particularidade do caso, absolutamente desnecessária a prova desses desdobramentos.⁹⁴

2.6.2 Extinção do pressuposto da Verossimilhança

A verossimilhança era critério objetivo da tutela antecipada no CPC/73 que sobressaía da leitura da tese esposada no requerimento. Tratava-se de fundamento relevante que apontava para a procedência da demanda.

Portanto, o juízo de verossimilhança equivalia àquele que permitia atingir uma verdade provável sobre a versão apresentada pelo requerente, saindo dos aspectos meramente fático-probatórios, para adentrar fortemente nos aspectos jurídicos e dos efeitos decisórios. Assim, ao lado da prova inequívoca, a verossimilhança (viabilidade da tese, referindo-se ao elevado grau de convicção do juiz sobre os fatos e o direito desenvolvido pelo requerente),⁹⁵ como já destacado, era

93 “AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. REQUISITOS CUMULATIVOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PROBABILIDADE DO DIREITO. PEDIDO INDEFERIDO. 1. A concessão de efeito suspensivo ao recurso especial depende do *fumus boni juris*, consistente na plausibilidade do direito alegado, e do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional. 2. Nos termos do art. 300 do CPC/15, a concessão de tutela provisória de urgência depende da demonstração da probabilidade do direito, que se traduz no provável êxito do recurso, e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional. 3. A ausência da probabilidade do direito basta para o indeferimento do pedido, sendo, portanto, desnecessário apreciar a questão sob a ótica do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que deve se fazer presente cumulativamente. 4. Agravo interno não provido.” (AgInt no TP n. 4.482/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 12.06.2023, DJe 14.06.2023).

94 Agravo de instrumento – Ação cominatória – Decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela para que a ré retire o nome do autor do cadastro de inadimplentes – Discussão que se limita à existência dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela do art. 300 do CPC que, no caso concreto, estão presentes – Probabilidade do direito presente ante a negatização ter ocorrido quando era menor, relativamente incapaz – Risco de dano claro em se manter o seu nome negatizado – Reversibilidade da medida pela simples reinserção do nome no cadastro, caso se conclua pela licitude da negatização – Presentes os elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada do art. 300 do CPC deve esta ser concedida – Decisão reformada – Agravo provido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2063241-79.2021.8.26.0000; Rel.(a): Silvério da Silva; 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 41ª Vara Cível; julgado em 30.03.2021; Data de Registro: 30.03.2021).

95 A cognição não chega a ser exauriente, mas possui alto grau de verossimilhança. (BUENO, Cassio Sacarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 35).

também requisito essencial para concessão de toda e qualquer tutela antecipada, na forma do *caput* do art. 273 do CPC/73.

Há de se notar, a essa altura, que a tutela antecipada defluiu de um sentimento próprio daquele que é talhado para farejar a Justiça. Assim é que, no âmbito dessa cognição sumária, a verossimilhança se compatibilizava com um juízo de probabilidade de que a narrativa convença o juiz. Ante a existência de provas nos autos, em verdade, todo julgador já começa a visualizar, mesmo no primeiro contato com o processo, com quem está a verossimilhança do direito. Nesse particular, a verossimilhança servia como um critério de acerto da lide que continha o pedido de antecipação de tutela, uma vez que sem ela seria indeferido o processamento rápido da entrega do próprio bem da vida ou de algum dos efeitos que se alcançaria apenas com o provimento final.⁹⁶

A verossimilhança não se referia a uma cognição exauriente, em verdade, posicionava-se numa linha acima da intermédia entre a dúvida e a certeza, estando mais próxima desta.

O juízo de verossimilhança referia-se a uma alta gradação de probabilidade de existência dos fatos, tal como narrados pelo autor, e aos respectivos desdobramentos da aplicação da norma.⁹⁷ Portanto, a tese verossímil não necessitava ser a verdadeira, mas apenas viável, ao menos em tese.

Verossímil era a tese que conduzia a um direito possível, plausível ou provável de ser deferido ao final, por sentença. Abrangia mais que a narrativa fática, a própria aplicação do direito, a submissão dos fatos às normas pertinentes para solução da lide. Devia haver correlação entre a tutela antecipada requerida (efeitos desejados) e a tutela antecipada possível (permissivo normativo).

Na verossimilhança, dado o alto grau de subjetividade na análise dos fundamentos fáticos e jurídicos em torno da demanda, o que valia era o convencimento satisfatório do juiz sobre a probabilidade de que a parte requerente

96 Nesse sentido, o “convencimento do magistrado, para decidir sobre matéria de fato, pode formar-se em três níveis: o da certeza, o da probabilidade (verossimilhança) e o da dúvida. A certeza é rara, geralmente deriva de uma presunção absoluta, de uma evidência, da impossibilidade do contrário, da confissão etc. A dúvida diz-se existir quando o magistrado não encontra fundamentação aceitável para qualquer das versões expostas, considerando a prova colhida no processo. Sua perplexidade é um obstáculo à formação de seu convencimento. Cumprir-lhe, para decidir, pois não lhe é dado omitir-se, valer-se das regras que disciplinam o ônus da prova. O comum é decidir o magistrado com base na verossimilhança, na probabilidade de que a versão que formula seja a verdadeira, convencimento este que lhe recolhe da prova dos autos, alicerçando-o com sua fundamentação, que torna transparente quanto pensou e ponderou para concluir”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 270 a 331, 9. ed., v. 3, p. 25).

97 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, 5. ed., p. 28.

da tutela antecipada seria, invariavelmente, consagrada, ao final, como vencedora na demanda.

2.6.3 Reversibilidade

O tema da reversibilidade, estampado no § 3º do art. 298 do CPC, gravita em torno de se ter em mente uma decisão provisória que poderá ser revista. A reversibilidade, em verdade, é um pressuposto geral negativo do provimento da tutela antecipada, exigido na maioria dos casos, mas nem sempre obrigatório.

O próprio regime de provisoriedade, com que se constitui a tutela antecipada, remete à prudência da reserva do retorno ao *status quo ante bellum*⁹⁸ diante de hipóteses de alteração ou mesmo revogação da medida, garantindo a utilidade na continuidade do processo em que proferida.⁹⁹ De fato, poderá o requerido embasar sua defesa em novos fatos, visando infirmar a probabilidade do direito apresentando fato extintivo, modificativo ou impeditivo (respectivamente, como exemplos, recibo de pagamento, instrumento de renúncia parcial ou opor a prescrição), e, em face dessa realidade, a reversibilidade se faz presente, como substrato de uma garantia ao contraditório amplo.¹⁰⁰

A ideia de reversibilidade contém a preservação do núcleo essencial do próprio direito, uma vez que quem pode nem sempre está com a razão. Portanto, aqueles pressupostos gerais inicialmente presentes na tutela antecipada (probabilidade do direito e perigo de dano), que outrora ensejaram o seu deferimento, podem ser esvaziados por novas provas, ou, ao menos em melhor análise, as mesmas provas acabam por desautorizar a conclusão pela inclinação inicial do julgador. É nesse aspecto que a reversibilidade da medida aparece como requisito inicial da própria concessão da tutela antecipada.¹⁰¹

98 Expressão latina que significa, literalmente, o retorno no estado em que se encontrava antes de iniciada a “guerra” jurídica.

99 LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70.

100 “É inegável que a tutela antecipada que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipada deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar ato contrário ao direito ou dano e, em casos excepcionais, até mesmo produzindo efeitos fáticos irreversíveis, já que o juiz, por lógica, não pode permitir prejuízo irreversível ao direito provável sob a justificativa de que a sua decisão não pode causar prejuízo irreversível ao direito improvável. Isso seria obrigar a jurisdição a tutelar o direito improvável!”. (MARINO-NI, Luis Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*, 4. ed., 2021).

101 “A própria disposição do artigo 300, § 3º do CPC, especificamente referente à tutela antecipada, exige que essa só pode ser concedida caso não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão¹⁰⁸, deixando claro que a decisão (em regra) é provisória e eventualmente pode ser revertida. Essa vedação à irreversibilidade é considerada requisito negativo para a concessão da tutela antecipada e consagra o princípio salvaguarda do núcleo essencial, já que o deslocamento de um perigo de uma parte para outra,

A rigor, a tutela antecipada não se coaduna com a irreversibilidade. A tradição do direito não permitiria falar em antecipação perene. A irreversibilidade conteria semântica incompatível com o sentido de antecipação. Todavia, sob a ótica das *práxis* forenses, verifica-se a necessidade de abrandamento da leitura sobre a obrigatoriedade do pressuposto da reversibilidade. Nem sempre a tutela antecipada concedida se mostrará reversível no plano fático, sendo muitas vezes apenas um ideal impossível de ser concretizado, tal como ocorre nas tutelas antecipadas que concedem prestações alimentares *in natura*, cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, liberação de mercadorias perecíveis, em que se coloca em xeque o valor da vida ou da saúde, por exemplo, com visível intempestividade de um provimento único futuro, que será invariavelmente inútil.¹⁰²

Nesses e em outros casos, quando extremados em antecipação assecuratória¹⁰³ com reflexos da inviolabilidade de direitos básicos do cidadão e da sociedade, autoriza-se excepcionalmente a tutela antecipada com suporte na reversibilidade pecuniária, de natureza indenizatória e residual.

Em casos como tais, o julgador deve estar sereno para reconhecer e privilegiar o direito provável, sendo prescindível a caução. Anote-se que a contracautela, muito embora seja desejável, nem sempre é possível. Portanto, trata-se de se sopesarem a efetividade e a segurança jurídica por meio da necessária proporcionalidade, encontrando a harmonização do embate principiológico. Assim, preservava-se a efetividade da jurisdição e, com suporte na evidência do direito, permite-se excepcionalmente superar a irreversibilidade fática, aparentemente em confronto com as garantias do devido processo constitucional, para acessar a entrega imediata do bem da vida tutelado.¹⁰⁴

2.6.4 Perigo e dano ou risco ao resultado útil do processo

Presentes os pressupostos da probabilidade do direito e, em regra, a reversibilidade da medida, caso se trate de antecipação assecuratória de direito, será

o que aconteceria caso a medida tivesse efeitos irreversíveis, em nada contribui com a efetividade do processo.” (LACHTER, Arthur. *Tutela antecipada antecedente: procedimento e estabilização*, 2019).

102 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 2, p. 504.

103 Frise-se que “a mitigação desse requisito só é adequada para a antecipação assecuratória. No caso de antecipação punitiva (baseada em abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu), não parece legítimo antecipar efeitos irreversíveis, pois, de um lado, não há risco de dano irreparável para o autor, e, de outro, existe esse risco para o réu, que poderá ter sua esfera de direitos atingida perniciosamente, em caráter definitivo, sem cognição adequada”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, 3. ed., p. 351).

104 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 140.

necessária a presença também do pressuposto do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, tal como previsto no art. 300, *caput*, do CPC.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo que autorizam a tutela antecipada é aquele certo, atual e grave, bem como, eventualmente, liga-se a um ato ilícito. Assim, não gera perigo na demora o temor subjetivo da parte, aqui entendido um temor por hipótese ou decorrente de uma eventualidade, sujeito ao implemento de condições. Ao receio fundado se atrela ideia de que não é mero temor subjetivo, mas que se exterioriza de forma objetiva, ou pelas regras de experiência sobre a potencialidade do risco ou por uma prova insofismável de que tudo caminha para realização do dano ou prejuízo. Também não se configura o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo se a ocorrência não for iminente, se não estiver para acontecer. Ainda, não se visualizará perigo algum se o fato não for capaz de produzir algum prejuízo ao direito ou impedir sua fruição. Por fim, o perigo na demora pode estar ligado a um temor na produção de efeitos de um ato ilícito, mormente quando a tutela definitiva visar pedido inibitório (obrigação de não fazer, assecuratório do ilícito potencial), reintegratório (incide na remoção ou neutralização dos efeitos ilícitos, reintegrando, ainda que parcialmente, o direito violado) ou ressarcitório (incide no ilícito já consumado pelo dano, implicando na restituição do equivalente pecuniário ou *in natura*).

2.6.5 Pedido incontroverso – Tutela de Evidência

No antigo CPC/73, quando se tratava de antecipação de tutela, uma vez caracterizados os pressupostos necessários (prova inequívoca, verossimilhança e, em regra, reversibilidade) e afastados os pressupostos alternativos não cumulativos (art. 273, I e II, do CPC), surgia a derradeira hipótese, qual seja, aquela fundada em pedido incontroverso (tutela de evidência, conforme hipótese do § 6º do CPC/73). De fato, sendo possível a antecipação de tutela com base em juízo de probabilidade, com muito mais razão será legítimo antecipar a tutela com base em convicção plena, em juízo de verdade.¹⁰⁵

105 Como é óbvio, a tutela da evidência não pode ser confundida com a tutela cautelar ou com a tutela antecipatória que se funda em perigo. O art. 311 diz expressamente que a tutela da evidência depende “da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”. O Código de 2015, na linha do art. 273, II, do código de 1973, institui uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos constitutivos do direito são incontroversos ou evidentes e a defesa é infundada, e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso. (MARI-NONI, Luis Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*, 4. ed., 2021).

O pedido incontroverso, fundado na não contestação ou no reconhecimento jurídico parcial do objeto da demanda ou até mesmo no esgotamento das provas com relação a determinado pedido, não se confunde com o fundamento dos chamados atos protelatórios. Em verdade, se a parte contrária não impugna parcela dos pedidos e mais, eventualmente até concorda parcialmente com tais pedidos, então o juiz poderá julgar parcialmente o mérito da ação, nos termos do art. 356, I do CPC. Da mesma forma, se o pedido contestado vier a se tornar incontroverso no curso da demanda, em face da análise das provas, igualmente se abrirá a possibilidade de julgamento parcial do mérito.¹⁰⁶

A tutela, que antes era fundada no pedido incontroverso (art. 273, § 6º CPC/73), tornou-se medida para julgamento parcial do mérito (art. 356, I do CPC/2015). Não obstante, pelo fundamento do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 311, *caput* e incisos CPC/2015), dá ensejo à tutela de evidência, a qual não necessita da demonstração do pressuposto de perigo de dano.

O abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu pode ser exemplificado no caso de as partes livremente entabularem um acordo para solução parcial do processo, submetem a juízo, por seus advogados e em petição conjunta para homologação dessa parte, não poderá, então, uma das partes subscritoras do acordo vir a recorrer, visando anular o acordo, com fundamento em que, melhor revendo o seu teor, a parte acaba por discordar com a redação de uma ou outra cláusula, alegando que estaria em dissintonia com a vontade das partes. Ora, apresentar recurso contra a homologação de acordo em que o recorrente tomou parte no acordo, beira, inclusive, a litigância de má-fé. A presença da capacidade, do objeto lícito ou não defeso em lei, com todos os elementos que envolvem a homologação judicial e a extinção parcial da lide, por esse fundamento, leva à novação das obrigações, valendo como título executivo o acordo firmado. Partes capazes e bem representadas, com domínio do idioma em que redigida a transação, acabam por depor contra a tese, faltando inclusive verossimilhança da alegação para infirmar o acordo, nesses moldes, lançado. Se visivelmente a parte que perpetra a má-fé quiser se beneficiar com o efeito suspensivo do recurso, caberá suscitar a tutela antecipada punitiva. Desse modo, no campo da chamada tutela de evidência, não se justifica a essência punitiva que outrora estava encampada

106 “É inegável que, em determinado sentido, um fato contestado não se torna incontroverso. Acontece que, quando se pensa na necessidade de tutelar um direito que se torna maduro no curso do processo, tal sentido de incontroverso obviamente não importa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 11. ed., p. 285).

nas hipóteses do inciso I, do art. 311, do CPC; de outro modo, estaremos diante de hipótese diversa de antecipação de tutela.¹⁰⁷

Note-se, ainda, que deferida a tutela antecipada de evidência, o réu ou reconvinido poderá continuar a atuar em posição diametralmente oposta, contribuindo para a solução da demanda, continuando o processo para solução definitiva desses e dos demais pedidos. A tutela antecipada não é sentença, nem mesmo diante da evidência. Por ser característica de juízo provisório, portanto, pode ser revista na sentença. Vale dizer, a coisa julgada não se opera em sede de tutela antecipada.¹⁰⁸

Portanto, quanto ao exaurimento das provas com relação a determinado pedido, pode ocorrer que, no despacho saneador, o juiz reconheça que um dos pedidos não depende de outras provas, uma vez que a prova é documental e já está juntada nos autos, sendo que a incontrovérsia se resume ao campo do direito – teses jurídicas. Nessa hipótese, o permissivo do art. 356 do CPC autoriza o juiz julgar parcialmente o mérito quanto ao pedido atingido pelo exaurimento das provas antes dos demais pedidos.

Nessas notas, facilmente se vê que a celeridade tratada no art. 356 do CPC é manifestação do princípio da instrumentalidade processual, ou seja, da igualdade substancial em detrimento das formas. Realmente, não se poderia falar em punir a parte com a concentração da solução de todos os pedidos na sentença, somente porque optou pela concentração de pedidos em demanda única, quando poderia obter o resultado de uma delas mais rapidamente, sendo distribuídos os pedidos em ações distintas.

Em suma, incontroverso será o direito, para efeitos de julgamento parcial do mérito, que se demonstrar evidente *ab initio* ou no curso do processo. Essa incontrovérsia poderá resultar diretamente da análise do conjunto probatório, em qualquer que seja o momento que perfaça a prova inequívoca, ou por ato de reconhecimento de parte do direito pelo *ex adverso*.

107 Isso porque a tutela antecipada visa a satisfação de um direito, e “satisfazer um direito é realizá-lo no plano social”, ainda que em sede de satisfação provisória. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 3, p. 42).

108 Nota doutrinária: “Fica, agora, claro que o julgamento da parcela incontroversa é proferido em cognição exauriente e, por isso, enseja a concessão de tutela definitiva do direito. [...] Portanto, não há mais o que se confundir entre os institutos. Enquanto a tutela provisória de evidência funda-se em cognição sumária e resulta em uma decisão revogável, o julgamento imediato (antecipado) do mérito sustenta-se em cognição exauriente, baseado na teoria da causa madura, enseja a tutela definitiva do direito”. (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*, p. 467).

Por fim, seja como for, uma vez deferida a tutela de evidência, ela será processada como decisão não definitiva, mas com possibilidade de se autorizar levantamento ou a restituição de valores,¹⁰⁹ se for o caso de produção desse efeito.¹¹⁰

109 Aresto do c. STJ corroborando tal assertiva, *in verbis*: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Improbidade administrativa. Decretação de indisponibilidade de bens. Acórdão em que se afastou a necessidade de demonstração do periculum in mora e se concedeu a tutela de evidência. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, o periculum in mora é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Posicionamento que não afasta a provisoriedade da decisão, autorizando a aplicação da Súmula n. 735/STF. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. O acórdão objurgado não eliminou propriamente a exigência do periculum in mora para a concessão da medida cautelar. Em verdade, o julgado presumiu sua existência ao considerar que o regime jurídico da cautelar nas ações de improbidade, da forma como determinado pelo art. 37, § 4º da Lei Fundamental, traz implícito o perigo da demora. 2. Na tutela de evidência encontra-se presente a avaliação subjetiva do magistrado e é inexistente a manifestação conclusiva de deferimento do pleito. Por óbvio, não se ignora a possibilidade de a decisão prolatada como tutela da evidência transitar em julgado, mas não é esse o caso dos autos. O que se tem na espécie é a possibilidade da conversão da tutela provisória em tutela definitiva”. (AgReg. Recurso Extraordinário n. 944.504/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, 20.10.2017).

110 *Vide* ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO. DEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. DESISTÊNCIA DO COMPRADOR ANTE A ALEGAÇÃO DE ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. DIREITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES. NECESSIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Busca o Agravante a reforma da decisão do juízo a quo que, nos autos da ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, deferiu a tutela de evidência para o fim de determinar a devolução do incontroverso, correspondente a 75% do valor total pago pelos autores, somente com a devida correção monetária do período. Na hipótese, a parte ora agravada ajuizou ação de rescisão do contrato de compra e venda do imóvel descrito na exordial ao argumento de que houve atraso na conclusão da obra, requestando a título de tutela de evidência, a rescisão o contrato e a restituição dos valores pagos. [...] 5. Pela análise da petição inicial depreendi que a causa de pedir baseou-se no inadimplemento por parte da vendedora/agravante por atraso na conclusão da obra, o que autorizaria, caso comprovada, a restituição integral das parcelas adimplidas pelo comprador/agravado. Como bem entendeu o juízo a quo, haja vista que ainda haverá dilação probatória para se verificar quem deu causa à rescisão, faz-se possível a concessão da tutela para compelir a ré/agravante a depositar judicialmente o percentual teto de restituição prevista pela jurisprudência do STJ que (75%), em caso de reconhecimento de culpa do comprador. Ou seja, em se tratando de rescisão de contrato, direito subjetivo das partes, deve haver restituição de valores, devendo o quantum ser definido, se integral ou parcial, a depender de quem detém a responsabilidade pelo desfazimento do negócio, o que será verificado na tramitação processual. Logo, pelas razões expostas e considerando que o juízo determinou na decisão agravada a restituição, por ora, dentro dos limites estabelecidos pela jurisprudência, é o caso de mantê-la. 6. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 14 de agosto de 2024 FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO Presidente do Órgão Julgador Exmo. Sr. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE Relator”. (AgI n. 0626554-41.2024.8.06.0000, Rel. Des. Emanuel Leite Albuquerque, 1ª Câmara Direito Privado, julgado em 14.08.2024, data da publicação: 14.08.2024).

2.6.6 Extinção da tutela antecipada com base no § 3º do art. 461 do CPC/73

Outra possibilidade, fora da aplicação do art. 273 do CPC/73 (não tão fora assim, como adiante se verá), era a da tutela antecipada deferida com fundamento no § 3º do art. 461, do CPC. Em verdade, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”¹¹¹ Então, os requisitos para a tutela antecipada nesta modalidade eram: verossimilhança (relevância dos fundamentos) e perigo na demora (risco de ineficácia do provimento final). Eram os mesmos requisitos da liminar em mandado de segurança¹¹² e reproduziam a hipótese do inciso I do art. 273 do CPC/73. Isso porque dois requisitos estavam diretamente no texto (verossimilhança e risco) e, como derradeiro requisito geral e necessário, se fazia também presente, invariavelmente, a prova inequívoca, uma vez que o texto aludia à *relevância dos fundamentos*, e, nesse particular, o magistrado deveria avaliar a qualidade probatória para deferimento.¹¹³⁻¹¹⁴ As obrigações de fazer e de não fazer podiam envolver a tutela específica, a tutela assecuratória do resultado prático equivalente ou, no caso de falha de uma dessas antecedentes, a tutela de compensação por perdas e

111 Art. 461, § 3º, do CPC.

112 “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” (Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo).

113 No mesmo sentido: “ademais, embora o § 3º, em exame, não faça referência a ‘prova inequívoca’, como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da ‘relevância dos fundamentos.’” (ZAVASKI, Teori Albino. *A antecipação da tutela*, p. 180).

114 Em sentido contrário: “a tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC 461 § 3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). É interessante notar que, para adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o *periculum in mora* (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II)”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1993. p. 77; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 763).

danos. Seja como for, qualquer delas excluía a aplicação concomitante da tutela antecipada do § 3º do art. 461 do CPC/73.

O CPC de 2015 repetiu em seu art. 497 a literalidade do *caput* do art. 461 do CPC/73, excluindo, contudo, o § 3º, o qual não possui correspondência ao comparar os códigos. Acrescentou, contudo, o parágrafo único, amparando a tutela específica para inibição de práticas ilícitas, sem exigência de demonstração de dano ou de culpa ou dolo.¹¹⁵

2.6.7 Pressuposto negativo de reapreciação nos Tribunais Superiores

Analisemos agora dois aspectos fundamentais sobre a reanálise da tutela antecipada nos Tribunais Superiores, pois uma ação rescisória pode ser procedente e a tutela antecipada ser ministrada no próprio acórdão ou confirmada tutela antecipada já em vigor sendo certo que, seja como for, ensejará recurso excepcional para impugnação dessa procedência.

Ainda que todos os recursos excepcionais exijam o prequestionamento,¹¹⁶ constata-se que, no âmbito recursal dos Tribunais Superiores, quanto ao óbice da apreciação e ao processamento da tutela antecipada, hão que se fazer duas observações: a) nos Tribunais Superiores não é cabível reexame de antecipação de

115 Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

116 Confirmam-se precedentes: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃO VERIFICAÇÃO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÔNUS DA PROVA. VERIFICAÇÃO DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REVISÃO. EXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O prequestionamento significa a prévia manifestação do tribunal de origem, com emissão de juízo de valor, acerca da matéria referente ao dispositivo de lei federal apontado como violado. Trata-se de requisito constitucional indispensável para o acesso à instância especial. 2. A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia impede o acesso à instância especial e o conhecimento do recurso especial, nos termos das Súmulas n. 282 e 356 do STF. 3. Não se considera preenchido o requisito do prequestionamento (prequestionamento implícito) quando o tribunal de origem não debate efetivamente acerca da matéria inserta no dispositivo de lei federal. 4. A falta de prequestionamento impede a análise do dissenso jurisprudencial, porquanto inviável a comprovação da similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado. 5. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ ao caso em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 6. A incidência da Súmula n. 7 do STJ quanto à interposição pela alínea a do permissivo constitucional impede o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial sobre a mesma questão. 7. Agravo interno desprovido”. (AgInt no AREsp n. 2.227.794/RO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 10.06.2024, *DJe* 12.06.2024).

tutela; e b) no caso de eventual revogação ou alteração da decisão indeferitória ou concessiva da tutela antecipada pela instância originária, segue-se, invariavelmente, o reconhecimento da falta de interesse recursal superveniente. Mas essa regra não é aplicada à ação rescisória. O primeiro recurso será aviado nos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, “Em regra, não cabe, à luz das Súmulas n. 735 do STF e 7 do STJ, revisar entendimento adotado pelas instâncias ordinárias no exame de medida liminar, especialmente em casos em que haja necessidade de rever a interpretação fática fixada na origem. Entretanto, é possível a revisão da decisão que defere medida liminar quando a tese controvertida está centrada na interpretação legal das normas que regulam o referido deferimento, missão constitucional do STJ (art. 105, III, da Constituição Federal).”¹¹⁷

Observe-se que, dado seu caráter provisório e precário, a tutela antecipada é típica de provimento do juízo monocrático, como ocorre na ação rescisória com a apreciação pelo relator, e, apenas excepcionalmente, os Tribunais farão a verificação dos elementos autorizadores da tutela antecipada. Ainda assim, com base em fato novo ou reapreciação de provas, é lícito ao órgão prolator alterar ou revogar a tutela antecipada já deferida e, ainda, deferir a tutela antecipada outrora indeferida. Tudo é decorrência da provisoriedade e precariedade inerentes à espécie, desde que o processo ainda esteja sob a jurisdição do órgão prolator. Mas há que se ter o processo para proferir a decisão. Se ele já foi remetido para Tribunal Superior, o órgão prolator da decisão na origem sofre a preclusão *pro judicato*, não podendo mais se pronunciar, uma vez que já devolvida a matéria para a instância recursal.¹¹⁸

117 Nesse sentido: (AgInt no AREsp n. 2.152.660/GO, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 15.08.2023, *DJe* 12.09.2023).

118 “A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido da inaplicabilidade, em regra, da teoria do fato consumado, em matéria de concurso público, especialmente para consolidar situação constituída por força de decisão judicial precária, posteriormente cassada (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 566.853/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, *DJe* de 11.02.2015). Tal entendimento restou pacificado pelo STF, no julgamento do RE 608.482/RN, sob o regime da repercussão geral, no sentido de que “não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado” (STF, RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, *DJe* 30.10.2014). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 171.729/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, *DJe* 16.03.2016.” (AgInt no AREsp n. 1.973.061/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado em 27.03.2023, *DJe* 03.04.2023).

Assim, uma vez mantida no acórdão, exarado pelo Tribunal local, a decisão antecipatória de tutela proferida na ação rescisória e processado o recurso especial, essa parte do recurso poderá restar prejudicada. Explica-se: se posteriormente, ao receber o recurso excepcional, venha a ser atribuído duplo efeito ao recurso, suspendendo expressamente a execução do julgado, tal decisão, com o mesmo caráter de precariedade, acaba por revogar a tutela de urgência reconhecida anteriormente.

A atribuição do efeito suspensivo ao recurso especial ou recurso extraordinário, muito embora sejam recursos que não possuam efeito suspensivo, pode ser aviada em pedido de tutela de urgência. Esse fato, mesmo excepcional, pode culminar em explícita suspensão de tutela antecipada outrora deferida, pois reflexamente pode equivaler à revogação momentânea da tutela antecipada.¹¹⁹ Acrescente-se que na ação rescisória não incide o óbice da não aplicação da tutela antecipada pelos Tribunais Superiores. Estes funcionam como órgãos garantidores do duplo grau de jurisdição constitucional.

Por derradeiro, nessa mesma situação, de fato, se não mais subsiste o provimento jurisdicional atacado pelo recurso especial, não haverá recurso. Seria equivalente ao reconhecimento da superveniente falta de interesse recursal, e o recurso deveria ser julgado prejudicado.¹²⁰ Mas não é o que ocorre nos Tribunais Superiores, pois, como visto, salvo em processos originários, não se pode veicular o conhecimento da tutela antecipada em sede recursal.

2.6.8 Extinção do pressuposto geral da tutela antecipada na ação rescisória: imprescindibilidade da medida (art. 489 do CPC/73 versus art. 969 do CPC/2015)

Por fim, no âmbito dos pressupostos para concessão da tutela antecipada na ação rescisória, há que se ter presente a letra do art. 969 do CPC, que reforça a presunção de efetividade do direito estabelecido na decisão rescindenda, permitindo, via de regra, a produção dos efeitos executivos. Todavia, essa presunção é relativa (isto é, *iuris tantum*). Isso significa que ela pode ser mitigada por decisão

119 Mas não é fácil bloquear a tutela antecipada via efeito suspensivo, *vide* uma ementa de decisão do STJ: No Superior Tribunal de Justiça, a tutela provisória de urgência é cabível apenas para atribuir efeito suspensivo ou, eventualmente, para antecipar a tutela em recursos ou ações originárias de competência desta Corte, devendo haver a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a verossimilhança das alegações – *fumus boni iuris*, consubstanciada na elevada probabilidade de êxito do recurso interposto ou da ação – e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte – *periculum in mora*. (AgInt na TutPrv no AREsp n. 2.610.705/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em 16.09.2024, *DJe* 20.09.2024).

120 AgInt no AREsp n. 2.105.110/SP, Rel. M. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 07.10.2024, *DJe* 09.10.2024.

judicial. É justamente o que prevê o próprio art. 969 do CPC, em sua parte final, permitindo tutela antecipada em ação rescisória.

O legislador do CPC de 2015, retirou a exigência da imprescindibilidade da antecipação de tutela na ação rescisória (conforme art. 273, § 7º, do CPC/73, segundo o qual, diante do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a lei exigia que a medida fosse imprescindível para se conceder a medida acautelatória).

Não se tratava de conforto ou conveniência para o autor, mas, sim, de medida forçosa, imperativa e, de certa forma, cogente para a realização da justiça. A situação jurídica apresentada deveria ser de tal sorte extraordinária (retirante do comum) que ficasse clara a situação da dita imprescindibilidade e, por conseguinte, deveria ser garantida a tutela antecipada¹²¹ ao autor da ação rescisória.¹²²

Por derradeiro, há nas tutelas de urgência em ação rescisória sempre uma zona cinzenta, em que não sabemos ao certo se estamos diante de fatos autorizados da medida de urgência, apresentando-se casos residuais de difícil solução. Para esse particular, defendemos que, na dúvida, deva ser indeferida a tutela antecipada, salvo se houver risco de levantamento de valores, com tutela definitiva exauriente em execução, mormente quando a prova produzida dá azo a acolhida da tese rescisória. Neste último caso, somente neste, ainda que persistente mínima dúvida, deve-se deferir a tutela antecipada para suspender os efeitos da ação rescindenda.¹²³

121 Nesse sentido, a seguinte ementa: “Processual Civil. Ação Rescisória. Art. 489 do CPC. 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. (...) 4. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido para suspender a execução do acórdão rescindendo até julgamento final da Ação Rescisória”. (STJ – AR 4.031/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, julgado em 24.09.2008, *DJe* 26.09.2008).

122 A doutrina destacava que “contudo, no contexto atual, em que vigora a regra do art. 273, § 7º, do CPC, parece hoje, quando menos, atenuada a relevância da discussão que consiste em saber se tal suspensão pode ser obtida por meio de medida cautelar ou por típica antecipação de tutela. Com base no aludido dispositivo, requerida a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda como medida antecipatória, se o tribunal entender que se trata de medida cautelar, como tal apreciará e, sendo o caso, deferirá a providência”. E continua: “Superada que seja a questão da competência, outra que pode ser suscitada diz com a determinação, a propósito do juízo rescisório, das hipóteses nas quais a tutela pode ser antecipada. Sobre isso, parece fora de dúvida que a situação resultante da combinação entre o *caput* e o inciso I do art. 273 do CPC (prova inequívoca e perigo da demora) autoriza a antecipação, em tese, dos efeitos do novo julgamento”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória – juízo rescindente e rescisório*, p. 288 e 291: Parte II, Capítulo IX, Antecipação de Tutela no Juízo Rescindente).

123 Veja-se um precedente: A suspensão do cumprimento de sentença até o julgamento final da ação rescisória somente é possível nas hipóteses em que estão preenchidos os requisitos para a antecipação de tutela, isto é, a verossimilhança das alegações e o perigo da demora, o que não ocorreu no presente caso. 4. Agravo interno não provido. Pedido de tutela provisória indeferido (g.n.) (AgInt no AREsp 1126839/PB, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05.06.18, *DJe* 14.06.2018).

Aliás, mesmo estando o levantamento de valores previsto para momento posterior, pois ainda incipiente e inicial a fase de execução do julgado rescindendo, parece salutar inclusive que, recebendo o relator a ação rescisória com pedido de tutela antecipada, seja esta indeferida com ressalvas ao levantamento de valores, impondo, porém, desde logo a prestação de caução (contracautela) ou a negativa do levantamento, a depender do caso.¹²⁴

Nos casos em que não há dúvidas de que a sentença será procedente e se houver urgência da medida, será o terreno fértil e propício à concessão da tutela antecipada na ação rescisória. Não se trata de possibilitar tutela antecipada em todas as ações rescisórias, tornando inócua a execução da sentença transitada em julgado.¹²⁵ Essa medida é excepcional e se justifica, nos casos em que o autor da ação rescisória apresenta fortes motivos em que não se possa esperar o trâmite normal do processo; até porque o uso indiscriminado da suspensão do processo rescindendo violaria o corolário constitucional da efetividade da coisa julgada.¹²⁶

Em suma, presentes os requisitos, o juiz faz uma aposta, permitida no sistema legal, de que o indeferimento da tutela antecipada na ação rescisória, *ab initio*, seguirá, ao final, a improcedência da ação rescisória, e, ao contrário, no deferimento da tutela antecipada em ação rescisória, de que o acórdão final dará

124 “É admissível, excepcionalmente, a suspensão do cumprimento de sentença pelo Juízo de 1º grau, desde que a sua liberdade de atuação, no exercício do poder cautelar geral, esteja circunscrita aos limites da lei, que autorizam os provimentos de urgência, tendo como parâmetro o juízo de proporcionalidade à luz das circunstâncias concretas. 5. Quanto à análise do preenchimento dos pressupostos para a concessão da medida cautelar, a jurisprudência do STJ orienta serem eles insuscetíveis de reapreciação em sede de recurso especial, porque sua verificação decorre da análise das circunstâncias fáticas da causa. 6. O depósito do valor da condenação, a fim de garantir o Juízo e viabilizar o oferecimento de impugnação ao cumprimento de sentença, não tem o condão de ilidir a incidência da multa do art. 475-J do CPC/73. Precedentes. 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (g.n.).” (REsp 1455908/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.08.2018, *DJe* 31.08.2018).

125 Essa é a tendência que vem sendo acompanhada pela legislação estrangeira, a exemplo do “recurso de revisión” na Espanha. Assim ensina a doutrina: “el novedoso recurso de revisión completa el sistema de recursos ordinarios previsto en la LEC (art. 454 bis). Introducido por Ley 13/2009, para la implantación de la nueva Oficina Judicial, este recurso – que el propio art. 454 bis califica de ‘directo’ – permite la impugnación de los decretos ‘por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación’ (esto es, de los decretos definitivos), así como de aquellos otros decretos respecto de los que la ley expresamente prevea este recurso. A similitud del recurso de apelación, el recurso de revisión puede considerarse un recurso devolutivo en la medida en que su decisión se atribuye al Juez o Tribunal que conoce del proceso. Se trata, asimismo, de un recurso sin efectos suspensivos, pues su admisión a trámite impide actuar en sentido contrario a lo resuelto en el decreto impugnado”. (SANTOS, Andrés de la Oliva; GIMÉNEZ, Ignacio Diez-Picazo; TORRES, Jaime Vegas. *Curso de derecho procesal civil I* – Parte general. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012. p. 284).

126 GRINOVER, Ada Pellegrini; GUERRA, Adriana Diniz Vasconcelos. *A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 73.

pela procedência da rescisão. Mas o juiz não tem “bola de cristal” e seu prognóstico pode se frustrar, sendo que em nenhuma hipótese poderá se advogar contra a hipótese real de provimento da ação rescisória.

2.7 INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA POR VERIFICAÇÃO *AB INITIO* DA INVIABILIDADE DA ANÁLISE DA MATÉRIA DE FUNDO

Notadamente, a tutela antecipada em ação rescisória é situação excepcionalíssima, uma vez tratando-se de juízo estreito, sendo imperiosa a demonstração cristalina de seus pressupostos.¹²⁷

O princípio da duração razoável do processo é corolário do direito fundamental à efetividade da jurisdição (art. 5º, LXXVIII, da CF). Ao prazo razoável se soma outro direito fundamental, o da fundamentação das decisões. Então, os mecanismos decisórios que visem dar uma maior celeridade e efetividade processual, em especial daquelas que movimentam o plano fático-jurídico, como só é de acontecer com a tutela antecipada, devem ser utilizados em decisões devidamente fundamentadas, uma vez que é obrigatória a exposição dos motivos da decisão¹²⁸ – art. 93, inciso IX, da CF. Assim, a apreciação do requerimento da tutela antecipada, seja pelo deferimento ou indeferimento, deverá culminar em uma decisão fundamentada – art. 298 do CPC.¹²⁹

127 AGRADO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 300, C/C O ART. 969, AMBOS DO CPC DE 2015. AGRADO DESPROVIDO. 1. Conquanto prevista a possibilidade de concessão de tutela de urgência em ação rescisória, nos termos do art. 969 do CPC de 2015, tal provimento é de natureza excepcionalíssima em razão da presunção de legitimidade das decisões judiciais e da preservação da coisa julgada. 2. A não demonstração dos elementos que evidenciam, cumulativamente, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo inviabiliza a concessão da tutela de urgência. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt na AR n. 7.511/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, julgado em 29.08.2023, *DJe* 01.09.2023).”

128 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: RT, 2006. p. 280.

129 “A motivação é instintiva, como advertia Charles Darwin, mas os comportamentos tradicionalmente tidos como inatos estavam sujeitos a modificações pelo aprendizado através da experiência. Freud perfilhou tais caminhos para explicar a motivação com base em dois princípios: a) Eros – ligados à sexualidade, instinto de família, etc.; b) Tanatos – pulsões interiores de autodestruição e exteriores de agressão ou destruição. Conceitualmente, para Luiz A Marins Filho, Ph. D em Administração de Empresas [in *IL potere dell’ entusiasmo e la forza della passione*. Itália. Taita Press, 2013], motivar é ouvir – dada a hierarquia, sobem informações e descem decisões – ou seja, somente ouvindo adequadamente os destinatários é que se constrói uma decisão administrativa segura; o que possui, guardadas as devidas proporções, coincidência com conceito jurídico, como podemos observar na definição dada por Bruggeman – Berlim, 1971, jurista alemão citado por Barbosa Moreira [*A motivação das decisões judiciais como*

Vale dizer, quando da prolação da decisão judicial que defere ou indefere a tutela antecipada, tudo deverá estar registrado materialmente, na própria decisão interlocutória ou, excepcionalmente, como capítulo da sentença, com os aspectos fáticos relevantes e de direito.

Caso haja pedido de antecipação no juízo rescisório, é comum, inclusive, que na fundamentação da decisão o relator se utilize da adoção dos mesmos fundamentos da decisão rescindenda, inclusive copiando parte da fundamentação. Nem por isso será dita decisão desfundamentada; ao contrário, tal fundamentação será válida para todos os efeitos de direito.¹³⁰

Nesse aspecto, é importante destacar situações que levam ao indeferimento da tutela antecipada. Para melhor sistematização, é bom ter presente que há ligeira diferença entre a apreciação de tutela antecipada referente ao pedido no juízo rescindente (suspensão do julgado) e aquela com ênfase em relação ao juízo rescisório (com efeito ativo, determinando antecipação do mérito do rejuízo).

É justamente essa fundamentação que se dá em torno da presença ou não dos requisitos ou pressupostos autorizadores da medida, os mesmos que servem à classificação das modalidades de tutela antecipada. Daí a importância do estudo desses pressupostos ou requisitos.

2.7.1 Entendendo o binômio cabimento da ação rescisória e inefetividade da decisão rescindenda de procedência somente ao final do processo, com o novo trânsito em julgado, como requisito para deferimento da tutela antecipada

Retomando-se as lições anteriores, o fato novo (aquele que não foi objeto da controvérsia ou debate no processo originário) é a marca de todos

garantia inerente ao estado de direito, in Temas de direito processual, 2ª série, São Paulo, 1980] – para quem o processo decisório é, acima de tudo, um processo de informação, demonstrando a força da doutrina alemã sobre os reflexos do direito de audiência em juízo. Andréa Proto Pisani, fazendo referência a Calamandrei, leciona que a ausência de motivação configura ocorrência de excesso de poder, na medida em que a ausência de possibilidade de valoração objetiva do julgado impede a rediscussão recursal. Advirta-se que serve para garantia do direito recursal do sucumbente (conteúdo decisório).” (SOARES, Marcelo Negri. Princípio da motivação das decisões judiciais. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MAZZARROBA, Orides; MAILLART, Adriana Silva; COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (Org.). *Justiça, empresa e sustentabilidade* – justiça e [o paradigma da] eficiência. São Paulo: RT, 2011. v. 1, p. 169).

¹³⁰ O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a técnica da fundamentação *per relationem*, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes). RHC 226.515.

os casos de rescisão do julgado (*v.g.*, juízo rescindente, hipóteses do art. 966 e incisos do CPC).¹³¹

Presente tal fundamento novo, demonstrado que a parte não quer meramente utilizar a ação rescisória como um sucedâneo recursal, passa-se a uma análise mais criteriosa. Assim, além do óbice do fundamento novo, há mais quatro circunstâncias que devem concorrer para rescindibilidade do julgado: “a) que a sentença seja fundada no erro, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e demais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado existente (frise-se que esse preceito não vale para o juízo rescisório, pois no rejuízo da causa se admitirá dilação probatória); c) que *não tenha havido controvérsia* sobre o fato (que seja, em outras palavras, realmente novo); d) que sobre ele tampouco tenha havido *pronunciamento judicial*”.¹³² Esses requisitos decorrem da leitura atenta do art. 966, § 1º do CPC.¹³³

Assim ocorrendo, ainda que em análise perfunctória, estando o feito rescisório resistente a todos os itens de análise, já se pode vislumbrar, de plano, uma vez preenchidos os requisitos (superado o óbice do cabimento), a hipótese de deferimento da tutela antecipada na ação rescisória, com base na chamada “sentença facilmente enquadrável”,¹³⁴ ou seja, aquela que se amolda como a *régua de lesbus*¹³⁵ a um dos incisos do art. 966 do CPC.¹³⁶

131 O pedido de desconstituição da coisa julgada por um dos fundamentos do art. 485 do CPC, via ação rescisória, pode comportar, como já explicitado, o requerimento de antecipação de tutela para suspensão da eficácia da sentença rescindenda. Por meio da impugnação da sentença transitada em julgado, na verdade, se quer uma revisão do julgado. A revisão do julgado, no caso da ação rescisória, é característica da demanda proposta com fundamento em fato novo, o que não poderia ser diferente, pois o fato anterior ou mesmo contemporâneo à prolação da decisão, vale dizer, o fato já debatido, não abre cabimento à ação rescisória. A novidade para efeitos rescisórios se sustenta em fato ainda não debatido em juízo, mas que em sendo, acaba por conduzir a um resultado diferente daquele proferido na sentença rescindenda. (KLIPPEL, Rodrigo. *Ação rescisória*, p. 3).

132 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. V, p. 147.

133 Qualquer dos incisos do art. 966 contém hipótese suficiente à rescisão, razão pela qual a pluralidade de fundamentação (mais de um inciso) redundaria na cumulação de ações rescisórias. (SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. *Ação rescisória*. 2. ed. atualizada de acordo com o CPC/2015. São Paulo: Blucher, 2019. 240p).

134 Em outras palavras, “nesse caso impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor. Há uma correlação nítida entre a suspensão da eficácia e a sentença; o autor, através da suspensão da eficácia, desde logo se vê livre dos efeitos do ato impugnado”. Vale dizer, “se é aceita a premissa de que é possível a suspensão dos efeitos da sentença rescindenda – e essa premissa é absolutamente correta, já que uma sentença facilmente enquadrável em um dos incisos do art. 485 não pode

A partir da verificação do cabimento, tudo gravita em torno da prova previamente constituída. Uma prova robusta não autoriza desde logo a procedência da demanda, haja vista a obrigatoriedade do contraditório; todavia, será certa para o deferimento do requerimento da tutela antecipada, eis que um dos requisitos é a probabilidade do direito.¹³⁷

O magistrado deve divisar a possibilidade de vir a decisão rescindenda a ocasionar lesão grave ou de difícil reparação ao autor, justamente, não pela procedência, que é certa, mas pelos efeitos nefastos do tempo. Impende destacar que o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve ser um risco concreto, devidamente comprovado por elementos nos autos, e não um risco meramente potencial, existente em qualquer processo. O risco meramente potencial ou não comprovado não justifica o processamento da ação rescisória com o benefício da tutela de urgência capaz de suspender a execução do julgado rescindendo, pois não tem o condão de causar ao autor gravame à margem da lei, representando uma efetiva lesão grave ou de difícil reparação.¹³⁸

produzir efeitos prejudiciais enquanto pende a demanda rescisória que provavelmente será de procedência – o autor obviamente pode requerer, via tutela antecipatória, a suspensão dos efeitos da sentença”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 102).

135 A humanização do direito positivo e a flexibilização da rigidez das burocracias jurídicas já eram temas trabalhados por Aristóteles, introduzindo os juízos de equidade, justamente pela necessidade de ajustar as conclusões gerais da regra ao caso da vivência social. Nesse particular, visando harmonizar essas regras esquemáticas, Aristóteles recorria à parábola da Régua de Lesbos, comparando a equidade ao instrumento útil para medir blocos tortuosos de granito. Essa engenhosa arte somente era possível ante a flexibilidade do metal de constituição da Régua. Assim se podia ajustar as áreas irregulares da pedra à Régua, propiciando medida de precisão; como uma regra jurídica adapta-se aos fatos, se o julgador puder se despojar da rigidez extremada que permeia, erroneamente, muitas vezes a própria subsunção. A equidade permite ao julgador superar obstáculos para aferir a precisão do julgamento, dadas as complexidades das relações humanas. (ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 34 a 92).

136 O efeito *ex nunc*, limitando os efeitos rescisórios somente a partir da decisão de procedência da ação rescisória, é admissível quando a decisão rescindenda não tenha operado nenhum efeito prático, seja pela sua natureza meramente declaratória, seja porque o vencedor não efetivou a execução e não houve cumprimento da obrigação, seja porque a decisão estava suspensa pelo deferimento da tutela antecipada no juízo rescindente. (SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. *Ação rescisória*, cit.).

137 “Rescisória fundada no impedimento do Juiz, se provada essa circunstância com a petição inicial, é possível a concessão de tutela antecipada no sentido de evitar-se a execução do julgado rescindendo, já que a procedência do pedido na rescisória seria praticamente certa.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 4. ed., p. 750).

138 Um exemplo interessante é o locatário que protesta pela preferência na venda do imóvel, judicialmente, mas não deposita o preço e a sentença lhe é contrária. Em ação rescisória vem debater exatamente seu direito de preferência. Ora, a preferência é um direito, está na lei, mas deve ser exercido

A hipótese da tutela antecipada na ação rescisória pode ser resumida aos casos em que é patente o cabimento (art. 966 do CPC) e, diante da prova nos autos, revela-se inútil, ou seja, de nenhuma utilidade à manutenção do julgado rescindendo, pois não terá resultado prático algum, senão o de apenas agravar a situação daquele que procede ao cumprimento da sentença, já que, muito embora declarado vencedor na sentença rescindenda, no passo seguinte, com a procedência da ação rescisória, deverá recompor o *status quo ante*, inclusive com a recomposição de eventuais perdas e danos.

Por outro lado, o que não soar razoável e nem se conciliar com o espírito do art. 969 do CPC, deverá redundar no indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela ou de concessão de liminar. Assim, nos casos em que se discute antecipação dos efeitos da tutela, deve ser demonstrada a situação excepcional, a ser aferida pelo Relator, de modo a justificar sua admissão. Estando ausente a referida prova de situação excepcional, pressupõe-se a inexistência de perigo de lesão grave ou de difícil reparação necessário para o processamento da ação rescisória com a tutela antecipada, que deve ser indeferida.

A situação de deferimento de tutela antecipada é aquela caracterizada quando a razoabilidade, a proporcionalidade e a prudência já informam que a sentença impugnada não deva produzir qualquer efeito durante a tramitação da ação rescisória, até a decisão definitiva do juízo *rescindens* e o seu ulterior trânsito em julgado, quando restará, ao que tudo indica, a procedência final da ação rescisória. Nesse caso, ocorre a suspensão da eficácia meritória da decisão, e o autor ficará infenso a qualquer resultado que poderia lhe ser contrário a partir da sentença transitada em julgado, pois seu comando restará paralisado pelo deferimento da tutela antecipada suspensiva deferida na ação rescisória.¹³⁹

no prazo, não somente por manifestação, mas com o depósito dos valores. De nada adiantará tal ação rescisória, que naturalmente confirmará a sentença já proferida. É o que explica pontualmente a doutrina: “É mister que o locatário demonstre que tinha possibilidade de adquirir o bem, nas mesmas condições com que o adquirente o fez. Sem essa prova, não tem o inquilino possibilidade de êxito na pretensão a perdas e danos. Se, apesar de preterido, o inquilino não tinha condições de comprar a coisa que lhe estava locada, de nada adianta propor a ação”. (SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 151).

139 TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE EM AÇÃO RESCISÓRIA. EFEITO SUSPENSIVO. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. Nos termos do art. 969 do CPC, a “propositura de ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda”, salvo nas hipóteses em que se fizerem presentes os pressupostos para concessão de tutela provisória, nos termos da Súmula 405 do TST. A concessão do efeito suspensivo deve estar vinculada à probabilidade do direito e ao risco ao resultado útil do processo. Comprovada nos autos a expedição de alvará de liberação de valores, por dever de cautela do magistrado (art. 765, CLT) impõe a concessão da tutela de urgência para sobrestar a liberação de valores até o julgamento de mérito da ação rescisória. Pedido de concessão de efeito suspensivo à ação

Em suma, presente o binômio cabimento e inutilidade, ou seja, o perfeito cabimento da ação rescisória e a visualização da inutilidade da sentença rescindenda em face da possibilidade real e insofismável de procedência da ação rescisória, o magistrado deverá deferir a tutela antecipada requerida para o fim de suspender a execução do julgado. Ademais, deve ser sempre observado o binômio, levando em consideração o princípio da proporcionalidade. A tutela antecipada na ação rescisória depende da conciliação do referido binômio. Constatada a sua existência, o magistrado fixará os efeitos que poderão ser antecipados, sendo comum a suspensão dos efeitos do julgado rescindendo até o trânsito em julgado da ação rescisória, sem prejuízo de sua revisão, a qualquer momento, dada a precariedade da decisão que antecipa a tutela.

2.7.2 Indeferimento da tutela antecipada por julgamento pelo relator com base no art. 332 do CPC e reconhecimento da decadência ou prescrição

Naturalmente, o indeferimento da tutela antecipada na ação rescisória pelo relator revela que estará mantendo incólume, ainda que momentaneamente, o dispositivo trilhado pela sentença rescindenda, ao menos até ulterior deliberação. Por outro lado, lógico que o deferimento da tutela antecipada no juízo *rescindens*, ao que parece, suspende a possibilidade de execução do julgado rescindendo.

Presentes os requisitos do art. 332 do CPC,¹⁴⁰ verificando-se que a causa dispensa fase instrutória e o relator já tenha firmado seu convencimento, pode aplicar o mecanismo de julgamento liminar na ação rescisória.

A técnica tem por escopo abreviar o procedimento e, logo, nem mesmo comportará a análise positiva da tutela antecipada, eis que será indeferida ante o julgamento de mérito contrário à tese autoral.¹⁴¹

rescisória acolhido. (Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Seção Especializada). Acórdão: 0003970-65.2022.5.09.0000. Rel. Ilse Marcelina Bernardi Lora. julgado em 22.08.2023. Juntado aos autos em 25.08.2023. Disponível em: <<https://link.jt.jus.br/RgRrok>>).

140 É admissível o julgamento de liminar improcedência da ação rescisória, desde que presente alguma das hipóteses elencadas no art. 332 do CPC/15, não se admitindo, contudo, o julgamento de liminar improcedência, fora dessas hipóteses, sob o rótulo de ausência de interesse processual ou de inadequação da via eleita. Recurso Especial n. 2.083.367/SP (2022/0127143-1) Rel. Min. Nancy Andrighi.

141 “Um dos notórios objetivos das extensas reformas empreendidas nas leis processuais para debelar o que se costuma designar de ‘crise da justiça’ consiste na celeridade. Apesar de vulgar, a fórmula ‘crise da justiça’ soa excessiva e imprópria. Induz à crença que a justiça em si perdeu-se em algum escaninho burocrático. Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados.” (ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR.,

Assim, em conclusão parcial, é de se verificar que se revela perfeitamente aplicável o dispositivo do art. 332 do CPC à ação rescisória e, se implementadas tais condições, via de regra, não se concederá a tutela antecipada, ante a improcedência *ab initio* da ação rescisória.¹⁴² Um exemplo claro dessa situação é a improcedência pelo reconhecimento da decadência. Aliás, a decadência pode ser pronunciada pelo próprio relator,¹⁴³ mesmo quando a ação for proposta dentro do

Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição* – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 196).

142 PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ARTIGO 485, VII E IX, DO CPC/1973. IMPROCEDÊNCIA LIMINAR COM BASE NO ART. 285-A DO CPC/73. POSSIBILIDADE QUANDO A QUESTÃO CONTROVERTIDA FOR UNICAMENTE DE DIREITO. CASO CONCRETO EM QUE TAMBÉM PRESENTE QUESTÃO DE FATO CONTROVERTIDA. INVIABILIDADE DO COMBATIDO JUÍZO PRECOCE DE IMPROCEDÊNCIA. PRÉVIA INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CUSTOS LEGIS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consoante aval da doutrina e da jurisprudência, a técnica da liminar improcedência do mérito da ação, como prevista no art. 285-A do revogado CPC/73 (replicado, com inovações, no art. 332 do CPC/15), é perfeitamente aplicável nas demandas de competência originária dos tribunais, aí incluída a ação rescisória. 2. Como ressaltado de seu conteúdo, a aplicação do referido dispositivo tem lugar apenas nas hipóteses em que a controvérsia trazida à jurisdição envolva matéria exclusivamente de direito, presente, ainda, a circunstância de que o juízo já tenha proferido decisões de improcedência em casos idênticos. 3. A leitura do respeitável acórdão recorrido, no que sustenta a aplicabilidade do mesmo art. 285-A, deixa ver que não houve menção a nenhum precedente que revelasse ter havido julgamento pretérito de rescisórias idênticas pelo mesmo Colegiado local. 4. Outrossim, a questão veiculada na presente rescisória, nos moldes em que vertida a pretensão autoral, desponta não ser apenas de direito, visto demandar a incursão em matéria desenganadamente fática. 5. Nas hipóteses em que prevista a possibilidade de julgamento *in limine litis*, de que era exemplo o art. 285-A do CPC/73 (art. 332 do atual CPC/15), mesmo em se tratando de causa em que a legislação reclame a intervenção fiscalizatória do Ministério Público, é dado ao juiz proferir decisão de plano, independentemente da prévia ouvida da instituição ministerial, à qual, no entanto, será sempre assegurada a oportuna intimação pessoal, possibilitando-lhe o manejo de eventual de recurso. 6. Na espécie, o Parquet restou regularmente cientificado do teor da decisão fundada no art. 285-A do CPC/73, tendo exercitado seu inconformismo recursal, pelo que não se vislumbra qualquer nulidade a esse respeito. 7. Recurso especial do MPF parcialmente provido, em ordem a declarar a nulidade do processo desde a primeira decisão monocrática fundada no art. 285-A do CPC/73. (REsp n. 1.761.211/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, julgado em 07.11.2019, *DJe* 12.11.2019).

143 São vários os precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre esses: AÇÃO RESCISÓRIA – Pretensão à rescisão de v. acórdão proferido pela C. 12ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP e realização de novo julgamento, com fundamento no artigo 966, incisos VII e VIII, do CPC/15. DECADÊNCIA – Ocorrência, nos termos do art. 975, do CPC – Ação rescisória ajuizada após o prazo de 02 anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos de origem. IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO, em virtude da ocorrência de decadência para ajuizamento da ação rescisória (art. 332, parágrafo 1º, do CPC/2015, combinado com o art. 968, § 4º, do mesmo diploma legal. Extinção da ação rescisória, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015. Ausência de prova nova no caso concreto. AÇÃO JULGADA LIMINARMENTE

prazo, desde que a citação não ocorra por falta de gestão da parte autora, propiciando a paralisação indevida do processo.¹⁴⁴

O art. 332 do CPC é compatível com o processamento da ação rescisória. Assim, a inicial rescisória que não vinga, não serve à citação, nem dá ensejo à tutela antecipada, que restará superada.

2.7.3 Indeferimento da tutela antecipada ante o indeferimento da inicial

Deve-se restar claro que o relator poderá indeferir a petição inicial rescisória, e, assim, *initio litis*, mesmo antes da citação, não haverá qualquer chance para se discutir a tutela antecipada requerida. Então, uma vez proposta a ação rescisória, o relator, após determinar eventual emenda da inicial, poderá determinar o indeferimento da petição inicial nos casos previstos no art. 330 do CPC (art. 968, § 2º do CPC). São causas de indeferimento da inicial rescisória a inépcia, a ilegitimidade, a falta de interesse processual, a ausência dos requisitos da petição inicial ou falta do advogado em não declinar o endereço em que receberá intimação. Ressalve-se, porém, “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.” Essa é a dicção do art. 283, do CPC, também aplicável à ação rescisória, cumulada com o art. 321 e 968, § 5º do CPC.

Todavia, da decisão monocrática que indeferir a petição inicial da ação rescisória cabe agravo interno. Do acórdão daí originado caberá recurso especial

IMPROCEDENTE. (TJSP, Ação Rescisória 2127061-43.2019.8.26.0000; Rel. Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 6º Grupo de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto – 2ª Vara da Fazenda Pública; julgado em 16.10.2019; registro: 17.10.2019).

144 Compulsando detalhadamente a documentação dos autos, verifica-se que às vésperas de se operar a decadência, em 05-03-2020, a parte autora ajuizou a presente ação rescisória, arrolando como réu apenas a UNIÃO. Ocorre que, no polo passivo da ação rescindenda participaram, como litisconsortes da UNIÃO, também a FACULDADE VIZINHANÇA DO VALE DO IGUAÇU e a IESDE BRASIL S/A, não tendo sido requerida a citação desses litisconsortes pela autora desta rescisória, o que é indispensável para a validade do processo, nos termos do art. 239 c/c 114 e 116 do CPC. Com efeito, a definição do polo passivo da ação rescisória deve ser buscada na relação jurídica estabelecida na ação em que lançada a decisão objeto da pretensão rescisória. Ou seja, as mesmas partes que figuraram na ação de origem devem estar presentes na rescisória quando demonstrado que restarão afetadas pelas consequências de eventual decisão rescindenda. Ante o exposto, reconhecendo a decadência, julgo improcedente a ação rescisória nos termos do art. 487, inc. II c/c art. 332, § 2º do CPC/15, sem condenação aos honorários de sucumbência, não tendo havido a citação do réu. Intime-se e providencie-se a baixa com as cautelas de estilo. (TRF4, ARS 5009863-71.2022.4.04.0000, 2ª Seção, Rel. Luís Alberto D’azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 25.03.2022).

ou recurso extraordinário. Nessa sede se poderá buscar o efeito suspensivo ativo do recurso, que visará, em última análise, a tutela antecipada recursal.

Com efeito, a ação rescisória fundada no art. 966, V, do CPC, tem cabimento tão somente quando demonstrada a manifesta violação de norma jurídica. Se a hipótese não estiver caracterizada na espécie, em que a sentença decide a controvérsia com base em interpretação cabível da norma, então não haverá cabimento da ação rescisória. Vale dizer, para a procedência do pedido rescisório, com respaldo no art. 966, V, do CPC, imprescindível que tenha ocorrido flagrante ofensa à norma, tendo em vista não ser possível a utilização da referida ação para solucionar injustiça da sentença, suposta inadequação no reexame da prova ou na interpretação contratual. Portanto, para o fim pretendido, indispensável que o julgado seja incompatível com a norma jurídica apontada como violada, cujo vício esteja presente dentro do próprio julgado, de forma concreta.¹⁴⁵ Isso porque não se conhece em sede de ação rescisória de violação de lei impugnada de forma genérica, por ser imprescindível a especificação do vício dentro do próprio julgado, relacionado diretamente ao seu conteúdo decisório. Portanto, para ser analisado, o pedido deve ser certo e determinado, já que a hipótese tratada não comporta pedido genérico, tendo em vista que a alegada violação de lei deve ser apontada dentro do julgado impugnado, de forma concreta, diante da inadmissibilidade de impugnação de vícios por vias reflexas. Nesses casos, a tutela antecipada na ação rescisória deve ser indeferida, todavia, se deferida indevidamente, deve ser revogada tão logo o relator se dê conta do equívoco.¹⁴⁶

145 “PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC/15. VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMAS JURÍDICAS. AFRONTA DIRETA NÃO CONFIGURADA. UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo a firme jurisprudência do STJ, a propositura de ação rescisória fundada em violação manifesta a norma jurídica somente se justifica quando a ofensa à norma for flagrante, cristalina, ou seja, quando a decisão rescindenda conferir interpretação manifestamente contrária ao conteúdo da norma. Precedentes. 2. Hipótese dos autos em que, de plano, afigura-se inadmissível a pretensão rescisória calçada no art. 966, V, do CPC/15, porquanto a decisão rescindenda adotou interpretação razoável do arcabouço normativo incidente na espécie, afastando indenização por danos morais em razão de rescisão unilateral de promessa de compra e venda de imóvel “na planta”. 3. Deveras, adotou o julgado uma interpretação possível para a hipótese fática em julgamento, sendo descabido questionar, na excepcional via da ação rescisória, se se trata da melhor interpretação; caso contrário, tratar-se ia a rescisória como instrumento de mera revisão da decisão impugnada, ou seja, autêntico recurso, com prazo estendido de dois anos. (AgInt na AR n. 6.856/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em 15.03.2022, DJe 17.03.2022).

146 “É consabido que o acórdão rescindendo quando transitou em julgado configurou LEI ENTRE AS PARTES e a tese apresentada na tentativa de desconstituí-lo foi com base na violação de norma jurídica, art. 966, V do CPC. Em nenhum momento na petição inicial da ação rescisória id 55b1125 fora alegado erro de fato capitulado no art. 966, VIII, do CPC, no que se configura INOVAÇÃO RECURSAL. DESPROVIDOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO SINDICATO RÊU. OMIS-

Não cabe ação rescisória para reexaminar matéria fática que constituiu questão da sentença rescindenda. Isso porque, se na sentença rescindenda for analisada a questão *sub judice*, tendo passado pelo crivo do livre-convencimento ante as provas produzidas nos autos, ainda que se conclua pela insuficiência de provas, a sentença não será rescindível com fundamento no art. 966, V, do CPC. A tese defendida, nesses moldes, não terá o condão de macular o julgado rescindendo. Essa circunstância não configura violação manifesta de norma jurídica; pelo contrário, trata-se de resultado de convicção formada a partir da consideração das provas então produzidas nos autos. Também não há como se defender a existência de equívoco sobre fato inexistente, mas convicção formada a partir do devido processo legal, com ampla cognição e apreciação de matéria de direito.¹⁴⁷

Visualizando-se que, ao menos em exame preliminar, se a situação narrada não se enquadra perfeitamente na hipótese de cabimento da ação rescisória, não haverá como conceder a tutela antecipada na ação rescisória,¹⁴⁸ uma vez que esta pressupõe que o magistrado se convença de que a demanda será procedente e que poderá, então, ser antecipado efeito, parcela ou totalidade do objeto do pedido.¹⁴⁹

SÕES SANADAS. 1ª – REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. Defendo que a regra geral é que uma vez sendo julgado improcedente o direito material em sentença definitiva, automaticamente deixa de existirem os efeitos deferidos em decisão interlocutória, que apreciou um incidente, deferindo a tutela provisória. Sustento, lato senso, que em não havendo o direito a tutela definitiva, não há como subsistir o da provisória. Desta forma, resta cassada a tutela antecipada ora deferida.” (TRT da 19ª Região; Processo: 0000103-95.2016.5.19.0000; Data de assinatura: 02.10.2019; Órgão Julgador: Gab Des. Antonio Catão – Tribunal Pleno; Rel. Antonio Aduardo Alcoforado Catão).

147 “Conforme tal princípio, previsto no art. 371 do CPC/2015, o juiz tem liberdade para apreciar e avaliar as provas produzidas nos autos e, a partir daí, formar livremente seu convencimento, desde que fundamentado nesses elementos. (PINHO, H. D. B. D. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. Disponível em: Minha Biblioteca. Saraiva, 2022).

148 A ementa seguinte exemplifica essa situação: “AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. Ação rescisória proposta para rescindir acórdão proferido pela Colenda 4ª Câmara de Direito Privado, nos autos de “ação de execução de obrigação de pagar quantia certa”, por ocasião de julgamento do Agravo de Instrumento n. 2066441-94.2021.8.26.0000. Acórdão atacado que analisou o deferimento de pedido de concessão de tutela antecipada para indisponibilidade de ativos financeiros. Primeiro requisito essencial ao cabimento da ação rescisória não preenchido, qual seja, que haja impugnação a uma decisão de mérito. Inteligência do art. 966, ‘caput’ do CPC. Precedentes do STJ e desta Corte. Fundamento apresentado pelo autor para o ajuizamento da presente demanda (erro de fato) que, não bastasse, também não pode ser verificado. Falta de interesse processual caracterizada. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA, COM EXTINÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA, SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.” (V. 41283). (TJSP; Ação Rescisória 2173783-33.2022.8.26.0000; Rel.(a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 2º Grupo de Direito Privado; Foro Regional III – Jabaquara – 3ª Vara Cível; Julgado em: 29.03.2023; registro: 31.03.2023).

149 Confira-se a seguinte decisão: “Cuida-se de Ação Rescisória por suposta violação ao art. 485, V e VII, do CPC, com pedido de antecipação de tutela, visando desconstituir a r. sentença, transitada em

Essa situação ocorre também quando o autor pretender a desconstituição do julgado com base em prova nova (art. 966, VII, do CPC), mas tal prova não seja realmente nova para efeitos rescisórios. Lembre-se de que pode ser considerado documento novo aquele que, embora tenha sido elaborado antes da propositura da ação, não tenha sido juntado aos autos, seja por desconhecimento de sua existência pela parte ou porque, embora dele conhecendo, a parte ficou impossibilitada de juntá-lo por justa causa ou força maior.¹⁵⁰ Todavia, quando ficar evidenciado que a ação rescisória está idealizada na tentativa de rediscussão das questões de direito já enfrentadas anteriormente, vale dizer, se o documento já

julgado, exarada em sede de ação de reintegração de posse, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, determinando a expedição de mandado de intimação dos eventuais ocupantes do imóvel para desocupação voluntária, sob pena de reintegração compulsória. Aduz a autora, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido (possessória entre particulares – bem público) e nulidade da sentença face ao reconhecimento de terceira como herdeira legítima do espólio. Quanto ao mérito, sustenta a autora a r. sentença rescindenda foi prolatada sem a observância de que os imóveis existentes na Colônia Agrícola Vicente Pires são Públicos, insuscetíveis de domínio nem posse entre particulares, reclamando a análise sob a ótica do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MPDFT e o GDF. Pugna, ao final, pela antecipação dos efeitos da tutela visando a suspensão da execução da r. sentença rescindenda. Em provimento definitivo, requer seja julgado procedente o pedido, para o fim de rescindir a r. sentença proferida nos autos do processo n. 2005 07 1 002826-6 (Reintegração de posse), extinguindo o processo sem resolução de mérito ou se declare a nulidade do processo por violação ao art. 77 do CPC, com a consequente cassação de todos os atos praticados a partir do despacho inaugural. É o breve relatório. Decido. O Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da paz social e da segurança jurídica dos cidadãos. Por esse motivo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas estreme de dúvidas. Com efeito, a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, tem cabimento tão somente quando demonstrada violação da literalidade de lei, hipótese não caracterizada na espécie, em que a sentença decide a controvérsia com base em interpretação cabível do texto legal. O reexame da matéria fática da demanda é providência que extrapola os lindes da rescisória. (...) Portanto, diante da ausência de requisitos que autorizem a antecipação de tutela pretendida, indefiro-a. Prossiga-se, na forma da lei (artigo 491 e seguintes do CPC). Cite-se para responder aos termos da ação, no prazo de 20 (vinte) dias. Após, ao Ministério Público”. (TJDFT – Decisão monocrática na Ação Rescisória 2011.00.2.011982-5, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, julgado em 30.06.2011).

150 A prova confeccionada ou constituída após finalizado o processo rescindendo, uma vez findo o seu desiderato cognitivo, não se revestirá da necessária novidade para efeitos rescisórios. A prova nova para a ação rescisória não poderá ser constituída em um fato novo, produzido após a decisão rescindenda, quicá após o trânsito em julgado material. Portanto, até mesmo o fato novo afasta o cabimento da ação rescisória. O fato que autoriza a ação rescisória é aquele que foi alegado tempestivamente no processo em que proferida a decisão rescindenda, porém em que restou ausente a respectiva prova. A novidade da prova afasta a tentativa da parte desidiosa de propor a rescisão, ou seja, será ônus do autor demonstrar que não teve oportunidade de acesso a tal prova antes da sentença ou acórdão. E mais, a parte interessada deve demonstrar existência ignorada até então da prova ou, se conhecida, a impossibilidade da apresentação, no processo rescindendo. Não o fazendo, de futuro, a ação rescisória não será admitida. (SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. *Ação rescisória*, cit.).

havia sido juntado no processo de origem e apenas não foi apreciado ou não foi adequadamente valorado, tal situação afasta a possibilidade de deferimento da tutela de urgência. No juízo estreito de deliberação da tutela antecipada na ação rescisória, não se colherá a necessária probabilidade do direito invocado.¹⁵¹ E mais, não estará presente na hipótese os requisitos a ensejar a tutela antecipada, então, pelo contrário, a prova milita contra o deferimento dela.

2.7.4 Indeferimento da tutela antecipada ante a vedação de objetivação na simples rediscussão da causa ou com base em nova interpretação do decidido

Outra conclusão da qual não se pode arredar é que não se concede a antecipação da tutela na ação rescisória quando o autor pretender a simples rediscussão do julgado rescindendo, isso porque, por evidente, não haverá probabilidade do direito. O mesmo ocorre quando a apontada violação manifesta à norma jurídica ou erro de fato no julgado rescindendo nada mais revela do que a rediscussão das questões de direito já enfrentadas anteriormente. Esse tipo de “manobra” jurídica para forçar o cabimento da ação rescisória em dada situação, eventualmente tensionada pela parte autora, contribui para evidenciar, ao contrário, falha no enquadramento da ação rescisória, uma vez que não há preenchimento de nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 966 do CPC, mostrando, desde logo, incabível o pleito rescisório proposto nesses moldes.¹⁵²

151 TJDFT – Decisão Monocrática na Ação Rescisória 2012.00.2.001759-3, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 05.03.2012.

152 “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC/2015. BENEFICIÁRIA DE PENSÃO POR MORTE. AÇÃO REVISIONAL DA APOSENTADORIA DO INSTITUIDOR COM BASE NO ART. 145 DA LEI 8.213/1991. SENTENÇA ORIGINÁRIA QUE RECONHECEU A DECADÊNCIA. ART. 103 DA LEI 8.213/1991. RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA. CORREÇÃO DE EVENTUAL INJUSTIÇA DO JULGADO. DESCABIMENTO. [...] 2. A Ação Rescisória é medida excepcional, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/1973 (art. 966 do CPC/2015), em virtude da proteção constitucional à coisa julgada e do princípio da segurança jurídica. 3. No que se refere à alegação de violação literal a dispositivo de lei (art. 966, V, do CPC/2015), reforço que a orientação do STJ é de que tal ofensa deve ser “direta, evidente, que ressaí da análise do aresto rescindendo” e “se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a Ação Rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se um mero ‘recurso’ com prazo de ‘interposição’ de dois anos”. (AgInt nos EDcl na AR 6.230/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 04.06.2021). 4. Assim, o cabimento da Ação Rescisória, com fundamento do art. 966, V, do CPC/2015, exige que a decisão rescindenda emita pronunciamento exegético quanto à norma tida como violada, de forma a conferir-lhe interpretação teratológica, aberrante, detectável primo ictu oculi, sem o que não se

Não se pode, por via transversa, pretender o rejuízo da matéria. Ação rescisória não é recurso.

Assim, note-se que igualmente a ação rescisória não serve para abrir nova sede para simples produção de provas. Vale dizer, se o autor, na ação própria, não tenha se desincumbido de comprovar suas alegações, venha a perder a demanda, nem por isso poderá utilizar da demanda rescisória para reabrir o momento probatório. Ainda, a decisão de mérito fundamentada na regular distribuição da carga dinâmica das provas (ônus da prova – art. 6º do CDC; art. 373, I e II, do CPC) não dá ensejo à ação rescisória para simples reexame da prova produzida nos autos originários. Logicamente, também será, nesses casos, indeferida a tutela antecipada, seja no juízo rescindente ou mesmo no rescisório.

A esse último aspecto, frise-se, o pedido de tutela antecipada pode se deslocar isoladamente para o juízo rescisório. Naturalmente, a tutela antecipada nesses casos não é vedada, mas é mais difícil a sua concessão do que se fosse pretendida na linha do juízo rescindente.

Imagine-se um caso em que a sentença rescindenda negou aposentadoria na demanda que visava reconhecer a ampliação da comprovação do tempo de serviço com base em período *sub judice*, posterior à aprovação no concurso, mas anterior à posse no cargo. Por sua vez, a tutela antecipada na ação rescisória (fundada, por exemplo, na violação literal de disposição de lei ou erro de fato) pretende a própria aposentadoria, com pagamento do benefício. Nitidamente a tutela antecipada referida extrapola os limites do juízo rescindente e passa a dar ênfase à pretensão dos efeitos do juízo rescisório. No caso aventado, o juízo monocrático deverá enfrentar a possibilidade de rejuízo da causa, e a tutela antecipada deverá ser deferida ou indeferida ante a análise meritória. É que a Constituição Federal proíbe levar em conta qualquer tempo fictício para aposentadoria, sobre o direito constitucional vigente não se pode opor a tese do direito adquirido sobre legislação não recepcionada e, ainda, incide a mera reanálise do mérito já julgado, o que afasta o cabimento da ação rescisória.¹⁵³

poderá falar em “violação literal de disposição de lei”, o que não se constata no caso presente. [...] 8. Ainda que a parte autora entenda que o decisum rescindendo não tenha dado a melhor solução ao caso, a Ação Rescisória não é o meio adequado para corrigir suposta injustiça da decisão, apreciar má interpretação dos fatos, reexaminar as provas produzidas ou complementá-las. Além disso, tampouco pode ser usada como sucedâneo recursal devido ao seu caráter excepcional. 9. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp n. 2.108.444/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 19.08.2024, DJe 22.08.2024).

153 Nesse sentido, vejamos um exemplo prático: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V DO CPC. APOSENTADORIA ESPECIAL. ARREDONDAMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. FATO SUPERVENIENTE AO JULGAMENTO EM SEDE

Não é possível, ainda, em ação rescisória, sob o fundamento de violação a literal disposição de lei, se pretender que seja dada nova interpretação ao que decidido. A ação rescisória não é via adequada para se buscar interpretação mais favorável da norma jurídica aplicável, porque esse desiderato é reconhecido aos recursos regularmente cabíveis dentro do processo.¹⁵⁴

Igualmente, em um julgamento rescindendo com base em confissão, ratificada a confissão na ação rescisória, não haverá cabimento do pleito rescisório por violação literal de lei, tampouco tutela antecipada.¹⁵⁵

RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. APLICAÇÃO DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PREVIDENCIÁRIO E DA TEORIA DO ACERTAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE PROTEÇÃO SOCIAL.VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA AFASTADA. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. 1 – A viabilidade da ação rescisória fundada no art. 966, V do Código de Processo Civil decorre da não aplicação de uma determinada norma jurídica ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária. 2 – Afigura-se inviável o acolhimento da pretensão rescindente fundada no art. 966, V do Código de Processo Civil, em razão da incidência do óbice da Súmula n. 343 do C. STF, com o enunciado seguinte: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. 3 – Verificado da fundamentação deduzida no v.acórdão rescindendo que o entendimento nele adotado se alinhou à orientação consagrada em precedentes jurisprudenciais desta Corte, admitindo o arredondamento do tempo de serviço com base nos princípios da razoabilidade e da maior proteção social. 6 – Inviabilidade do pleito rescisório fundado na violação manifesta de norma jurídica, ante a dissonância da jurisprudência acerca do entendimento adotado pelo julgado rescindendo acerca do arredondamento do tempo de serviço, mostrando-se ainda o proceder adotado em conformidade com a teoria do acertamento da relação jurídica de proteção social e com as garantias do devido processo legal previdenciário ao admitir a julgamento o fato superveniente. 7 – Ação rescisória improcedente. (TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR – Ação Rescisória – 5006917-95.2018.4.03.0000, Rel. Des. Federal Paulo Sergio Domingues, julgado em 19.02.2021, *DJEN* 23.02.2021).

154 “PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO QUE INDEFERIU A INICIAL, EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO NÃO CARACTERIZADO. USO DA AÇÃO DESCONSTITUTIVA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I – A decisão rescindenda limitou-se a indeferir a petição inicial, não havendo juízo de valor acerca das teses apresentadas na presente rescisória que, em verdade, busca desconstituir a decisão exarada no AREsp 707.330/RS, transitada em julgado em 25.11.2015. II – Conquanto não seja exigido o requisito do prequestionamento em sede de ação rescisória, é necessário que a questão objeto da controvérsia tenha sido expressamente analisada, sob pena de sua utilização como sucedâneo recursal. Precedentes. IV – Agravo Interno improvido. (AgInt na AR n. 7.637/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 15.10.2024, *DJe* 21.10.2024).

155 Se a própria parte admite situação contrária a suas pretensões, é desnecessária a impugnação do *ex adverso*. Nesse sentido: “AÇÃO RESCISÓRIA. CONFISSÃO FICTA. SÚMULA 404 DO TST. A teor da Súmula 404 do c. TST, “o art. 485, VIII, do CPC de 1973, ao tratar do fundamento para invalidar a confissão como hipótese de rescindibilidade da decisão judicial, referia-se à confissão real, fruto de erro, dolo ou coação, e não à confissão ficta resultante de revelia”. (TRT da 17ª Região; Processo:

Na verdade, sempre que aparecer a vontade nítida do autor na simples re-discussão da demanda, sem um legítimo fundamento realmente rescisório, deverá ser indeferida a tutela antecipada. O pedido rescisório, ao menos em tese, deve estar fulcrado em uma das hipóteses do art. 966, do CPC. No caso de violação manifesta à norma jurídica,¹⁵⁶ será indeferida a tutela antecipada se resultar da decisão rescindenda uma subsunção possível, mormente quando amparada por precedente de nossos Tribunais. Também quando a rescisória for fundamentada em erro de fato, em se tratando de decisão rescindenda fulcrada em evidente prova dos autos,¹⁵⁷ deverá ser indeferida a tutela antecipada.¹⁵⁸

0000321-80.2016.5.17.0000; Data de assinatura: 18.11.2016; Órgão Julgador: OJ de Análise de Recurso – Pleno; Rel.(a): Jose Luiz Serafini).

156 Ação rescisória com fundamento em manifesta violação de norma jurídica (art. 966, V do CPC). Direito administrativo. [...] Tese repetitiva superveniente. Acórdão rescindendo proferido antes da admissão do IRDR, quando era notória a divergência jurisprudencial acerca da interpretação da legislação municipal, justificando a própria admissão posterior, e julgamento positivo, do referido incidente. Ausência de consenso, à época do julgado, que demonstra a falta do caráter notório e manifesto da violação da norma jurídica. Incidência da Súmula 343 do STF: “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”. 1. A ação rescisória fundada em manifesta violação de norma jurídica pressupõe que a decisão impugnada se mostre deliberadamente contrária ao ordenamento jurídico, extrapolando os limites da interpretação. 2. Segundo orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça, “a desconstituição da coisa julgada por violação manifesta de norma jurídica pressupõe que a decisão rescindenda contenha motivação manifestamente contrária às normas, princípios e regras que orientam o ordenamento jurídico, sendo inadequada a ação rescisória para o simples fim de rever decissum respaldado em interpretação razoável” (trecho do acórdão proferido no julgamento do AgInt na AR 6.228/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 27.11.2019, DJe 19.12.2019). 3. Precedentes da Primeira e da Segunda Seção do STJ no sentido de que “não cabe ação rescisória para a alteração de julgados com fundamento em posterior consolidação jurisprudencial da matéria em sentido diverso, mesmo que resultante de julgamento realizado sob o rito de resolução de recursos repetitivos ou no controle difuso de constitucionalidade”. (AgInt nos EREsp n. 1.717.140/RS e AR 5.178/RN). 4. Improcedência do pedido rescisório. (0080556-23.2019.8.19.0000 – Ação Rescisória. Des(a). Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, julgado em: 09.12.2021, Seção Cível).

158 “Cabe rescisão sempre que a decisão não se conformar com o espírito da lei, com seu propósito. Theotonio Negrão alude a acórdão publicado em RSTJ 27:247, que trata do problema, dando-lhe solução adequada: ‘O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio norma legal escrita), tenha violado seu sentido, seu propósito: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar.’ (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 186). Corresponde ao art. 485, V do CPC/73 o art. 966, V do CPC/2015.

158 A doutrina assenta, *in verbis*: “(...) a causa de rescindibilidade reclama ‘violação’ à lei; por isso, ‘interpretar’ não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência

2.7.5 Conclusão parcial

A coisa julgada goza de proteção constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF), e sendo regra geral a imediatidade dos efeitos do julgado transitado em julgado, o deferimento da tutela antecipada requer recair no caso a excepcionalidade ensejadora da concessão do provimento liminar requerido, prevista pelo art. 969, do CPC. Em cognição sumária, a presença do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo a respaldar a pretensão de urgência posta na inicial deve ser evidente.¹⁵⁹

Mesmo que não seja um critério seguro, é forte o indício de ausência do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, e, de outro lado, a decisão rescisória já está sendo executada, mormente quando o respectivo autor distribui a ação apenas às vésperas de vencer o prazo decadencial bienal para propositura da rescisória. À míngua da demonstração da caracterização do receio de dano irreparável ou de difícil reparação (ou com base na fungibilidade, ausente o *periculum in mora*), ou seja, na falta da demonstração da imprescindibilidade da medida para evitar um dano maior, a tutela antecipada na ação rescisória deve ser indeferida.

2.8 DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA, MODALIDADES: PUNITIVA, EVIDENTE E ASSECURATÓRIA E SEUS REFLEXOS NO JUÍZO RESCINDENTE E RESCISÓRIO

Superados os pressupostos gerais inerentes a toda tutela provisória de urgência (probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco, ao resultado útil do processo, reversibilidade da medida – art. 300 e § 3º do art. 298 – e imprescindibilidade da medida – art. 969, todos do CPC), quanto à análise dos pressupostos específicos da ação rescisória, é possível estabelecer uma classificação das

dência, a enunciação do CPC de 1939, no seu artigo 800, *caput*: ‘A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória’. Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC, seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar. Aliás, devemos ter sempre presente o texto da Súmula n. 343 do STF: ‘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’. *A contrario sensu*, se a decisão rescindenda isoladamente acolhe pela vez primeira tese inusitada, sugere-se a violação”. (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 849). Corresponde ao art. 485, V do CPC/73 o art. 966, V do CPC/2015.

160 “La esencial instrumentalidad de las tutelas permite distinguir netamente aquellas medidas de los eventuales resultados de al llamada tutela jurisdiccional sumaria.” (SANTOS, Andrés de la Oliva; GIMÉNEZ, Ignacio Diez-Picazo; TORRES, Jaime Vegas. *Curso de derecho procesal civil I*, p. 185).

modalidades de tutela provisória. Assim, segundo a relação de causa e efeito (ou fato-origem e a respectiva produção de resultados), admite-se a classificação da tutela em três categorias, quais sejam: a) punitiva; b) evidente; e c) assecuratória.

Note-se que cada qual revela uma atuação preponderante nos juízos *rescindens* e *rescisorium*. Vejamos a particularidade de cada um.

2.8.1 (In)aplicabilidade da tutela antecipada punitiva (inciso II do art. 273 CPC/73) – tutela de evidência – art. 311 CPC/2015 – na ação rescisória

A antecipação dos efeitos da tutela na ação rescisória no CPC de 1973 se condicionava à demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou do evidente abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, e, por fim, da reversibilidade dos fatos ou dos efeitos decorrentes da execução da medida. Não presente os requisitos, a decisão deveria ser de indeferimento.¹⁶⁰ Ainda assim, a hipótese de abuso de direito ou propósito protelatório do réu era residual.

Primeiramente, é de fácil constatação que o exemplo clássico da pretensão antecipatória nas ações rescisórias está na suspensão dos efeitos executórios do julgado rescindendo e, assim, nas ações rescisórias em geral, como regra, a tutela antecipada é assecuratória e não punitiva.¹⁶¹ Vale dizer, embasada na demonstração dos requisitos dos arts. 300 e 311, *caput* e incisos, do CPC.¹⁶² Assim, como regra

160 “Ausentes os requisitos legais, impõe-se o indeferimento da tutela de urgência”. (TJ-SC – AR: 2012.018116-3, Relator: Carlos Adilson Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, Data de Julgamento: 13/08/2013)

161 Com efeito, tratando-se de decisão liminar do exame de tutela antecipada, há de emergir inequívoca verossimilhança de plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a antecipação, o que implica juízo de certeza sobre os motivos em que se embasa o pedido, donde se conclui que qualquer dúvida a respeito das colocações expressas na exordial impõe o indeferimento da questionada antecipatória. Nesse sentido foi o seguinte indeferimento da tutela antecipada em ação rescisória: “EMENTA: AGRAVO INTERNO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU TUTELA PROVISÓRIA EM AÇÃO RESCISÓRIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – DECISÃO MANTIDA. Se no caso específico dos autos não foi demonstrada a presença dos requisitos legais para concessão da tutela provisória, seja de evidência, seja de urgência, a manutenção da decisão agravada de indeferimento é medida que se impõe. (TJMG – Agravo Interno Cv 1.0000.17.091418-8/001, Rel.(a): Des.(a) Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, julgado em 27.11.2018, publicação da súmula em 07.12.2018).

162 Nesse sentido, a antiga orientação do STJ, sobre o assunto, deve ser lida com as peculiaridades do caso: “Tutela antecipada: Requisitos. Deferimento Liminar. Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável, o abuso de

geral, a proposição do inciso II do art. 273 do CPC/73 (tutela antecipada com base em abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu) convertido na atualização legislativa em tutela de evidência (art. 311, inciso I, CPC/2015), não se alinha às hipóteses de aplicação na ação rescisória, porque a ampla maioria dos casos se confortará na hipótese de aplicação do art. 969, combinado com o art. 300 do CPC, na linha da suspensão da execução da decisão impugnada.¹⁶³

Em princípio, seria um contrassenso querer infirmar a coisa julgada, pura e simples. Não há que se falar em abuso de direito de defesa do réu da ação rescisória que, por sua vez, é o titular e principal beneficiário da decisão judicial a que se quer jogar a pecha de “viciada” para efeitos rescisórios. O direito evidente está em favor do vencedor na demanda e a rescisão em curso, via de regra, não deve produzir qualquer efeito. Assim, como regra, não pode a parte autora pretender a tutela provisória na ação rescisória fundada em direito evidenciável de plano, pois se trata de impugnação de sentença transitada em julgado. Não existiria direito evidente se se tratasse de ataque à coisa julgada material, ou seja, à decisão judicial transitada em julgado, que possui todos os predicados para seu cumprimento. Note-se que, tratando-se de ação rescisória, que serve à impugnação de sentença transitada em julgado, sempre haverá o pressuposto de que já houve um juízo sobre a matéria e que, ao que tudo indica, milita uma presunção de acerto do ato decisório rescindendo.

Bem por isso, como regra, fica afastada a hipótese de se fundamentar a tutela no abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, pois há presunção de legitimidade do conteúdo da sentença transitada em julgado.

direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, ademais da verificação da existência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso”. (REsp 131.853/SC, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma do STJ, DJU 08.02.1999, p. 276).

163 Como já frisado, a hipótese é de aplicação do art. 969 c/c 311 do CPC. Vide precedentes: “EMEN-TA AGRAVO INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. INDEFERIDA. COMPETÊNCIA. RELATOR. 1. Em regra, o ajuizamento de ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a hipótese de concessão de tutela provisória. 2. O pedido de concessão de tutela provisória de urgência ou evidência no âmbito da ação rescisória deve ser formulado diretamente ao Relator da demanda, com fundamento nos requisitos definidos pelos artigos 300 ou 311 do Código de Processo Civil, conforme o caso. 3. Revela-se inadequada a via do agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença para formulação de pedido de suspensão do feito em função do ajuizamento de ação rescisória, visto que dirigido a Órgão incompetente para conhecer do pleito, o qual deve ser formulado diretamente no procedimento rescisório. 4. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Acórdão 1069616, 0712593-58.2017.8.07.0000, Rel. Maria de Lourdes Abreu, 3ª Turma Cível, julgado em 23.01.2018, DJe 01.02.2018).

O ataque direto da decisão transitada em julgado não pode ser preparado via ação rescisória, há necessidade de se flagrar um vício rescisório (art. 966 do CPC) e somente por via oblíqua atingir o resultado da decisão rescindenda.

Essa conclusão tem motivos óbvios. O réu não poderá, em princípio, abusar do direito de defesa na ação rescisória, haja vista que naturalmente será o vencedor da ação originária e estará com o seu direito acobertado pela coisa julgada. Em geral, a contestação não poderá ser tida como ato protelatório, uma vez que traça argumentos alinhados com a decisão que se quer ver rescindida, no mais das vezes, os argumentos exigem dilação probatória. Nesse passo, é de se antever que o réu defenderá a manutenção do texto de uma sentença judicial e, com esse papel, fica afastada a caracterização da hipótese descrita no inciso I do art. 311 do CPC.

Por sua vez, o deferimento da tutela antecipada punitiva funciona como mecanismo para afastar manobras protelatórias indevidas. Tem a mesma raiz das penas de litigância de má-fé e da multa processual por ato da parte (arts. 79, 80, 1.026, § 2º, e 774, parágrafo único, todos do CPC). Como pressuposto da tutela provisória punitiva (e, ao mesmo tempo, uma pretensão tempestiva da jurisdição),¹⁶⁴ concebida com base no permissivo do inciso I do art. 311 do CPC, há que ficar “caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, por tais razões acima descritas, com esteio na inaplicabilidade prática para a maioria dos casos e também ante a própria característica *sui generis* da ação rescisória (depor contra uma decisão meritória transitada em julgado), em suma, a regra é pela negativa da aplicação da tutela provisória punitiva na ação rescisória. Mas haveria hipóteses de sua aplicação residual? A resposta se mostra positiva.

A casuística da aplicação da tutela provisória com base no abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu é de ocorrência excepcional na ação rescisória – aplicação do inciso I do art. 311 do CPC.

Nesse sentido, o pressuposto para concessão da tutela provisória em manifesto propósito protelatório ou abuso de direito pode restar configurado em simulação de doença com reflexos na citação, provocação de subtração dos autos para inviabilizar momentaneamente a instrução, alienação de bens em fraude à execução, dentre outros casos.¹⁶⁵ A princípio, deve restar delineado o *abuso do*

164 Desde logo abre-se um parêntese para observar, com referência à nomenclatura que, em verdade, aqui não há que se falar em uma punição propriamente dita, mas uma prestação tempestiva da jurisdição.

165 “Eis alguns exemplos de condutas que autorizam a concessão da tutela antecipada: a) reiterada retenção dos autos por tempo delongado; b) fornecimento de endereços inexactos a fim de embaraçar intimações; c) prestar informações erradas; d) embaraçar a produção de provas – pericial, testemunhal, inspeção judicial etc.; e) [pelo confronto de fundamentos de fatos ou de direito em outro processo

direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte,¹⁶⁶ pois o vício rescisório se revela de pronto suficiente diante dos documentos novos acostados, assegurando desde logo o provimento favorável ao autor da ação rescisória. É que o direito evidente pode se transmudar em tutela punitiva, então será recomendado o deferimento do pleito provisório com esse fundamento.¹⁶⁷

Um exemplo recorrente, fora dos casos de ação rescisória, revela-se quando as partes realizam acordo, tem-se finalizada a ação por sentença homologatória e, inconformada, uma das partes acaba interpondo apelação para anulação do acordo, tendo em vista uma coação moral evidentemente inexistente na espécie. Nesse caso, a tutela antecipada poderá ser concedida em sede recursal, para efeitos de assegurar o cumprimento do acordo, pois restará caracterizado o abuso no direito de defesa, e mais, caracterizado também estará o manifesto propósito de protelar a execução do acordo. Do mesmo modo, extraindo-se os conceitos ocorrentes na tutela recursal, ainda que fisicamente não esgotados os recursos, mas expirados os prazos, desde que não seja a sentença meramente homologatória, havendo decisão, haverá o trânsito em julgado e poderá ensejar ação rescisória. Ocorre que o acordo na ação primitiva põe fim à demanda havida entre as partes, não é de todo bom e nem totalmente ruim para qualquer das partes, pois envolve transações mútuas. Assim, o réu da ação rescisória, seja qual for o polo que ocupe na ação primitiva, sempre poderá alegar a legalidade do acordo firmado e da parcela decisória. E mais, se transposta tal casuística, o abuso estaria com o recorrente, então aqui o tal abuso estará com o autor da demanda rescisória e, por motivos óbvios, não há direito de tutela antecipada em favor do réu, que não

conexo e onde se estampa injustificada] (...) argumentação antagônica; f) invocar uma tese bisonha ou oposta à orientação dominante nos tribunais superiores; g) alienação de bens necessários à satisfação do demandante; h) repetir requerimento antes indeferido.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, 7. ed., v. 2, p. 512).

166 A defesa deve ser frágil, de modo que o seu exercício, ao dilatar a demora do processo, configure abuso. Note-se, aliás, que de lado o inciso I do art. 311 – que fala expressamente em abuso de direito de defesa –, os demais incisos deste artigo representam hipóteses em que o direito é evidente e a defesa de mérito deve ser frágil.” (MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*, 4. ed., 2021).

167 “O art. 489 do CPC – que visa, essencialmente, a preservar a garantia constitucional da imutabilidade da coisa julgada enquanto não rescindida a sentença – admite a concessão de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela em ação rescisória, mas somente se ‘imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei’. Ausente a plausibilidade do direito vindicado, bem como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, indefere-se a medida de urgência pleiteada.” (TJMG – Agravo Regimental-Cv 1.0000.12.064711-0/001, Rel. Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, julgamento em 01/08/2012, publicação em 17/08/2012). Corresponde ao art. 489 do CPC/73 o art. 969, do CPC/2015.

realiza pedido, apenas se defende. Em outras palavras, não se pode falar em manifesto propósito protelatório do autor ou abuso do direito do autor para conceder tutela provisória. Então, certamente, não se trata aqui de transposição do modelo recursal para a ação rescisória, pois ação rescisória não é recurso, é ação (movida com fundamento nos vícios rescisórios nas hipóteses do art. 966 do CPC) e como tal deve ser tratada.

Até aqui estamos confirmando a regra de que não cabe a aplicação do inciso I do art. 311 do CPC no âmbito da ação rescisória. Todavia, existem outros exemplos a proscrever essa regra. Assim, com outro enfoque, agora militando o direito em favor do autor da ação rescisória, analisemos o tema da corrupção judicial já reconhecida por sentença penal, também de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a questão do erro material como vício rescisório.

O caso concreto poderá excepcionar essa premissa, por exemplo, quando comprovada, desde logo, que a sentença rescindenda foi dada sob a égide de corrupção passiva do magistrado (art. 966, I, do CPC) já reconhecida por decisão penal condenatória, ainda que não transitada em julgado, mas contundente nesse sentido. Outro exemplo é a coisa julgada com base no argumento da coisa julgada considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com enquadramento e adequação no inciso V, do art. 966 do CPC. Outro caso de evidente aplicação é o do erro material que não fora oportunamente impugnado e, sobrevivendo o trânsito em julgado da sentença, flagrado tal erro material em vício rescisório, então aplicam-se analogamente as mesmas conclusões aqui produzidas.¹⁶⁸

168 Confira-se parte do voto condutor em que houve o reconhecimento da tutela antecipada, nestes moldes do reconhecimento do erro material: “com efeito, analisando acuradamente as razões e fundamentos trazidos no agravo regimental, verifico, em princípio, a presença dos requisitos autorizadores da antecipação pleiteada. Dessa feita, o fundamento da antecipação de tutela da ação rescisória está devidamente pormenorizado no tocante a eventual ofensa a literal disposição de lei, principalmente, pelo argumento de que existe erro (art. 485, inc. IX, do CPC) no tocante a apreciação das provas que dão conta do cuidado do autor com seus funcionários fato que, caso seja realmente confirmado, pode, consequentemente, eximi-lo da culpa pelo acidente de trabalho ocorrido com a ré Lorelei Maria Klein, o que perfaz a prova inequívoca, bem como a verossimilhança das alegações. Por sua vez, o andamento da execução de parcelas referente a indenização confirmada por aresto frise-se, objeto de ação rescisória pendente de julgamento, configura o fundado receio de dano irreparável, qual seja, o pagamento indevido de indenização por danos a que não deu causa (art. 273, inc. I, do CPC). Nesse ínterim, é imprescindível a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, pois conforme se verifica dos autos (fls. 166 a 197), a agravada requereu por diversas vezes em primeiro grau, o depósito de valores referentes à execução, os quais foram determinados pelo juízo “a quo”, causando situação de insegurança e possível dano de difícil reparação, caso o título executado seja rescindido na demanda rescisória. Assim, evidente no presente caso a existência da prova inequívoca – a execução da sentença objeto da ação rescisória –, perfeitamente plausível diante da verossimilhança das alegações sobre o fundado receio de dano irrepara-

Assim, numa ação em que houve a improcedência da ação ante o reconhecimento da prescrição ou da decadência, mas que haja contagem de prazo errôneo, o vício material pode configurar um direito evidenciável de plano e, por conseguinte, autorizar, uma vez presentes os requisitos, uma decisão de suspensão dos efeitos executórios da sentença rescindenda com base nesse fundamento.

A tutela antecipada com base no direito evidente está garantida no sistema.¹⁶⁹ O direito evidente pode ter reflexos na abusividade da defesa e no manifesto propósito protelatório do réu e, se assim enquadrado, nada obsta a concessão da tutela de evidência com esse fundamento. O direito evidenciável de plano salta aos olhos a partir da própria análise dos autos e nada impede que, diante da qualidade da prova, se verifique a abusividade do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, e assim, seja deferida a tutela nesses fundamentos.¹⁷⁰

Outro caso, fora do âmbito do processo civil, em se tratando de processo tributário, pode incidir o inciso V do art. 151 do CTN, que é específico na

rável ou de difícil reparação, o qual o prosseguimento do processo executacional poderá causar ao recorrente. Posto isso, voto no sentido de dar provimento ao agravo para suspender a execução.” (TJ-SC – Trecho do voto condutor no AGR: 1428 SC 2004.000142-8, Relator: Carlos Prudêncio, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 30/10/2009). Corresponde ao art. 485, IX do CPC/73 o art. 966, VIII do CPC/2015. Corresponde ao art. 273, I do CPC/73 o art. 311, II do CPC/2015.

169 Teori Albino Zavascki, fazendo um paralelo com o mandado de segurança, lecionando sobre esses pressupostos positivos da antecipação de tutela, discorreu: “atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. Sob este aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 75-76).

170 “AGRAVO INTERNO CONTRA DEFERIMENTO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA EM AÇÃO RESCISÓRIA E EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DE DESOCUPAÇÃO DA ÁREA EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS CAPAZES DE MODIFICAR O *DECISUM* – ARTIGO 1.021, § 1º, DO CPC/15 – RECURSO DESPROVIDO. Se a parte agravante se limitou a rediscutir o mesmo conteúdo objeto da decisão proferida na ação rescisória que deferiu a tutela de evidência para suspender o cumprimento de desocupação da área em ação reivindicatória, sem trazer elementos novos capazes de modificar os *decisum*, não restou cumprido o disposto no art. 1.021, § 1º, do CPC/15, razão pela qual o agravo interno deve ser desprovido.” (NU 1012756-80.2019.8.11.0000, Primeira Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Marilsen Andrade Addario, 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Julgado em 04.03.2021, DJE 15.03.2021).

admissão de antecipação de tutela ou liminares para suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Esse dispositivo possui uma amplitude maior do que o visto no CPC, em face da característica do título executivo tributário – a certidão da dívida ativa – que se origina em ato administrativo, podendo, inclusive, ensejar liminar em mandado de segurança, uma vez presente a autoridade coatora. Naturalmente, o dispositivo poderá ser utilizado também na ação rescisória, visando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário reflexamente, quando, por exemplo, atacar sentença transitada em julgado oriunda de embargos do devedor julgado improcedente.¹⁷¹

Outrossim, no que toca as obrigações de dar, fazer ou não fazer, saliente-se que podem ser aplicados os arts. 497 e 498, do CPC, excepcionalmente, apenas quanto à antecipação dos efeitos da tutela no juízo rescisório, quando comportar a tutela inibitória. Frise-se, não há tutela antecipada inibitória no pedido *rescindens*, somente no pedido *rescisorium*, quando envolver o rejuízo da causa.

Nestes casos aparecem a excepcionalidade de que estamos tratando, a comportar a aplicação da tutela de evidência com base no abuso de direito em favor do autor da ação rescisória. Isso se afigura plenamente factível, uma vez que o eixo da defesa se desloca para um fato novo apresentado na exordial rescisória e esse fato novo acaba por infirmar a sentença rescindenda de maneira incontestável. E mais, a citação e oportunização da contestação poderá configurar nada mais que apenas uma formalidade para validade da futura decisão de procedência rescisória, que é quase certa, pois os fatos a ensejar tal procedência já estarão presentes nos autos, como critério objetivo de julgamento e, assim, o abuso de defesa e o manifesto propósito protelatório emerge com força. Por tais fundamentos, a ação rescisória assim proposta já se revela quase que procedente de plano.

É que, aliado à novidade, uma vez posto o fundamento pela primeira vez à apreciação do Poder Judiciário, tal vício rescisório é tão grave que, afrontando obliquamente o direito descrito na sentença rescindenda, não há outra conclusão senão reconhecer que a defesa meramente elogiosa da decisão rescindenda soará como sofisma e fortalecerá ainda mais a procedência da ação rescisória.

Portanto, a regra da inaplicabilidade da tutela provisória punitiva (inciso I do art. 311) na ação rescisória pode ser infirmada pelo direito evidente, posto que a incontrovérsia não se estabelece no plano do comportamento processual entre as partes, mas da contundência dos argumentos rescisórios, caracterizando, a toda

171 ALVIM, Eduardo Arruda. As tutelas de urgência e o Poder Público – Algumas considerações sobre a LC 104/2001. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 42, 2002. p. 163.

prova, o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e ensejando, residualmente, hipótese de tutela antecipada punitiva na ação rescisória.

2.8.1.1 *Fungibilidade entre as medidas e quanto aos pressupostos*

O magistrado poderá reconhecer a cautelar antecedente ou a tutela antecipada antecedente, pois a fungibilidade, atua nos dois sentidos, havendo casos em que o enquadramento é mais uma técnica interpretativa, mais uma visão ou enfoque que se dá ao caso concreto, do que um problema de enquadramento da teoria. Há casos em que é difícil mensurar a distinção.¹⁷²

Além disso, poderia se aventar na ação rescisória que a fungibilidade da tutela antecipada somente ocorreria com a cautelar.¹⁷³ Porém, verifica-se que, se for ajuizada uma cautelar antecedente à ação rescisória,¹⁷⁴ a forma é cautelar, mas, se o juiz visualizar os requisitos da tutela antecipada, nada impede que seja deferida. Não obstante, o autor deverá atentar-se que se manterá a indicação do pedido principal a ser apresentado em 15 dias no caso da tutela antecipada antecedente (art. 303, § 1º, inciso I do CPC) ou 30 dias no caso da tutela cautelar antecedente (art. 308 do CPC). No caso, a ação principal será a própria ação rescisória e, não sendo proposta no trintídio decadencial, a medida de urgência perde sua força (art. 309 do CPC). Isso porque formalmente trata-se de tutela cautelar antecedente, e a aplicação da fungibilidade é critério de julgamento afeito ao ato do magistrado, o que significa dizer, então, que o autor não necessitará emendar a inicial¹⁷⁵ ou realizar qualquer outra providência, podendo o juiz realizar o reconhecimento do direito à antecipação dos efeitos do pedido. A prudência na determinação da emenda da inicial apenas é recomendável no caso em que houver, ante a narrativa parcial, ausência dos requisitos necessários para o magistrado analisar o pedido a que se deseja a antecipação de tutela.

172 “Com efeito, a antecipação de tutela, nesse caso, irá resguardar o autor da rescisória dos riscos de dano irreparável.” (ALVIM, Eduardo Arruda; Alvim, Angélica Arruda. A ação rescisória e a suspensão da efetivação do julgado rescindendo, à luz da Lei 11.280/2006, p. 998).

173 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p. 368.

174 Reafirmamos que “admitimos a possibilidade de ação cautelar genérica, sustantiva da execução e conexa à rescisória”. (LACERDA, Galeno. Ação rescisória e a suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo, p. 38).

175 Em sentido parcialmente contrário: “Certamente, em tais casos, haverá de ser determinada a emenda da petição inicial, mas, se preciso, entendemos que o juiz pode conceder antecipação de tutela antes mesmo da emenda, afinal, a inicial da cautelar, no mínimo, já deverá conter a indicação da lide e seu fundamento”. (ALVIM, Eduardo Arruda; Alvim, Angélica Arruda. A ação rescisória e a suspensão da efetivação do julgado rescindendo, à luz da Lei 11.280/2006, p. 1003).

A nomenclatura não será óbice para o deferimento ou indeferimento da medida de urgência. Tão pouco a forma de se veicular o pedido. Nesse quadro, a tutela antecipada na ação rescisória, como em qualquer outro processo, pode ser reconhecida nos próprios autos principais, mas nada impede que seja reconhecida em caráter antecedente, aguardando a apresentação do pedido principal rescisório. Em verdade, a aplicação do princípio da fungibilidade contempla a superação da forma para privilegiar o direito material. Trata-se da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. O parágrafo único do art. 305 do CPC é perfeitamente aplicável às tutelas provisórias, antecedentes à ação rescisória, uma vez que tem esta como referibilidade da lide principal. Ainda, tal aplicação não está adstrita ao poder geral de cautela (art. 297 do CPC), podendo ser veiculado o pedido de antecipação próprio das ações rescisória em medida cautelar, conforme o caso.

A interpretação sistêmica com o dispositivo constitucional do art. 5º, inciso XXXV (acesso efetivo à justiça, o que inclui a resposta obrigatória aos pleitos levados ao Estado-juiz) remove uma primeira impressão que poderia ocorrer a partir da sua leitura literal. As vias processuais são fungíveis, isto é, autoriza-se substituir um pelo outro e o outro por um, vice-versa, como via de mão dupla¹⁷⁶ inserta na regra do parágrafo único do art. 305 do CPC.¹⁷⁷ Presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, tanto faz, o indeferimento da medida de urgência requerida na forma antecipatória seria uma forma de negativa da prestação jurisdicional. A tutela antecipada na ação rescisória, nesses casos, deve ser deferida.¹⁷⁸

2.8.1.2 *Generalidades dos atos abusivos e protelatórios*

Igualmente, presentes os pressupostos da probabilidade do direito e, em regra, da reversibilidade da medida, caso se trate de antecipação punitiva, então alternativamente apresentam-se os pressupostos do “abuso de direito de defesa” e do “manifesto propósito protelatório do demandado”, tal como previsto no art. 311, inciso I, do CPC.

Os atos de abuso de direito e aqueles que revelem o manifesto propósito protelatório, constituindo conceitos indeterminados, preenchidos pelo julgador diante do caso e da hipótese de subsunção, em verdade, podem ser causados

176 O pedido de antecipação de tutela pode e deve ser reconhecido na ação rescisória, sempre que presentes os pressupostos, “como pedido de natureza cautelar, forte no princípio da fungibilidade das medidas de urgência”. (AgRg na AR 3.119/MG, 1ª Seção, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 22.09.2004, DJ 08.11.2004).

177 BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 126.

178 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

tanto pelo autor como pelo réu, razão pela qual se admite, sob esse fundamento, tutela provisória favorável ao réu e contrária às pretensões do autor.

Observe-se ainda que a tutela provisória deferida com base em atos de abuso de direito ou de manifesto propósito protelatório possui, *interna corporis*, o risco social em sua impunidade e consequente proliferação e, bem assim, prescinde da demonstração de risco de dano.

O processo deve fluir sem embaraços. Assim, em regra, tanto no ato abusivo como no protelatório, haverá de ocorrer o traço comum da caracterização de empecilho à continuidade natural do processo, assinalando-se o prejuízo processual.¹⁷⁹ Não obstante tais pontos comuns, o abuso e a protelação são termos distintos, para efeitos da aplicação da tutela de evidência.¹⁸⁰ Note-se que, particularmente, no abuso do direito de defesa, o embaraço ou empecilho processual poderá se caracterizar conceitualmente, a partir da lesão ao interesse público ou infringência ao dever de lealdade processual inerente à própria ideia do abuso. Já no caso de atos protelatórios, é critério objetivo, vinculado sempre à comprovação do prejuízo.¹⁸¹ Em conclusão parcial, verifica-se que, pela própria definição aqui trabalhada, sendo a tutela antecipada na ação rescisória eminentemente assecuratória do direito ou de evidência, vida de regra, não se pode falar em tutela provisória punitiva, salvo quando surpreendida a tutela provisória de evidência e o intérprete, diante da gravidade dos argumentos, puder enquadrá-la na tutela provisória punitiva. Essa aplicação, frise-se, é residual.

2.8.1.3 Abuso de direito de defesa

Na tutela punitiva, mostra-se como pressuposto alternativo o abuso¹⁸² de direito de defesa (art. 311, I, do CPC), que se configura em ato endoprocessual (praticado dentro do processo), com objetivo de se contrapor aos termos fáticos da inicial e seus desdobramentos jurídicos (portanto, limitada ao réu), mas que infirma a lisura, lealdade e boa-fé processual.¹⁸³

179 “Em qualquer hipótese, a antecipação da tutela só se justificará se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, 7. ed., p. 81).

180 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 43, 2006, n. 43, p. 27.

181 LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 127.

182 Sobre a definição de abuso, *vide*: GONÇALVES, Pedro Correia. Do abuso de confiança: em busca dos seus elementos constitutivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 50, 1/2, p. 443-476, jan./dez. 2009. p. 445.

183 GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 37, n. 206, p. 123-134, abr. 2012. p. 134.

O termo *defesa* deve ser lido em sentido amplo, abrangendo as modalidades de defesa (contestação, exceções, reconvenção), bem como demais manifestações (especificação de provas, juntadas, réplica).

Logicamente, na ação rescisória há espaço para a defesa, pois é propiciada a oportunidade de contestação. Então, por que não haveria de se falar em abuso do direito de defesa? Justamente porque a ação rescisória visa impugnar uma decisão judicial transitada materialmente em julgado, com presunção de correção. Assim, em regra, não será abusiva a defesa do acerto da decisão rescindenda.¹⁸⁴ Via de regra, a defesa pífia gera a tutela de evidência, ou seja, o direito incontroverso, não o abuso do direito de defesa.

Em última análise, da vedação ao abuso do direito de defesa e, de outra parte, da sua ocorrência indevida, se extrai a tutela punitiva, decorrente da aplicação do velho brocardo *dum pendet rendet* (enquanto pende rende). Ora, proposta a ação rescisória, enquanto pende nada rende para o autor, pois, via de regra, somente surtirá efeitos após a decisão final. Igualmente, e mais importante, nada influencia o direito do réu, que é, em tese, o ganhador da ação em que se profereu a decisão rescindenda e, muito provavelmente, estará executando a decisão originária. Poderia se dizer que a não apresentação da defesa do réu é que seria um abuso, perdendo a chance de fazer coro com o acerto da decisão rescindenda, mas nem isso é verdade, pois a revelia na ação rescisória, como já visto, não opera efeitos automáticos.

Assim, normalmente se colhe como exemplos de abuso processual os excessos em contestação, exceções infundadas (com propósito de apenas obter a suspensão do processo), interposição de recurso desprovido de fundamentos em consonância com a causa (apenas com vinco protelatório) e o protesto por prova testemunhal, sabendo-se que desnecessária. Ainda, abusar da defesa encampa a reiteração de pedidos anteriormente rejeitados ou indeferidos, a apresentação de tese que contraria a lei, o procedimento temerário no processo, e também a utilização genérica ou excessiva de artifícios para protelação processual quando nitidamente o cumprimento da decisão traria à parte lesante resultados desfavoráveis.¹⁸⁵ Naturalmente, nada disso tem efeito em face do objeto em estudo, a ação rescisória. O abuso de direito de defesa está vincado no art. 80 do CPC e é fundamento suficiente, em geral, para autorizar o deferimento da tutela antecipada,

184 O abuso de direito, com cláusula geral no Código Civil, art. 187, possui autonomia com relação ao direito subjetivo e, em verdade, resume-se ao “exercício inadmissível de posições jurídicas”. (LOPES, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 885, jul. 2009. p. 49).

185 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória, n. 43, p. 23.

ainda que não haja perigo de dano, e também a concomitante aplicação da multa processual e respectiva indenização, previstas no art. 84 do CPC.¹⁸⁶ Mas, pelos motivos já esposados, tal não há de ocorrer na ação rescisória.

Nesse particular, a parte que utilizar algum meio para dilatar o desfecho do processo rescisório deve indenizar, tal como ocorre em outros processos. A tutela provisória com suporte no abuso de direito de defesa é imperativo da efetividade processual, o perigo está na própria demora desmedida da demanda,¹⁸⁷ o que é repugnável pelo sistema positivado; porém, sendo a ação rescisória via de impugnação de decisão transitada em julgado, via de regra, não se poderá falar em abuso do direito de defesa. Não que não possa o réu juntar documento falso afirmando a convalidação de ato, por exemplo, para infirmar argumentos legítimos do autor da ação rescisória. Mas algo desse tipo se confundirá com o mérito, razão pela qual será inaplicável a tutela provisória de evidência *ab initio* com base no fundamento punitivo aqui debatido, pois a questão dependerá de provas.

2.8.1.4 *Manifesto propósito protelatório do demandado*

A tutela punitiva tem lugar mediante a presença do pressuposto alternativo do manifesto propósito protelatório do demandado (art. 311, I, do CPC). Mas qual o propósito protelatório que pode ter o réu na ação rescisória se a sentença rescindenda, via de regra, é executável desde logo, não sofrendo a incidência do curso do processo rescisório? E, mais, se o réu é quem ganhou a ação rescindenda e está na iminência de realizar a execução do julgado? Então, milita presunção

186 A formulação de incidentes chicaneiros merece apenação da parte infratora. Veja-se a esse respeito a seguinte ementa: “Incidente de inconstitucionalidade formal e material – Lei n. 8.429/92 – Inviabilidade – Discussão que se dará, necessariamente, na ação rescisória e que é objeto de ADIN junto ao STF, ainda não julgada e que negou liminar para suspender efeitos da lei, que está inteiramente em vigor – Resistência ao andamento da ação rescisória por parte do autor, que reiteradamente opõe incidentes injustificados que paralisam a demanda – Condenação do autor em litigância de má-fé. Incidente rejeitado, com aplicação de multa”. (TJSP – Arguição de Inconstitucionalidade 0831868-22.2007.8.26.0000 na Apelação Cível 722 711 5/3-03, Improbidade Administrativa, Rel. Des. José Habice, Comarca: São Roque, 3º Grupo de Direito Público, julgado em 29.03.2010, registro 09.04.2010).

187 Quanto aos pressupostos negativos para a antecipação da tutela, deve ser dito que o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação detém comparação com o “periculum in mora” ou risco de dano iminente do processo cautelar, refletindo-se na exposição a perigo do direito provável. Esse “perigo na demora da prestação jurisdicional” deve ser entendido no sentido de que é fundamental para que o processo realize, em concreto, os valores que lhe são impostos pela Constituição Federal que a tutela jurisdicional seja antecipada, antecipada no sentido de que tratei no item 2.6, isto é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais. É nesse sentido que o pressuposto deve ser entendido.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37 e 38).

de validade e executóriedade do decidido. Assim, o exercício do direito de defesa na ação rescisória não pode ser, pela própria natureza do pedido rescindendo (volta-se contra uma decisão transitada em julgado em favor do réu), tido como ato protelatório (há uma sentença judicial transitada em julgado que lhe é favorável e o autor quer revogá-la). Nesse sentir, igualmente se verifica a sua inaplicabilidade, via de regra, na ação rescisória.

O ato firmado em manifesto propósito protelatório é aquele ardiloso que depõe contra a celeridade natural e inerente ao processo. Portanto, quis o legislador outorgar instrumento eficaz para recolocar o processo em seu curso natural, com a produção de efeitos adequados ao seu tempo. É instrumento como uma borracha, capaz de apagar as marcas mais visíveis do ato protelatório, fazendo-o como se ele não houvesse ocorrido.

Nesse sentido, o processo que fora desviado de sua rota natural, por atos protelatórios do demandado, deve ser readequado para produzir, atempadamente, os efeitos no mundo dos fatos, tal como originariamente delineado.

Vale atinar que muitos réus acalentam propósito ou a intenção de protelar o processo; nem por isso se autorizará a tutela provisória. O plano das ideias (intenção, propósito), ainda que com atos visíveis, mas sem eficácia objetiva, nada tem a ver com pressuposto da tutela de evidência. Em verdade, é o retardamento efetivo do processo que merece a intervenção da tutela de evidência positiva. Frise-se, para a concessão da tutela de evidência, o propósito de protelação deve ser manifesto, ou seja, deve estar configurado, consumado.¹⁸⁸

Nessa linha, sempre quando eficaz a atuação do magistrado em conter a produção dos efeitos protelatórios, tornando-o ato meramente protelatório (mormente quando da aplicação dos arts. 77 a 81, 139, 370 e 774, todos do CPC), haverá o afastamento da aplicação da tutela de evidência, ou seja, não se concederá a tutela ante a ausência da própria protelação no plano da eficácia (o ato dito protelatório não atingiu o seu fim, não se consumou como protelatório de fato). Não havendo a própria protelação, não haverá processo a ser recolocado em curso normal, não haverá o que se tutelar com o fundamento aqui analisado, pois o processo já estará cursando sua trilha adequada, tal como originariamente concebido.

Contudo, a aplicação das sanções processuais não inibe a tutela de evidência, desde que configurada a protelação do processo, como critério objetivo. Pode-se cumular, no mesmo processo e sobre o mesmo suporte fático, os efeitos

188 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, 7. ed., v. 2, p. 510.

da tutela de evidência e da pena por litigância de má-fé. O *bis in idem* fático não pode ser confundido com o preceito do *non bis in idem* jurídico. O julgamento não pode incidir duplamente no mesmo pedido ou requerimento, mas de um fato pode se extrair requerimentos e pedidos plurais. Até mesmo a multa processual (*astreintes*, dos arts. 499 e 500, CPC)¹⁸⁹ pode ser cumulada, quando houver descumprimento da obrigação de fazer contida na efetivação da tutela antecipada.¹⁹⁰

189 EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO C/C CANCELAMENTO DE COBRANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A CARTÓRIO DE PROTESTO E A ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE IMEDIATA. POSSIBILIDADE APENAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. ASTREINTES. MEIO COERCITIVO ADEQUADO PARA GARANTIA DA EFETIVIDADE DA ORDEM JUDICIAL. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. I – O agravo de instrumento tem seu campo de cognição limitado ao contexto da decisão recorrida, não podendo ser analisadas questões que não foram objeto do decisum agravado, sob pena de supressão de instância. II – Tem-se que não há previsão legal que obrigue o julgador a expedir ofício ao cartório de protesto e aos órgãos de proteção ao crédito para determinar a suspensão dos protestos e eventuais inscrições indevidas, salvo se, dentro do seu poder geral de cautela, o magistrado vislumbre que a medida determinada ao réu não se mostre efetiva, o que, por ora, não é o caso dos autos. III – A providência somente é cabível quando a parte destinatária da ordem judicial, após regularmente intimada, deixa de cumpri-la, mostrando-se a expedição de ofícios como medida necessária para assegurar a efetividade da tutela de urgência anteriormente deferida. Assim, não cumprida a tutela de urgência outrora deferida, pode-se determinar a expedição de ofício ao cartório competente a fim de cancelar os protestos dos títulos em discussão. IV – As *astreintes*, previstas no art. 497 e art. 537 do Código de Processo Civil, constituem meio coercitivo destinado a compelir a parte ao cumprimento de ordem judicial de fazer ou não fazer. V ? Ademais, nem sempre é recomendável a substituição da multa pela expedição de ofício aos órgãos restritivos de crédito, pois o cumprimento da ordem de cancelamento da inscrição, além de ter caráter pedagógico, é ônus que deve ser suportado por quem agiu de modo indevido anteriormente. VI – No caso em tela, a ausência de fixação de multa diária pela decisão de primeiro grau compromete a eficácia prática da tutela provisória concedida, justificando-se a sua fixação como medida de garantia da efetividade da decisão judicial. VII – A fixação de multa diária é compatível com o objetivo da tutela específica de fazer ou não fazer, garantindo-se o resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação. VIII – *In casu*, necessária a estipulação de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), limitada ao montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser imposta em caso de descumprimento da ordem judicial já deferida na origem. (Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 5781866-67.2024.8.09.0152, Desembargador Luiz Eduardo de Sousa (Desembargador), 9ª Câmara Cível, Publicado em 15.11.2024).

190 AÇÃO COMINATÓRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REABILITAÇÃO DE ANÚNCIOS DA AGRAVADA NA PLATAFORMA “MERCADO LIVRE”) – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR – Decisão agravada rejeitou a impugnação apresentada pela ré, ora agravante – Inconformismo da ré – Não acolhimento – Possibilidade de execução provisória de multa cominatória, como forma de compelir a parte ao cumprimento da tutela de urgência – (art. 297, parágrafo único, c.c. art. 537, § 3º, CPC) – Cumprimento provisório da multa coercitiva que corre por conta e risco da autora, ora agravada (art. 520, I e II, CPC) – Decisão

A multa processual também, assim como a tutela provisória, não faz coisa julgada, podendo ser alterada no curso do processo.¹⁹¹

Ainda, mesmo nos casos de julgamento antecipado da lide (art. 335, I, do CPC) decorrente da desnecessidade de outras provas, subsistirá o interesse na antecipação da tutela, ante a sua natureza executiva que impõe celeridade na entrega do bem da vida tutelado, o que não é visto simplesmente da sentença, eis que ainda recorrível. O mesmo ocorre no acórdão que julga ação rescisória. Todavia, se julgado o mérito do feito sem a tutela antecipada, mas presentes os requisitos, haverá interesse do titular do direito, ainda que vencedor na demanda, de buscar a tutela antecipada recursal. Nesse sentido, deverá zelar pelo despacho de recebimento e para que a admissibilidade do recurso especial ou recurso extraordinário do vencido seja para atribuição de único efeito, autorizando-se a execução, ainda que provisória, da tutela definitiva conferida em sentença. Atribuído o duplo efeito em primeira instância, deverá agravar dessa decisão, buscando no tribunal a aplicação do efeito suspensivo ativo (tutela antecipada recursal). Essa apreciação será de competência do relator, por decisão monocrática irrecorrível, *ad referendum* do colegiado, quando do julgamento do recurso – art. 1.019, inciso I, do CPC.¹⁹²

mantida – RECURSO DESPROVIDO. AÇÃO COMINATÓRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR – A multa (astreinte) constitui medida coercitiva tendente a induzir a parte a, ela própria, atender ao comando judicial – Serve como fator desestimulante à recalcitrância e tem por objetivo conferir efetividade à tutela jurisdicional, podendo ser fixada até de ofício, cujo montante deve ser suficiente a inibir ou forçar a conduta da parte, evitando que se subtraia ao comando jurisdicional – Incumbe ao juiz prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, determinando todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, III e IV, CPC) – Na espécie, constata-se que a agravante descumpriu o comando judicial, a despeito da advertência do MM. Juízo “a quo” e da majoração do valor da multa – Dessa forma, o descumprimento do comando judicial enseja a incidência da multa coercitiva – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2262917-42.2020.8.26.0000; Rel. Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível – 1ª Vara Cível; julgado em 11.06.2021; registro: 11.06.2021).

191 “A imposição de multa cominatória diária não faz coisa julgada, podendo ser a qualquer momento alterada pelo juízo a fim de evitar enriquecimento sem causa (CPC, art. 461, § 6º e 273, § 4º). Precedentes. 2. Agravo a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no REsp 1.138.150/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 09.08.2011, *DJe* 22.08.2011).

192 Em sentido contrário: EMENTA: AGRAVO INTERNO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EFEITO SUSPENSIVO – REQUISITOS – AUSÊNCIA – PEDIDO INDEFERIDO. Ausentes os requisitos previstos no art. 995, parágrafo único, do CPC, deve ser mantida a decisão que indefere o efeito suspensivo em agravo de instrumento. (TJMG – Agravo Interno Cv 1.0000.23.101906-8/003,

A antecipação da tutela com pressuposto em ato protelatório é fenômeno de origem extraprocessual (fora do processo), produzido por comportamento do demandado no processo em que ministrado, mas os atos protelatórios visam inibir a eficácia pan-processual (dentro e fora do processo), protelando a formação da coisa julgada material, não se limitando à eficácia endoprocessual (somente dentro do processo), e, por isso, deve ser submetida, de ordinário, ao crivo do contraditório. Como já se disse, o propósito protelatório pode restar configurado em simulação de doença com reflexos na citação, provocação de subtração dos autos para inviabilizar o julgamento rápido, alienação de bens em fraude à execução,¹⁹³ mas o abuso do direito de defesa pode residir na prova inequívoca nos autos, no direito incontroverso, diante da tutela de evidência, que igualmente autoriza a tutela antecipada.

Insisto, nem mesmo se autoriza o contraditório diferido. Nesses casos, em regra, não haverá que se falar em tutela antecipada por liminar *inaudita altera parte* na espécie, pois não haverá uma urgência real que autorize superar o contraditório comum para a entrega do bem da vida. Note-se que a parte beneficiária poderá, minimamente, esperar, não o final do processo, mas a estabilização do ponto debatido (aquele ato imputado como de manifesto propósito protelatório do demandado), com a participação das partes, conferindo maior segurança à decisão de antecipação, se presentes os requisitos. Todavia, em que pesem dificuldades para se visualizar hipótese tendente a excepcionar essa conclusão, seria possível admitir-se a tutela antecipada sob manifesto propósito protelatório e sem o contraditório, desde que, por exemplo, esteja a matéria pacificada em jurisprudência de Corte Superior, como na declaração de inconstitucionalidade já aventada em linhas antecedentes. É, mais uma vez, o reforço da aplicação da tutela de evidência, que se transmuda na tutela punitiva.¹⁹⁴

Rel. Des. Octávio de Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, julgado em 07.11.2024, publicação da súmula em 13.11.2024). Nesse sentido, é também a doutrina: “A atuação isolada do integrante do tribunal submete-se a uma condicionante para que seja compatível com a Constituição. Terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada. As partes necessariamente terão de dispor de um instrumento que lhes permita levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado (...) Quando o regimento interno (ou a lei) pretender expressamente vedar o agravo contra tais decisões singularmente tomadas, tal disposição será írrita em face da Constituição”. (TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 181).

193 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, 7. ed., v. 2, p. 512.

194 MITIDIERO, Daniel Francisco. Tendências em matéria de tutela sumária, p. 51.

O que importa aqui é recolocar o processo em consonância com a relação tempo de processamento e produção de efeitos no mundo dos fatos. Trata-se de técnica apurada, que confere maior precisão, minimizando os efeitos nefastos de uma demora processual propositada e desmedida, mas que, salvo a ocorrência concomitante da tutela de evidência, configuram fundamentos que não se amoldam tecnicamente à ação rescisória.

2.8.2 O manifesto cabimento rescisório como probabilidade do direito para a tutela antecipada e sua relação com o *periculum in mora*

A probabilidade do direito vem do enquadramento dos fatos narrados na inicial em perfeita subsunção com ao menos uma das hipóteses do art. 966 do CPC. A urgência está justamente na demora do processamento da ação rescisória, gerando prejuízos ao autor que, por sua vez, sairá fatalmente vencedor. Não há problemas em o julgador visualizar a presença do *periculum in mora*, podendo proceder ao deferimento do pleito pelo reconhecimento do direito cautelar antecedente, ante a fungibilidade – art. 305, parágrafo único, do CPC.

2.8.2.1 Tutela antecipada na ação rescisória com base na nulidade do julgado rescindendo ante a não observância da cláusula de reserva de plenário

O dispositivo constitucional do art. 97 da Constituição Federal determina que somente pela deliberação da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial será possível aos tribunais declararem inconstitucional lei ou ato normativo emanado pelos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário. Trata-se da cláusula de reserva de plenário que, uma vez infringida, transitada em julgado a decisão de mérito, abre-se cabimento à ação rescisória que, no mais das vezes, tem resultado em procedência.¹⁹⁵

195 “Processual Civil e Tributário – Ação Rescisória – Cabimento – Violação do Art. 97 da CF/88: Súmula vinculante 10/STF – Súmula 343/STF: Inaplicabilidade – Cofins – Isenção concedida pela LC 70/91 – Revogação Pela Lei 9.430/96 – Recurso Especial – Descabimento. 1. A ação rescisória não se presta a rever regra técnica relacionada com a admissibilidade de recurso especial. 2. Violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF. 3. À época em que prolatado o aresto rescindendo, era controvertida a interpretação desta Corte em relação à legitimidade da revogação da isenção da COFINS. 4. Orientação firmada neste Tribunal no sentido de que a incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional. 5. O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária (Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não há de ser resolvido

Assim, ocorre a direta violação ao art. 97 da Constituição Federal quando o aresto rescindendo é proferido sem submissão da questão constitucional à reserva de plenário e resulta em declaração da inconstitucionalidade¹⁹⁶ ou, ainda que não declarada textualmente, mas acaba por afastar a aplicação de norma ou ato normativo cogente.¹⁹⁷ É o que determina a Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁸

A violação do art. 97 da Constituição Federal é matéria exclusivamente de direito, que se verifica diretamente da leitura dos autos. Não exige dilação probatória e quando fundamentar ação rescisória, via de regra, seguirá o deferimento da tutela antecipada. Ao contrário, como regra geral aplicada aos demais casos, não visualizada a procedência da ação, a tutela antecipada deve ser indeferida, autorizando-se, inclusive, nos casos de manifesta improcedência, a negativa de seguimento da ação rescisória.¹⁹⁹

em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF. 6. Ação rescisória julgada procedente.” (STJ – AR 3.761/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, julgado em 12.11.2008, *DJe* 01.12.2008).

196 Ementa: “Há frontal violação ao art. 97 da CF/88 quando o aresto rescindendo não submete à reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, limitando-se a afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF”. O voto condutor, dentre outros, destacou: “verifica-se que o acórdão rescindendo afastou a aplicação do art. 56 da Lei 9.430/96 tão somente sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Desta forma, o julgado incorreu em nítida ofensa ao art. 97 da CF/88, afastando a aplicação da lei federal sem, contudo, declarar-lhe a inconstitucionalidade. Nesse contexto, o acórdão rescindendo contrariou frontalmente o disposto na Súmula Vinculante 10/STF”. (STJ – AR 3.747/RS, Rel. Ministro Castro Meira, 1ª Seção, julgado em 10.11.2010, *DJe* 22.11.2010).

197 O pronunciamento de inconstitucionalidade envolve o tema competência, que nem mesmo o STJ pode declarar. Assim é o teor da seguinte ementa: “O conflito entre lei complementar e lei ordinária possui natureza constitucional, pelo que a sua análise pelo Superior Tribunal de Justiça configura usurpação de competência desta Corte. Agravo improvido”. (STJ – AgRg no RE 480.145/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, *DJ* 24.11.2006, p. 73).

198 “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” (Súmula Vinculante 10 – STF).

199 Com esse escopo, refere-se o seguinte aresto do colendo Supremo Tribunal Federal: “Trata-se de ação rescisória (...) Inconformados, os autores propuseram esta ação rescisória com arrimo no art. 485, V, do Código de Processo Civil, sustentando, em síntese, que o acórdão rescindendo, ao estabelecer a não incidência tributária do ISS, teria violado o art. 97 da Constituição Federal, a Súmula Vinculante 10 do STF e arts. 2º, 128, 293 e 460 do Código de Processo Civil. Às fls. 687-689, indeferi o pedido de tutela antecipada. A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência desta ação rescisória e pela prejudicialidade do agravo regimental (fls. 801-809). É o relatório. Decido. Verifico que a pretensão não merece acolhida. É que a jurisprudência desta Corte manteve o entendimento de que a exceção à cobrança do ISS sobre os serviços descritos nos itens 44, 46 e 48 da lista anexa à lei Comple-

Portanto, justificada a admissão da ação rescisória com fundamento em direito evidente, superado o óbice do cabimento, o conhecimento da matéria será certo, como certa também será a procedência da ação rescisória. Deste modo, se desde logo visualizada a real probabilidade de procedência ao final, será cabível, *ab initio*, o deferimento da tutela antecipada para suspensão dos efeitos do julgado rescindendo.²⁰⁰

2.8.2.2 Tutela antecipada na ação rescisória com base na não recepção constitucional

A ação rescisória fulcrada na não recepção constitucional é típica, com base no art. 966, V, do CPC. O autor deverá em sua inicial indicar os dispositivos violados na Constituição Federal em face da decisão transitada em julgado, que acolheu legislação editada anteriormente à vigência constitucional atual.

Via de consequência, aparecerá a verossimilhança da alegação no convencimento do julgador de que a legislação não foi recepcionada por violar dispositivos específicos da Constituição Federal em vigor.²⁰¹

Anote-se que saber se foi ou não recepcionada uma norma anterior pela Constituição vigente nem sempre é tarefa fácil, uma vez que deverá ser indicado o dispositivo violado, e nem sempre tal dispositivo tem aplicação imediata,

mentar 56/1987, quando prestados por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central, constitui hipótese de não incidência tributária. (...) Ressalto, ainda, que o Plenário deste Tribunal reconheceu a validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar seguimento, por meio de decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando inadmissíveis, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante neste Supremo Tribunal. Isso posto, nego seguimento a esta ação rescisória (art. 21, § 1º, RISTF), julgando prejudicado o agravo regimental. Publique-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2012”. (STF – Decisão monocrática na AR 2105, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 28.02.2012, *DJe-044* divulgado em 01.03.2012 e publicado em 02.03.2012, *RDDT* n. 200, 2012, p. 184-186).

200 *Vide* mais uma ementa pela procedência da ação rescisória: “Cancelamento. Súmula 343/STF. Inaplicabilidade. Revogação de isenção concedida pela LC 70/1991. Legitimidade. Precedentes do STJ e do STF. 1. A Súmula 276/STJ foi cancelada pela Primeira Seção em 12.11.2008, por ocasião do julgamento da AR 3.761/PR. 2. Não se aplica a Súmula 343/STF às ações que versem sobre revogação da isenção da Cofins, tendo em vista a natureza constitucional da matéria discutida. 3. É legítimo revogar o benefício fiscal contido na Lei Complementar 70/1991 perpetrada pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. Precedentes do STJ e do STF. 4. Ação Rescisória julgada procedente”. (STJ – AR 3.742/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, julgado em 25.05.2011, *DJe* 02.08.2011).

201 Anote-se, a esse respeito, o seguinte excerto doutrinário: “porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1102).

podendo pender de regulamentação. Nesse sentido, não há como se defender rescisão de sentença com base em uma norma constitucional pragmática. Apenas normas de eficácia plena e de eficácia contida, no âmbito constitucional, podem comportar o cabimento da ação rescisória pelo inciso V do art. 966 do CPC.²⁰²

No caso da não recepção de texto normativo pela Constituição Federal, a prova inequívoca evidencia-se exclusivamente da leitura dos autos, eis que é tirada de interpretação direta, em especial do cotejo da decisão rescindenda com o texto da legislação dita não recepcionada e do teor dos dispositivos constitucionais indicados por violados. Então, presentes os requisitos, não há espaço para discricionariedade.²⁰³ Em conclusão parcial, verifica-se a atuação do poder-dever do relator na concessão da tutela antecipada, pois se trata, em última análise, de direito de evidência.²⁰⁴

2.8.2.3 *Tutela antecipada na ação rescisória com base em indenização com valor discrepante à jurisprudência consolidada*

A prudência é o norte que deve ser perseguido pelo julgador em seu ofício.²⁰⁵ Decisões judiciais com bases fáticas similares, com certa raridade, atribuem indenizações em montante divergente, seja reduzindo ou aumentando as expectativas do indenizado em relação à média nos casos paradigmas. Nesses casos, a surpresa de uma parte e a indignação do *ex adverso* geram perplexidade que deve

202 Sobre a classificação das normas constitucionais, lembre-se: as normas constitucionais de eficácia limitada ou programáticas “são as que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas”. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: RT, 2011. v. 1, p. 82). As normas de eficácia plena ou normas constitucionais imediatamente preceptivas “são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular”. Já as normas constitucionais de eficácia contida ou diferida “são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que estabelecer ou nos termos gerais nelas enunciados”. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 101 e 116).

203 “Desde que preenchidos os requisitos do CPC 273, é dever imposto ao juiz a concessão da tutela antecipada, não havendo, portanto, discricionariedade.” (1º TACivSP, Ag 824085-1, Rel. Juiz Rizzatto Nunes, julgado em 04.11.1998). Art. 273 do CPC 73 corresponde ao art. 300 e 311 do CPC de 2015.

204 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, coment. 4 art. 463, I, do CPC, p. 461.

205 Em outras palavras, “o bom senso é a regra máxima a observar por parte dos juízes”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009. capítulo I, n. 18, p. 61).

ser combatida; e há séria violação ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, abrindo o cabimento à ação rescisória com base no art. 966, V, do CPC.²⁰⁶

Quando a execução da decisão rescindenda já estiver na fase de levantamento de valores, na possibilidade de julgamento procedente da ação rescisória proposta, a tutela antecipada suspensiva deve ser deferida. Esse argumento fica ainda mais forte quando o pagamento impugnado é do Poder Público ao particular, pois ao desembolso estatal deve-se atrelar a presunção protetiva na aplicação do princípio *in dubio pro societate*.²⁰⁷

O princípio da segurança nas relações jurídicas, encartado no próprio preceito da coisa julgada, acaba por ser invertido, sendo que, na espécie, a segurança jurídica estará no próprio cabimento da ação rescisória e no deferimento da tutela antecipada para suspender a execução do julgado rescindendo.²⁰⁸

206 Confira-se parte do voto condutor no aresto colacionado: “Como não há, no sistema jurídico, um dispositivo determinando qual o valor a ser definido, incumbe ao juiz arbitrar, com prudência e equidade, o valor da indenização por dano moral. Os parâmetros para a estimativa da indenização, pois, devem levar em conta os recursos do ofensor e a situação econômico-social do ofendido, de forma a não minimizar a sanção, a tal ponto que nada represente para o agente, e não exagerá-la, para que não se transforme em especulação e enriquecimento injustificável para a vítima”. (TJSP – Ação Rescisória 991.08.053213-6 (7.268.241-2), Monte Azul Paulista, Rel. Des. José Marcos Marrone, julgado em 25.11.2009).

207 Veja-se um exemplo de deferimento da tutela antecipada, nestes moldes: “É cediço que, em caso de ação rescisória, só há cogitar de deferimento de medida de urgência em hipóteses excepcionalíssimas. (...) Compulsando os autos, verifiquei que, de fato, o acórdão objurgado ampliou a condenação imposta ao ente estadual sem que houvesse recurso da parte contrária para tanto, haja vista que, ao passo em que a sentença primeira condenou o ora autor ao pagamento de lucros cessantes no importe de R\$ 15,00 (quinze reais) por dia pelo período da apreensão da motocicleta até o fechamento da panificadora para a qual laborava o então suplicante (f. 34/39 – TJ), os eminentes julgadores de segundo grau entenderam por bem reformar a dita sentença, para condenar o Estado ao pagamento, a título de lucros cessantes, ao valor de R\$ 15,00 (quinze reais) por dia, desde a data em que negada a restituição do bem até o efetivo pagamento. Assim, entendo recomendável a concessão da antecipação de tutela no presente momento processual, porquanto presente a verossimilhança das alegações, bem como o risco de lesão de grave ou de difícil reparação, já que, em caso de pagamento do precatório antes da prolação de decisão final nesta ação rescisória, difícil será a restituição das partes ao *status quo ante*, mormente em se tratando de dinheiro público, que alude a interesse de toda a coletividade. Assim, defiro a tutela antecipada, para suspender o cumprimento da decisão objurgada até final decisão a ser proferida nesta ação. Cite-se o réu para, querendo, contestar a presente ação, em prazo que fixo em 20 (vinte) dias, nos termos do artigo 491 do CPC. I”. (TJMG – Decisão monocrática na Ação Rescisória 1.0000.09.506262-6/000, Comarca de Uberaba, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, julgado em 21.09.2009, public. 24.09.2009). Art. 491 do CPC/1973 corresponde ao art. 970 do CPC/2015.

208 O STJ tem admitido a ação rescisória, no caso de danos morais fixados em demasia, com base na garantia da “vedação do abuso do direito de postular”. “Atualmente, repudiam-se veementemente os

Também o réu da ação rescisória poderá efetuar pedido por simples petição, solicitando a revogação da liminar concedida. Apenas deve tomar cuidado em filtrar os requisitos para revogação, sob pena de se provocar petição infundada e sofrer os ônus da litigância de má-fé. No mais das vezes, o pedido pode ser processado, se dentro do prazo, como agravo interno.²⁰⁹

Por derradeiro, observe-se que, sendo processada a ação rescisória com base em valor ínfimo de indenização, requerendo o rejuízo da causa para dizer que não cabe indenização (igual a zero), o réu poderá ter interesse em demonstrar exatamente o contrário, ajuizando, a seu turno, a ação rescisória via reconvenção, pleiteando a majoração da indenização. Não é comum, mas pode haver cabimento, mormente na condenação de valores que dependam de arbitramento judicial. A rigor, as despesas processuais sempre dependem desse arbitramento e em qualquer ação rescisória ajuizada poderá, em princípio, aventar-se a possibilidade de reconvenção.²¹⁰

Todavia, nesse caso, o cabimento da ação rescisória é duvidoso, pois deverá ser demonstrado que o caso comporta a hipótese do art. 966, V, do CPC, com afronta da norma legal apontada. Nessa situação, para o cabimento da ação rescisória, torna-se indubitável que a interpretação dada pela sentença rescindenda deva ser de tal modo desarrazoada, que justificaria o acolhimento da rescisória.²¹¹ Seja

exageros (...) a autoridade da coisa julgada não deve prevalecer em casos tais a ponto de comprometer a prevalência do mal sobre o bem.” (DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. *Ação rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 205).

209 “EMENTA: AGRAVO INTERNO – AÇÃO RESCISÓRIA – DECISÃO DE DENEGA A TUTELA ANTECIPADA – IMÓVEL DESAPROPRIADO – VALOR DE INDENIZAÇÃO DEPOSITADO PELO MUNICÍPIO – INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PELOS AGRAVANTES – REQUISITOS PROCESSUAIS AFASTADOS – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 1.021, do CPC, contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. 2. Ausentes os pressupostos que sustentem o pedido de tutela antecipada, consubstanciados na verossimilhança e perigo de dano, deve ser mantida a decisão de não acolheu o pedido de tutela provisória. 3. Recurso desprovido. (TJMG – Agravo Interno Cv 1.0000.22.160895-3/001, Rel. Des. Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, julgado em 31.01.2023, publicação da súmula em 06.02.2023).

210 “É admissível reconvenção em ação rescisória, desde que seu objeto seja o de, também, rescindir a mesma sentença ou acórdão (Vidigal, *Ação Rescisória*, 133, 105). No mesmo sentido, Calmon de Passos, *Coment.*, n. 215, p. 315; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coment.*, n. 113, p. 192.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7. ed., 2003, coment. 15, art. 315, do CPC, p. 701).

211 Nesses casos, não há como se defender a violação literal da lei, quando a interpretação efetuada gravita no campo do possível. Confira-se o entendimento assim ementado: “para ter cabida a rescisória

como for, uma vez superados os requisitos e pressuposto de cabimento, como a reconvenção é, no fundo, uma ação, poderá também veicular o requerimento de tutela antecipada.²¹²

2.8.2.4 *Tutela antecipada na ação rescisória com base na fixação de honorários advocatícios no mínimo legal (10%), sem observar a jurisprudência no sentido da fixação por equidade*

Um caso de viabilidade da tutela antecipada em ação rescisória configura-se quando os honorários advocatícios são fixados no mínimo legal (art. 85, § 8º, do CPC), sem observância de que o correto seria fixar por equidade, sendo abusiva a fixação em 10%, máxime quando pouco ou nenhum trabalho jurídico se desenvolveu pelo patrono do vencedor no processo, ora credor. A fixação dos honorários para casos da espécie fica em torno de 1% do valor da causa, arbitrado por equidade, seguindo-se a analogia às normas da espécie (*v.g.* art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 10.684/2003).²¹³

Esse caso é comum quando a parte adere a parcelamento administrativo de dívidas, como nos programas tributários, e a regulamentação normativa dessa adesão obriga o devedor a renunciar ao direito em ação anulatória de débito ou de embargos do devedor; aplicando-se o mesmo raciocínio, de modo exemplificativo, quando a parte adere a campanha de parcelamento de dívidas bancárias ou no âmbito do sistema financeiro habitacional. Bastará provar na ação rescisória a

com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade". (STJ – AR n. 624/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 23.11.1998). Art. 485, V do CPC de 1973 corresponde ao art. 966, V do CPC de 2015.

212 “EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO RESCISÓRIA – RECONVENÇÃO – AUSÊNCIA DE EXAME – OMISSÃO – OCORRÊNCIA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES – RECONVENÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA QUE NÃO VISA À RESCISÃO DA DECISÃO OBJETO DA AÇÃO – NÃO CONHECIMENTO. – Em havendo a alegada omissão, cabe acolher os embargos de declaração. É admissível reconvenção em ação rescisória, desde que seu objeto seja o de, também, rescindir a mesma sentença ou acórdão. Não cabe conhecer de reconvenção apresentada em ação rescisória que não tem por objeto a rescisão da mesma decisão objeto daquela ação.” (TJMG – Embargos de Declaração-Cv 1.0000.19.135303-6/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, julgado em 10.06.2021, publicação da súmula em 11.06.2021).

213 “Havendo adesão ao benefício instituído pela Lei n. 10.684/2003 com a desistência dos embargos à execução fiscal promovida pelo INSS, é cabível a condenação em honorários advocatícios, no patamar de 1% (um por cento) sobre o valor do débito consolidado, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 10.684/2003. Agravo regimental provido.” (STJ – AgRg no REsp 510.207/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJU 11.10.2004, p. 273).

contemporaneidade do pedido de desistência (das ações ajuizadas pelo devedor contra o credor) com a assinatura do parcelamento ou acordo.²¹⁴

A desistência das ações judiciais propostas no intuito de discutir o débito que se pretender parcelar, a renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam as referidas ações judiciais e a concomitância à assinatura do instrumento de parcelamento da dívida afiguram-se suficientes como prova para a aplicação dos honorários por equidade. O caso aqui apresentado se coaduna com a aplicação do § 8º do art. 85 do CPC, que contém rol exemplificativo. Essa previsão especial, como se vê, afasta a incidência do disposto no art. 85 do CPC acerca da fixação das verbas sucumbenciais e, assim, eventual interpretação contrária configura violação literal de lei para efeitos rescisórios.

Assim, parece claro que a ação rescisória aviada nesses termos, com fulcro no permissivo legal estampado no inciso V do art. 966 do CPC, será, ao final, procedente. A tutela antecipada deve ser ministrada nos casos da espécie, sempre que presente os requisitos.

2.8.3 Tutela antecipada assecuratória

Com larga aplicação, resta analisar a hipótese de antecipação de tutela na ação rescisória pelo art. 300 do CPC.

Essa aplicação tem nítida natureza assecuratória, pois embasada nas hipóteses em que “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Essa modalidade de tutela antecipada se dá por fundamentos similares à cautelaridade, para proteger o resultado prático do futuro provimento definitivo

214 Em decisão liminar, consta o seguinte precedente: “A desistência das ações judiciais propostas no intuito de discutir o débito tributário que se pretender parcelar, bem como a renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam as referidas ações judiciais, afiguram-se como condições indispensáveis à adesão ao programa de parcelamento de débitos tributários instituídos pela Lei 10.684/03 (PAES). A desistência da ação e a renúncia dos direitos sobre os quais a mesma se funda motivadas pela adesão do autor ao PAES acarreta-lhe a condenação em honorários advocatícios de 1% sobre o valor do débito consolidado, nos termos do art. 4º, parágrafo único da Lei 10.684/03. Tutela antecipada concedida”. (julgado em 22.06.2005). Na ação rescisória, por ocasião do julgamento de mérito, ao final, constou no voto condutor de procedência por unanimidade, os seguintes termos: “Ante as considerações declinadas, julgo procedente o pedido de rescisão do julgado, determinando que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais seja procedida nos moldes previstos no parágrafo único do art. 4º da Lei 10.684/03, qual seja, em 1% sobre o valor do débito consolidado, mantendo, por conseguinte, a decisão que conferiu a antecipação dos efeitos da tutela ordenando o desbloqueio, através do sistema BACEN-JUD, dos valores existentes nas contas correntes da autora que excedam o montante”. (TRF5 – Antecipação da Tutela na AR 5.183 – PB 0012299-57.2005.4.05.0000, Rel. Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt, julgado em 24.09.2008).

em sentença. Nesse sentido, é o que ocorre na maioria dos casos de tutela antecipada, como na suspensão de divulgação do nome em cadastros restritivos de crédito, na fixação dos alimentos provisórios, na interdição liminar²¹⁵ e suspensão de efeitos de atos da Administração Pública.²¹⁶

Dessa forma, atuando o juiz com prudência redobrada, a tutela antecipada de natureza assecuratória poderá ser ministrada na ação rescisória sempre que presente a necessidade de resguardo do autor sobre riscos de dano irreparável com a efetivação da sentença objeto do pedido rescindente, concomitantemente²¹⁷ à probabilidade fundada da existência do direito alegado.

Desta forma, na ação rescisória, a tutela de urgência assecuratória atua com fim precípuo de suspender os efeitos executórios da sentença rescindenda, portanto, com preponderante atuação assecuratória do *judicium rescindens*. Mas, como

215 Sobre a provisoriedade e revogabilidade da tutela antecipada, *vide* a seguinte ementa: “Tutela antecipada. Interdição. 1. Tutela antecipada para concessão de curatela provisória antes concedida em primeira instância e revogada pelo Tribunal. Nova decisão de deferimento da curatela provisória, com base em perícia não concluída, e que apresentou laudo insubsistente. 2. Diante da insubsistência do laudo pericial, ele não pode ser levado em consideração para conceder a tutela antecipada e deferir a curatela provisória. 3. A agravante é portadora de esquizofrenia desde 1993 e não há nos autos qualquer indicação de que tenha praticado qualquer ato agressivo, conduta reprovável, ou que tenha dilapidado patrimônio ou cometido atos de insanidade. A agravante respondeu de modo satisfatório ao que lhe foi perguntado no interrogatório e o atestado médico recente dá conta de que a agravante encontra-se em quadro estável, inclusive com redução da medicação (fls. 166). 4. Diante da falta de elementos que atestem a incapacidade da agravante, a tutela antecipada que concedeu a curatela provisória deve ser revogada, até que novos elementos de cognição venham aos autos. Recurso provido para revogar a tutela antecipada que concedeu a curatela provisória, até que novos elementos de cognição venham aos autos”. (TJSP – Agravo de Instrumento 0145288-62.2012.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, julgado em 09.10.2012, registro 11.10.2012).

216 *Vide* um exemplo prático, incidente na suspensão dos efeitos da Certidão da Dívida Ativa que contenha valores pendentes de discussão perante o c. STJ: “Tributário e processual. Ação anulatória. ISSQN sobre *leasing*. Questionamento quanto à competência tributária e à legalidade da base de cálculo. Matérias pendentes de definição pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Fundamentação relevante e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Requisitos presentes. Necessária observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Antecipação dos efeitos da tutela cabível. Decisão de indeferimento reformada. Recurso provido”. (TJSP – AI 0000896-29.2012.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Mourão Neto, julgado em 04.10.2012, registro 11.10.2012).

217 1. A concessão da tutela antecipada exige a concomitância dos requisitos elencados no art. 300 do CPC/15, quais sejam, a probabilidade do direito (*fumus boni juris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), além da reversibilidade da medida pleiteada. 2. A verdade é que a dimensão da liminar pretendida pelo agravante demanda a realização de provas robustas sob o crivo do contraditório. 3. Ainda há risco de irreversibilidade das medidas que, se executadas sem a devida precaução, poderão se mostrar ineficazes, além de prejudicarem o patrimônio tombado. (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.163461-1/001, Rel.(a) Des.(a) Wagner Wilson, 19ª Câmara Cível, julgado em 02.03.2023, publicação da súmula em 09.03.2023).

se verá, eventualmente pode ser fundamento para antecipação de efeitos típicos do *judicium rescisorium*, uma vez diante do perigo na demora do rejuízo da causa protraído no tempo e dos demais requisitos de concessão.

2.8.3.1 Tutela antecipada na ação rescisória com base apenas no risco de lesão em levantamento de valores de grande monta

A simples atualização de valores não viola a coisa julgada constituída pela sentença de liquidação. Por sua vez, a decisão que homologar liquidação de sentença faz coisa julgada material, porque é ato essencialmente cognitivo e, por isso, não se poderá reabrir a discussão para inclusão de nova verba condenatória. Assim, para infringência do *quantum debeat* inserido na sentença passada em julgado, quando houver liquidação por arbitramento ou por artigos, admite-se ação rescisória.²¹⁸

Na liquidação por cálculos, uma vez evidenciado o erro material, não caberá ação rescisória, pois faltará interesse de agir ante a existência de meios mais eficazes e simples para remover o ilícito.

E, no processamento da ação rescisória, havendo verossimilhança da alegação de fundo, parece óbvio o risco de lesão quando se tratar de sentença exequenda rescindenda em que na execução aparelhada estiver na iminência de se esvaír todo o objeto, com o levantamento dos valores em definitivo. Cabível, então, a tutela antecipada para evitar a lesão. Sendo realizado procedimento contrário a esse entendimento, na provável reversão do julgado rescindendo, para devolução da parte ao *status quo ante*, haverá de se remeter às vias ordinárias para propositura da indenização competente.

A demanda por perdas e danos pode, e deve, ser evitada, com a segurança jurídica que o caso requer, preservando, inclusive, o bom nome da instituição do Poder Judiciário. A tutela antecipada na ação rescisória deve ser deferida como medida necessária a inibir levantamentos de valores, até ulterior deliberação, sendo admitido o reexame da questão a qualquer tempo, em especial, com a vinda da contestação aos autos. Essa prudência, inclusive, em casos como tais, tem beneficiado o processamento da causa, fazendo precipitar seu amadurecimento e, com isso, despertando nas partes, no mais das vezes, o desejo de realizarem transação, pondo fim ao litígio.²¹⁹

218 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 580.

219 Nesse sentido, foi antecipada a tutela rescisória, nos seguintes moldes: “À vista da controvérsia envolver discussão sobre correção monetária de expurgos inflacionários, referentes a depósitos judiciais,

Por outro lado, não raro, há casos em que o juiz de primeiro grau, processante da execução, acaba por não cumprir a decisão do tribunal, mesmo tendo sido notificado. Nesse caso, o juiz atrai para si a responsabilidade sobre o evento, diretamente, nas esferas administrativa, civil e penal.

2.8.3.2 *Tutela antecipada na ação rescisória para deferimento de depósito do valor dito indevido no julgado rescindendo, como garantia do comando do julgamento da ação rescisória*

A tutela antecipada na ação rescisória pode visar, por vezes, uma tutela cautelar, assegurando o resultado prático da ação rescisória procedente ou improcedente.

No caso de improcedência, o depósito feito pelo autor da ação rescisória, em montante integral, será revertido em favor do réu da ação rescisória e vencedor da ação originária. Já na procedência da ação rescisória, então o depósito feito pelo réu, em montante também integral do quanto determinado na decisão concessiva da tutela antecipada, será revertido em favor do autor da ação rescisória.

Nesse caso, a iniciativa do pedido de tutela antecipada é do autor que tenha receio de perder a ação rescisória, observando a boa-fé e lealdade processual. Uma vez deferido o requerimento, há vantagem assegurada de que o numerário ficará *sub judice*, seguindo a sorte do resultado da lide. Trata-se de uma segurança de mão dupla, realizável seja qual for o resultado da ação rescisória.

Assim, a tutela antecipada pode ser deferida para autorizar o depósito judicial dos valores devidos após o trânsito em julgado da futura decisão meritória na ação rescisória.²²⁰ É um exemplo de tutela antecipada para depósito em garantia,

e considerando que já houve levantamento da ordem de R\$ 77.452.734,83 (R\$ 34.549.550,91 e R\$ 42.903.183,92), estando em vias de ser realizado novo levantamento, no importe de R\$ 45.613.618,98, considerando a dimensão dos valores e o risco de irreversibilidade, antecipo a tutela rescisória, para inibir todo e qualquer levantamento, até ulterior deliberação neste processo, sem prejuízo do reexame da questão, após a formação do contraditório”. O que culminou, posteriormente, em acordo entre as partes, homologado por decisão monocrática do Des. Relator. (TJSP – Decisão monocrática na Ação Rescisória 0512259-24.2010.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, Comarca: São Paulo, 5º Grupo de Direito Privado, julgado em 10.07.2012).

220 No processo tributário há dispositivo específico que autoriza o depósito com efeito suspensivo da exigibilidade do crédito fiscal – artigo 151, II do Código Tributário Nacional – desde que realizado em dinheiro e de forma integral – súmula 112 do STJ. Veja-se uma ementa com aplicação desse dispositivo: “Ação rescisória. Ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela antecipada e depósito judicial. Ocorrência de violação a literal disposição de lei. Art. 485, V, CPC. Acórdão *citra petita*. Conversão do depósito em renda. Extinção do Crédito Tributário. I – A ação rescisória não é sucedâneo de recurso apelatório, sendo demanda de natureza excepcional, razão pela qual, para que seja admitida devem ser observados com rigor os seus pressupostos previstos no art. 485, do CPC. II – Tendo a autora logrado

uma caução judicial integral, cujo principal efeito é obter a tutela de suspensão da exigibilidade do crédito enquanto se processa a ação rescisória. O principal efeito é que não incidirá juros e correção monetária pelo depositante, correndo estas por conta do Banco depositário, pelos índices devidos aos depósitos judiciais.

2.8.3.3 *Tutela antecipada na ação rescisória contra Poder Público*

A Lei n. 8.437/92 disciplina as medidas cautelares em face do Poder Público. Como foi editada antes das reformas do processo civil, não utiliza o termo “tutela antecipada”, mas, sob sua égide, regula as chamadas “cautelares satisfativas” que, na prática, resultam na própria antecipação de tutela. Em seu texto, limita-se, mas não se veda, a tutela de urgência ministrada contra o Poder Público, máxime quando presente a plausibilidade jurídica da pretensão, não se podendo negar sua aplicação para suspensão dos efeitos da sentença rescindenda, ainda que contra os interesses imediatos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou autarquias, ou ainda, fundações instituídas pelo Poder Público.²²¹

Ainda, não se pode conceber uma restrição geral a todos os casos, inibindo tutela antecipada em face do Poder Público. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 24 de abril de 2000, na apreciação do requerimento liminar na ADI 2251, viria a retirar a eficácia do dispositivo, uma vez caracterizada a ofensa ao princípio da isonomia e da razoabilidade, outorgando privilégio exagerado ao Poder Público. Muito embora esse processo não tenha chegado ao seu julgamento

êxito em comprovar que o acórdão rescindendo viola literal disposição de lei (arts. 128 e 460 do CPC), por ser *citra petita*, julga-se procedente a ação rescisória, desconstituindo, em parte, o ato judicial objurgado. III – O depósito tributário constitui prerrogativa do contribuinte e forma de suspensão do crédito tributário. IV – Em caso de improcedência da discussão judicial do débito, haverá a conversão do depósito em renda, destinado definitivamente aos cofres públicos, com a decorrencial extinção do crédito tributário. Pedido rescisório julgado procedente. Declarada a extinção do crédito tributário, em razão da conversão do depósito em renda em favor do réu”. (TJGO – Ação Rescisória 293309-85.2011.8.09.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Franca, 1ª Seção Cível, julgado em 16.05.2012, *DJe* 1067 22.05.2012).

221 “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...) Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, com dispositivos acrescentados pela Medida Provisória n. 1.984-21, de 28.08.2000, e MP n. 2.180-35, de 24.08.2001.

de mérito, à míngua de cuidados processuais indispensáveis, serviu e serve como importante precedente para se aquilatar o equívoco desses superprivilégios outorgados de maneira geral ao Poder Público. A limitação natural ao deferimento da tutela antecipada, inclusive em ação rescisória, deve-se estritamente à presença dos seus pressupostos e requisitos. Nada mais.²²²

Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, que define, já no seu art. 1º, como sendo aplicável à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil de 1973²²³ contra a Fazenda Pública, desde que não seja para “liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações.”²²⁴ Nesses casos, em princípio, não se poderá deferir a tutela antecipada. Afora, abre-se a possibilidade do êxito na tutela de urgência.²²⁵

222 Em exame perfunctório, “o Tribunal, por unanimidade, deferiu a medida liminar para suspender, até decisão final da ação, o art. 4º-A da Lei 8.437/92, na redação dada pela Medida Provisória impugnada (‘Nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão poderá o tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda.’). Considerou-se que a norma atacada ofende, à primeira vista, o princípio da isonomia, dado que exclui o particular de sua incidência, beneficiando o Poder Público de forma unilateral. Os Ministros Moreira Alves e Sepúlveda Pertence também deferiram a liminar, mas por fundamentos diversos, quais sejam, respectivamente, por ofensa ao princípio da razoabilidade e por se tratar de matéria processual de exacerbação de privilégios. Assim, ‘o Tribunal, por unanimidade, deferiu a suspensão cautelar do artigo 4º-A da Lei n. 8.437/92, introduzido pelo artigo 1º da MP n. 1.984-19.’ (STF – Decisão monocrática na ADInMC 2.251/DF, Rel. Ministro Sydney Sanches, 24.08.2000). Todavia, no julgamento sobreveio a seguinte ementa: ‘Ação Direta de Inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1984-19, de 29 de junho de 2000. 1. Falta de aditamento da inicial, pelo Partido autor da Ação, para impugnar as últimas reedições da Medida Provisória, ocorridas no curso do processo. 2. Não cabe à Advocacia-Geral da União suprir essa falta. Pedido indeferido. 3. Ação julgada prejudicada, cassadas, em consequência, as medidas cautelares já concedidas. 4. Plenário. Decisão unânime’”. (STF – ADI 2.251/MC, Rel. Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 15.03.2001, DJ 24.10.2003, p. 11; Ementário: vol. 2129-01, p. 78).

223 Correspondem aos arts. 300 e 497 do CPC de 2015, respectivamente.

224 Art. 2º-B, da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997 – DOU 24.12.1997.

225 Embora não se trate de ação rescisória, há precedente no sentido do deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. *Vide* ementa: “Processual Civil e Administrativo. Curso de formação. Obrigação de fazer. Concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Possibilidade. I – A antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública pode ser concedida, quando a situação não está inserida nas impeditivas hipóteses da Lei 9.494/97. Precedentes. II – *In casu*, a decisão de antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, excepcionalmente, não se sujeita ao reexame necessário (art. 475, *caput*, do CPC), mesmo porque o pretendido direito do autor pereceria ao tempo da sentença confir-

Observe-se que a Lei n. 12.016/2009, disciplinadora do mandado de segurança individual e coletivo, veda textualmente em seu § 2º do art. 7º a concessão de liminares contra o Poder Público para a “compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”²²⁶ Esse dispositivo é perfeitamente aplicável às tutelas de urgência no âmbito da ação rescisória quando se tratar de obrigação de pagar, pois se coaduna com o sentido de proteção constitucional conferido à coisa julgada.

Há indicativo de vedação da tutela antecipada na ação rescisória contra o Poder Público sempre que tendente a esgotar de plano, no todo ou em parte, o próprio objeto da ação rescisória. Por exemplo, no caso em que a sentença rescindenda deu pela improcedência da ação anulatória do ato de apreensão de bens e consequente indeferimento de levantamento de bens apreendidos,²²⁷ não se pode pretender tutela antecipada na ação rescisória para efetuar o tal levantamento.

A iminência do dano de difícil reparação reside justamente na improbabilidade do retorno do *status quo ante*, após a decisão definitiva de improcedência da ação rescisória.

A tutela antecipada não pode ser deferida ante o risco de lesão ao interesse público, evidenciado no desembolso de importâncias ou na liberação de bens.²²⁸

Todavia, há circunstâncias do caso concreto em que poderá se autorizar, excepcionalmente, a tutela antecipada na ação rescisória contra o Poder Público, máxime quando se tratar de obrigação de fazer ou não fazer, de dar ou entregar coisa (ex.: medicamentos, exames e procedimentos médicos).

matória do duplo grau de jurisdição, tornando-a inócua. Recurso provido”. (STJ – REsp 437.518/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 24.06.2003, DJ 12.08.2003, p. 251).

226 “Art. 7º, § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.” (Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009).

227 Confira-se a Lei n. 2.770, de 4 de maio de 1956 – “Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa”.

228 O Superior Tribunal de Justiça decidiu que “é vedado o deferimento de medidas liminares, sejam cautelares ou antecipatórias da tutela, quando o objeto da ação principal esgotar-se de pronto, antes do término definitivo do processo”. Esse óbice está previsto na Lei n. 9.494/97, que dita restrições à tutela antecipada contra a Fazenda Pública. (STJ – REsp 1.256.257/PR, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 03.11.2011, DJe 10.11.2011).

Seja como for, na decisão sobre a tutela antecipada rescisória o juiz deverá cotejar os interesses em jogo, o coletivo e o particular, não podendo olvidar a preponderância e prevalência do interesse geral. Mas esse critério, que serve para o indeferimento da tutela antecipada na ação rescisória, não é de todo seguro, pois, ante a evidência do direito, não se poderá negar a tutela antecipada. Isso porque é repudiada a demora desnecessária da entrega da tutela jurisdicional, razão pela qual, quando presentes a verossimilhança da alegação e o direito evidenciável de plano, comprovável pela leitura dos autos, a tutela antecipada na ação rescisória deverá ser deferida.²²⁹

Ainda, no sentido do deferimento da tutela antecipada na ação rescisória, não se descarta que o retorno do *status quo ante* possa ser garantido pela caução ofertada pelo requerente que, com vistas à aplicação da fungibilidade cautelar, atrai todos os seus benefícios e formas, sendo esse o modo de contracautela por excelência.

Não obstante, em sendo a urgência revelada apenas no perigo da demora, não havendo um risco maior, a prudência na concessão da tutela antecipada recomenda aguardar a vinda da contestação para sua apreciação. Ainda que possa, em casos excepcionais, determinar a remessa dos autos para a instância *a quo*, a fim de proceder diligência, não se recomenda a oitiva do representante da ré na ação rescisória, para aquilatar os requisitos da antecipação de tutela, uma vez que no estreito processamento da ação rescisória fica inviável a oitiva da parte, em audiência de justificação, pois os requisitos devem ser demonstrados documentalmente.²³⁰

229 Oportunamente o STJ já se pronunciou em sede cautelar, o que pode ser aproveitado ao raciocínio aqui estampado, vejamos: “Ação Cautelar. Efeito Suspensivo a Recurso Especial. 1. É lícita a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sendo certo que o STF apenas conjurou as tutelas antecipatórias deferidas com base no pressuposto da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, por isso que, afora essa hipótese, é legítima e encerra juridicidade o provimento conferido. 2. A tutela antecipada, posto assentar-se em estado de periclitacão ou estado de evidência do direito, não se subsume às delongas processuais, porquanto incabível a postergação do direito nela encartado”. (STJ – MC 10.613/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 04.10.2007, DJ 08.11.2007, p. 162).

230 A antiga Medida Provisória n. 375, de 23 de novembro de 1993, hoje sem eficácia, dispunha sobre a concessão e os efeitos de liminares e de medidas cautelares e sobre situações de risco de grave lesão ao interesse público, à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública e prescrevia: “Art. 2º A concessão de medida cautelar ou de liminar contra órgão ou entidade da Administração Pública, bem assim contra ato ou omissão dos respectivos agentes ou administradores, somente será possível após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ou da entidade da administração indireta, que deverá ser pessoalmente notificado para manifestar-se no prazo de setenta e duas horas”.

2.8.4 Recorribilidade da decisão do relator que julga monocraticamente a tutela antecipada na ação rescisória

Tratando-se de decisão monocrática negativa ou concessiva da tutela antecipada na ação rescisória, é pacífico que o recurso cabível para levar a decisão ao conhecimento e eventual revisão pelo colegiado será o agravo interno. No caso de tutelas provisórias na ação rescisória, ao relator compete o julgamento do pedido, podendo deferir e revogar, nos termos do art. 932 do CPC, inciso II. Dessa decisão, caberá Agravo Interno para julgamento pelo colegiado. Essa é uma inovação do CPC de 2015, visto que no Código anterior, a decisão do relator que julgava liminares era irrecurável.²³¹

O recurso interno nesses moldes, contra decisão monocrática concessiva ou indeferitória da tutela provisória na ação rescisória, deve, invariavelmente, ser conhecido, posto que não tem custas a recolher, tem a forma de simples petição, não havendo maiores dificuldades para seu regular processamento.²³²

Por fim, é bom anotar que os embargos de declaração, a teor do art. 1.022, I, II e III, do CPC, são cabíveis quando na decisão houver obscuridade, contradição, omissão ou erro material sobre ponto de que deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal. O cabimento que, preliminarmente, diante da interpretação literal, vale para sentença ou o acórdão, mostra-se ampliado, pois é firme o entendimento de que os embargos de declaração também podem ser manejados contra decisões interlocutórias, sempre quando presentes os vícios que lhe constituem fundamento. Inclusive, é cabível contra decisão monocrática do relator, sendo que o órgão prolator da decisão embargada decidirá de forma monocrática, nos termos do § 2º do art. 1.024 do CPC. Também há casos, que determinam o recebimento dos embargos de declaração como agravo interno, se o órgão julgador entender ser este o recurso cabível, ajustando-o ao procedimento do art. 1.021, § 1º do CPC.²³³

231 Outra seria a solução se reportássemos ao sistema do agravo de instrumento, no espírito da reforma processual vazada pela Lei n. 11.187/2005; os provimentos de urgência deferidos pelo relator são irrecuráveis – *vide*, por exemplo, o parágrafo único do art. 527 do CPC. A respeito do tema, dissertando sobre o tema recursal, *vide* a doutrina: “sendo ou não concedido o efeito suspensivo (com base no art. 558) ou a antecipação dos efeitos da tutela recursal (com base no art. 527, inc. III, c/c art. 273, inc. I) pelo relator, está-se diante de decisão que, após a Reforma da Lei 11.187/2005, é irrecurável”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 401).

232 Veja-se um exemplo precedente: “Agravo. Decisão monocrática que indeferiu pedido de tutela antecipada em sede de ação rescisória. Alegação de ausência de fundamentação. Inocorrência. Ausência dos elementos caracterizadores da concessão do pedido almejado – manutenção da decisão. Recurso desprovido”. (TJPR – 7ª Câmara Cível em Composição Integral, AR 857320-6/01 – Londrina, Rel. Luiz Antônio Barry, Unânime, julgado em 08.05.2012).

233 Art. 1.024, § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para,

Ainda, sistemicamente, verifica-se a possibilidade do cabimento dos embargos declaratórios com base na afronta à matéria de ordem pública, onde a nulidade processual se insere. Dela o juiz não pode se furtar.²³⁴

Assim, sem prejuízo de serem processados os declaratórios, quando e onde cabíveis, há casos em que, ante a segurança do procedimento, o advogado acaba por opor os embargos de declaração²³⁵ e, havendo cabimento do agravo interno, o juiz determina a sua conversão ante a aplicação da fungibilidade entre as peças recursais.²³⁶

no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º).

234 Confira-se a seguinte lição: “são cabíveis os embargos declaratórios opostos com vistas à arguição de matérias de ordem pública, independentemente da existência ou não de omissão na decisão”. (ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*, p. 451).

235 TRF, 3ª Região, Embargos de Declaração 2012.03.00.009863-2 na Ação Rescisória 0009863-38.2012.4.03.0000/SP, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, *DJ* 17.07.2012.

236 Note-se que, “ante a expressa pretensão de modificação do resultado do julgamento monocrático via embargos de declaração e em observância aos princípios da fungibilidade e economia processual”, há de ser o pedido recebido como agravo regimental. Assim foram recebidos os embargos de declaração como agravo regimental. (STJ – EDcl no AREsp 58.966/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 12.06.2012, *DJe* 15.06.2012). Outros precedentes no mesmo sentido: AgRg no RMS 30.456/RO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 6ª Turma, *DJe* 21.11.2011; RMS 30.428/RO, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, *DJe* 15.03.2010; RMS 20.915/MA, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, 08.02.2010; REsp 1.197.991/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, *DJe* 26.08.2010; REsp 935.418/AM, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, *DJe* 16.03.2009.