

HOMERO BATISTA DE BARROS.

*Classificação Jurídica
da Rescisória.*



MCMXXXVIII

DO MESMO AUTOR:

- **Grafia Científica de Curitiba**, crítica filológica.
- **Críticas e Crônicas**, coletânea literária, 1936.
- **Influência do Cristianismo na evolução do direito romano**, 1937, tese de concurso.
- **Conceito sobre a Idade-Média**, 1938. Preleção
- **Culpa in eligendo e in non vigilando**, separata da apel. cível 2630 no Sup. Trib. de Apel. do Paraná.

No PARANÁ JUDICIÁRIO:

- **À margem de Mirkiné Guetzevitch**, vol. XIX, fasc. II.
- **Ação possessória**, vol. XVII, fasc. III.
- **A lei contra a usura**, vol. XVIII, fasc. III.
- **A clausula constituti no penhor mercantil**, vol. ^{XX}X, fasc. IV.
- **Culpa comum — Reparação de dano**, vol. XXII, fasc. I e II.
- **Omissão ou erro de nome da ação**, vol. XXIV, fasc. I e II.
- **A indenização em casos de concorrência de culpa**, vol. XXVII, fasc. I.

HOMERO BATISTA DE BARROS

**CLASSIFICAÇÃO
JURÍDICA DA
RESCISÓRIA**

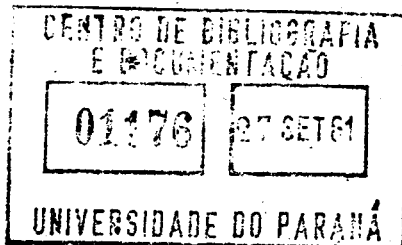
TESE DE CONCURSO À DOCÊNCIA LIVRE DA
CADEIRA DE DIREITO JUDICIÁRIO CIVIL DA
◆ FACULDADE DE DIREITO DO PARANÁ. ◆

MCMXXXVIII

OF. DE ARTES GRAFICAS - IRMÃOS GUIMARÃES - CURITIBA

BC/HUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 347/03 Registro:350,387
17/11/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas



A J. F. MANSUR GUÉRIOS,

em louvor da amizade.

À memória de

**MÁRIO DE SÁ SOTOMAIOR,
radiosa esperança desfeita em plena
primavera.**

“... NÃO HÁ OUTROS PODERES SOBERANOS, O SOBERANO É O DIREITO, INTERPRETADO PELOS TRIBUNAIS...”

R U I .

I - Da acção rescisória. Etimologia. Acepção gramatical e jurídica. Origens no direito romano. Definição Conceito	13
II - Do recurso e da acção rescisória. Recurso e acção rescisória. Característicos. A rescisória não é recurso. Traços distintivos. A rescisória é direito substantivo .	25
III - Res judicata e a rescisória. Coisa julgada. A rescisória e o recurso em face da <i>res judicata</i> . Conclusão	44

Expressão culminante da erudição jurídica do Paraná, a Faculdade de Direito, em cujo seio se forjam as energias civis com que, “nas grandes provanças da vida social, como disse Dupin, se torna o homem capaz dos mais árduos sacrifícios, por obedecer à sua consciência e às suas convicções”, — é irrecusavelmente uma aspiração bem nobre dos que, embora com humildade, procuram cooperar na formação, entre os moços, duma consciência imbuída do sentimento de justiça, da paixão do direito, do fervor da verdade.

Nem outros motivos nos abalançam a apresentar-lhe o presente trabalho, tese com que concorremos à livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil.

Patenteia-se, cada vez mais frisante, na lide forense, a profunda importância do assunto escolhido, dado o seu caráter liberal de tutelar direitos ofendidos por sentenças nulas ou ilegais. Em face da vastidão e complexidade da rescisória, certo escaparia à finalidade de uma tese o seu estudo sob todos os aspectos, motivo por que dirigimos as nossas cogitações para a sua classificação no direito judiciário.

Embora sem alto engenho e brilho desejados, fizemo-lo com fé e boa vontade.

H. B.



1

Da Ação Rescisória

Etimologia. Acepção gramatical e jurídica. Origens no direito romano. Definição. Conceito.

I. — Do latim **rescindere** que, além de outros sentidos, significa anular, abrogar, rescindir, fazer cessar, originou-se o qualificativo **rescissorius**, **a, um**, donde, em nosso léxico e em nosso direito, o termo **rescisória**, em idêntica acepção, ou seja, anulatória, que cassa, rescinde ou deixa sem efeito.

É dos termos cujo sentido jurídico se não distancia do gramatical, pois naquele encerra a mesma idéa de “tornar nulo” (o julgamento, o aresto), “fazer cessar” (os efeitos da sentença rescindenda), abrogar, invalidar, fazer o rescindimento (da decisão anterior).

II. — Na prática processológica (1), não foi aos romanos estranho o vocábulo. Assim que a **actio rescissoria**, referida de GAIO (2) como uma **fictitia** ou **utilis actio**, não tinha outro objetivo senão o de reconhecer e assegurar direito denegado na decisão antecedente desde que o pretor tivesse declarado restabelecido o direito fundamental da ação.

Pode seguramente esmarcar-se as origens da ação rescisória na **retractatio** e na **restitutio in integrum**, ou **actio restitutoriae**, também denominada por GAIO e ULPIANO **actio rescissoriae** (3), a qual era o remédio de direito em virtude de que se tornava nula e nenhuma a situação jurídica criada por sentença passada em julgado, fazendo-se prevalecer uma razão de equidade pelo restabelecimento do estado anterior.

“INTEGRI RESTITUTIO, define PAULO, EST REDINTEGRANDAE REI VEL CAUSAE ACTIO”. (4)

Ou, segundo o conceito de CLÓVIS BEVILAQUA, “era o benefício concedido aos menores e às pessoas que se lhes equiparam, a-fim-de poderem anular quaisquer atos, ainda que válidos, nos quais tivessem sido lesados durante a menoridade” (5).

(1) Melhor do que o neologismo processual; do hibridismo processológico.

(2) Gaius, IV. 38. Maynz: Droit Romain, § 159, p. 374, 2.º vol.

(3) Gaius e Ulpianus (40, § 3, Dig.; De procur., III, 3; 28, § 5, 6, Dig., Ex quib. caus. IV, 6.) Apud G. May: Elem. Droit Romain, p. 696, nota 5.)

(4) PAULO: Sententiarum, I, T. 7.º.

(5) C. Bevilaqua: — Dir. de Família, p. 474, edição 1938.

Da noção acima decorre tratar-se dum instituto liberal, que bem denuncia o sentimento de justiça dos romanos. Foi uma das conquistas inspiradas já pela cristianização do direito, pois o **strictum juris**, rigoroso e inexorável, ia cedendo, a pouco e pouco, por uma “flexível e progressiva habilidade da democracia, na expressão de AFONSO CLAUDIO, verificada pelo influxo cristão” (6), que introduziu o corretivo do **bonum et aequum** e dilatou o âmbito do **jus gentium**. Ao direito pretoriano cabe a intromissão da **restitutio in integrum** na prática judiciária de Roma.

Tal remédio estava na dependência de ser concedido pelo pretor e de ter havido, na decisão rescindenda, vício ou ausência de defesa, menoridade do prejudicado, erro, dolo, ou fraude. Por outro lado, só procederia o pedido se o ato ou relação jurídica pleiteada fôsse suscetível de restituição; ou fôsse prejudicial; ou se, em vez da restituição, não houvesse outro meio possível para reparar a ofensa que se fizera ao direito do pleiteante.

A ação competia em favor dos menores de 25 anos; da república; das municipalidades; das corporações religiosas; da igreja católica e dos conventos (7), e não cabia aos filhos contra os pais, nem aos clientes contra os patronos.

O pronunciamento do pretor era feito por sua própria autoridade, **extra ordinem**, em virtude do seu **imperium**, e daí o considerar-se, neste particular, tal prática pretoriana como **extraordinarium auxilium** destinado a corrigir decisão injusta e a fazer triunfar o direito.

(6) A. Claudio: Est. de Dir. Romano, p. 410.

(7) Savigny: Droit Romain, VII, § 324; Almeida Oliv.: Rest. in Integrum, § 4.º.

Intentava-se frequente a **actio restitutoriae** entre os romanos, em favor de menores lesados por falsos tutores.

Em tais casos, duas ordens de interesses se viam, então, comprometidos: os do pupilo, que perdia todo crédito, e os de terceiros, que eram atingidos pelos atos nulos. E com a **restitutio in integrum**, observa DEKKERS, o erro dos terceiros sobre a qualidade do falso tutor recebia praticamente os mesmos efeitos dum vício de consentimento em direito moderno. (8).

Da **restitutio in integrum**, ORTOLAN timbra em diferenciar as ações **quod metus causa** ou **de dolo malo**, ou diversas ações rescisórias para se fazer, por instância perante um **judex**, reparar o prejuízo ocasionado, ou restabelecer os direitos perdidos: “Qualquer desses meios concorre ao mesmo fim que a verdadeira **restitutio in integrum**, observa o notável jurista, e deriva das mesmas causas...” (9) Daí o confundirem-se ambos os institutos, cujas finalidades são perfeitamente as mesmas: — a restauração duma situação jurídica anterior.

Para GLUCK e ALESSIO (10), citados de JORGE AMERICANO em sua conhecida monografia DA AÇÃO RESCISÓRIA, a **restitutio**, em determinados casos, não passava de ação rescisória, de vez que, uma das categorias a que se reduzia, era a restituição contra sentença definitiva baseada em falsa prova.

III. — No direito canônico, a **restitutio** estava a par de dois outros remédios, como se vê neste lanço de BOUIX: — “Triplex remedium a jure datum est contra judicem inique pro-

(8) René Dekkers: *La Fiction Juridique*, 1935. p. 154, n. 252.

(9) Ortolani: *Des Instituts*, II vol., p. 508.

(10) Gluck: *Coment. alle Pandette*, L. 4, § 432; Alessio: *La Rivocazione*, 19, apud J. Americano: *Da Ação Rescisória*, p. 24, n. 12.

nuntiantem: **querela nempe nullitatis, appellatio, et restitutio in integrum**" (11). E era havida tal como em o direito romano:

— "Duo priora remedia **ordinaria** vocantur; tertium autem, eo quod regulariter non nisi deficientibus duobus prioribus concedatur, **extraordinarium seu subsidiarium** dici solet".

IV. — Entre os romanos, há um paralelismo interessante da evolução processológica e da evolução histórica.

Se lhes apreciarmos as instituições anteriores, remontaremos à **supplicatio**, cujo objeto era idêntico ao da **restitutio in integrum**, mas de que se usava confessando ser justa a sentença, embora se imprecasse revisão do feito para esclarecimento integral da verdade.

"Presso i Romani, la **restitutio in integrum**, — diz MATTIROLO, — e meglio ancora la retractatio delle sentenze inappellabili, che si otteneva dapprima mediante **supplica** al Principe e quindi col mezzo di istanza diretta allo stesso magistrato che aveva pronunziato la sentenza..." (12)

Dotados dum poder absoluto, os príncipes constituíam a derradeira instância e, dado o caráter irrevogável das suas decisões, só por meio da **supplicatio** era possível lograr-se reconsideração do feito e reforma (**retractatio**) da sentença. Coube essa faculdade, mais tarde, aos prefeitos do pretório, consoante se vê em a **Novela 119**, citada de JORGE AMERICANO (13). Tal é o conceito que, da **retractatio**, nos dá MONIER, da Universidade de Lille: — "Renouvellement du procès, en vue dun

(11) Bonix: De Judiciis, t. II, p. 405, apud Mattirollo: Trattato di Dir. Giudiziario Civ. Italiano, vol. IV, p. 805, nota 2.

(12) Mattirollo: Ob. cit., p. 804, n. 873.

(13) J. Americano: Ob. cit., p. 23, n. 12.

nouvel examen de l'affaire: cette revision du procès est admise dans certains cas, sous la procédure extraordinaire, en particulier lorsqu'on découvre des documents ignorés lors du jugement, quand, faute d'autres preuves, le juge avait du se contenter de la preuve par serment; ou lorsque l'Empereur a accepté la supplique présentée dans le délai de deux ans, en vue de faire reviser la sentence d'un préfet du prétoire." (14)

Segue-se, portanto, que a **supplicatio** prescrevia em dois anos, podia ser feita das decisões do prefeito do pretório para o imperador, a-fim-de se obter a **retractatio**, cujos efeitos eram semelhantes aos da **restitutio in integrum**.

Não assumia o caráter de recurso, como a apelação, porque não estava condicionada a nenhum prazo, senão ao da prescrição comum, e era remédio extraordinário.

À **retractatio** atribue-se a origem da ação rescisória, se bem que a **restitutio in integrum**, como fizemos notar (n.º II), já denominada por **ULPIANO** e **GAIO actio rescissoriae**, menos grosseiramente apresenta os característicos de sua origem no direito dos romanos.

V. — Ação rescisória é o remédio processológico por que se pleiteia revogação de sentença nula ou ilegal transitada em julgado, em causa contenciosa.

Poder-se-ia dizer com **PONTES DE MIRANDA**, "remédio processual **autônomo**", indicando, com este adjetivo, o característico de ação em contraposição ao conceito de **recurso** que muitos emprestam à rescisória e que, no presente estudo, nos propomos a contestar terminantemente.

(14) R. Monier: *Vocabulaire de Droit Romain*, p. 236, 1934.

Afigura-se-nos, contudo, desnecessária tal diferenciação no definir o instituto, de vez que, como diz NESTOR DIÓGENES, “se não é recurso, é porque é ação. E toda ação se move, se processa em virtude de certos princípios de direito público, mas nasce e se funda, sempre, no direito material. A não ser que sejam defeituosos os conceitos de WACH, GOLDSCHMIDT, CHIOVENDA E KISCH.” (15)

CARVALHO DE MENDONÇA oferece a seguinte definição: — “Ação rescisória é o meio de que pode lançar mão a parte vencida, contra uma decisão proferida em última instância, ou que não é mais suscetível da reforma pelos meios ordinários, e na qual se pede ao mesmo juiz que a proferiu a retratação do julgado, por ser ofensivo a disposições expressas do direito.” (16)

Criticando, observa JORGE AMERICANO que nessas palavras não se encerra o conceito de verdadeira ação, afigurando-se-lhe ainda impróprio o termo **retratação**, que “implica ser pronunciado pelo próprio prolator, seja juiz ou tribunal”.

JORGE AMERICANO apresenta, em lugar da definição do insigne civilista, a seguinte: — Chama-se rescisória “a ação pela qual se pede a decretação da nulidade ou ilegalidade de uma sentença que extrinsecamente passou em julgado e, por via de consequência, o novo julgamento da espécie nela apreciada”.

A última parte da definição indica que a rescisória é cumulativa de dois **judicia**, o **rescindens** e o **rescissorium**, o que vale

(15) Nestor Diógenes: *Da Ação Rescisória*, p. 136, 1938.

(16) Carv. de Mendonça (M.I.): *Da Ação Rescisória*, n. 2.

dizer, não só revoga a sentença rescindenda senão também conhece e julga do mérito da causa respectiva. O primeiro **judicium** é o que com precisão se chama de **ação rescisória** propriamente dita, e o **judicium rescissorium** é a espécie antecedente, cuja sentença foi rescindida e cujo mérito volta a ser apreciado. A distinção tem origem na designação que os modernos intérpretes do **Corpus Juris** passaram a fazer dos decretos dos magistrados romanos. (17)

Nesse particular, cumpre notar que o nosso direito nunca repeliu a acumulação das duas ações, consoante se infere dos mais autorizados doutrinadores nesta matéria, como, dentre outros, LOBÃO: — “. . . está a torrente de graves DD., admitindo a cumulação de ambos os remédios “**rescidente**” e “**rescisório**”, já confutando teoricamente a outra opinião, já “**circuitus vitandi causa**”, e por se não multiplicarem processos, já pelo uso moderno das ações, que admitem, cumularam-se ambos os remédios nesta forma: — “**Peto me restitui in integrum adversus usucapionem, talem contractum, etc., et si fuero restitutus, peto illam rem, quae spectat ad jure dominii, vel quasi, etc.**” (18).

No que pese a notável autoridade daquele eminente jurista, quer-nos parecer desnecessária a parte final da definição em apreço, porque se o novo julgamento da espécie apreciada na rescisória é feito **em consequência** da “decretação da nulidade ou ilegalidade de uma sentença que extrinsecamente passou em julgado”, esse novo julgamento em certos casos impli-

(17) G. May: *Droit Romain*: p. 606, n. 304, nota 5.

(18) Lobão: *Ações Sumárias*, § 142.

citamente se compreende no objeto da ação. Por outro lado, não constitue regra geral a cumulação, ao pedido de rescisão, do de novo julgamento da causa pela mesma sentença; haja vista a hipótese de a anulação da sentença ser fundada no motivo de incompetência do juízo que a proferiu, hipótese em que se chegaria à conclusão de tornar ao mesmo juízo havido por incompetente para conhecer da mesma espécie já ajuizada. Ademais, a cumulação de ações está subordinada à identidade de autores, sendo possível, entretanto, a rescisória independente dessa identidade, como em o caso de ter por autor o terceiro prejudicado que tenha legítimo interesse da anulação da sentença rescindenda; ou na hipótese de ser promovida a ação pelos herdeiros ou sucessores do autor, e não por este individualmente.

Se se admitem ambos os **judicia** na rescisória, não é de afirmar-se que seja verdadeira a recíproca, pois nem sempre a rescisória tem os dois objetos, — o de anular a sentença e julgar novamente do mérito da respectiva causa, — motivo também por que entendemos desnecessária a última parte acrescida à definição por JORGE AMERICANO.

Mais precisa e menos complexa que as acima, é a definição proposta de CÂMARA LEAL: — **“Ação rescisória é aquela que tem por fim a anulação de uma sentença definitiva, proferida em feito contencioso.”**

Em todas as definições é o mesmo o princípio fundamental que caracteriza a ação rescisória: a revogação da sentença eivada de nulidade.

VI. — A ação rescisória está condicionada à natureza **contenciosa** do feito e ao ter transitado em julgado a respectiva sentença.

Além dessas, constituem condições essenciais para o exercício da ação rescisória quaisquer vícios que, por lei, nulifiquem a sentença rescindenda. O Código do Processo Civil e Commercial do Paraná, em seu art. 933, sêbre enumerar os motivos de incompetência de juízo **ratione materiae**, prevaricação do juiz, contrariedade a direito expresso, ou à coisa julgada, falsa ou nula prova, admite ainda a ação quando a sentença tenha sido proferida contra incapaz não assistido nem representado devidamente; baseada em falsa causa; contra pessoa morta ou parte não habilitada e à revelia desta, no caso de ter morrido um dos litigantes (art. 933, n.º 3.º); ou ainda por motivo decorrente da falta, nulidade ou falsidade de citação do réu.

Ordinário é o rito, exceto no Estado de S. Paulo, cujo **Código**, em seu art. 366, dispõe que se observará na ação rescisória o curso sumário, salvo quando a ação tiver sido sumaríssima, caso em que a rescisória também o será; e quando a ação tiver sido ordinária e o autor acumular o pedido a que se refere o art. 364 (novo julgamento da causa, salvo se a arguição de nulidade se fundar na incompetência de juízo).

A prescrição é quinquenal, (**Cód. Civil, art. 178, § 10, n.º VIII**). No direito anterior ao Código Civil, era de trinta anos, e constituia esse dilatado prazo um argumento ponderável, já invocado por PEDRO LESSA, contra a afirmativa de que a rescisória é um recurso. (19).

(19) Pedro Lessa: Do Poder Judiciário, p. 86, § 24.

Na época clássica do direito romano, a *actio restitutoriae* prescrevia em um ano apenas, e em quatro ao tempo de JUSTINIANO (20). A *retractatio causae* tinha prescrição bienal, como se vê em MONIER (ob. cit.) e assim a *supplicatio*.

Se bem que a maioria dos juristas que se preocuparam com o assunto, tenham admitido procedência da rescisória quando a sentença rescindenda fôr contrária a “direito expresso”, os autores modernos, partindo do princípio da **estatalidade** do direito, ou de que toda norma jurídica deriva necessariamente do estado, repelem a denominação “**direito expresso**” indicatório do texto legal, ou, como o entendem os tribunais, a **expressão da lei**, excluído desse direito o costumeiro ou consuetudinário.

“Por direito expresso, diz JORGE AMERICANO, entendem-se as leis que regem o assunto objeto do pleito; em segundo lugar e na falta destas, as que regem matéria análoga; finalmente, os princípios gerais de direito. Não se compreende na expressão o direito subsidiário” (21). E repelem-na, de vez que, como doutrina o grande RUGGIERO, “a norma consuetudinária é norma somente quando o estado lhe reconhece eficácia e lhe concede, com expressa disposição, o valor de regra universal e obrigatória”. (22).

Subordinado a esse conceito amplo do direito, que se não restringe a determinada categoria, a ação rescisória assenta na

(20) G. MAY: Ob. cit., p. 696, n. 304.

(21) J. AMERICANO: Ob. cit., p. 143, n. 70.

(22) Ruggiero: Inst. Dir. Civ., § 6, apud N. Diógenes, ob. cit., 182.

proteção do **jus constitutum** em todas as variedades de suas aplicações, no reparar da violação das normas jurídicas sob todos os aspectos, e não apenas no restrito **direito expresso**, cujo conceito decorre de doutrinas “correspondentes a estádios já passados da evolução jurídica”, no dizer do preclaro professor italiano e, porisso mesmo, injustificável à luz do direito das organizações contemporâneas.





2

Do Recurso e da Ação Rescisória

Recurso e ação rescisória. Características. A rescisória não é recurso. Traços distintivos. A rescisória é direito substantivo.

VII. — O direito tem finalidade eminentemente prática, dirigida no sentido de realizar e assegurar a justiça. “Nenhum argumento, — ensina GIORGIO DEL VECCHIO, — é tão concludente para mostrar a natureza eminentemente prática do direito, e a sua plena e perfeita aderência à vida, como este: — não há interferência entre homens, não há controvérsia possível, por mais complicada e imprevista que seja, que não admita e exija uma solução jurídica”. E essa solução jurídica, preventiva de direitos ameaçados e restauradora de direitos violados, coordenadora da coexistência social, só é efetivamente determinada por meio do **processo**, pelo qual se pro-

voca do juiz a decisão que define a situação jurídica controvertida pela aplicação do direito em tese.

E ainda por causa da finalidade jurídica, de princípio aludida, “a todo direito corresponde uma ação que o assegura” (**Cód. Civil, art. 75**), de modo que seja ampla e eficiente a tutela garantida pelo direito judiciário ao direito subjetivo; bem como, seguindo o preceito estatuído no **art. 4.º do Cód. Civil Francês (23)** e no **art. 1.º do Cód. Civ. Suíço**, prescreve o nosso **Código**, em seu **art. 5.º**, que “nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão (da lei) se exime o juiz de sentenciar ou despachar”.

Sujeitos, os juízes, à condição humana de falibilidade, nem sempre as suas decisões são a expressão do direito, nem sempre repoisam na justiça, e daí o poder-se ver, com BELLOT, no sistema dos recursos não só o meio indispensável para reparar as consequências do erro e da injustiça, como instrumento eficaz para as prevenir (24). Têm os recursos, portanto, seu fundamento primacial na própria natureza humana, quer pelo que vimos de apontar, quer por serem, por outro lado, “a expressão legal do instinto que leva o homem a não se sujeitar, sem reação, ao conceito ou sentença do primeiro censor ou juiz”, na compreensão filosófica de JOÃO MONTEIRO (25), inspirado em BENTHAM e em PISANELLI.

Se, como diz IHERING, a defesa do direito é um ato da conservação pessoal e, por conseguinte, um dever daquele que foi lesado (26), fácil é compreender-se que a razão de ser do

(23) C. Maximiliano: *Herm. e Aplic. do Dir.*, pgs. 66 e 77.

(24) Bellot, apud N. Diógenes: *Ob. cit.*, p. 31.

(25) J. Monteiro: *Proc. Civ.*, I, p. 55.

(26) *Idem*, *ibid.*, p. 54.

recurso está mesmo no exercício desse dever de conservação pessoal ofendida no próprio direito lesado.

A imprecisão ao rei, no direito romano primitivo, a-fim de que ele reformasse a decisão, era, sem dúvida, bastante expressivo modo de ser do recurso. Diz-se que os recursos remontam de tempos imemoriais; juristas há que reconhecem nos **Atos dos Apóstolos**, cap. 18, e no **Exodo**, cap. 18, v. 22, prova de que, já àqueles tempos remotíssimos, eram praticados entre os hebreus

E' o que, com a sua imensa autoridade, denota nestas palavras, o grande RUI: — “Este direito, de antiguidade imemorial, se perde pela noite dos tempos. Não há sentença, que embargada não seja. A instituição dos embargos é tão velha entre nós quanto os princípios das nossas leis de processo”.

E assim ocorre porque “de olhos abertos, à luz do meio-dia, os mais retos magistrados, os tribunais mais honestos vezes há, em que desconhecem e negam a justiça. Por que não o dizer, se o mundo inteiro o diz, e todos os tempos o atestam? **Veritas nihil nisi abscondi.** A verdade nada receia, senão que a ocultem. E por isto, porque todos os tribunais são falíveis, todos os juizes pecadores, por isso, além da apelação de um para outro juiz, de um tribunal para outro, se atribuiu a cada tribunal, a cada juiz, pelos embargos às suas sentenças, a faculdade, sobre toda santa, na justiça humana, de se emendar a si mesma”. (27).

Os recursos, pois, são garantias irrenunciáveis de que se socorrem as partes para que sejam amparados seus direitos

(27) Rui Barbosa: A questão Werneck x Minas, embargos, p. 26, ed. 1918.

reais ou presumidos, contra qualquer ofensa que lhes advenha da decisão havida por injusta, e, porisso mesmo, são destinados a lograr uma reforma da sentença ou despacho, a-fim de que sejam corrigidos.

Define-se recurso “a provocação a novo exame dos atos, para emenda ou modificação da primeira sentença”. (28). Essa é a definição de JOÃO MONTEIRO, geralmente adotada, e em que o termo é entendido na acepção técnico-jurídica.

Ou, como diz JOÃO MENDES, é, no sentido amplo, a iteração ou a reiteração da instância; mas, no sentido técnico forense, recurso é a insistência da instância da causa, quer relativamente à decisão principal, quer relativamente a atos, incidentes ou emergentes, provocada para juízo ou tribunal de grau superior ao do juízo ou tribunal anterior recorrido. A instância iterada é a insistência em alguns dos atos da ação, a instância reiterada é a insistência em tôda a ação.” (29).

Do conceito de rescisória como remédio processológico por que se pleiteia revogação de sentença transitada em julgado, em feito contencioso, segue-se que, pelo **judicia rescindens**, ou rescisória pròpriamente dita, se obtem o mesmo fim colimado por determinados recursos, a revogação da sentença nula, o que levou o proeminente PEDRO LESSA à asserção de que se atendermos exclusivamente à substância, ao fundo da ação rescisória, teremos que, em última análise, é um recurso... (30).

Em verdade, se a rescisória, sob o ponto de vista formal, nada tem com o recurso, não é de negar-se que, na essência,

(28) J. Monteiro: *Ob. cit.*

(29) João Mendes: *Dir. Jud. Civil*, p. 482, Cap. III.

(30) Pedro Lessa: *Do Poder Judiciário*, p. 200.

haja afinidade entre ambos os institutos. Longe, entretanto, o confundí-los, classificando-se a ação rescisória na categoria dos recursos, o que constitue, sem desdouro da autoridade dos que a defendem, uma conclusão falsa e absurda. Tanto assim, que já se considera a rescisória no campo do direito público subjetivo, em contrário à opinião de PONTES DE MIRANDA (31) que conclue: “Existirá ação rescisória de direito civil como existe ação civil de desquite, ação civil de investigação de paternidade, ação civil de reivindicação, etc.? De modo nenhum”.

Objeta-se, entretanto, que a ação é compreendida como pretensão de tutela jurídica, no conceito de WACH ou como pròpriamente um direito subjetivo no dizer de DEGENKOLB (32), integrada porisso na órbita do direito público qual um direito abstrato ou possibilidade de agir em juízo.

Estabelecendo a necessária distinção entre recurso e rescisória, PONTES DE MIRANDA observa que “em todo recurso, há o julgamento da autoridade **ad quem** sobre o julgamento feito pela autoridade **a quo**. Nela e por ela não se examina o direito material ou formal de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue”.

.....
Critica-se-lhe a asserção, porque a rescisória se compõe de dois **judicia**, e no **judicium rescissorium** o que o juiz examina é precisamente o direito material de alguém; demais, no **judicium rescindens**, se o motivo da rescisória não é a violação

(31) Pontes de Miranda: Ob. cit., p. 95.

(32) Apud. N. Diógenes: Ob. cit., p. 139.

de uma norma jurídica ou preceito de conteúdo, ou um fato novo, ou, melhor, se o motivo de rescisória é a arguição de defeito de um termo ou formalidade substancial, o juiz examina uma questão de direito formal.

Quer-nos parecer insubsistente a crítica, desde que o objeto da ação rescisória é a revogação da sentença rescindenda, e não o **jus rescindens**. Este resulta da cumulação das ações, mas essa acumulação não constitue regra, senão exceção, e tanto é assim que os códigos estabelecem a **possibilidade** da acumulação. Haja vista o disposto no § 1.º do art. 934 do **Cód. do Proc. Civ. e Comercial do Paraná**: — “A esse pedido (o de rescisão da sentença) **pode ser adicionado** especialmente o de ser julgada a espécie a que a sentença rescindenda pôs termo”.

O mesmo princípio está esposado pelo **Cód. do Proc. Civ. e Comercial de S. Paulo**, art. 364, no qual se dispõe que “**é lícito cumular** ao pedido de rescisão o de novo julgamento da causa pela mesma sentença...”

Em direito canônico não se admitia tal acumulação. “Le cumul du rescindant et du rescisoire n’étant **point permis**, l’affaire sur laquelle avait été rendu le jugement attaqué, doit être jugé de nouveau”. (33)

O Cód. Proc. Alemão permite que se acumulem ambos os **judicia**, porém como diz GOLDSCHMIDT, “o tribunal pode resolver que o exame e resolução do **judicium rescindens** se efetuem antes de se julgar o **judicium rescissorium**. A apreciação da admissibilidade e fundamento rescisório da demanda pode ser pronunciada em sentença incidente, com a anulação formal da sentença impugnada,

(33) Japlot, apud N. Diógenes: Ob. cit., p. 67.

ou no corpo da sentença final. E estabelecida a admissibilidade e fundamentação rescisória da demanda, o negócio é visto de novo, se o atinge o motivo da impugnação". (34). É o que decorre dos dispositivos dos arts. 303 e 590, ns. I e II do aludido **Cód. Proc. Alemão**

VIII. — Embora possa haver identidade de objetivos entre ambos os dois institutos, a rescisória, ao revés dos recursos, reveste todos os característicos de **ação**.

O **jus rescindens**, pelo qual se pleiteia novo julgamento do feito apreciado na decisão rescindenda, é que constitue o traço de ligação entre a rescisória e os recursos, mas cumpre notar, como ficou dito acima, que a rescisória propriamente é o **jus rescissorium**, pelo qual não se busca a reforma (como em recursos) da sentença rescindenda, mas sempre a sua revogação pelos motivos já indicados.

Pode haver, como dissemos, ação rescisória sem o **jus rescindens**, e nesse caso desaparece o caráter afim dos dois institutos, pois, pelo recurso, o que se pretende é a emenda ou modificação da sentença, e nem sempre a sua anulação.

Ficou perfeitamente esclarecido, pelas definições, o que é **recurso** na acepção técnico-jurídica do termo. O recurso pressupõe, ao que se infere daquelas definições, a unidade de causa, da qual é um ato processológico dos a que PEREIRA E SOUSA chama de **posteriores**, como os de execução e a sentença (35), ao passo que a rescisória pressupõe sempre duplicidade de causa, mas nela não se aprecia o mérito, nem a prova, nem os fundamentos da ação preexistente, cuja sentença se

(34) J. Goldschmidt: **Derecho Proc. Civil**, p. 434, trad. esp., 1936.

(35) Pereira e Sousa: **Primeiras Linhas**, § VIII.

impugna, senão apenas a validade, a legalidade de tal sentença à vista dos motivos nos quais se pode fundamentar a rescisória.

Cumpra aqui não confundir a ação rescisória, de que estamos tratando, com a ação de rescisão de qualquer ato nulo, ou ação de anulação de qualquer ato anulável, a que, ou se dá esta última denominação, ou propriamente a de redibitória. PONTES DE MIRANDA entende que melhor se diria **ação resilitória** quando o objeto é resilir de um contrato. (36).

Na praxe forense, entretanto, não se faz diferença em tal terminologia, ainda que se trate de ações diversas quanto à natureza, ao fundamento e ao objeto.

Sob o ponto de vista formal, o recurso não se pode confundir com a rescisória, nem tão pouco esta pode ser classificada na categoria de recurso.

Estudando o assunto, JORGE AMERICANO acentua que o recurso tem prazos fatais, a ação rescisória obedece à prescrição de cinco anos. Interposto o recurso, e não processado no prazo que a lei determina, — escreve ele, — pronuncia-se a respectiva deserção a requerimento da parte; quanto à rescisória, não há deserção: da paralização do feito por mais de seis meses, resulta, como em qualquer ação, a necessidade de renovar a instância, o que de modo nenhum se confundiria com a deserção.

Em linhas gerais, o primeiro é o mesmo argumento já invocado por PEDRO LESSA (37), se bem que o Código Civil tivesse reduzido o prazo da prescrição, de trinta para cinco

(36) Pontes de Miranda: Manual do Cód. Civ. Bras., v. IV, n. 376.

(37) Pedro Lessa: Ob. cit.

anos. Contudo, sem desdouro dos grandes nomes que o subscrevem, não invocáramos o argumento do prazo dilatado de prescrição, para chegar à dedução de que a rescisória não é um recurso. Poder-se-ia objetar que a **revisão**, em matéria criminal, deixaria de ser um recurso, uma vez firmado que longos prazos prescritivos aberram da natureza dos recursos. E a **revisão** dos processos criminais, sobre a qual a Constituição Federal de 1937 silenciou completamente, era possível a qualquer tempo, coincidindo mesmo, (quando a pena fôr de trinta anos) com o prazo prescritivo da rescisória ao tempo em que PEDRO LESSA oferecia tal argumento.

Verdade que a tendência do direito moderno é para a redução dos prazos prescritivos, como consequência da necessidade de serem estáveis as decisões judiciárias que, por outro modo, quasi perderiam a sua finalidade de assegurarem definitiva uma relação de direito controversa. Nem porisso, contudo, se nos afigura procedente a arguição.

Ainda JORGE AMERICANO, coordenando as razões com que sustenta o seu ponto de vista, que é o mesmo aquí esposado, depois de notar que a deserção, no recurso, de modo algum se identifica com a paralização, na rescisória, pois nesta há o remédio de renovação de instância, como em qualquer ação abandonada há mais de seis mezes, ao passo que, contra aquele, não há remédio, salvo os poucos casos de justo impedimento, como comprovada doença grave, embaraços opostos pelo juiz, obstáculos de parte do recorrido, prisão do recorrente ou os casos fortuitos, — observa que o recurso, em regra, tem efeito suspensivo e, quando não, devolve o conhecimento integral da causa ao tribunal julgador, com todos os elementos contidos na própria ação, constituindo esse procedimento um incidente, para não dizer uma parte integrante da

mesma ação. É o que, linhas atrás, notamos, com PEREIRA E SOUSA, ser um ato processológico posterior. Na ação rescisória há completa diversidade quanto a isso: não existe efeito suspensivo do julgado, ampla é a prova e não constitue incidente da ação cuja sentença se ataca. Também a restituição *in integrum*, originária do instituto em apreço, ou melhor, a ação por que se pleiteava a restituição, que estudamos na primeira parte deste trabalho, e que foi abolida em nosso direito pelo Código Civil (art. 8.º), não tinha efeito suspensivo nos casos em que, por presunções, se antevisse que era restituição caluniosa (Ord., Liv. 3, Tít. 41, § 5); ou quando formulada pelo marido como cabeça de sua mulher menor (Id., *ibid.*); e nem tinha o efeito de revogar a execução já feita, enquanto pendente a ação respectiva.

A ser procedente a classificação da rescisória na categoria dos recursos, chegar-se-ia forçosamente a admitir duas apelações (a da ação antecedente e a da rescisória), assim também dois embargos, dois recursos extraordinários, (*) isso na hipótese de uma só das partes litigantes recorrer, pois se ambas o fizessem, quatro seriam os recursos de cada natureza, num mesmo feito, de vez que a rescisória, considerada como recurso, não constituiria uma outra ação, mas um ato processológico posterior da mesma ação.

Nem só esse argumento trazemos à balha. Fundada a rescisória num libelo onde se articulará matéria diversa da arti-

(*) Tem-se discutido se cabe recurso extraordinário em ação rescisória. O Supremo Tribunal sempre o admitiu, em contrário á opinião do Ministro Soriano de Sousa. Não há motivo para a rejeição de tal recurso, uma vez que o mesmo seja interposto em observancia nos requisitos constitucionais, a menos que, na ação rescisória, se restrinja o direito de qualquer das partes, ao revés do que ocorre em outras ações, o que seria um absurdo inominável. No direito alemão (art. 591 do Cód. Proc. Civ. Alemão) são admissíveis os recursos ordinários contra a sentença rescisória.

culada no libelo da ação antecedente, cuja sentença é rescindenda, claro está que isso não se coaduna com a natureza do **recurso** que se quer dar à rescisória, pois se esta fôra recurso ficaria a ação com dois libelos *diferentes*, o *segundo encerrando* matéria nova, e **ipso facto**, instaurado novo juízo na mesma lide, o que não é possível.

Dir-se-ia que também os recursos podem envolver matéria nova, e o libelo, da rescisória, em tal caso, perderia o seu caráter para ser a articulação do próprio recurso.

Mas os recursos sempre se destinam a instar pela reforma da sentença recorrida, ou por eles se pleiteia o restabelecimento do primeiro julgado (se forem embargos ou outros posteriores ao recurso da decisão de primeira instância), ao passo que a rescisória, condicionada aos casos previstos em lei, e mirando a decretação da nulidade ou ilegalidade da sentença rescindenda, representa pròpriamente o direito de revogar uma sentença injusta que constitua coisa julgada (mas não **soberanamente julgada**). O âmbito da rescisória, portanto, é muito mais amplo que o de qualquer recurso. E, por isso mesmo, pode ser apreciada sob dois aspectos perfeitamente diversos; um em que, como nota CHIOVENDA, tratando da **revocazione** no direito italiano, a rescisória reabre uma **relação processológica** já encerrada definitivamente (**coisa julgada**), e tem o caráter de **ação autônoma**, embora a lei italiana a considere meio de impugnação. E outro quando a rescisória renova a questão de **fato**, encerrada de momento em uma relação ainda pendente, e em que é um verdadeiro e próprio recurso, precisa-

mente porque, não obstante a sua natureza excepcional (que se revela na limitação dos motivos e na ineficácia para suspender a execução) pertence a uma relação ainda não terminada (38). E' visto que o preeminente jurista alude, nesse lanço, aos efeitos dos dois **judicia** cumulados na rescisória, dos quais o primeiro consiste em anular a sentença transitada em julgado, e o segundo em restabelecer a relação jurídica anterior, pela reconsideração da matéria da rescindenda. Há, pois, cumulativamente, na ação rescisória, os dois efeitos: tutela jurídica em face da sentença rescindenda; e novo julgamento da causa, equivalendo, este efeito, ao do recurso.

X. — Bem distingue os dois institutos a possibilidade da rescisória concomitantemente com o recurso extraordinário.

E' admissível a hipótese de propositura da rescisória enquanto pendente esse recurso da sentença rescindenda, embora muitos o contestem. Justifica-se, porque a ação rescisória está na órbita do direito substantivo, como adiante demonstraremos, e tem latitude muito mais ampla que a do recurso, abrangendo matéria de fato, que aquele recurso não pode envolver e, por outro lado, não tendo cabimento em casos onde o mesmo é permitido.

E' matéria discutível, também, que a ação rescisória seja da órbita dos direitos substantivos. Vejamo-lo.

XI. — A BENTHAM é devida a classificação do direito, em **substantivo** e **adjetivo**, adotada em nosso sistema.

O primeiro define a essência do direito objetivo, as regras jurídicas abstratas, criadoras das relações concretas do direito;

(38) Chlovena: *Ob. cit.*, p. 511, § 85, vol. II.

o direito adjetivo traça o sistema legal de proteção e segurança das relações de direito, contra as suas possíveis violações. (39).

Quanto àquele, a competência de legislar era exclusiva do Congresso Nacional, e a legislação sobre direito adjetivo era outorgada ao poder legislativo dos estados nos termos do art. 34, n.º 23 da Constituição Federal de 1891.

No atual regime, a competência da União abrange tanto o direito substantivo quanto o adjetivo, por força da disposição do n.º XVI, art. 16 da Constituição de 10 de novembro de 1937, podendo os estados legislar sobre processo judicial ou extra-judicial apenas para suprir as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que se não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, nos termos do art. 18, letra g da mesma Constituição.

Como quer que seja, porém, a ação rescisória é direito material, substantivo, não obstante o Código Civil ter-se limitado a instituí-la, sem a disciplina que deu a outros institutos, como o desquite, a hipoteca, a reivindicação e tantos mais.

As nossas codificações federais não se têm restringido à matéria de direito substantivo, o que PAULO DE LACERDA atribue à influência do modelo francês (40), pois não rarejam disposições alheias ao ramo objetivado nos respectivos códigos. CLÓVIS BEVILAQUA porém explica satisfatoriamente essa intercalação de matéria processológica no Código Civil, dizendo que não era simples a tarefa de banir do Código todas as disposições dessa natureza, porque, muitas vezes, o preceito e a for-

(39) Paulo de Lacerda: Manual, I v., p. 14.

(40) Idem, *ibid.*, p. 18.

ma se penetram, de modo que um não pode ir sem a outra. (41). Em verdade, nem raramente é a forma da essência do ato.

PEDRO LESSA deixa em relêvo os limites entre ambos os direitos, **substantivo** e **adjetivo**, com a clareza e precisão que lhe são peculiares à linguagem, e adota a distinção de DALLOZ (42) (**ordinatorium litis** e **decisorium litis**), a que apenas aquí nos referimos para que não divaguemos do assunto colimado neste trabalho.

Instituída nas **Ordenações do Reino, Livro 3.º, Tít. 75**, e no **Reg. 737, de 25 de novembro de 1850**, a ação rescisória veio a ter, nas legislações processuais dos estados, apenas as normas relativas à sua forma, às solenidades processológicas, aos seus atos ordinatórios pròpriamente ditos. O **Código Civil**, com o dispositivo do **art. 178, § 10, n. VIII**, estipulando-lhe o prazo de prescrição, não colidiu com os dispositivos das **Ordenações**, mas, muito ao revés, completou-os, dando ao instituto o seu caráter de direito substantivo, na melhor acepção.

Cabe a primazia, na defesa do quanto acabamos de expender, ao Ministro CARVALHO MOURÃO, a quem o Supremo Tribunal Federal seguiu sem restrições, reconhecendo, em reiterados arestos, a atual vigência da mencionada disposição das **Ordenações** e do **art. 681, § 4.º, Reg. 737**, e sobretudo o ser a rescisória um **direito substantivo**. E nem se deve compreender doutro modo, de vez que as normas que a **concedem** (estatuídas nas **Ord.** e no **Reg.** citados) e que a **extinguem** (**Cód. Civil, art. 178, § 10, n.º VIII**) são incontestavelmente dessa natureza.

(41) Clávis Bev.: Cód. Civ. Coment., v. I, p. 78, n. 74.

(42) Pedro Lessa: Ob. cit., p. 12.

A classificação jurídica da rescisória no direito adjetivo, donde a sua conceituação como recurso, decorre sem dúvida do fato de muitos códigos processuais dos estados, ao traçarem as normas que regulam o exercício de tal ação, repetirem matéria da lei preceptiva, que pode ser repetida, mas nunca alterada, revogada ou ampliada pela legislação estadual, pois doutro modo tal legislação seria inconstitucional.

Os motivos na **Ordenação** supra mencionada, portanto, são os que determinam os casos de cabimento da ação rescisória, e é por isso que o Código Processual de S. Paulo não declina tais motivos, limitando-se a disciplinar os atos ordinatórios respectivos, a determinar a competência e a outras disposições que de nenhum modo afetam a matéria contida na aludida **Ordenação**.

Na legislação paranaense, o **Cód. do Proc. Civil e Comercial** vigente (art. 933) especificou os casos em que se admite a ação rescisória (a que já aludimos no discorrer do presente estudo) mas não se distanciou, em nenhum deles, da matéria compreendida na **Ordenação** e no **Regulamento 737**.

“... E é por direito a sentença nenhuma, prescreve aquela **Ord.** — quando é dada sem a parte ser primeiro citada, ou é contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra direito expresso...” (Tít. LXXV, Livro III.)

Em brilhante parecer, quando na Procuradoria Geral do Distrito, JORGE AMERICANO invocou, no mesmo sentido de demonstrar que a rescisória é um instituto de direito substanti-

vo, o irresponsível argumento de que basta verificar que a finalidade doutrinária da ação rescisória se entrelaça com o princípio da coisa julgada, expressamente definida no art. 3.º, § 3.º do Código Civil, para se ter a confirmação disso; e ainda de que, entre os objetos da ação rescisória, está a decretação das nulidades do feito, matéria inteiramente regulada nos arts. 145 e seguintes do Código Civil, e o reconhecimento da violação do **direito expresso**, matéria que, como o mostra a própria locução, é inteiramente substantiva constituindo todo o objeto da legislação civil do país.

As nossas mais elevadas autoridades não discrepam quanto ao classificar-se a rescisória no campo do direito substantivo, e dentre tais se destacam RODRIGO OTÁVIO, VIVEIROS DE CASTRO, JOÃO MENDES, SORIANO DE SOUSA, CARVALHO MOURÃO, E. ESPÍNOLA e tantos mais. (**).

(**) Relatando um REC. EXTRAORDINÁRIO (PAND. BRAS., V. VIII, p. 57-70) no Supremo, o preeminente ministro RODRIGO OTÁVIO assim se externou: — “A Ordenação não foi revogada pelo art. 1807 do Código Civil, uma vez que a matéria não foi por este regulada, se bem que, para acentuar a natureza substantiva da matéria, esse Código haja regulado, no art. 178, § 10 a prescrição do direito de seu uso. O Reg. 737 de 1850, se bem que de natureza processual, recolheu o princípio da Ordenação. E’ preciso observar que não se trata de matéria processual. Em se tratando de ação rescisória é processual a parte relativa á forma de seu processo. No caso se trata do direito de ação, o que é matéria substantiva, o que cabe ao Legislativo Federal regular...”

Na brilhante sustentação do mesmo recurso, o prof. EDUARDO ESPÍNOLA deste modo se expressou: — “A ação rescisória é, como qualquer outra ação, considerada como proteção e garantia coercitiva dos direitos, instituição de direito substantivo”. No mesmo sentido manifestaram-se os ministros Cardoso Ribeiro, Carvalho Mourão, Plínio Casado, Soriano de Sousa.

Por acórdão de 16 de agosto de 1919, inserto na REV. DE DIREITO, v. 54, p. 87, não foi outra a classificação que deu o Supremo Tribunal á ação rescisória, e pelos mesmos motivos do aresto supra mencionado. Esse acórdão é firmado pelos ministros Viveiros de Castro, João Mendes, Mibieli, G. Natal, Hermenegildo, e tem como voto vencido o do ministro Godofredo Cunha. Ainda, seguindo a mesma doutrina, o ministro Pires e Albuquerque assim conclue seu parecer no rec. extraord. n. 1.523: — “Só a violação da lei em tese constitue violação de direito expresso para legitimar a nulidade da sentença. Matéria de direito substantivo, a ação rescisória não pode ser admitida fóra dos casos taxativamente enumerados no art. 680 do Regulamento n. 737”.

Consoante já fizemos ver neste estudo, insurge-se PONTES DE MIRANDA contra essa classificação, dizendo que não se pode compreender a ação rescisória como direito privado subjetivo, desde que se trata “de instituto processual, essencialmente ligado à estrutura dos serviços públicos de distribuição da justiça, portanto de **direito objetivo público**. (43).

Revida-se, entretanto, tal argumento, objetando que esse não é característico da ação rescisória, pois todo processo é de direito objetivo público, não ficando, de modo algum, destruídos pelo brilhante jurista os ponderosos motivos de ordem doutrinária que levam àquela acertada classificação da rescisória.

O preceito do art. 178, § 10, n.º VIII, do Código Civil, a que, linhas atrás, fizemos alusão, remata a série de argumentos que se coordenam para demonstrar o lugar que, em direito, compete ao instituto da rescisória. Aquele dispositivo sobre a prescrição foi alterado pelo decreto n.º 3.725 de janeiro de 1919, pelo qual se suprimiu a parte final “**de sentença de última instância**”, ficando, embora com sentido muito mais amplo, reduzido à expressão: “**Prescreve em 5 anos o direito de propôr ação rescisória**”.

Entende-se que, com a última redação do dispositivo, a ação rescisória passou a ter outra latitude, abrangendo também os atos jurídicos rescindíveis (44) como observa FERREIRA COELHO. Mas só sob o ponto de vista literal, pois que fácil é reconhecer que, atendendo-se ao histórico do instituto, quando ali se diz ação rescisória, não se alude senão à rescisória **de sentença** (45), como se infere também dos termos do Parecer da

(43) Pontes de Miranda: — Da Ação Rescisória, p. 95.

(44) Ferreira Coelho: Cód. Civ. Coment., v. XI, pag. 593.

(45) Pontes de Miranda: — Manual do Cód. Civ. Bras., v. IV, p. 573, n. 377.

Comissão Especial do Senado sobre tal emenda.

A ação rescisória pressupõe sempre uma sentença rescindenda, e neste particular reportamo-nos às definições de princípio estudadas.

Conceituada assim a rescisória no campo do direito substantivo, fôrça é convir em que nisso repouisa o mais convincente argumento de que tal instituto não é um recurso, na acepção jurídica do termo, mas uma ação autônoma, com todos os característicos, com que se exercita o direito de haver a revogação de sentenças nos casos apontados no Reg. 737 (art. 680 e 681) e na **Ordenação** (III, 75), ainda vigentes como o proclamou, em reiterados arestos, o Supremo Tribunal Federal.





3

Res judicata e a rescisória.

Coisa julgada. A rescisória e o recurso em face da res judicata. Conclusão.

XII. — De grande latitude, a ponto de chamar-se ação de “um alto interesse público”, a rescisória tem incontestavelmente sua maior importância no ser o meio possível e adequado para se desfazer a **coisa julgada**, o que, por via de qualquer recurso, não seria possível, pois que da inadmissibilidade deste depende a existência do caso julgado. Ainda nisso, outra distinção bem patente entre ambos os institutos.

Dir-se-á que a coisa julgada (**res judicata**), que é a sentença irrecorrível, de juiz competente, acorde com o direito e com a verdade dos fatos, lavrada em processo regular (46),

(46) Jorge Americano: *Ob. cit.*, p. 5.

assim entendida, não pode ser atacada pela rescisória, pois que, plenamente satisfeitos os requisitos enunciados na definição acima, nela não ocorrem, **ipso facto**, os motivos que facultam à parte ofendida revogar a sentença por meio da ação. E se a sentença contiver qualquer daquelas nulidades adnumeradas na **Ordenação** e no **Reg. 737**, trasladadas para os códigos processuais, na parte em que estes disciplinam o instituto, por isso mesmo não constitue **coisa julgada** na verdadeira acepção.

E' o que se diz na **Ordenação do Reino**. (Tít. 75 do Liv. III): — “A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e por tanto não he necessário ser della appellado...”

Segue-se, pois, que, sendo nula a sentença, jamais constitue **res judicata** e se pode pleitear, por meio da rescisória, a sua revogação. Assim sempre foi em nosso direito (47).

Donde a afirmativa do emérito PIMENTA BUENO: — “Em regra, as sentenças que passaram em julgado, que não são mais sujeitas aos recursos da apelação, e da revista, devem ter uma autoridade irrefragável, e ser consideradas como monumentos de justiça, que em tese não podem ser violados por nem uma prova em contrário.” (48)

Desse modo, contudo, não ocorre, de vez que se chama, na terminologia forense, **caso julgado** ao de que não cabe recurso, não se subentendendo que, por isso mesmo, esteja isento

(47) Pimenta Bueno: Apontamentos, p. 96; Pereira e Sousa: Ob. cit., nota 599, § CCXCVII.

(48) Idem, *ibid.*, p. 119.

de nulidades e acorde com todas aquelas condições apontadas no conceito de **coisa julgada** acima apreciado.

Por esse motivo, preciso é diferir **coisa julgada** e **coisa soberanamente julgada**, compreendendo-se esta perfeitamente no conceito a que vimos de aludir, e aquela no de sentença irrecorrível apenas, porém não no de sentença que reuna a essa condição as de estar acorde com o direito e com a verdade dos fatos, bem como de ter sido lavrada por juiz competente, em processo regular.

E' o que GOLDSCHMIDT distingue como **coisa julgada formal** e **material**, entendida a primeira como o pressuposto indispensável para que sobrevenha a coisa julgada em sentido material, "que consiste na **indiscutibilidade do pronunciamento do fundo** (mérito) na hipótese de que, em um processo futuro, se pretenda restabelecer a questão litigiosa." (49).

PONTES DE MIRANDA é claro em tal distinção (50) que já se encontrava, além de outros, em PIMENTA BUENO (***).

A **coisa julgada**, entretanto, irrecorrível mas sujeita a ser atacada por meio de ação rescisória, tem em seu favor o prazo prescriptivo desta ação, pois decorridos cinco anos da intimação, não mais é assegurado à parte lesada pleitear-lhe a revogação, porque ficou prescrito o seu direito.

Assim também é de entender-se o que preceitua a **Ordenação** na parte transcrita, segundo a qual a sentença nula nunca

(49) Goldschmidt: Ob. cit., p. 397.

(50) Pontes de Miranda: Manual, IV, v., n.º 378. Pimenta Bueno: Ob. cit., p. 96.

(***) DALLOZ faz a mesma distinção: — "Il (le jugement) a l'autorité de la chose jugée, lorsque il n'est pas susceptible d'être attaqué par les voies ordinaires, l'opposition ou l'appel, quoique il puisse l'être par les voies extraordinaires, telles que la tierce opposition, la requête civile, ou la cassation". (RÉPERTOIRE, N.º 2724, apud MATTIROLO, OB. CIT., P. 1070).

transita em julgado, é de considerar-se que a sentença nula não transita em julgado dentro no prazo prescritivo da rescisória, que era de trinta anos ao tempo da **Ordenação**, de cinco na vigência do **Código** (51), mas não por tempo indefinido, pois se assim fôra as decisões judiciais jamais teriam estabilidade

Não nos parece aceitável que o fundamento jurídico da **res judicata** não resida nessa estabilidade necessária à ordem jurídica, para ter a sua explicação, como pretende ALMENDIGEN, na santidade do estado e na sabedoria de sua eleição; na necessidade de venerar os órgãos de suas leis (os juízes), “a própria justiça personificada, a própria **ratio loquens**, que os cidadãos devem reconhecer no estado como órgão da vida jurídica...” (52). E’ um absurdo manifesto, contra o qual se insurgiu SAVIGNY, e que levaria ao princípio da infalibilidade judiciária.

Por ser o meio de desfazer a **coisa julgada**, tem-se que a **rescisória** ainda nisso se distingue do **recurso**. Ela se opõe ao direito consumado, pela sentença irrecorrível; é muito mais ampla do que qualquer recurso, e mais poderosa, como acabamos de demonstrar: promove a reintegração da ordem jurídica atingida pela sentença ilegal ou nula; restaura a verdade dos fatos; mira a execução das leis, a perfeita aplicação do direito em tese que se ajuste à espécie; representa, sem dúvida, uma sólida segurança dos direitos e interesses individuais que possam ser ofendidos em sentenças daquela natureza.

E’, irrecusavelmente, muito mais do que um simples recurso.

(51) N. Diógenes: *Ob. cit.*, p. 128.

(52) Almendigen: *Metáfísica do Proc. Civ.*, p. 150. — Savigny: *Sistem.*, VI, pag. 259.

XIII. — Não faltou, pois, razão a CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.) para, por outros motivos, chegar à conclusão de que “não há maior absurdo que chamar **recurso** à rescisão de julgados”, e ao insígne PEDRO LESSA, para informar que “não nos é lícito denominar **recurso** à ação rescisória do nosso direito judiciário, ação ordinária, que prescreve em 30 (atualmente em 5) anos”, nem a PONTES DE MIRANDA que, como tantos dos modernos juristas pátrios, forma na mesma corrente doutrinária, começando por definir o instituto “um remédio processual autônomo”.

Os que se habituaram à frequência dos mestres nesta matéria não poderão menos que acabar consigo que a grande maioria dos doutores dão à rescisória o lugar que lhe cabe no quadro do direito judiciário, na categoria das ações, embora muitas vezes deles se distancie, quanto a isso, a legislação de diversos países. A errônea classificação, em pról da qual militam nomes de grande relevo na cultura jurídica nacional, como FILADELFO AZEVEDO, PEREIRA BRAGA, CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, MUNIZ BARRETO, traz, indubitavelmente, a inconveniência de desnaturar o instituto, restringindo-o, tirando-lhe o caráter amplamente liberal, graças a que PONTES DE MIRANDA lhe reconheceu o atributo de “alto interesse público”, para registá-lo como **recurso sui generis**, indicando-se, desta maneira, classificação esdrúxula e imprópria. Em balde procura-se ampará-la no fato de os códigos de processo inscreverem-na dentre os **recursos**, e não no capítulo das ações. O argumento, porém, é inócuo, porque não é na disposição que o legislador deu aos diversos institutos, na elaboração das codificações, que se vai buscar a natureza jurídica desses institutos. Seria o caso de se invocar em contrário, a inclusão da rescisória no Código Civil, ficando, só por isso, destituída de funda-

mento a arguição de COSTA CARVALHO, ilustre docente da Universidade do Brasil (53). E' de louvar-se, quanto a isso, o Código de Processo Civ. e Comercial do Paraná, que seguiu a boa doutrina, consagrando à rescisória um capítulo especial e classificando-a como ação pròpriamente dita.

Finalmente, à série de elementos característicos da ação rescisória, não é demais acrescentar o que lhe decorre da própria denominação, pois, segundo observa PAULO DE LACERDA", a sentença ainda capaz de recurso não se **rescinde**, porém **retrata-se**, isto é, dela se **recorre**, (54), ao passo que por meio dessa ação perpétua o que se mira é o rescindimento, a anulação da sentença.

XIV. — Pondo t rmo às considerações que, à luz da melhor doutrina, expendemos neste trabalho, temos que não há senão ceder à evidência dos argumentos, para inferir, em remate, que a rescisória é **ação** e não um **recurso**, ação ordinária, direito substantivo, enunciada no Código Civil, embora este não a disciplinasse; e assim o é pelo seu elemento histórico, pela sua natureza, pela sua finalidade, pelos dispositivos legislativos que a instituíram, enfim, pelo elemento doutrinário que como tal a classifica.

A parte histórica do nosso estudo, remontando às origens do instituto no direito romano e no canônico, autoriza-nos a afirmar-lhe a classificação que lhe demos, em virtude da **retractatio** e da **restitutio in integrum**, já de ULPIANO chamada **actio rescissoriae**. Dessas instituições advieram para o direito francês a **requête civile**, para o italiano a **rivocazione**, (55),

(53) Costa Carvalho: Ob. cit., p. 176.

(54) Paulo de Lacerda: Ob. cit., I, n. 151.

(55) Mattiolo: Ob. cit., v. IV, p. 799; Chiovenda: Ob. cit., v. II, p. 510.

para o alemão a **Wiederaufnahme des Verfahrens** (56), institutos idênticos, se bem que nestoutras legislações situados na categoria dos recursos, e como tal entendidos.

A sua natureza jurídica de direito substantivo, reforça a conclusão, como ficou demonstrado, e, por fim, a sua grande latitude, maior que a de qualquer recurso, como elemento possível de atacar e revogar a **res judicata**, além de outras particularidades consideráveis para a comprovação da nossa tese, leva-nos necessariamente a poder deduzir com acerto a classificação jurídica da rescisória tal como a fizemos acima.

Também do presente estudo decorre que é possível a rescisória sem o **judicia rescissorium**, e nessa hipótese o seu objeto é exclusivamente a anulação da sentença e não o novo julgamento da espécie.

Ante o princípio da **estatalidade do direito**, é imprópria a denominação **direito expresso**, em oposição a **direito consuetudinário**, para cabimento da rescisória quando a sentença rescindenda o contrariar.

Buscando restabelecer verdade contra a qual se há decretado a sentença rescindenda, ou mirando o equilíbrio duma situação jurídica desfeita pela decisão, a rescisória é o próprio direito defensivo que se opõe à deformação progressiva do direito em tese pela prática judicial.

(56) Goldschmidt: *Ob. cit.*, p. 432.

JURISTAS CITADOS NESTE TRABALHO:

(As obras estão indicadas nas respectivas citações.)

Afonso Claudio.

Alessio.

Almeida Oliveira.

Almendigen.

Bellot.

Bentham.

Bouix.

Câmara Leal.

Cândido de Oliveira Filho.

Carvalho de Mendonça (M. I.)

Carvalho Mourão.

Carlos Maximiliano.

Cardoso Ribeiro.

Chiovenda.

Clóvis Bevilaqua.

Costa Carvalho (L. A.)

Daloz.

Degenkolb.

Dupin.
Eduardo Espínola.
Ferreira Coelho.
Filadelfo Azevedo.
Gaio.
Gaston May.
Giorgio Del Vecchio.
Gluck
Godofredo Cunha
Goldschmidt
Guimarães Natal.
Hermenegildo de Barros.
Ihering.
Japiot.
João Mendes.
João Monteiro.
Jorge Americano.
Justiniano.
Mattiolo.
Maynz.
Monier.
Muniz Barreto.

Nestor Diógenes.

Ortolan.

Paulo.

Paulo de Lacerda.

Pedro Lessa.

Pedro Mibieli.

Pereira e Sousa.

Pereira Braga.

Pimenta Bueno.

Pires e Albuquerque.

Pisanelli

Plínio Casado.

Pontes de Miranda.

René Dekkers.

Rodrigo Otávio.

Rui Barbosa.

Ruggiero.

Savigny.

Soriano de Sousa.

Ulpiano.

Viveiros de Castro.

Wach.