

ACÇÃO RESCISÓRIA CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA
Catedrático aposentado e Professor Titular em exercício na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas
Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas

1. *A coisa julgada* é efeito ou, na tese de LIEBMAN, qualidade da sentença de mérito. Pela força de que se reveste, normalmente tem de subsistir. Por isso, é da tradição de nosso direito, em sintonia com ordenamentos estrangeiros, que somente em casos graves e, portanto, de consignação expressa e restrita em lei, a sentença poderá ser desconstituída via ação rescisória ou instituto similar com igual objetivo. Hoje, está superada a idéia de que a sentença *nula* era o alvo da ação rescisória. Se o vício for de tal monta, que a torne nula, nem de ação rescisória precisará o prejudicado para atacar a sentença, sem limite, até, de tempo.

2. Conforme precioso estudo de MOACYR LOBO DA COSTA, o Código de Processo Civil de 1973 embaralhou casos de nulidade com casos de rescindibilidade causando perplexidade ao intérprete, sobretudo pelo curto prazo de dois anos para a propositura da ação extrema. Assim sendo, o biênio fatal (art. 495 do CPC., encurtando o lapso clássico de cinco anos do Código Civil), pelo sistema vigente, abrange a nulidade (que nunca convalence) e as espécies típicas de rescindibilidade, essas, sim, sujeitas àquele prazo de decadência.¹

3. Um requisito ou pressuposto, contudo, é indispensável para a ação rescisória ser proposta: *sentença de mérito transitada em julgado* (art. 485 do CPC). A sentença de mérito é aquela que decide qualquer das matérias arroladas no art. 269, pois a do art. 267 é a chamada, doutrinariamente, de *terminativa*, porquanto é "sem julgamento do mérito". Contra qualquer sentença — sem julgamento ou com julgamento do mérito — o recurso é sempre e exclusivamente o de apelação (art. 513, com remissão expressa àqueles dispositivos). Ao contrário do regime do CPC de 1939, pelo qual a natureza da decisão importava para o recurso cabível — decisão *definitiva* ou de mérito, apelação; e decisão *terminativa*, sem mérito, agravo de petição (esse agora extinto), no vigorante esse critério não subsiste: contra sentença, sempre apelação. Os arts. 267 e 269, acima citados, têm de ser articulados com o art. 162, § 1º, do CPC, que conceitua o ato do juiz.

Entretanto, no ensinamento de BARBOSA MOREIRA, nem sempre caberá apelar, apesar de o Código referir-se a *sentença*, como ocorre no art. 790, *caput*². Acima, pois, da letra do diploma, tem de ser compreendido o alcance do provimento judicial, para caracterizar o recurso. Se não for apelação, terá de ser agravo de instrumento, com base no art. 522 do CPC embora esse dispositivo não qualifica a decisão como interlocutória, cujo conceito se encontra no art. 162, § 2º.

Artigo destinado, originariamente, ao primeiro número da Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, a ser lançado em 1985.

¹Reflexões sobre a ação Rescisória — conferência, 1984.

²Comentários ao Código de Processo Civil, coleção "Forense", 4ª ed. vol. VI, p. 468, n.233.

4. Pelo fato, porém, de a sentença poder ser impugnada por agravo de instrumento, como no exemplo formulado pelo mestre carioca, pelo sentido do ato judicial, nem por isso fica atendido o pressuposto para ação rescisória. Ser sentença é indispensável para ensejar ação rescisória; mas, mesmo assim, tem de ser "de julgamento do mérito". Logo, sendo de conteúdo interlocutória, mesmo com o rótulo de sentença, a ação rescisória será impertinente, pois falta o requisito básico intrinsecamente: o mérito decidido.

5. Pelo sistema do CPC. de 1973, o silogismo quanto ao cabimento, ou não, de ação rescisória é o seguinte: a) — agravo de instrumento somente é hábil contra decisão interlocutória, que nunca julga o mérito; b) ação rescisória apenas é viável contra sentença de mérito, sujeita a apelação; c) — logo, quando a decisão for atacada por agravo de instrumento, não poderá ser intentada ação rescisória. Mesmo que o agravo de instrumento não fosse interposto, como apelação pode não ser interposta contra sentença, mesmo de mérito, a ação rescisória se tornaria incabível, pela natureza da decisão. A circunstância de ter sido, ou não, o recurso hábil interposto, a situação não influi para a ação rescisória: sendo interlocutória, com ou sem agravo, a ação é inviável; se terminativa, com ou sem agravo, a ação também será inviável; definitiva, ou sentença de mérito, então, sim, a ação rescisória poderá ser tentada, dentro dos limites rígidos do CPC.

6. Entretanto, se esta é a solução conforme o esquema do CPC, nos feitos regulados pelo diploma, o problema deve ser analisado e solvido quanto aos feitos regulados por legislação especial que ainda conserve *agravo de instrumento contra decisão de mérito*, sem ter havido ainda adaptação ao sistema do CPC. Apesar, portanto, de acórdão ter sido proferido em agravo de instrumento, que, no CPC, pressupõe decisão interlocutória (não de mérito), será viável ação rescisória contra o julgado e, não interposto o recurso, tendo transitado em julgado, haverá a mesma possibilidade para ser internada a ação extrema? A forma de recurso torna-se secundária ante a natureza da decisão originária, em face da matéria solvida, que prevalece sobre o tipo de recurso.

7. Exatamente quando a matéria estiver fora do Código de Processo Civil, que, assim, não pode ser invocado subsidiariamente de modo rígido, é que o assunto deve ser estudado e solvido racionalmente, fora daquele raciocínio simplista, que ocasionaria verdadeira heresia jurídica. Pelo sentido ontológico da ação rescisória, o importante é não deixar subsistir uma decisão de mérito, pelo conteúdo e pelos efeitos, infestada de vício relevante, que não pode persistir, apenas pela circunstância de que o recurso hábil é o agravo de instrumento, pela norma especial que reja a causa, em face da legislação respectiva. O interesse jurídico e político da ação rescisória, visando ao mérito, está acima da forma de recurso, embora pelo Código não seja cabível. Se outras são as situações, então deve ser a solução, sempre visando ao objetivo precípuo da ação rescisória. O que vale é estar o mérito em jogo e, não, o fato de o provimento ser considerado sentença, pois a que não for definitiva e, sim, terminativa (sujeita igualmente a apelação) não ensejará ação rescisória. Por conseguinte, não é a forma de recurso — apelação —, que permite a ação rescisória contra o acórdão que o julgue, e, sim, a matéria objeto da sentença. Quando, portanto, o intérprete e aplicador estiver ante uma decisão (termo amplo, como sinônimo de provimento do juiz) com evidente conteúdo de mérito, independentemente do recurso cabível, a ação rescisória será perfeitamente hábil para atacar o acórdão respectivo, ainda que proferido em agravo de instrumento.

8. A Lei de Falências serve como o melhor exemplo para a intrincada questão, porque o agravo de instrumento ainda é recurso pertinente contra decisões que decidem o mérito, mesmo proferidas em incidentes, de vez que fazem coisa julgada, situação inexistente para as decisões interlocutórias e, até, terminativas, que geram somente a preclusão. E, embora de mérito, o recurso não é apelação (como as sentenças de qualquer tipo no sistema do Código de Processo Civil) e, sim, agravo de instrumento. Os arts. 146, que trata da *sentença* que concede, ou não concordata; e 166, § 2º, que dispõe sobre a decretação de falência, frustrada a concordata, mencionam o *agravo de instrumento* como o recurso cabível, fora, portanto, dos moldes do Código de Processo Civil, como bem salienta CARLOS SILVEI-

RA NORONHA³. Contra a decisão que nomeia o síndico, cabe agravo de instrumento (art. 60, § 4º, do Dec.-lei nº 7.661), mas PONTES DE MIRANDA considera viável ação rescisória contra o acórdão que o julgue, com a seguinte afirmativa: "trata-se de decisão constitutiva, que transita formalmente em julgado. Não há qualquer fundamento para negar-se a ação rescisória contra essa decisão"⁴.

9. BARBOSA MOREIRA, sempre zeloso na defesa do sistema do Código de Processo Civil, quanto ao direito positivo, embora fazendo crítica, às vezes veemente, do ponto de vista teórico, igualmente sustenta a possibilidade de ação rescisória contra acórdão em agravo de instrumento fora do diploma geral, conforme este seu ensinamento: "tampouco é possível rescindir acórdão que julgue recurso contra decisão interlocutória (art. 162, § 2º), ou final (art. 267) de primeiro grau ou de grau superior sobre matéria estranha ao *meritum causae*: assim, por exemplo acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento, SALVO SE SE TRATAR DE CAUSA SUJEITA A REGRA ESPECIAL, acaso subsistente após a entrada do Código em vigor que preveja tal agravo como recurso cabível contra sentença de mérito"⁵.

10. Abordando, diretamente, o problema, SÉRGIO BERMUDEZ se expressa com clareza e segurança:

"Acréscete-se, *ex-abundantia*, que, na espécie, é absolutamente irrelevante o fato de os acórdãos, cuja rescisão se busca, terem sido proferidos em agravo de instrumento. No processo de falência, que, decidida uma questão de fundo, prossegue para a solução de outras, o agravo de instrumento é o recurso com que se impugnaram decisões de mérito (aliás, tal relevância podem assumir as questões objeto de agravo no processo falimentar, que o legislador, no § 1º, do art. 207, da lei específica, admitiu a sustentação oral na sessão de julgamento desse recurso). NADA OBSTA, POR ISSO, A QUE SE RESCINDAM ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO"⁶.

11. Por sinal que se tem entender que o próprio Código de Processo Civil não é ortodoxo no pressuposto da ação rescisória, quando exige "sentença de mérito", pois admite este remédio extremo contra decisão terminativa (terminologia doutrinária, mas não legal), como acentua ainda PONTES DE MIRANDA:

"No art. 485 do Código de 1973, fala-se da rescindibilidade das sentenças de mérito; mas o próprio Código de 1973, que fez rescindível a sentença que se fundou em *desistência inválida* (art. 485, VIII), ao enumerar as sentenças que extinguem o processo "sem julgamento de mérito", põs a desistência da ação"⁷.

E completando seu pensamento em torno da mesma questão, o inolvidável mestre assim se exprime:

"O art. 485 do Código de Processo Civil diz que pode ser rescindida a sentença, nas espécies que se apontam, se "de mérito"; de modo que se excluíriam todas as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito (cfr. art. 267). Ora, a desistência, por exemplo, está no Código, art. 267, VII, como um dos fundamentos para a sentença que extinga o processo sem julgamento de mérito, de jeito que não se pode dar acolhida inexcetuável ao que

se diz no começo do art. 485 ("a sentença de mérito transitada em julgado"), pois haveria contradição entre os dois trechos"⁸.

12. Mesmo nas causas reguladas pelo Código de Processo Civil, a posição ou sede da sentença não tem importância capital para permitir, ou não, a ação rescisória. Ainda quando a decisão for atacada por agravo de instrumento (v. item n. 3 supra), normalmente cabível apenas contra decisão interlocutória (que não atinge o mérito, portanto), nem por isso fica imune à ação rescisória, desde que o conteúdo seja considerado como mérito pelos efeitos jurídicos que gera dentro e fora do processo. O mérito não decorre apenas de verdadeira sentença definitiva, embora toda a sentença definitiva abranja sempre o mérito. Além disso, pode não existir o mérito no sentido técnico verdadeiro, e a sentença — ou decisão — comportar a ação rescisória. Isso porque, na palavra de PONTES DE MIRANDA, "o que se há de assentar como interpretação razoável é a de abstrair-se da expressão "mérito" que está no art. 485"⁹.

13. A jurisprudência se tem revelado liberal e racional em vários julgados de diferentes tribunais, em consonância com a doutrina menos rígida, ao conhecer de ação rescisória contra acórdãos proferidos em agravo de instrumento, tudo dependendo da matéria solvida pela decisão de primeiro grau, mesmo sem o rótulo de sentença, mas valendo o conteúdo.

Como paradigmas dessa orientação, podemos apontar os seguintes arestos:

"A decisão interlocutória pode ser rescindida fluindo o prazo para seu trânsito em julgado".

2º Grupo de Câmara Cíveis do 2º Eg. Tribunal de Alçada de São Paulo, ac. de 28.04.1977, Ação Rescisória n. 219.833,¹⁰

"Acórdão que não conheceu de agravo de instrumento. Erro de fato resultante de informação do cartório".

2º Grupo de Câmara Cíveis do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, ac. de 06.02.1975, Ação Rescisória n. 236.734,¹¹

"Acórdão proferido em agravo de instrumento, onde se decidiu que o valor considerado na colação é o do tempo da doação e não o do tempo da abertura da sucessão".

2º Grupo Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ac. de 15.10.1982, Ação Rescisória n. 38.189¹².

Ainda que não acolhendo a ação rescisória, porque não se enquadrava na linha preconizada no voto, vale o magistério de BARBOSA MOREIRA, como relator do feito: "Em se tratando de acórdão, à vista do que dispõe o art. 512 do estatuto processual, faz-se necessário, para tornar admissível a rescisória, que o julgamento do tribunal haja substituído decisão do juízo *a quo* com as características que se acabam de apontar" (isso é, a tipicidade de sentença de mérito)¹³.

14. Por conseguinte, mesmo nas causas sob a égide exclusiva do Código de Processo Civil, a ação rescisória tem sido admitida ou conhecida contra acórdãos proferidos em agravo de instrumento, inclusive quando se trata de aparente decisão interlocutória, mas que abriga matéria de mérito. Se assim o é, muito mais possível quando a causa estiver submetida a

³Do Agravo de Instrumento, 1ª ed., p. 221, n. 74.

⁴Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., p. 209, n. 5.

⁵Op. cit., p. 137, n. 70.

⁶Direito Processual Civil, Estudos e Pareceres, p. 265.

⁷Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, p. 257.

⁸Comentários, cit., p. 264.

⁹loc. cit.

¹⁰Revista dos Tribunais, v. 502, p. 140.

¹¹Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 13 p. 187.

¹²Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 98, p. 242.

¹³Ementário Forense, Agosto de 1982, Ano XXXIV, n. 405.

leis especiais, que ainda conservem o agravo de instrumento como o recurso normal, sem importar a natureza da decisão, como reminiscência de regimes anteriores e obsoletos, que destoam do atual Código de Processo Civil. Mas acima da técnica formal, tem de imperar o sentido até ético, da ação rescisória, que sobrepõe a necessidade de não deixar subsistir sentença profanada por vício grave à força da coisa julgada.

15. Sempre, portanto, que ação rescisória for ajuizada e julgada, o fato de tratar-se de acórdão proferido em agravo de instrumento não deve ser suficiente para, *in limine*, afastar sua viabilidade, devendo ser perscrutado o conteúdo da decisão originária, para verificar se contém, ou não, autêntica matéria de mérito, que caiu sob a égide da coisa julgada material, tornando-se normalmente imutável, pelos efeitos jurídicos gerados para as partes, para terceiros e para o Poder Judiciário. Se somente a ação rescisória se tornou o único meio processual possível para obstar os malefícios decorrentes de um dos vícios, no mínimo, arrolados pelo Código de Processo Civil, que justificam o remédio extremo, em nome do próprio contexto básico da ordem social e jurídica, mesmo derruindo a coisa julgada formada, então a ação deverá ser admitida ou conhecida, independentemente do julgamento final do seu próprio mérito, se atendidos, naturalmente, os demais pressupostos.