

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO DE SÃO PAULO - FADISP
CURSO DE DIREITO

Tiago Alves da Silva

**A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS DIVERSAS
DAS LEGISLADAS**

São Paulo
2023

TIAGO ALVES DA SILVA

**A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS DIVERSAS
DAS LEGISLADAS**

Trabalho acadêmico Dissertação apresentada à
Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de
concentração/disciplina Função Social do Direito.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior

São Paulo

2023

Tiago Alves da Silva

**A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS DIVERSAS
DAS LEGISLADAS**

**Trabalho acadêmico Dissertação apresentada à Faculdade Autônoma de Direito que é
submetido a área de concentração/disciplina Função Social do Direito, como obtenção
do grau de mestre.**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior

São Paulo, ____ de _____ de 2023

Banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior (Orientador)

Fadisp

Fadisp

Quando nos vemos na necessidade de agradecer é que podemos perceber o quanto as palavras falham nesse assunto. Meu primeiro agradecimento é destinado à minha esposa Roberta Seben, que além de me apoiar irrestritamente, transformou as condições para que eu pudesse concretizar essa etapa. Também gostaria de agradecer a todos os professores da FADISP que se dedicaram a esse projeto de formar inúmeros mestres em um tão importante ramo das ciências sociais. Não posso deixar de nominá-los; Julio Cesar de Oliveira Vellozo, Lauro Ishikawa, Renato Gugliano Herani, Carolina Noura de Moraes Rêgo, Francisco Pedro Jucá e André Ramos de Carvalho. Nessa classe de homenageados, cabe dar destaque ao meu orientador, o Professor Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior. Na fase antecedente à preparação desse trabalho, várias inquietações, intuições, suspeitas, dúvidas e equívocos tomavam conta de minha cabeça. Foi o Professor Luiz Guilherme quem soube compreender minha intenção e me prestou um inestimável auxílio na organização das ideias; sem esse auxílio elas estariam perdidas no labirinto de nossas incompreensões. Agradeço ainda a cada um dos colegas de turma pela amizade, companheirismo e tolerância. Os laços de solidariedade desenvolvidos e a troca de experiências, certamente me fizeram melhor. Agradeço ao meu amigo irmão Diones Figueiredo Franklin Canela pelo apoio e retaguarda na vida profissional, sempre presente nas inquietações e prestando incondicional auxílio. Por fim, mas em destaque, agradeço a Jesus Cristo que não me abandona.

*A teoria geral do direito é uma atividade
tipicamente filosófica [...]. E na filosofia não há
teses verdadeiras ou falsas.*

R. Guastini

A verdade é o todo.

G. W. F. Hegel

RESUMO

De posse de farta bibliografia e matéria jurisprudencial, o trabalho se propôs investigar se a ação rescisória seria empregável na desconstituição de decisões judiciais dadas em contrariedade às normas jurídicas diversas das legisladas; aquelas produzidas para fora do processo legislativo estatal, alcançando a conclusão de que a redação do inciso V do art. 966 do CPC/2015, aludindo à violação manifesta de norma jurídica, como gatilho da rescindibilidade, não comporta interpretação literal. A ação rescisória é instrumento de controle do significado do texto jurídico empregado para a construção da solução judicial. Isso exclui a possibilidade de rescisão de decisão contrária a normas jurídicas não escritas ou daquelas que, sendo escritas, como as negociais, não podem ser interpretadas sem a meticulosa investigação dos elementos fáticos que moveram a vontade dos contratantes, pois nesse tipo de relação jurídica, a vontade das partes sobrepõe a literalidade das cláusulas dela resultante. Também em relação aos princípios jurídicos, mesmo quando superada a questão da forma de exteriorização, admitir a ação rescisória, para além da necessidade de apurada investigação fática, a solução estaria à mercê das orientações ideológicas e axiomáticas do juízo rescisório, convertendo-a em instrumento de rescisão de vontades, em comprometimento direto da segurança jurídica que plasma a própria noção de direito. A ação rescisória por violação de norma jurídica é tecnologia do Estado para fazer valer sua autoridade e compromissos expressados nas normas por ele postas, não diferindo ser a fonte legislativa ou jurisprudencial. A desconstituição da coisa julgada – instrumento da segurança jurídica – por meio da ação rescisória por violação de norma jurídica demanda a concomitância de quatro elementos: a origem estatal da norma, a forma escrita, a impossibilidade de impugnação da justiça da decisão rescindenda e, sobretudo, a dimensão dos impactos da decisão rescindenda na ordem jurídica, comprometida com a tutela do mercado.

Palavras-Chave: Segurança-jurídica. Coisa julgada. Norma jurídica. Mercado. Ação rescisória.

ABSTRACT

In possession of a rich bibliography and jurisprudential material, the work proposed to investigate whether the rescission action would be usable in the deconstitution of judicial decisions given in opposition to the legal norms different from those legislated; those produced outside the state legislative process, reaching the conclusion that the wording of item V of art. 966 of CPC/2015, alluding to the manifest violation of a legal rule, as a trigger for rescindability, does not allow for a literal interpretation. The rescission action is an instrument to control the meaning of the legal text used for the construction of the judicial solution. This excludes the possibility of rescinding a decision contrary to unwritten legal rules or those that, being written, such as business rules, cannot be interpreted without meticulous investigation of the factual elements that moved the will of the contracting parties, because in this type of legal relationship, the will of the parties overrides the literality of the resulting clauses. Also in relation to legal principles, even when the question of the form of externalization is overcome, admitting the rescission action, in addition to the need for a thorough factual investigation, the solution would be at the mercy of the ideological and axiomatic guidelines of the rescission judgment, converting it into an instrument rescission of wills, directly compromising legal certainty, which shapes the notion of law. The rescission action for violation of a legal norm is a technology of the State to assert its authority and commitments, expressed in the norms set by it, not differing from being the legislative or jurisprudential source. The deconstitution of *res judicata* – an instrument of legal certainty – through rescission action for violation of a legal norm, demands the concomitance of four elements: the state origin of the norm, the written form, the impossibility of challenging the justice of the rescinding decision and, above all, the dimension of the impacts of the rescinding decision in the legal order, committed to the protection of the market.

Keywords: Legal-security. *Res judicata*. Legal norm. Marketplace. Rescission action.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C.	–Antes de Cristo
ADC	–Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	–Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	–Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AR	–Ação rescisória
Art.	–Artigo
BNP	–Banco Nacional de Precedentes
CCB	–Código Civil Brasileiro
CDC	–Código de Defesa do Consumidor
CF	–Constituição Federal
CLT	–Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	–Conselho Nacional de Justiça
CPC	–Código de Processo Civil
CPP	–Código de Processo Penal
d.C.	–Depois de Cristo
DF	–Distrito Federal
EC	–Emenda Constitucional
FADISP	–Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo
FONAJEF	–Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais
IAC	–Incidente de Assunção de Competência
IN	–Instrução normativa
IRDR	–Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
IRR	–Incidente de Recursos Repetitivos
JEF	–Juizado Especial Federal
LACP	–Lei da Ação Civil Pública
LIMDB	–Lei de Introdução ao Direito brasileiro
MP	–Medida Provisória
MS	–Mandado de Segurança
n.	–Número
OIT	–Organização Internacional do Trabalho

OJ	–Orientação jurisprudencial
p.	–Página
PGFN	–Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PL	–Projeto de Lei
RE	–Recurso Extraordinário
REsp	–Recurso Especial
RISTF	–Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	–Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RITST	–Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho
RR	–Recurso de Revista
SBDI-1	–Primeira subseção especializada em dissídios individuais
SBDI-2	–Segunda subseção especializada em dissídios individuais
STF	–Supremo Tribunal Federal
STJ	–Superior Tribunal de Justiça
TJ	–Tribunal de Justiça
TJSP	–Tribunal de Justiça de São Pulo
TRF	–Tribunal Regional Federal
TRT	–Tribunal Regional do Trabalho
TSE	–Tribunal de Justiça
TST	–Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 NOÇÕES GERAIS DA AÇÃO RESCISÓRIA	18
2.1 A Coisa Julgada e seus fundamentos	18
2.1.1 Conceituação da coisa julgada na atualidade do direito processual brasileiro	21
2.1.2 Espécies de coisa julgada	24
2.1.3 Limites da coisa julgada	28
2.1.3.1 Limites subjetivos da coisa julgada	28
2.1.3.2 Limites objetivos da coisa julgada.....	32
2.1.3.3 Limites temporais da coisa julgada	37
2.1.3.4 Limites territoriais da coisa julgada.....	39
2.1.4 Coisa julgada sobre questão	40
2.1.5 Conflito de coisas julgadas.....	43
2.1.6 Desconstituição da coisa julgada.....	46
2.2 Origem histórica da ação rescisória.....	48
2.3 Fundamentos políticos da ação rescisória	62
2.4 Finalidades da ação rescisória	66
2.5 Natureza jurídica e conceito da ação rescisória.....	71
2.6 Objeto da ação rescisória	75
2.6.1 Decisões resolutivas de mérito	78
2.6.1.1 Mérito da causa.....	79
2.6.1.2 Mérito do recurso	80
2.6.1.3 Recurso extraordinário por violação de disposição de lei, constituição federal ou precedente vinculante e mérito	82
2.6.1.4 Decisões de mérito irrevogáveis	84
2.6.1.5 Liquidação de sentença e mérito	90
2.6.1.6 Mandado de segurança e mérito	92
2.6.1.7 Decisão homologatória de acordo	97
2.6.1.8 Decisão de mérito transitada em julgado substituída por acordo	100
2.6.2 <i>Querela nullitatis</i> e ação rescisória	101
2.6.2.1 Traços distintivos entre a ação rescisória e a <i>querela nullitatis</i>	105
2.6.2.1.1 Objeto	105
2.6.2.1.2 Natureza jurídica do provimento pretendido	106

2.6.2.1.3 Prazo para a propositura	107
2.6.2.1.4 Depósito.....	108
2.6.2.1.5 Competência	108
2.6.2.2 A questão da fungibilidade entre a ação rescisória e a querela <i>nullitatis</i>	110
3 A AÇÃO RESCISÓRIA NA ATUALIDADE BRASILEIRA	115
3.1 A introdução da ação rescisória no direito brasileiro e sua evolução.....	115
3.2 A ação rescisória no direito comparado	121
3.3 A ação rescisória e sua disciplina no contexto da atualidade brasileira.....	127
3.4 Direito intertemporal, causas de rescindibilidade e processamento da ação rescisória	134
3.5 Prazo para ajuizamento da ação rescisória.....	138
3.5.1 Prazos previstos para o ajuizamento da ação rescisória no direito processual brasileiro	140
3.5.2 Natureza jurídica do prazo para ajuizamento da ação rescisória.....	141
3.5.3 Termo inicial da contagem do prazo	143
3.5.3.1 Contagem do prazo e o absolutamente incapaz.....	145
3.5.3.2 Contagem do prazo para o ajuizamento de ação rescisória fundada em prova nova .	146
3.5.3.3 Contagem do prazo para o ajuizamento de ação rescisória fundada em simulação ou colusão das partes	148
3.5.3.4 Contagem do prazo para o ajuizamento de ação rescisória para a desconstituição de decisão fundada em norma jurídica declarada inconstitucional ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal	151
3.5.4 Termo inicial e trânsito em julgado progressivo	156
3.5.5 Trânsito em julgado e recurso inadmitido	162
3.5.6 Termo inicial e intimação das partes em datas distintas.....	165
3.5.7 Termo inicial e parte originária com privilégio de prazo	167
3.5.8 Trânsito em julgado decisão irrecorrível	168
3.5.9 Termo final para ajuizamento da ação rescisória	170
4 A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS DIVERSAS DAS LEGISLADAS	173
4.1 Tendência ampliativa das hipóteses de cabimento da ação rescisória.....	173
4.2 A norma jurídica compreendida na atualidade da ciência processual.....	183
4.2.1 As fontes da normatividade jurídica.....	184

4.2.2 O momento de surgimento da norma jurídica	189
4.2.3 A função da norma jurídica nas relações sociais	193
4.2.4 A distinção entre as normas jurídicas e as demais normas sociais	196
4.2.5 A violação da norma jurídica.....	199
4.2.5.1 Interpretação controvertida no âmbito dos tribunais	203
4.2.5.2 O prequestionamento como procedimento revelador da violação à norma jurídica ..	208
4.3 A ação rescisória calcada na violação de súmula de jurisprudência uniforme	213
4.3.1 Hipóteses de rescisão abarcadas pelo § 5º do art. 966 do CPC	218
4.3.2 Eficácia vinculante das súmulas de jurisprudência	222
4.3.4 A eficácia normativa das súmulas e a separação de poderes.....	228
4.4 A ação rescisória calcada na violação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos	234
4.4.1 Casos repetitivos no direito processual brasileiro	240
4.4.1.1 Espécies de casos repetitivos no direito brasileiro	240
4.4.1.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos.....	241
4.4.1.2 A força vinculante das decisões proferidas em sede de causas repetitivas	244
4.4.1.2 A publicidade ampla e força vinculante das decisões proferidas em sede de causas repetitivas	249
4.4.1.2 A possibilidade de rescisão do julgado pela transgressão ao verbete de súmula e do precedente vertido causas repetitivas	250
4.5 A ação rescisória calcada na violação de princípios jurídicos.....	259
4.5.1 A conceituação dos princípios jurídicos.....	263
4.4.2 A função dos princípios jurídicos.....	264
4.5.2 A aplicação dos princípios jurídicos.....	268
4.5.2.1 A distinção a partir do caráter hipotético-condicional.....	269
4.5.2.2 A distinção a partir do modo final de aplicação e do conflito normativo	270
4.5.3 A (im)possibilidade do uso de ação rescisória para a desconstituição de decisão judicial havida em violência de princípio jurídico	272
4.6 A ação rescisória calcada na violação de convenções coletivas de trabalho	283
4.6.1 O poder atuante na celebração de convenções coletivas de trabalho	287
4.6.2 A natureza jurídica do poder que atua na celebração de normas coletivas de trabalho ..	289
4.6.3 Convenções e acordos coletivos de trabalho: denominação, conceito e natureza jurídica	290

4.6.4 Posição das convenções coletivas de trabalho frente ao ordenamento jurídico brasileiro	295
4.6.5 Incidência das convenções coletivas de trabalho	298
4.6.6 Interpretação das convenções coletivas de trabalho	300
4.6.7 A (im)possibilidade do cabimento da ação rescisória calcada na violação de convenção coletiva de trabalho.....	303
4.7 A ação rescisória calcada na violação de disposições contratuais individuais.....	308
4.7.1 Origens do fenômeno da contratualidade	308
4.7.2 A moderna conceituação do contrato e sua função social	310
4.7.3 A normatividade jurídica das disposições contratuais.....	311
4.7.4 A (im)possibilidade do cabimento da ação rescisória calcada na violação de disposições contratuais individuais.....	314
4.8 A ação rescisória calcada na violação de costumes jurídicos	317
4.8.1 O costume jurídico e sua conceituação	318
4.8.2 As espécies de costumes jurídicos.....	320
4.8.3 A posição e função dos costumes jurídicos no ordenamento brasileiro	322
4.8.4 A prova de sua existência, vigência e conteúdo dos costumes jurídicos.....	325
4.8.5 A (im)possibilidade de ação rescisória calcada na violação de costumes jurídicos	327
5 CONCLUSÃO.....	332
REFERÊNCIAS	338

1 INTRODUÇÃO

O CPC/2015, ao tratar das hipóteses de rescindibilidade das decisões judiciais, substituiu a expressão “violar literal disposição de lei”, contida no art. 485, V do CPC/73, passando a adotar em seu art. 966, V, a dicção “violar manifestamente norma jurídica”, o que acabou fazer com que setores da doutrina imediatamente se posicionassem no sentido de que o dispositivo acabava por alargar substancialmente o uso da ação rescisória, a final de contas, a noção de norma jurídica comporta um sentido muito mais amplo do que “disposição de lei” ou, no mínimo, não correspondente, não sendo raros os exemplos de normas jurídicas que, por vezes, sequer são escritas, como se dá, por exemplo, em relação aos costumes ou alguns princípios gerais.

A rigor, mesmo antes de vigorar a referida redação, que faz menção à violência manifesta contra norma jurídica, setores da jurisprudência e doutrinadores de destacada influência sobre o tema já defendiam a impossibilidade de uma interpretação literal do art. 485, V do CPC/73 e seus antecedentes, para apontar que, em verdade, a norma jurídica veiculada no dispositivo visava uma defesa qualificada da ordem jurídica, isto é, do *direito em tese*, que não poderia ser reduzida a um texto de lei ou enunciado normativo.

Nessa crítica ao conteúdo literal do texto de lei, apontado como manifestamente impróprio, a doutrina já avançava, inclusive, para destacar que a própria expressão “lei”, não poderia ser concebida em sua literalidade, já que isso poderia implicar na conclusão de que haveria condescendência legal para a violação do direito objetivo veiculado em diversas espécies legislativas tais como, a constituição e suas emendas, medidas provisórias, decretos legislativos, decretos do Executivo e outros.

Não obstante as respeitáveis opiniões doutrinárias, a jurisprudência brasileira, notadamente de seus Tribunais Superiores, sempre se viu dividida, por vezes admitindo uma interpretação no sentido de que a expressão “literal disposição de lei”, contida no inciso V do art. 485 do CPC/73, correspondia a uma tutela do direito em tese, o que acabaria por consagrar o cabimento da ação rescisória para o caso de violação aberta de qualquer espécie de norma jurídica, estivesse ou não veiculada em lei.

Em outras ocasiões, fiando-se na literalidade do dispositivo, a jurisprudência se posicionava de modo a restringir as hipóteses de cabimento da ação rescisória apenas para os casos de ofensa à literal disposição de lei, o que implicava, a partir de então, na exclusão do cabimento da ação rescisória quando da violação de normas jurídicas consubstanciadas em princípios, costumes e até mesmo em outros instrumentos normativos sucedâneos da lei formal,

valendo como exemplo, as convenções e acordos coletivos de trabalho contemplados na CF/88 e adotadas para a conciliação entre as forças do capital e do trabalho, inclusive, prevalecendo sobre a legislação estatal na maioria dos conflitos de conteúdo.

Um exemplo da questão aqui tratada é a jurisprudência do TST que, em 20.09.2000, chegou a editar orientação jurisprudencial (OJ 25 da SBDI-2) no sentido de que a expressão “lei” contida no art. 485 do CPC/73, excluía a possibilidade de pedido de corte rescisório por contrariedade a instrumentos de negociação coletiva, atos do Executivo, regulamentos de empresa e verbetes da jurisprudência sumulada pela Corte.

A atual conjuntura social clama pela ampliação do acesso à justiça, assim como é manifesto o avanço da ciência processual, que alcançou a compreensão capaz de expurgar de vez a confusão, ainda comum, que se faz entre norma jurídica e enunciado normativo, pacificando o entendimento segundo o qual a norma jurídica é o resultado da atividade interpretativa e não o insumo do operador do direito.

O que há de concreto é que o CPC foi alterado e a pesquisa a se realizar consiste em investigar se dessa mudança resulta uma alteração de paradigma, onde a ação rescisória, que era concebida como instrumento apto a corrigir equívocos na aplicação da literalidade legislativa, cede lugar à tutela específica da norma jurídica, inclusive, aquelas que se produzem por meio de decisão judicial proferida em casos concretos.

Teria o art. 966, V do CPC, como sugere sua literalidade, franqueado o uso da ação rescisória para a desconstituição de decisões que violadoras de toda e qualquer espécie normativa ou haveria, aí também, a necessidade de uma interpretação restritiva, compatível com a própria excepcionalidade da ação rescisória?

Se positiva a resposta, como seria possível a propositura de ação rescisória em casos concretos como a violação de precedentes judiciais formados em casos repetitivos, a violação de princípios jurídicos, a violação de convenções coletivas de trabalho, a violação de disposições contratuais individuais e a violação de costumes? Em suma, o desafio é o identificarmos circunstâncias concretas, onde, e de que modo, será possível o uso da ação rescisória.

Para tanto, a pesquisa realizada consiste, do ponto de vista metodológico, de uma revisão da bibliografia especializada, mas não só. A pesquisa também se apropria de conceitos, definições e problemas tratados em outras ciências sociais, como é o caso da história, da sociologia, da filosofia e até mesmo da economia política. Reunidos os dados colhidos, estes foram confrontados criticamente.

Esta postura e método, por si só, já indiciam que o trabalho se afasta de uma proposição positivista da Ciência do Direito. A perspectiva adotada, pelo contrário, é não-positivista, pois não concebe o fenômeno jurídico como um dado dissociado da totalidade das demais relações sociais.

É de Eros Grau a máxima de que “não se interpreta o direito em tiras”¹, porém nosso propósito é mais elástico. Em nosso sentir são os fenômenos sociais em geral que não se podem compreender em *tiras*, destacados dos elementos materiais que lhe dão amparo e razão de existir.

Subtrair o direito do âmbito da totalidade fenômenos sociais, acaba por fetichizá-lo, fazendo-o parecer ter vida própria e capacidade intrínseca de se autocriar à revelia da materialidade que o cerca². Isso implica, não raras vezes, em conflito aberto entre o plano normativo a concretude das relações sociais que se pretende reger.

Separar o direito dos elementos materiais que lhe dão suporte existencial, acaba por turvar a própria compreensão do fenômeno jurídico, sabotando até mesmo seu desenvolvimento em prol da emancipação humana. É na reunião e análise crítica do todo social, nisto incluindo o próprio direito, que reside a verdadeira ciência do direito³.

Esse método de pesquisa constitui num verdadeiro mergulho nos dados disponíveis⁴ e é denominado descenso, se dando, precisamente quando “partimos da realidade imediata ao nosso redor e buscamos, cada vez mais profundamente, os conceitos fundamentais dessa realidade” e de ascenso, quando já munidos do que nos é fundamental, “podemos fazer o caminho de retorno à superfície [...] e descobrir o quanto enganador o mundo das aparências pode ser”⁵.

¹ GRAU, E. R. **Por que tenho medo de juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 86.

² Sublinhando a importância do conhecimento histórico e do desenvolvimento dos arranjos sociais na construção de todas as formas de representações, Marx atribui o fracasso teórico Proudhon [seu adversário mais perigoso] ao fato deste não conhecer as “instituições sociais como produtos históricos” e não compreender “nem a sua origem nem o seu desenvolvimento” (MARX, K. **Miséria da filosofia**. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 250).

³ Criticar não é desprezar o conhecimento existente; é partir dele para uma reelaboração crítica, inconfundível com a recusa, ou um juízo meramente moral, circunscrito ao bom ou ruim, bem ou mal, é, antes de tudo, trazer os objetos da crítica “ao exame racional, tornando-os conscientes, os seus fundamentos, os seus condicionamentos e os seus limites – ao mesmo tempo em que se faz a verificação dos conteúdos desse conhecimento a partir de processos históricos reais” (PAULO NETTO, J. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011, pp. 17-18).

⁴ “A investigação tem de se apropriar da matéria [*stoff*] em seus detalhes, analisar suas diferentes formas de desenvolvimento e rastrear seu nexos interno” (MARX, K. “Posfácio”. In: **O capital**: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 90).

⁵ HARVEY, D. **Para entender O capital**: livro I. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 17-18.

É manifesto que a exposição das conclusões alcançadas, necessariamente se distingue no modo como a realidade foi apreendida, e nem poderia ser de modo diverso, sob pena de se converter em um verdadeiro labirinto de ideias⁶. Com, estamos a enunciar que a argumentação contida no trabalho é construída a partir de conclusões previamente alcançadas e, do ponto de vista estrutural, a pesquisa perfaz 5 capítulos, sendo o primeiro e o último, reservados a introdução e conclusão.

Para além desses dois capítulos, o trabalho comporta outros três grandes capítulos de desenvolvimento, que são o segundo, terceiro e quarto capítulos.

O segundo capítulo se dedica às questões introdutórias, porém indispensáveis à compreensão do tema, que é a ação rescisória. É apenas conhecendo assuntos correlatos, como a coisa julgada e sua anatomia, que se poderá dimensionar, concretamente, aquela tecnologia jurídica, que a esta deve sua existência. Depois de abordadas e esclarecidas as mais importantes dimensões da coisa julgada, tais como seus fundamentos políticos, anatomia e impactos na ordem jurídica, daremos início à análise da ação rescisória, principiando por sua origem histórica, perpassando seus fundamentos políticos, finalidades, natureza jurídica e objeto, distinguindo-a de outros instrumentos jurídicos disponíveis no sistema processual brasileiro.

No terceiro capítulo é abordada a introdução e evolução histórica da ação rescisória no direito brasileiro, passando pela análise de sua disciplina legal, além de uma abordagem comparada em relação a outros ordenamentos jurídicos. É nesse capítulo que se trata, com mais vagar, sobre as causas de rescindibilidade apontadas no direito brasileiro, bem como são detalhadas algumas disputas e problemáticas referentes ao prazo para ajuizamento da ação rescisória.

O quarto capítulo é dedicado à resposta ao problema formulado, é nele que nos detemos em tratar sobre normas jurídicas, identificarmos circunstâncias concretas, onde e de que modo será possível o uso da ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada.

No transcurso de nossa atividade será possível imaginar que o trabalho oscila entre uma concepção *juspositivista*, *jusnaturalista* e *crítica*. Respondemos a essa virtual percepção com as palavras de Luiz Feracine ao dizer que “nem Aristóteles nem Platão podem ser tidos como donos exclusivos da verdade”⁷, sem embargos de que, admoestados por Bobbio, tratamos de distinguir, no plano de nossas ações, o positivismo enquanto método, teoria e ética da

⁶ “Sem dúvida, deve-se distinguir o modo de exposição segundo sua forma, do modo de investigação” (MARX, 2017, p. 90).

⁷ FERACINE, L. “Prefácio e Comentários”. In: MIRANDOLA, G. P. D. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 2006, p. 33.

legalidade⁸.

⁸ BOBBIO, N. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016a, pp. 25-26.

2 NOÇÕES GERAIS DA AÇÃO RESCISÓRIA

Esse capítulo é dedicado às questões introdutórias, porém indispensáveis à compreensão do tema, que é a ação rescisória. É apenas conhecendo assuntos correlatos, como a coisa julgada e sua anatomia, que se poderá dimensionar, concretamente, aquela tecnologia jurídica, que a esta deve sua existência. Depois de abordadas e esclarecidas as mais importantes dimensões da coisa julgada, tais como seus fundamentos políticos, anatomia e impactos na ordem jurídica, daremos início à análise da ação rescisória, principiando por sua origem histórica, perpassando seus fundamentos políticos, finalidades, natureza jurídica e objeto, distinguindo-a de outros instrumentos jurídicos disponíveis no sistema processual brasileiro.

2.1 A Coisa Julgada e seus fundamentos

Estudar um instrumento de impugnação, como é o caso da ação rescisória, pressupõe uma série de medidas preparatórias, sendo, talvez, a mais básica delas, a compreensão do que venha a ser a coisa julgada. É apenas em razão desse instituto que se cogita da existência da ação rescisória. Não existisse em nosso ordenamento a categoria jurídica da coisa julgada, não haveria também a ação rescisória. Essa deve àquela sua existência.

Veremos detalhadamente adiante, que as formações sociais modernas, substituindo a antiga concepção teológica de mundo, onde tudo deveria estar em conformidade com os dogmas da religião preponderante, não concebem outro mundo que não o jurídico⁹; “enquanto na Idade Média existia um sistema ético subordinado a uma ordem transcendente, o homem renascentista procura explicar o mundo humano tão-somente segundo exigências humanas”¹⁰. Nessa lógica, não haveria segurança fora do direito e, em razão disso, essas sociedades produzem fórmulas e mecanismos pelos quais buscam se assegurar, especialmente no processo de produção e circulação de mercadorias¹¹⁻¹².

Dentre os instrumentos forjados, talvez o mais visível seja o processo judicial, onde o interessado, dispondo do direito de ação, procura junto ao Estado a tutela de um interesse tido por violado ou em vias de violação. Por essa forma de composição de interesses, as partes em

⁹ Stutchka, aponta o código civil francês como evangelho da burguesia (STUTCHKA, P. **O papel revolucionário do direito e do Estado**: teoria geral do direito. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 90).

¹⁰ REALE, M. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 555.

¹¹ GRAU, 2021, p. 17.

¹² O modo de produção, diz respeito à totalidade das relações de produção em uma sociedade (MARX, 2009, p. 125). [...] “a produção é a universalidade, a distribuição e a troca, a particularidade, e o consumo, a singularidade na qual o todo se unifica” (MARX, K. **Grundrisse**: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 44).

conflito recebem, após um processo judicial, uma decisão adjudicada, a qual, percorridas as instâncias e expirados os prazos previstos em lei, quando não cabível mais qualquer forma de impugnação *endoprocessual* de seu conteúdo, transita em julgado, deflagrando, no dia seguinte a esse evento, um fenômeno ao qual temos chamado *coisa julgada* que, a depender de sua natureza, poderá impedir que a mesma demanda seja objeto de novo processo judicial.

Se, ao adotar fórmulas jurídicas, as sociedades modernas tinham em horizonte o resgate da segurança perdida pelo abandono da concepção teológica de mundo, seria inimaginável que o processo judicial – uma das fórmulas desenvolvidas – não tivesse fim ou que pudesse se repetir incontáveis vezes. Isso seria a própria negação do projeto de segurança através do direito – a segurança jurídica.

É nesse prisma que se desenvolve a moderna concepção de coisa julgada, atualmente tratada na LINDB (Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942) no § 3º do art. 6º como sendo “a decisão judicial de que já não caiba recurso” ou, na dicção do art. 502 do CPC, como sendo “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”¹³.

Embora haja quem pretenda localizar a gênese da ideia de coisa julgada no ordenamento jurídico romano¹⁴, em outro que dele derive ou sofra sua influência, a ideia de coisa julgada, ainda que de modo embrionário, remonta a tempos pretéritos demais para ser identificada com precisão. Russel Champlin, em seus comentários ao Livro de Deuteronômio, no trecho em que trata do julgamento das questões difíceis, aponta que o julgamento proferido era irrecorrível e a sentença dele proveniente deveria ser executada sem qualquer alteração, sob cominação de morte para o executor que se desviasse dos comandos decisórios, ainda que minimamente¹⁵.

Em tempos modernos, recorrer de uma decisão pressupõe a potencial falibilidade do julgador e o direito de inconformismo do sentenciado. Como havia a compreensão de que a decisão era proveniente do próprio Deus, não havia espaço para se questionar o acerto da decisão. Resistir à ordem que emanava da sentença se equiparava à resistência ao próprio Deus, algo inadmissível em uma sociedade de constituição teocrática. Uma vez decidida a questão posta em julgamento, sendo seu produto um ato manifestamente divino, questioná-la, por qualquer que fosse o meio, implicaria manifesta afronta ao próprio prolator da decisão.

¹³ Emerge de plano uma divergência entre os diplomas, pois enquanto o primeiro afirma que a coisa julgada seria a própria decisão judicial impassível de recurso, o segundo faz menção a uma autoridade que a revestiria e não a decisão em si. Esse aparente conflito será melhor explorado adiante.

¹⁴ TESHEINER, J. M. R.; THAMAY, R. F. K. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 362.

¹⁵ CHAMPLIN, R. N. **O antigo testamento interpretado**: versículo por versículo. 2. ed. São Paulo: Hagnos, 2001. v. 2, pp. 821-822.

Essa lógica não era exclusiva do direito dos hebreus, já que o mesmo Russel Champlin, em seus comentários aos Livros de Daniel e Ester, destaca que, durante o reinado de Dario (o persa), havia entre os medos e os persas um instituto jurídico que impedia a revisão de decretos e editos reais, até mesmo pelo próprio rei¹⁶. Não havia, por ocasião da época, a moderna divisão de poderes, o rei concentrava atividades legislativas, judiciais e administrativas, portanto, decretos ou editos do rei eram gêneros dos quais as leis e decisões eram espécies.

Note-se, porém, que a ideia de que uma palavra empenhada deve ser cumprida permeia o raciocínio da mais tenra criança que se dirige ao seu pai a fim de lhe exigir o cumprimento de uma promessa qualquer. Em formações sociais que reservam para si o monopólio da jurisdição, a decisão judicial, ao contrário do que possa parecer, é espécie de negócio jurídico, pois decorre de uma prestação obrigacional do ente político controlador, de modo que a lógica jurídica que constitui a ideia de coisa julgada é a mesma que opera por de trás dos negócios jurídicos em geral¹⁷.

Na concepção moderna, em que a decisão judicial, outrora atribuída a Deus e simplesmente mediada pelo juiz, se revela como obra do gênio humano. Os mecanismos para sua observância e estabilização, não poderiam mais ser extraídos da religião, daí a necessidade de se resgatar um velho conceito humano, de cunho moral, que impõe o cumprimento de tudo quanto apalavrado ou, como se diria na Roma dos Césares e dos Papas, *pacta sunt servanda*.

A coisa julgada, nessa medida, tem sua gênese na moral humana, que é exatamente o mesmo mecanismo racional que conduz à exigibilidade de uma promessa qualquer ou de uma pactuação privada, exceto pelo fato de ter sido erigida à condição de categoria jurídica, sendo, a partir de então, adornada com adereços próprios do direito, tais como a definição, os limites objetivos, limites subjetivos, temporais e todos os outros que forem necessários para caracterizá-la como sendo um instituto jurídico¹⁸.

A coisa julgada é a exigência de cumprimento da promessa contida na decisão judicial, porém seus alicerces não são morais, são jurídicos, assim como também o é toda sua anatomia. O fundamento político do direito em geral e da coisa julgada em particular, consiste da necessidade de segurança nas relações de produção e circulação da mercadoria, por isso, num plano secundário, instrumento de estabilização de todas as demais relações sociais, totalmente

¹⁶ CHAMPLIN, 2001, pp. 3398-3399.

¹⁷ MIRANDA, P. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 89.

¹⁸ De posse da gramática do direito, Arruda Alvim classifica a coisa julgada como um pressuposto processual negativo (ALVIM, A. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo: processo de conhecimento: recursos: precedentes**. 20. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 209).

perpassadas pela lógica do capital¹⁹.

Abstraindo essa celeuma sobre as reais funções do direito nas formações sociais modernas, Júlio Bebbber encontra no art. 5º, XXXVI da CF/88, o fundamento jurídico da coisa julgada, ali guindada à condição de cláusula pétrea, por projeção direta do princípio da segurança jurídica, sem o qual não seria possível pensar em Estado Democrático de Direito²⁰, do que se extrai que tal garantia teria fundamento meramente instrumental e essencialmente pragmático²¹.

Assim como o direito moderno não se vincula, senão indiretamente, aos ideais de justiça, a coisa julgada, igualmente, não cumpre o papel de justicamento, sendo insensível a verdade dos fatos que deram ensejo à demanda e com eventual equívoco na distribuição de justiça, prestando-se, isto sim, a “cobrir defeitos dos atos processuais”²². A coisa julgada, nessa perspectiva, é instrumento pragmático, de utilidade meramente processual, sendo um “custo” imposto pelo Estado como meio de assegurar a estabilidade por meio do direito²³.

2.1.1 Conceituação da coisa julgada na atualidade do direito processual brasileiro

O fim último do direito é o resgate da segurança perdida quando do abandono da concepção teológica de mundo, por isso a centralidade da segurança jurídica como elemento indispensável à manutenção e desenvolvimento do próprio Estado Democrático de Direito²⁴.

Reflexo imediato dessa centralidade é o fato de que o próprio preâmbulo da CF/88, expressa que a destinação do Estado Democrático por ela instituído²⁵, consiste de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”²⁶.

Estando a estabilidade das decisões judiciais na base da compreensão do próprio

¹⁹ GRAU, 2021, pp. 15-18.

²⁰ BEBBER, J. C. **Ação rescisória na justiça do trabalho**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 18.

²¹ MOREIRA, J. C. B. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 416, jun. p. 10, 1970.

²² COSTA, C. **Direito judiciário do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 390.

²³ BEBBER, 2021, p. 19.

²⁴ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, p. 93.

²⁵ Marinoni afirma que, embora os ordenamentos constitucionais, em geral, “não aludem a um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é dela indissociável” (MARINONI, 2022, p. 93). O Autor, no entanto, não percebe que a segurança jurídica é substitutiva da segurança divina, e seria demais pretender que se confessasse essa profanação, embora, desde sempre se soubesse que a segurança jurídica é, em última análise a substância do direito.

²⁶ ÁVILA, H. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 49-50.

conceito de segurança jurídica, a tutela da coisa julgada surge como indispensável para o alcance desse objetivo, tão importante que guindada à dignidade de garantia fundamental pela constituição vigente. Tão verdadeiro quanto o fato de que a CF/88 tutela expressamente a coisa julgada, é o fato de que o papel de disciplinar a anatomia dessa garantia é tarefa relegada ao legislador ordinário, cabendo-lhe proclamar a substância e consistência, o momento de sua formação e formas para sua desconstituição, os sujeitos aos seus limites objetivos, subjetivos, temporais e territoriais, bem como todos os demais efeitos que possam decorrer da autoridade que lhe é conferida²⁷.

Se a tarefa de conferir a definição da coisa julgada e o conteúdo material de sua tutela compete ao legislador ordinário, a primeira conclusão alcançada é a de que seu conteúdo pode variar de acordo com o tempo e local em que a discussão é travada. Por isso, passa a ser secundária a análise da legislação comparada bem como do histórico sobre o conteúdo material do que venha a se denominar coisa julgada. O que tutelado e disciplinado em um determinado ordenamento jurídico, ou em um determinado período histórico, pode não corresponder àquilo que temos por coisa julgada no contexto da atualidade brasileira. Essa é advertência que Paulo de Barros Carvalho pretende transmitir quando afirma que:

Para a Ciência do Direito, em sentido estrito, é imprescindível mais um corte metodológico, em que se despreza o direito passado, que deixou de ser válido, e o direito futuro, que ainda não sabemos qual será. Vale para a ciência do Direito, exclusivamente, a ordem jurídica posta, isto é, o direito positivo considerado *hic et nunc*.²⁸

Nessa perspectiva, responder ao conceito da coisa julgada, implica uma necessária restrição geográfica e temporal, aqui adotada a legislação processual vigente no Brasil de 2023.

Da análise dos dispositivos infraconstitucionais que tratam da matéria surgem as primeiras dúvidas, isto porque, enquanto o parágrafo 3º do art. 6º da LINDB atesta que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”, seu congênere art. 502 do CPC afirma que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, emergindo imediatamente a conclusão de que, enquanto para um diploma a coisa julgada corresponde à própria decisão, para o outro a coisa julgada corresponde, em verdade a uma autoridade adicional que envolve a decisão judicial, interditando a possibilidade de qualquer debate sobre sua justiça ou acerto dentro da mesma relação jurídico-processual em que formada.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **ARE 898392 AgR**. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de outubro de 2015.

²⁸ CARVALHO, P. B. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

Júlio Bebber percebe de imediato a imprecisão da redação do parágrafo 3º do art. 6º da LINDB, capaz de gerar uma confusão entre os conceitos de trânsito em julgado de uma decisão e a coisa julgada que se forma imediatamente após aquele, sustentando que o conceito de coisa julgada:

Frequentemente é confundido com *trânsito em julgado*, muito provavelmente em razão da letra do art. 6º, § 3º da LINDB. A relação jurídica processual encerra e o processo chega ao fim quando a decisão *não puder* ou *não mais puder* ser modificada internamente por meio de recurso (ordinário ou extraordinário) ou pelo reexame necessário. Esse fenômeno (*imodificabilidade; inalterabilidade*) é denominado de *trânsito em julgado*. A partir do trânsito em julgado (*imodificabilidade*), que corresponde ao dia da publicação da decisão irrecorrível (a irrecorribilidade é congênita) ou do dia ‘imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível’, a decisão torna-se indiscutível (imunizada). Esse fenômeno (*indiscutibilidade; imunização*) é denominado de *coisa julgada*. É sob essa ótica, então, que se deve compreender a referência ao art. 502 do CPC à *imodificabilidade e à indiscutibilidade* da decisão²⁹.

Não há, de fato, equivalência entre o *trânsito em julgado* e a *coisa julgada*, e um demonstrativo bastante didático pode ser extraído do caso da sentença penal condenatória que, não obstante transite em julgado, isto é, produza preclusão para as partes, interditando qualquer debate ou possibilidade de modificação de seu conteúdo dentro da mesma relação processual, não faz coisa julgada material, sendo possível sua revisão a qualquer tempo, desde que presentes as hipóteses do art. 621 do CPP.

Retornando ao conflito de redação entre o que consta do art. 6º, § 3 da LINDB e seu congênere art. 502 do CPC, bem analisando a doutrina pioneira, o que se percebe é que, muito para além de uma imprecisão inadvertida, a redação do parágrafo 3º do art. 6º da LINDB reflete um acirrado debate acadêmico, em que se disputava ser ou não a coisa julgada um efeito da sentença³⁰.

A redação do art. 502 do CPC parece resolver a celeuma ao dispor que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, acolhendo a tese de que “a rigor, a coisa julgada é um *plus* em relação aos efeitos principais da sentença. É uma qualidade que a lei adiciona à sentença no sentido de torná-la imutável”³¹, sendo conclusivo que o trânsito em julgado da decisão não se confunde com a coisa julgada, sendo essa, uma adjetivação legal que a imuniza de futuras discussões

²⁹ BEBBER, 2021, pp. 15-16.

³⁰ LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectus, 2003. v 3, p. 171.

³¹ WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2, p. 793.

tornando-a imutável³², numa relação de posposição ao trânsito em julgado³³.

2.1.2 Espécies de coisa julgada

Embora o art. 502 do CPC/2015 faça menção e defina apenas a coisa julgada material, o direito processual, para além dessa modalidade, reconhece a existência de outra espécie de coisa julgada; a coisa julgada formal e que, embora possa existir solitariamente, é pressuposto de existência da coisa julgada material³⁴, que uma vez operada, a absorve³⁵.

Enquanto a coisa julgada material, por se tratar de qualidade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso de qualquer natureza, produza efeitos para dentro e fora da relação processual em que se constituiu, impedindo que as mesmas partes voltem a propor demanda idêntica, a coisa julgada formal limita-se à produção de efeitos internos à relação processual em que foi formada, já que, de regra, não impede a repropositura de uma nova demanda que reproduza aquela extinta. Essa é a precisa lição de Humberto Theodoro Junior que resume o que temos tratado:

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada. A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente³⁶.

Poderá ocorrer, em algumas hipóteses em que, embora o processo seja extinto sem resolução de mérito, a coisa julgada formal impeça que a demanda seja reproposta, o que se dá em casos como o acolhimento da alegação de coisa julgada, litispendência ou preempção, ocasião em que, embora o processo seja extinto sem resolução de mérito, a repropositura da demanda desafiará prévia desconstituição da coisa julgada formal, sendo essa uma inovação do novo CPC em relação ao CPC/73, que restringia a possibilidade de desconstituição à coisa julgada material.

³² COSTA, 1978, p. 390.

³³ BEBBER, 2021. p. 22.

³⁴ DINAMARCO, C. R.; BADARO, G. H. R. I.; LOPES, B. V. C. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 448.

³⁵ BEBBER, 2021, p. 22.

³⁶ THEODORO JR., H. Coisa julgada. In: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2, p. 112.

Júlio Bebbber também alerta para as exceções em que a decisão de mérito transita em julgado, porém seus efeitos se restringem ao âmbito do processo em que proferidas como é o caso das ações civis públicas e ações populares julgadas improcedentes por falta de provas³⁷.

Há, ainda, quem, a exemplo de Ricardo Alexandre da Silva, discorra sobre a insubsistência dessa divisão entre coisa julgada formal e coisa julgada material no sistema processual brasileiro moderno, escorando sua afirmação na premissa de que “não apenas as sentenças de mérito produzem efeitos fora do processo”³⁸. Isso, todavia, só faz evidenciar a confusão entre efeitos da sentença e qualidades da sentença. Qualquer sentença, independentemente de ter havido ou não trânsito em julgado, produz efeitos, e efeitos contra todos, inclusive terceiros. Não há, porém, confusão possível com a qualidade da sentença que a torna imutável e indiscutível em relação aos seus comandos.

Por fim, a jurisprudência e doutrina consagram uma terceira hipótese de coisa julgada, que seria a *coisa soberanamente julgada*, qualidade que revestiria uma decisão de mérito passada em julgado, não mais sujeita ao corte rescisório em razão do decurso do prazo decadencial ou depois do trânsito em julgado da decisão de improcedência da ação rescisória que buscou sua desconstituição. Nessa perspectiva, a coisa soberanamente julgada consistiria em uma espécie de direito absoluto “insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade”³⁹.

Essa tendência doutrinária, contudo, tem de lidar com algumas críticas, seja de formulação prática, seja de formulação teórica.

Do ponto de vista prático, o trânsito em julgado de uma ação rescisória julgada improcedente não tem o condão de imunizar em absoluto a coisa julgada que se buscou desconstituir com a ação julgada improcedente, pois até mesmo essa segunda decisão, de improcedência da ação rescisória transitada em julgado, se submete ao direito de rescisão, o que se tem chamado de rescisória de rescisória⁴⁰.

Do ponto de vista teórico, tanto doutrina como jurisprudência são concordes no sentido

³⁷ BEBBER, 2021, p. 22.

³⁸ SILVA, R. A. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2019, p. 103.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 592912 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, 21 de novembro de 2012.

⁴⁰ DIDIER JR. F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 19. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022, p. 561.

de que não existem direitos absolutos, nem mesmo à vida⁴¹⁻⁴², de modo que não seria a coisa julgada uma exceção a esse primado, por isso, é que se tem dado ênfase à tese da *relativização da coisa julgada*, ou como prefere Manoel Antonio Teixeira Filho, a *flexibilização da coisa julgada*, vejamos:

De uns tempos até esta parte, contudo, certo setor mais lúcido da doutrina passou a manifestar uma espécie de indignação em face desse *status quo*, imposto pela norma legal, indagando se, tendo se esgotado o prazo para exercício da ação rescisória, verdadeiramente nada mais restaria a fazer do que se resignar diante desse quadro, mesmo sabendo que, em determinados casos, a decisão judicial transitada em julgada estava a colocar em risco a supremacia da ordem constitucional, por havê-la desrespeitado. Da resposta a essa inquietante indagação nasceu um movimento que se viria denominar, mais tarde, de ‘relativização da coisa julgada’ [...]. Com efeito, já nas primeiras edições deste livro chamávamos a atenção ao fato de que o atributo da imutabilidade da coisa julgada derivante da necessidade de estabilização das relações sociais e jurídicas - pressupunha que ela se houvesse formado em consonância com a ordem constitucional. Deste modo, fazer-se respeitar a autoridade e a imutabilidade da *res iudicata* implicava, *ipso facto*, defender-se a supremacia do texto constitucional. Invertendo o raciocínio, sustentávamos que quando a coisa julgada se formasse contra a Constituição, ela, longe de constituir um instrumento de pacificação das relações sociais e jurídicas, consistia, isto sim, em um elemento de perturbação dessas mesmas relações, pois não apenas na mente do vencido pelo provimento jurisdicional, mas, sobretudo, na consciência coletiva, jamais se acomodaria a aceitação de prevalência da coisa julgada diante do texto constitucional por esta violado. A partir, portanto, dessa conscientização de que a coisa julgada contrária à Constituição da República colocava em risco toda a estrutura político-jurídica do Estado, passou-se a questionar se, mesmo assim, se deveria continuar a render culto, a prestar homenagem à coisa julgada, cuja figura, em nosso meio, se reveste, até mesmo, de uma certa sacralidade. O produto desse questionamento, como dissemos, deu origem à teoria da ‘relativização da coisa julgada’, concebida pela doutrina. Particularmente, não concordamos com o adjetivo ‘relativização’, não tanto por não se encontrar dicionarizado, mas por ser impreciso, por induzir à ideia de que a *res iudicata* pode valer em relação a algumas pessoas, mas não no tocante a outras. Melhor seria, a nosso ver, que se falasse da ineficácia dos atributos ou dos efeitos da coisa julgada. Sabemos que a coisa julgada não é efeito da sentença, senão que qualidade desta. Todavia, podemos aludir aos atributos e aos efeitos da coisa julgada, que são a autoridade e a imutabilidade. Destarte, com a expressão por nós sugerida, de um lado, não se nega a ocorrência do fenômeno jurídico da coisa julgada material, segundo o conceito fixado pelo art. 502, do CPC, embora, de outro, não se lhe reconheçam os mencionados atributos e efeitos. Ou, quiçá, melhor seria aludir-se à ‘flexibilização’ da coisa julgada⁴³.

De fato, não parece adequado que um instrumento concebido para dar concretude a uma ordem constitucional possa, contrariando essa ordem que lhe serve de fundamento, atentar contra seus valores mais caros e, ainda assim, adquirir um selo de sacralidade conferido pelo Estado. É a negação a essa lógica que está na base do entendimento segundo o qual as garantias parlamentares e mesmo a liberdade de expressão, cedem diante do uso desviado e voltado para

⁴¹ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 445.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 93250**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 27 de junho de 2008.

⁴³ TEIXEIRA FILHO, M. A. **Ação rescisória no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 171.

a negação do próprio Estado de Direito que as consagra⁴⁴. A supremacia da constituição, seria, nessa medida, um impeditivo de que a coisa julgada formada contra a ordem constitucional espraiasse efeitos.

Flavio Yarshell trabalha algumas hipóteses de decisões de mérito que podem dispensar o uso da ação rescisória para sua desconstituição, seriam elas as hipóteses de inexistência, de decisões judiciais proferida em contrariedade a decisão prévia do STF em sede de controle de constitucionalidade, decisões contrárias às normas de proteção ao Estado e de proteção ao ser humano⁴⁵.

No caso das inexistências, não se trata propriamente de dispensar o uso da ação rescisória, mas sim de que não há o que se cortar; quem corta coisa inexistente, nada corta e, em verdade, não haveria, sequer, interesse de agir para o uso da ação rescisória⁴⁶. Já nos casos de ofensa a normas jurídicas que visam a proteção do Estado ou do próprio ser humano, o conflito entre os direitos postos – porque nem mesmo a segurança jurídica é um direito absoluto –, devem se resolver, no primeiro caso, em prol do Estado e, no segundo caso, em prol proteção do ser humano⁴⁷.

Não é demais recordar que as decisões judiciais contrárias a direitos humanos podem ser objeto de impugnação até mesmo em Cortes Internacionais, para as quais, o trânsito em julgado de uma decisão de um país, isto é, a coisa julgada, é um *simples fato* que não acarreta qualquer consequência na ordem internacional. Todos os atos de um Estado-parte, sejam eles emanados do Poder Judiciário, Poder Legislativo ou Poder Executivo, são vistos no cenário internacional como simples fatos; nem mesmo normas constitucionais originárias escapam a essa classificação⁴⁸. Em se tratando de *sentença internacional*, – inconfundível com sentença estrangeira –, o direito interno é, de regra, afastado, só vigendo naquilo que for expresso na sentença internacional. Dessa lógica decorre o efeito vinculante da sentença internacional⁴⁹.

Em sintonia com a necessidade de ponderação entre os valores em jogo, o direito inglês não admite, sequer, a formação de coisa julgada em litígios que envolvam interesses de

⁴⁴ A democracia ateniense nunca permitiu que a Assembleia fosse utilizada para se negar o direito à assembleia. Qualquer que tumultuasse os trabalhos, era retirado.

⁴⁵ YARSHELL, F. L. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 246-263.

⁴⁶ Esse assunto é mais bem desenvolvido quando tratamos das semelhanças e distinções entre a ação rescisória e a querela *nullitatis*.

⁴⁷ YARSHELL, 2005, pp. 246-263.

⁴⁸ RAMOS, A. C. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (orgs). **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: RT, 2011, pp. 209-210.

⁴⁹ RAMOS, 2011, pp. 209-210.

menores, tais como a filiação, custódia e tutela, pois se entende que o bem maior é a promoção do bem-estar da criança⁵⁰.

2.1.3 Limites da coisa julgada

Temos destacado que a coisa julgada é o resgate de um velho conceito humano, de cunho moral que impõe o cumprimento de tudo quanto apalavrado, porém ataviado com adereços próprios do direito. Por ocasião desse tópico, nos ocuparemos dos limites da coisa julgada, isto é, quais matérias formariam seu objeto, quem seriam as partes vinculadas a essa autoridade, qual seria a circunscrição territorial de sua eficácia e perquirir se haveria uma limitação temporal desses efeitos.

2.1.3.1 Limites subjetivos da coisa julgada

Principiamos por identificar os limites subjetivos da coisa julgada, isto é, as pessoas a ela vinculadas, que, de regra, são as partes do litígio, não prejudicando terceiros (CPC, art. 506).

Essa questão ganha relevo diante da frequente confusão que se opera entre os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada. A sentença judicial, até mesmo antes do trânsito em julgado, ou seja, mesmo antes de formar a coisa julgada é eficaz contra todos⁵¹ e pode, no plano concreto, acarretar prejuízos a terceiros, consubstanciando um “mero fator jurídico” inconfundível com a eficácia da coisa julgada material⁵².

Em se tratando de terceiro juridicamente interessado e, não tendo funcionado como assistente simples de qualquer das partes em juízo, o prejudicado poderá, a depender de sua estratégia e do momento processual, optar por recorrer ou, tendo havido o trânsito em julgado da decisão, deduzir uma pretensão nova, sem que tenha contra si o veto da coisa julgada⁵³.

A eficácia que impede o assistente simples de discutir a justiça da decisão não decorre da coisa julgada em si, mas sim dos efeitos da assistência prestada. Se comprovar que, em razão do momento processual em que foi admitido no processo, ou que, pelos atos processuais do assistido, foi obstado no exercício do contraditório ou mesmo que ignorava provas que, por incúria ou dolo o assistido deixou de se valer, poderá impugnar a justiça da decisão por meio

⁵⁰ ANDREWS, N. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: RT, 2009, p. 202.

⁵¹ COSTA, 1978, p. 390.

⁵² LIMA, P. R. O. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997a, p. 41.

⁵³ COSTA, 1978, p. 397.

da propositura de uma nova ação⁵⁴.

Se a assistência for litisconsorcial, a admissão da assistência converte o assistente em parte no processo⁵⁵, pois assistente litisconsorcial é aquele que poderia ter sido litisconsorte facultativo de uma das partes, por isso, sua intervenção, quando admitida, implicará em expansão subjetiva da lide, numa clara hipótese de litisconsórcio facultativo ulterior e, nesse caso, a coisa julgada operará contra si em razão de ser parte no processo⁵⁶.

Não há, entretanto, um caráter absoluto no que aponta o art. 506 do CPC. Não são raros os casos apresentados na prática jurídica em que os limites subjetivos da coisa julgada são extensíveis àqueles que, mesmo não sendo parte no processo, são atingidos pelos efeitos da coisa julgada, ainda que não tenham participado da relação jurídico-processual na qual se formou a coisa julgada material, o que Coqueijo Costa denominou de “eficácia reflexa da coisa julgada”⁵⁷ e que estaria presente em casos de sucessão, substituição processual e até mesmo de solidariedade, onde parece inquestionável que a decisão favorável⁵⁸ aproveitaria aos demais sujeitos ativos, e em alguns casos, os sujeitos passivos da obrigação⁵⁹.

No caso da sucessão, a questão não parece desafiar grandes debates, pois, sendo a coisa julgada um direito de feição material⁶⁰, o sucessor recebe do sucedido exatamente a condição jurídica do sucedido⁶¹. Assim, hipoteticamente, se determinada pessoa tem em seu favor uma coisa julgada, é direito de seu sucessor fazer valer a eficácia bidimensional da coisa julgada⁶²,

⁵⁴ BEBBER, 2021, p. 23.

⁵⁵ Araken de Assis sustenta que mesmo em se tratando de assistente simples, a admissão o qualificaria como parte, e isso o vincularia à autoridade da coisa julgada (ASSIS, A. **Processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2022. v. 4, p. 1409).

⁵⁶ WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 809.

⁵⁷ COSTA, 1978, p. 397.

⁵⁸ BEBBER, 2021, p. 24.

⁵⁹ A eficácia da coisa julgada prejudicial também atinge os ocupantes de solidariedade passiva em casos específicos como o do grupo econômico de empregadores, pois que para a lei, embora sejam pessoas distintas, se caracterizam como empregador único (BEBBER, 2021, p. 24).

⁶⁰ Essa assertiva é contestada por diversos doutrinadores, dentre os quais selecionamos Ricardo Alexandre, que reconhece a coisa julgada como sendo de natureza processual com reflexo em relações materiais (SILVA, 2019, p. 100). Isso, todavia não prospera, pois se a coisa julgada é instrumento de estabilização das relações sociais, não há dúvidas de que se trata de um instituto que assegura um bem material que é a segurança jurídica. Não é o conteúdo material das relações sociais que sofre impacto de um direito processual e sim, o contrário. A segurança jurídica é um direito material que antecede até mesmo a ideia de direito processual e tem sua mais notória dimensão na observância voluntária dos direitos consagrados por um povo. Não é por outra razão que o direito à rescisão – antídoto da coisa julgada – embora só se exerça pela via processual, isto é, por meio do ajuizamento de uma ação rescisória, é de dimensão material.

⁶¹ São assumidas as posições materiais e processuais do sucedido, naturalmente nos limites do objeto da sucessão (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 807).

⁶² Tratando de modo objetivo, a coisa julgada comportaria uma eficácia negativa, interditando qualquer possibilidade de rediscussão de seu conteúdo, por qualquer que seja o órgão judicial, e uma eficácia positiva, consistente no direito subjetivo de se exigir o cumprimento de seus termos (BEBBER, 2021, p.26).

seja exigindo uma prestação assegurada ou mesmo impondo-a como veto a uma nova discussão, assim como o contrário também é verdadeiro.

Tratando-se de substituição processual, também é manifesto que o substituído, embora não seja parte no processo, estará sob os efeitos próprios da coisa julgada, muito embora haja doutrina que condicione tais efeitos à negligência do substituído que deveria ter exercido seu direito de ação e não o fez, sendo presumida essa condição quando, ficar demonstrado que o substituído tome conhecimento do processo e mesmo assim deixe de requerer sua intervenção, pois nesse caso seria legítimo que fosse atingido pela eficácia da coisa julgada⁶³.

Sendo indubitável que o substituído poderia atuar como assistente do substituto, parece igualmente indubitável que as causas capazes de afastar a autoridade da coisa julgada do horizonte de interesses do assistente também se aplicam ao substituído que demonstrar a existência de provas que, por incúria ou dolo, o substituto teria deixado de se valer.

Ronaldo Lima dos Santos, distinguindo entre ações coletivas voltadas para a tutela de interesses difusos e ações voltadas para a tutela de interesses coletivos, chama-nos a atenção para a questão da coisa julgada e propõe que, ambos os casos, sendo o pedido julgado procedente ou improcedente por qualquer motivo que não seja a insuficiência de provas, haverá a formação de coisa julgada material⁶⁴.

No caso das ações voltadas à tutela de interesses difusos, a eficácia da coisa julgada seria *erga omnes*, ao passo que nas ações voltadas para a tutela de interesses coletivos, a eficácia seria *ultra partes*, e tanto em um como em outro caso haveria “impossibilidade de propositura de nova demanda com mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer legitimado”⁶⁵.

Por se tratar de ações de cunho eminentemente coletivo, a coisa julgada, em sua dimensão negativa, colheria apenas os legitimados, não sendo óbice para que os indivíduos, eventualmente prejudicados pela conduta da ré possam requerer, em caráter individual, a tutela jurisdicional para verem recomposta sua condição jurídica, notadamente porque o pedido, que seria de cunho individual, e a causa de pedir, igualmente singular, fariam com que não se tratasse de repetição de demanda, por isso a inexistência de óbice à discussão da matéria em lide individual⁶⁶.

Em todo modo, havendo procedência da ação coletiva, Ronaldo Lima dos Santos atesta que haveria “transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva”:

⁶³ ARAGÃO, E. D. M. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 302.

⁶⁴ SANTOS, R. L. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 6. ed. São Paulo: LTr, 2022, pp. 344-346.

⁶⁵ SANTOS, 2022, p. 344.

⁶⁶ Ibid., p. 344.

Embora as ações coletivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos não tenham como objeto imediato a satisfação de interesses individuais, não fugiu ao legislador a possibilidade de eventual decisão favorável à tutela de um bem difuso ou coletivo poder beneficiar indiretamente as pretensões dos sujeitos singulares, razão pela qual previu o instituto do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, previsto no art. 103, § 3º, CDC. O transporte *in utilibus* da coisa julgada favorável nas ações para a tutela de interesses difusos e coletivos dependerá do requerimento da suspensão do processo individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva. Há um erro de remissão no art. 104 do CDC, que, na sua segunda parte, refere-se aos "efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior", quando a coerência sistemática entre a primeira e a segunda remissão exige que se leia na segunda a referência ao inciso I. Tome-se, como exemplo, uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho cujo objetivo é a eliminação da insalubridade no estabelecimento de determinada empresa. Embora o pedido seja a proteção de um bem essencialmente coletivo (meio ambiente do trabalho), em sendo julgada procedente a demanda, o reconhecimento da insalubridade do meio ambiente daquele estabelecimento, e dos danos reais ou potenciais à saúde dos trabalhadores, aproveita *in utilibus* os trabalhadores individuais, que não necessitarão discutir novamente a salubridade daquele ambiente, podendo promover diretamente a execução do julgado, demonstrando na liquidação, que se processará por artigos, os elementos necessários à fixação do adicional de insalubridade. Dá-se, *in casu*, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, uma ampliação do objeto do processo coletivo⁶⁷.

Não há confusão possível entre os efeitos da sentença e aqueles que decorrem da autoridade coisa julgada. Enquanto aquela se impõe a todos, isto é, possui eficácia *erga omnes*, a coisa julgada tem, de regra, incidência e autoridade sobre as partes envolvidas no litígio em que produzida, havendo, entretanto, as exceções de que tratamos acima, isto é, vinculando sujeitos que não participaram da lide em que formada a coisa julgada.

Por fim, há que se fazer menção à doutrina que entende que, a CF/88, em seu art. 5º, XXXVI, ao dispor que a lei não poderia prejudicar a coisa julgada estaria acabando por estender a eficácia subjetiva da coisa julgada até mesmo, ou melhor, diretamente ao legislador e, ainda de modo indireto, aos órgãos judiciários e administrativos⁶⁸.

Note-se, entretanto, que tal óbice não se dá no plano dos limites subjetivos da coisa julgada. Não há qualquer veto para que o legislador, ao exercer sua função precípua, considere ilegal aquilo que a sentença outrora considerou legal, ou mesmo que se faça qualquer alteração de conteúdo formal ou material com relação ao direito invocado como razão de decidir. O óbice é da aplicação retroativa de tal legislação, notadamente em prejuízo daquele que tem em seu favor a coisa julgada e isso não é inovação da CF/88, pois já constava da redação da cabeça do art. 6º LINDB desde 1957. O veto constitucional é para que o legislador procure, por meio de sua atividade, apagar os efeitos concretos da coisa julgada.

⁶⁷ Ibid., p. 346.

⁶⁸ DONADEL, A. A garantia da constitucional da coisa julgada: compreensão e alcance. In: PORTO, S. G. (org.). **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre a constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229.

Isso, todavia, não implica na impossibilidade de que a parte proponha nova demanda buscando a aplicação do novo instituto de direito. Não haveria, nesse caso, nem mesmo identidade da causa de pedir. Se o fizer, a demanda não deve ser extinta sem resolução de mérito sob a alegação de existir pressuposto negativo (a coisa julgada), trata-se, isto sim, de questão afeita ao mérito da causa e que, numa interpretação conforme a CF e o já citado dispositivo da LINDB, conduzirá à improcedência da pretensão.

2.1.3.2 Limites objetivos da coisa julgada

Em um cenário de normalidade e respeito às regras de um processo justo, os limites objetivos da coisa julgada deveriam ser determinados pelo pedido formulado pela parte quando de sua provocação por meio do exercício do direito de ação e sobre isso, Rennan Thamay afirma que “realmente, os limites objetivos da coisa julgada são determinados pelo pedido, porque a coisa julgada não pode ser maior do que a *res iudicanda*”⁶⁹. A limitação da decisão ao objeto do pedido, contudo, é mera expectativa, pois não raro, a coisa julgada se formará em inobservância ao princípio da congruência, produzindo decisões que, divorciadas do pedido, contemplarão vícios rescisórios⁷⁰.

A simples existência desses vícios é suficiente para a comprovação de que a coisa julgada pode se formar em dissonância do que foi pretendido, ou seja, não se determina pelo pedido⁷¹. É possível que a decisão judicial entregue mais, menos ou coisa diversa da postulada, apresentando vícios que vulneram os art. 141 e 492 do CPC, porém que, mesmo assim, haverá trânsito em julgado e a formação de coisa julgada a qual só se desconstituirá pelo manejo de uma ação rescisória.

Abstraindo essa questão, delimitar os limites objetivos da coisa julgada, compreende apontar quais seriam os elementos da decisão judicial transitada em julgado que estariam atingidos pela inalterabilidade e indiscutibilidade que decorrem dos efeitos mais sensíveis da coisa julgada.

A decisão judicial, gênero dos quais são espécies as sentenças e as decisões

⁶⁹ THAMAY, R. F. K. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2023, p. 372.

⁷⁰ Essa posição é endossada por Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição que entendem que as ofensas ao princípio da congruência implicariam na inexistência da decisão, que, por essa razão, não teriam aptidão para a formação da coisa julgada (ALVIM, T. A.; CONCEIÇÃO, M. L. L. **Ação rescisória e querela nullitatis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2022, pp. 386-387).

⁷¹ A coisa julgada sobre questão também demonstra uma insubmissão da coisa julgada ao pedido.

interlocutórias⁷²⁻⁷³, compõem-se de três elementos que, na dicção do *caput* do art. 489 do CPC, são essenciais, e são eles o relatório, a fundamentação e o dispositivo da decisão. A expressão “essenciais” não parece deixar dúvidas que a ausência de qualquer deles poderá relegar a sentença à condição de nula ou até mesmo de inexistente, do ponto de vista jurídico⁷⁴.

Embora o dispositivo citado faça menção a sentença, não é difícil perceber que a intenção do legislador foi a de abarcar todas as espécies de decisões judiciais e, por isso a razão do art. 489, § 1º fazer menção posterior a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”.

O relatório perfaz a primeira parte da estrutura das decisões judiciais:

Na qual deverá o juiz fazer um resumo dos principais sucessos do processo, aí incluídos não apenas os fatos alegados pelas partes, as razões jurídicas apresentadas, as provas produzidas, as propostas conciliatórias e as razões finais, mas os eventuais incidentes verificados, tomado aqui o vocábulo incidentes em sentido amplo⁷⁵.

Disso resulta que, “sua finalidade, de ordem pública, é de demonstrar que o juiz decidiu com conhecimento de causa, que leu com atenção o processo”⁷⁶.

Manoel Antonio Teixeira Filho entende que o relatório de uma decisão seria despiciendo, pois sua finalidade, a de demonstrar conhecimento sobre a causa, poderia ser demonstrada no bojo da fundamentação, com referência a fatos e argumentos jurídicos articulados pelas partes. Essa posição, contudo, acaba por reduzir o relatório a uma mera posição formal e topográfica na disposição da redação da decisão judicial⁷⁷.

Se o juiz, ao fundamentar a decisão, fizer constar os elementos necessários para a demonstração do seu amplo conhecimento da causa, mesmo que o faça no bojo de suas fundamentações, terá feito o relatório da causa, e isso não corresponde a uma dispensa de relatório, mas apenas a compreensão de que a instrumentalidade, que também perpassa a confecção de decisões judiciais, permite que o relatório seja produzido em conjunto com os

⁷² Do ponto de vista etimológico, sentença expressa a ideia de sentir (BEBBER, J. C. **Recursos no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 58) e se assim o é, as decisões interlocutórias não deixam de ser sentenças.

⁷³ Não obstante o art. 204 do CPC/2015 denomine “acórdão”, o “julgamento colegiado proferido pelos tribunais”, vale destacar que este - o acórdão - não vai além da redução da decisão colegiada a termo, e não a decisão em si (SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico**: edição universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v 1, p. 77).

⁷⁴ HERKENHOFF, J. B. Sentença. In: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 5, p. 191.

⁷⁵ TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015, p. 659.

⁷⁶ HERKENHOFF, 1988, p. 191.

⁷⁷ TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 650.

fundamentos da decisão⁷⁸.

A fundamentação de uma decisão, segundo de seus requisitos de validade, corresponde a um compromisso constitucional no sentido de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o que corresponde, de modo inequívoco, a uma reação constitucional a qualquer possibilidade de decisões judiciais arbitrárias, incompatíveis com o atual estágio civilizatório que alcançamos.

Segundo João Baptista Herkenhoff, o compromisso de fundamentação das decisões judiciais “destina-se a convencer as partes e a opinião pública, se não do acerto do juiz, pelo menos da honestidade e retidão do julgamento”⁷⁹. É nesse momento que o tem vez a oportunidade para que o juiz aponte as razões de sua convicção, confrontando as teses e os argumentos, aquilatando a verdade dos fatos e, confirmando a existência das premissas fáticas, aplicando a solução jurídica prevista no ordenamento jurídico.

Já se afirmou que a decisão, ainda que com fundamentação deficiente ou mínima, cumpria esse requisito. A nova ordem processual, contudo, parece não concordar com essa proposição, textualizando que não se considera fundamentada uma decisão que não siga o itinerário previsto no § 1º do art. 489. A fundamentação da decisão judicial, parece, doravante, requerer um salto qualitativo, sem o qual não atinge a finalidade constitucional, sabotando a ordem vigente e convertendo o compromisso constitucional em licença ao cometimento de arbitrariedades.

Reflexo imediato dessa compreensão é o de que, mesmo a expressão “o juiz apreciará livremente a prova”, constante do art. 131 do CPC/73, que dava suporte à tese do “livre convencimento motivado”, não se repete no novo CPC, dando clara mostra que, motivação deixa de ser ato de vontade do juiz, devendo prevalecer a vontade de ordenamento jurídico.

Sobre essa questão, Manoel Antonio Teixeira Filho nos traz a seguinte lição:

Para usarmos uma imagem de Couture, poderíamos dizer que, atualmente, a liberdade do juiz, no campo da formação de seu convencimento jurídico sobre os fatos narrados pelos litigantes, é comparável à de um prisioneiro: pode ir aonde quiser, contanto que seja no interior da cela. A cela, na metáfora, que são as provas dos autos. Na fundamentação, o juiz apreciará e resolverá todas as matérias e questões, de fato e de direito, que digam respeito à causa, aí compreendidas as que tenham sido alegadas pelas partes e aquelas que possa ou deva conhecer por sua iniciativa⁸⁰.

De acordo com expressa disposição de lei, esses motivos, por mais que dotados de cabal

⁷⁸ Segundo Moacyr Amaral dos Santos, por aplicação do princípio da instrumentalidade é que “os atos processuais podem ser realizados pela forma mais idônea para atingir o seu fim” (SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, s.p.

⁷⁹ HERKENHOFF, 1988, p. 191.

⁸⁰ TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 651.

importância para a decisão, alcançando o *status* de condições de sua proclamação, assim como as verdades fáticas estabelecidas e utilizadas como fundamento da decisão judicial não fazem coisa julgada (CPC, art. 504).

Note-se, entretanto, que o dispositivo de uma decisão judicial, sem contar com os elementos prévios e essenciais (relatório e fundamentação), sequer pode ser construído, sem que se transmude em um simples ato de arbitrariedade⁸¹. A fundamentação de uma decisão é condição de sua legitimidade, sendo a fundamentação vinculada ao direito que distingue uma decisão de uma escolha subjetiva do juiz⁸².

É em razão disso que toda decisão judicial – como todos os demais textos produzidos pelo gênio humano - pende de interpretação⁸³, que deverá se dar à luz do confronto de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, sendo isso o que nos impõe o § 3º do art. 489 do CPC, por encampação da lição que já nos era apresentada por Ovídio Baptista no sentido de que não seria “menos certo afirmar-se que o dispositivo se há de entender e dimensionar em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”⁸⁴.

É, contudo, na parte dispositiva da sentença que, de regra, recai a autoridade da coisa julgada, e esta consiste da conclusão do prolator da decisão em que acolhe ou rejeita o pedido, podendo se valer de diversas expressões equivalente como: “defiro”, ou “indefiro”, “acolho” ou “rejeito”, “procede”, ou “improcede”, sendo igualmente irrelevante sua posição no corpo da sentença, pois que não se trata de uma questão topográfica.

O fato de o juiz deixar de repetir tudo àquilo que havia dito em outros locais do texto da sentença, deve ser visto com bons olhos. Simplifica a leitura para quem tem de otimizar tempo. Não há em lei, tampouco a boa técnica reclama que se faça um tópico no texto da decisão se denomine “dispositivo”. Impera, aqui também, a instrumentalidade das formas, o que importa é *lo scopo abbiectivo dell'atto*⁸⁵.

O dispositivo de uma decisão corresponde:

A disposição do Juiz acerca da matéria litigiosa posta em Juízo. Tanto o acolhimento

⁸¹ HERKENHOFF, 1988, p. 191.

⁸² STRECK, L. L. Art. 371: In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 371.

⁸³ É firme o entendimento do STJ no sentido de que “interpretar a sentença não viola a coisa julgada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp: 1512227-SE**. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 25 de junho de 2015, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023).

⁸⁴ SILVA, O. A. B. **Sentença e coisa julgada**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 169.

⁸⁵ MANDRIOLI, C.; CARRATTA, A. **Diritto processuale civile**. 28. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2022, p. 386.

quanto a rejeição dos pedidos transitam em julgado, mesmo que a rejeição não conste na parte formalmente denominada de dispositivo. Tanto é assim que o § 3º do art. 489 do CPC expressamente determina que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé⁸⁶.

Ainda sobre o prisma da objetividade, a coisa julgada interdita a possibilidade de que qualquer dos subjetivamente vinculados por sua autoridade pretendam, sob argumentos novos, a propositura da mesma demanda, pois, por expressa disposição legal, há vedação a utilização de argumentos que poderiam se opor quando do processamento da demanda em que se formou a coisa julgada. Segundo Sérgio Gilberto Porto, incidiria, nesse caso, a eficácia preclusiva da coisa julgada material, consistente em uma ficção legal que considera como decididas as teses que as partes poderiam ter oposto seja para ver seu interesse prevalecer⁸⁷. É dizer: haveria abrangência de “toda a cadeia de vínculos com causa de pedir; todos os argumentos que sobre essa gravitam”⁸⁸.

Isso, no entanto, não significa que haja coisa julgada sobre essas matérias propriamente ditas. Não é possível a repropositura da demanda com base nesses argumentos, o que não impede que tais questões sejam decididas em uma demanda diversa, o que não seria possível caso houvesse efetiva coisa julgada material. A restrição da possibilidade de apresentação de questões que poderiam ter sido utilizadas na ação ou na exceção entre as mesmas partes, é teoria que se desenvolveu no direito inglês e se relaciona à necessidade de se extrair a máxima utilidade da atividade jurisdicional, consubstanciando o “*princípio Henderson*” e que, embora sirva de apoio à coisa julgada, com ela não se confunde, não admitindo um tratamento mecanicista por parte dos operadores do processo⁸⁹.

Nem a lei em à doutrina é dado presumir que todos os argumentos poderiam ter sido postos quando do processamento da demanda em que se formou a coisa julgada. Talvez uma divindade pudesse ter essa dimensão e os embargos de declaração estão aí para comprovar que as falhas de percepção acometem a quaisquer seres humanos, inclusive juízes. Se essa formulação é herdada do direito inglês e decorre da doutrina do *issue estoppel*, as mesmas exceções ali apresentadas devem ser aplicadas, de modo que a interdição ao uso de argumentos que poderiam ter sido utilizados, deve se circunscrever a situações em que se demonstre que os

⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (1. Turma). **ROT 1001149-76.2020.5.02.0472**. Relator: Des. Maria Jose Bighetti Ordone, 10 de novembro de 2021, s.p. Disponível em: www.trt2.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁸⁷ PORTO, S. G. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 6, p. 233.

⁸⁸ BEBBER, 2021, p. 28.

⁸⁹ ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: RT, 2009, pp. 200-201.

argumentos não foram utilizados pela ausência de diligência da parte.

2.1.3.3 Limites temporais da coisa julgada

Embora seja comum a referência a um limite temporal da coisa julgada, há debate doutrinário sobre a existência desse limite. Estaria a coisa julgada sujeita a um limite temporal ou tal limite, em verdade, equivaleria à compreensão de que algumas relações jurídicas de projeção temporal não se sujeitariam à coisa julgada material?

Dentre os que sustentam a existência de uma limitação temporal da coisa julgada, destacamos a doutrina de José Maria Tesheiner:

Inextensão da coisa julgada a situações ou pretensões novas, surgidas futuramente, que não poderiam mesmo a ela se subordinar-se, seja por não integrarem a *res iudicata*, seja por consubstanciarem outra *res* [...]. Assim, os chamados limites temporais do caso julgado reconduzem-se aos limites objetivos decorrentes da causa de pedir⁹⁰.

A tese de existência de limitação temporal é contraditada por Humberto Theodoro Junior, ao sustentar que:

Costuma-se identificar o fenômeno da coisa julgada sobre relação jurídica continuativa com o chamado *limite temporal da coisa julgada*. Pretende-se, com isso, delimitar, no tempo, a eficácia da sentença dita determinativa, por consequência, também, a duração da coisa julgada. Na verdade, contudo, não é o efeito da sentença que é temporário, nem muito menos é a *res iudicata* que se extingue ao final de determinado momento. É o objeto do julgado que desaparece e, por isso, o comando sentencial deixa de atuar, não por ter extinguido sua força, mas por não ter mais sobre o que incidir. Entretanto, o acerto feito, em face da situação fático-jurídica apurada no tempo da sentença, continuará imutável e indiscutível, para sempre. Se algum novo julgamento vier a acontecer entre as partes, já não será sobre o mesmo objeto, visto que a relação jurídica litigiosa estará envolvendo elementos novos que não foram apreciados na sentença anterior. Operará para o futuro, e não para o passado, este, sim, vinculado à coisa julgada⁹¹.

Analisando a disputa mais de perto, o que se observa são mais pontos de confluência do que dissensos. Ambas as correntes compreendem que os fatos posteriores não se sujeitariam a autoridade da coisa julgada material, de modo que a eficácia da coisa julgada se projetaria sobre a relação jurídica enquanto os fatos processados na demanda matriz permanecessem inalterados, o que permitiria conceber, como faz Ronaldo Lima dos Santos, uma “*coisa julgada rebus sic stantibus*”⁹².

⁹⁰ TESHEINER, J. M. R. **Eficácia da sentença e da coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2002, pp. 162-163.

⁹¹ THEODORO JR., H. **Curso de direito processual civil**. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 1, p. 1013.

⁹² SANTOS, 2022, p. 273.

Ambas as correntes, partindo das mesmas premissas e tecendo as mesmas considerações, desaguam em conclusões diversas, uma para afirmar a existência da limitação e outra para negar, entretendo, não há divergência substancial sensível e não há apontamento das consequências práticas para a adoção dessa ou daquela concepção.

Não há, de fato, uma eficácia temporal da coisa julgada. O decurso do tempo não é capaz de influir negativamente em sua existência. Ao trazer circunstâncias pelas quais a parte entende deva ser exonerada dessa ou daquela obrigação não ofende a coisa julgada, pois que se trata de um novo litígio que não estava e nem poderia estar previsto na decisão judicial transitada em julgado. Estivéssemos diante de uma eficácia temporal da coisa julgada, e que assim pudesse desaparecer com o transcurso do tempo, abrir-se-ia a possibilidade de se apagar todos os efeitos da decisão judicial, inclusive com ações de repetição, se fosse o caso.

Conforme lecionam Wambier e Talamini, “a decisão de mérito que tem por objeto relação continuativa *faz normalmente coisa julgada*”⁹³. Não são as relações jurídicas que se projetam no tempo que ficam imunes à coisa julgada material, mas sim essas projeções; a coisa julgada operada permanece intacta, produziu todos os efeitos que lhe eram próprios e não é molestada pela propositura de uma nova demanda.

Imaginemos o caso de uma ação de alimentos em que a parte alimentante, em face de sua perda de capacidade econômica, pleiteie a exoneração da obrigação. O acolhimento de sua pretensão não desconstitui a coisa julgada formada no processo anterior, pois do contrário, estivéssemos diante da quebra da coisa julgada, seria possível falar em repetição dos alimentos e até mesmo das despesas processuais eventualmente havidas. Não é disso que se trata; a coisa julgada se conserva intacta.

Até mesmo a tese que flerta com a suposta “quebra automática da coisa julgada” não tem o condão de apagar seus efeitos, pois como produzida, imuniza as situações consolidadas antes da adoção do regime de repercussão geral, ao passo que, para os casos de decisões proferidas em sede de repercussão geral, prevê a interrupção dos efeitos da coisa julgada apenas após a decisão do STF, assim mesmo com respeito a irretroatividade e anterioridade tributária. Significa dizer que, mesmo que a coisa julgada tenha se formado em contrariedade à constituição federal, parte de seus efeitos estariam mantidos.

Ao se debater limites temporais da coisa julgada, bem da verdade, o que se está a enfrentar são os limites objetivos da coisa julgada, por isso a inadequação da expressão⁹⁴.

⁹³ WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp. 804-805.

⁹⁴ WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp. 804-805.

2.1.3.4 Limites territoriais da coisa julgada

Por ocasião da Lei n. 9.494/97, o art. 16 da Lei n. 7.347/85, sofreu substancial alteração para passar a dispor que a decisão judicial proferida em sede de ação civil pública faria coisa julgada contra todos, porém com limitação dessa autoridade aos limites territoriais do órgão que a prolatasse, sendo manifesto o propósito legislativo de restringir os efeitos de condenações impostas em demandas de natureza coletiva⁹⁵.

Não tardou para que o dispositivo em questão sofresse contestações doutrinárias que apontavam para sua ineficácia em face do art. 103 do CDC e sua inconstitucionalidade por afronta ao princípio do acesso à justiça, unidade da jurisdição nacional e contrariedade à própria essência do processo coletivo⁹⁶. Ato contínuo o dispositivo foi contestado em face da constituição, ocasião em que o STF, ao julgar o tema 1.075, acabou por emitir tese no sentido de que:

I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original; II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas⁹⁷.

Não há dúvidas de que a coletivização dos conflitos sociais atente à lógica do acesso à justiça que impõe o emprego de uma jurisdição eficaz e tempestiva, sendo, por isso, as ações coletivas, instrumento de concretização desse programa que, inclusive, promove isonomia entre os componentes da coletividade cujo interesse se vê em juízo, sendo até mesmo eficaz para, se não a erradicação, o combate à pobreza e marginalização, reduzindo desigualdades sociais e regionais⁹⁸.

Antes da decisão do tema 1.075, o TST já havia firmado entendimento no sentido de que o art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe dava a Lei n. 9.494/97, não poderia ser interpretado como sendo limitativo da eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada ao âmbito da circunscrição do juízo que proferiu a decisão, mas que deveria ser interpretado como simples instrumento de aferição de competência para processar e julgar as demandas

⁹⁵ SANTOS, 2022, p. 347.

⁹⁶ Ibid., p. 347.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 1101937**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de junho de 2021, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁹⁸ Promessa estampada no inciso IV do art. 3º da CF/88.

coletivas⁹⁹.

Declarada, entretanto, a inconstitucionalidade da nova redação do art. 16 da LACP, com repristinação da redação originária, esse entendimento passa a ser inócuo, pois removida a distorção causadora da contenda jurisprudencial e doutrinária. Havendo decisão em sede de ação coletiva, a eficácia será, a depender de sua natureza, *erga omnes* ou *ultra partes*, porém os efeitos da decisão e a autoridade da coisa julgada material não encontra limites que não a própria circunscrição da jurisdição nacional.

2.1.4 Coisa julgada sobre questão

Ainda na vigência do CPC/73, a fim de defender sua teoria a respeito do mérito, no sentido de que este corresponderia à pretensão deduzida, Dinamarco distinguia entre mérito e *questão de mérito*, sustentando que a decisão de mérito projetaria sua eficácia para fora do mundo do processo, revestindo-se da autoridade da coisa julgada material, ao passo que essa condição não alcançaria as “questões a ele referentes”¹⁰⁰; objetivamente, é o que nos prescrevia o art. 469 do CPC/73 ao excluir a possibilidade de que os motivos, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo não faziam coisa julgada.

Pendendo controvérsia sobre relação jurídica de cuja existência ou inexistência dependesse o julgamento da lide e, pretendesse a parte que a autoridade da coisa julgada material revestisse as questões prejudiciais de mérito, deveria lançar mão de ação declaratória incidental, para que o juiz a declarasse por sentença e, uma vez pronunciada a existência ou inexistência dessa relação jurídica, a decisão adquiria a potencialidade de se revestir da autoridade da coisa julgada, interditando discussão futura. Não fosse adotada essa medida, toda e qualquer demanda, cujo julgamento da lide dependesse da análise prévia da existência ou inexistência da relação jurídica, impunha uma renovação do debate quantas vezes fosse necessário.

É até mesmo intuitivo o inconveniente gerado por esse modo de proceder, vez que se apresenta como embaraço para que jurisdição cumpra seu *escopo social* de eliminação de conflitos¹⁰¹, estando a todo tempo tendo de se manifestar sobre as mesmas questões, não raras vezes decidindo de modo conflitante, ao custo de elevadas somas de dinheiro e ampliando de

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-ED-RR-20700-78.2006.5.15.0087**. Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandão, 20 de outubro de 2019, s.p. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

¹⁰⁰ DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1986, p. 183.

¹⁰¹ DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, p. 28.

modo absolutamente desnecessário o tempo de duração do processo. Impedir que a autoridade da coisa julgada se abata contra as questões prejudiciais resolvidas, atenta contra a efetividade do processo, podendo redundar em insegurança jurídica e comprometer a própria credibilidade do Poder Judiciário¹⁰². Essa é a lição que nos transmite Marinoni quando sustenta que:

Diante da insuportável situação em que vive a administração da justiça brasileira, atropelada por um número de processos que impede pensar em prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, nem muito menos na sua eficiência, surge uma luz no fim do túnel. É preciso eliminar, de modo racional e de acordo com as garantias constitucionais, a *litigação desnecessária*. Num país pobre, cujos recursos não atendem ao mínimo indispensável para a adequada tutela da saúde e da educação, não há mais como admitir que o vencido possa relitigar o decidido tantas vezes quantos forem os adversários que encontrar pela frente. Afinal, isso viola os direitos do cidadão, afronta o Estado de Direito e obriga o Estado a gastar dinheiro sem qualquer necessidade ou contraprestação¹⁰³.

O CPC reproduziu parcialmente aquela racionalidade, entretanto, de seu art. 504, correspondente ao art. 469 do CPC/73, não se vê mais menção às questões prejudiciais, que estão tratadas no § 1º do art. 503, com a expressa previsão de que poderão ser acobertadas pela autoridade da coisa julgada material quando, além de decididas expressa e incidentalmente no processo, “dessa resolução depender o julgamento do mérito”, “a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia” e “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”; operados esses requisitos legais, não só as questões prejudiciais, mas também as preliminares, adquirirão a condição de coisa julgada material, sendo infensas à discussão posterior em qualquer outro processo¹⁰⁴.

Das proposições acima, algumas notas merecem notas destacadas; primeiramente é a exclusão da ideia de coisa julgada implícita¹⁰⁵, pois que se há necessidade de decisão expressa, não há como se livrar da dificuldade do texto. É preciso que fique claro tanto a questão como as consequências de sua decisão¹⁰⁶. Ou a questão é decidida de modo explícito, detalhado e circunstanciado, ou não haverá possibilidade de formação da coisa julgada, já que, repita-se, o ordenamento jurídico repele a ideia de coisa julgada implícita.

¹⁰² MARINONI, L. G. **A coisa julgada sobre questão**. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 17.

¹⁰³ Ibid., p. 24.

¹⁰⁴ Ricardo Alexandre propõe que a expressão “questão prejudicial” seja compreendida como sendo “questão prévia”, daí a razão pela qual as preliminares também estariam aptas para a formação da coisa julgada material (SILVA, 2019, p. 228).

¹⁰⁵ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 525.

¹⁰⁶ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 801.

Contudo, tão verdadeiro como o fato de que a questão deve ser decidida de modo explícito, é o fato de que “pouco importa que esse comando resolutório da questão prejudicial esteja formalmente inserido na motivação ou na parte dispositiva da sentença ou interlocutória de mérito”¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Há quem, a exemplo de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes defenda que para que a coisa julgada se opere sobre a questão incidental é necessário que sua resolução seja imprescindível para a solução do litígio, sem o que não haverá formação da coisa julgada, de modo que não poderiam “ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes do resultado do julgamento as decididas desfavoravelmente ao vencedor”¹⁰⁹ e, de fato, uma interpretação literal do dispositivo legal pode levar a essa conclusão.

Se, porém, as razões que estavam no horizonte do legislador, quando optou pela possibilidade de formação da coisa julgada material em questões prejudiciais, estão jungidas à lógica de que a jurisdição deve cumprir seu escopo de eliminar conflitos no tempo mais breve, pelo menor custo e com a maior efetividade possível, não há razões para se excluir as questões, ainda que secundárias, do alcance da coisa julgada material, desde que presentes os demais requisitos.

Sobre a necessidade de contraditório prévio e efetivo, com interdição da formação da coisa julgada em caso de revelia, o dispositivo parece carecer de densidade normativa. Sem que haja resistência da parte contrária, não há formação de questão prejudicial. É a controvérsia que converte um ponto em questão processual. Havendo revelia, não há controvérsia capaz de transmutar o ponto em questão¹¹⁰.

As questões prejudiciais podem se classificar como sendo internas e externas, homogêneas ou heterogêneas e é necessário que o juiz detenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolver, tanto a questão prejudicial como a questão principal, valendo destacar que não embora haja expressa menção à competência em razão da matéria e da pessoa, mas nenhuma menção à competência em razão do local. O que importa é que o juiz seja competente para processar e julgar ambas as questões (prejudicial e principal); em assim sendo, a prejudicial, decidida expressamente, se revestirá da autoridade da coisa julgada, tornando-se indiscutível e imutável, o que não ocorrerá caso a competência seja para apenas uma das

¹⁰⁷ Ibid., p. 803.

¹⁰⁸ É nítido que os autores fazem menção à questão topográfica formal, pois que sem fundamentação uma decisão é nula e sem dispositivo, inexistente.

¹⁰⁹ LOPES, B. V. C. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

¹¹⁰ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 800.

questões¹¹¹.

Quando a decisão de uma questão prejudicial, seguir as marcas exigidas pela legislação processual, tais como o enfrentamento expresse, a observância de contraditório efetivo e competência do juiz para análise da questão prejudicial e da questão principal, independente de requerimento das partes¹¹², adquirirá a condição de coisa julgada material, sendo infensa à discussão posterior em qualquer outro processo (CPC, art. 503)¹¹³.

2.1.5 Conflito de coisas julgadas

A existência de coisa julgada material em razão de sua eficácia interditória, que torna indiscutível e inalterável o que decidido, constitui, também espécie de pressuposto processual negativo¹¹⁴, o que implica na impossibilidade jurídica de processamento e desenvolvimento válido de uma nova relação processual tendente a contrariá-la, ou até mesmo repeti-la, nesse segundo caso por manifesta ausência de interesse de agir.

Em que pese o veto à repositura da ação tendente a reproduzir aquela relação processual sobre a qual recai a autoridade da coisa julgada, por razões diversas que não nos compete distinguir¹¹⁵, do ponto de vista prático, pode ser que a nova ação seja proposta e que ao fim, uma nova coisa julgada material seja produzida, seja confirmando a primeira ou mesmo em total contrariedade. Se no caso de formação de duas coisas julgadas no mesmo sentido a percepção dos inconvenientes não seja tão manifesta, o mesmo não se pode dizer em relação à existência de coisas julgadas que se antagonizam.

Por razões evidentes, não sendo possível, a coexistência de coisas julgadas conflitantes, apenas uma delas deve prevalecer, disputando a doutrina sobre o assunto. A primeira corrente vaticina a prevalência da segunda coisa julgada e a corrente destoante pela prevalência da coisa

¹¹¹ Essa lição não é exata. A conjugação dos arts. 65 e 66 do CPP permite concluir que a decisão penal que reconhecer qualquer das excludentes de ilicitude, a inexistência do fato ou a prova de que o acusado não foi autor de determinado fato, faz coisa julgada no processo de qualquer outra natureza.

¹¹² SILVA, 2019, p. 227.

¹¹³ O direito inglês dá tratamento distinto à coisa da sobre o mérito da causa (*cause off action estoppel*) e a coisa julgada sobre de questões (*issue estoppel*), pois enquanto o veto à rediscussão da coisa julgada formada sobre o mérito da causa é absoluto, sobre as questões comporta duas exceções que seriam: i) alterações legislativas com efeitos retroativos; ii) surgimento de provas novas que a parte demonstre, mesmo agindo de modo diligente, não ter podido produzir (ANDREWS, 2009, pp. 198-199).

¹¹⁴ COSTA, 1978, p. 396.

¹¹⁵ Em tempos passados, a ausência de informatização sobre o processo facilitava a existência de repositura de ações idênticas. Atualmente a própria compreensão dos limites objetivos pode gerar esse inconveniente.

julgada que primeiro se formou¹¹⁶.

Por sintetizar a primeira corrente, selecionamos para análise, a doutrina de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha no sentido de que:

A segunda deve prevalecer, não só como homenagem ao princípio da segurança jurídica, mas também pelo fato de que, se a decisão tem força de lei entre as partes (art. 503, CPC), lei posterior revoga a anterior, não obstante a segunda lei pudesse ter sido rescindida; como não o foi, fica imutável pela coisa julgada e, assim, deve prevalecer¹¹⁷.

Os argumentos trazidos, entretanto, padecem de certa imprecisão. O argumento de que que haveria favorecimento ao princípio da segurança jurídica é meramente opinativo não trazendo consigo nenhuma demonstração concreta e, talvez, por essa razão seja utilizado também pela segunda corrente para a defesa da coisa julgada que primeiro se formara¹¹⁸.

O segundo argumento – o de que a decisão teria força de lei e que a lei posterior revoga a anterior – embora seja um bom esforço retórico, também deve lidar com a dificuldade contida no texto constitucional no sentido de que a atividade legislativa deve obséquio à coisa julgada. Ademais, a revogação de uma determinada lei, se inscreve no juízo de conveniência e oportunidade do legislador, não parecendo haver tal discricionariedade no caso de coisas julgadas conflitantes. De todo modo, a produção de qualquer espécie normativa, inclusive aquela que analogicamente decorre de uma decisão judicial, deve submissão à CF/88, sem o que não encontraria, sequer, suporte normativo e essa [a CF/88], apresenta manifesta proteção à coisa julgada¹¹⁹.

A segunda corrente doutrinária, que encontra suficiente arrimo nas linhas de Teresa Arruda Alvim, aponta que a segunda coisa julgada seria mera violação da primeira, sem embargos de se tratar de decisão inexistente, por ausência de pressuposto processual que seria o interesse de agir¹²⁰.

Essa segunda concepção, como se vê, guinda o interesse processual à condição de pressuposto de existência do processo, enquanto é majoritário o entendimento de que o interesse de agir, enquanto pressuposto processual, encontra-se no plano da validade¹²¹. Qualquer vício que retira a validade do ato processual implica em nulidade processual e não em inexistência jurídica e, se assim o é, a decisão nula transitaria em julgado, sendo passível de desconstituição

¹¹⁶ BEBBER, 2021, p.88.

¹¹⁷ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 625.

¹¹⁸ ALVIM, T. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 11. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 492.

¹¹⁹ Essa compreensão está na base da tese da quebra automática da coisa julgada.

¹²⁰ ALVIM, T., 2021, p. 489.

¹²¹ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 626.

apenas por meio da ação rescisória. O próprio legislador ordinário, ao admitir o cabimento de ação rescisória para a desconstituição de decisão violadora da coisa julgada, parece não deixar dúvidas de que o vício seria de validade e que a segunda coisa julgada guardaria primazia em relação à primeira.

Não parece haver divergência de que a decisão violadora da coisa julgada acaba por ser também violadora da norma jurídica que a tutela. Não haveria qualquer razão lógica para que o legislador, ao tratar das hipóteses de rescisão das decisões judiciais, tratasse da ofensa à coisa julgada em um inciso e da ofensa às demais normas jurídicas em outro. É clara a opção legislativa por distinguir, e a razão se funda no fato de que, para este – o legislador –, há possibilidade prática de coisas julgadas conflitantes, com primazia da segunda a se formar.

Parece-nos, no entanto, que a razão da segunda corrente estaria em um fundamento diverso. Se a proteção da coisa julgada encontra amparo na CF/88, que interdita até mesmo atividade legislativa capaz de aviltá-la, a segunda coisa julgada não poderia ser mais do que um arremedo de coisa julgada, pois carente de fundamento normativo, não sendo possível invocar o texto constitucional como fundamento legitimador de sua violação.

Se a existência de coisa julgada material, por disposição constitucional, interdita qualquer possibilidade de rediscussão ou modificação do que decidido na decisão por ela acobertada, resta evidente que o Estado não tem mais jurisdição a prestar e, nessa perspectiva, ausente a jurisdição, não há pressuposto de existência do processo¹²², o que implica na inexistência jurídica da segunda decisão que sequer poderia ter sido proferida em face do óbice à atividade jurisdicional¹²³.

Do ponto de vista jurisprudencial, em duas oportunidades relativamente recentes, em que chamado para dirimir essa controvérsia, o STJ se posicionou, num primeiro momento, por sua terceira turma, pela prevalência da primeira decisão a transitar em julgado¹²⁴, porém, revisitando o tema, por sua Corte especial, decidiu pela prevalência da segunda coisa julgada¹²⁵.

É manifesto que a análise do STJ gravitou em torno da análise da legislação federal, conforme lhe compete constitucionalmente, contudo, em se tratando de proteção da coisa julgada, é ao STF quem competirá a palavra final a respeito da matéria.

¹²² WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 297.

¹²³ BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021b. v. 1, p. 351.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1.354.225/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de março de 2015, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **EAREsp n. 600.811/SP**. Relator: Min. Og Fernandes, 7 de fevereiro de 2020, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

2.1.6 Desconstituição da coisa julgada

Temos dito, na esteira da lição de Bedaque, que a coisa julgada corresponde a uma verdadeira encruzilhada do direito em sua dimensão material e instrumental¹²⁶ e é, por isso, “uma exigência de ordem social, política, prática”¹²⁷, já que não haveria razão para a existência do processo que não uma palavra final que fizesse prevalecer um dos vários interesses que se conflitam na sociedade moderna. Se há um direito fundamental à segurança jurídica, parte considerável desse abrigo é assegurado pela existência da coisa julgada, que adquire, nessa medida, a condição de garantia fundamental¹²⁸.

Tão certo, porém, como a segurança jurídica é um direito fundamental, é o fato que os direitos fundamentais, qualquer que seja a natureza, não ostenta caráter absoluto, não sendo a segurança jurídica uma exceção, pois nem mesmo a vida, o mais elementar e básico de todos os direitos fundamentais, escapa à possibilidade de restrição em determinadas situações¹²⁹.

Em situações de excepcional gravidade, quando a decisão judicial transitada em julgado consubstanciar, sobretudo, um total desacato ou desprezo pela ordem jurídica, ou que, por alguma razão, seja capaz de comprometer substancialmente a própria honorabilidade dessa ordem, o direito fundamental garantido pela coisa julgada deve sofrer restrições, autorizando-se, dessa forma, a remoção dessa autoridade, para que se possa, em circunstâncias bastante restritas, revisitar-se a controvérsia, decidindo-se novamente a demanda que outrora havia produzido a coisa julgada.

Para a desconstituição de decisões judiciais transitadas em julgado, o ordenamento jurídico brasileiro reserva uma única medida a ser manejada; a ação rescisória¹³⁰⁻¹³¹, que se

¹²⁶ BEDAQUE, J. R. S. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134.

¹²⁷ COSTA, 1978, p. 389.

¹²⁸ Gilmar Mendes e Paulo Gonet apresentam uma distinção entre um direito fundamental e uma garantia fundamental, sendo que a garantia está sempre a serviço do direito, assegurando ao “indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”. Os autores ainda comentam que “a fronteira entre uma e outra categoria não se mostra límpida”, o que nada acarreta, já que a constituição dá tratamento idêntico às espécies (MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, pp. 173-174). Rennan Thamay, referindo-se à coisa julgada, ora a menciona como um direito, ora como uma garantia (THAMAY, 2023, p. 369). Por outro turno, Paulo Bonavides afirma que a garantia “se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” e, ao contrário dos que não enxergam importância prática em distinguir os institutos, o autor diz que tal confusão é nefasta e impede a real compreensão da dimensão de ambas as figuras (BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 537-541).

¹²⁹ MENDES; BRANCO, 2022, pp. 196 e 263.

¹³⁰ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Ação Rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. 2. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 30.

¹³¹ Outra possibilidade de desconstituição da decisão judicial transitada em julgado, se dá pelo uso de reclamação apresentada perante determinado tribunal a fim de preservar sua competência ou autoridade de suas decisões.

viabiliza em uma das hipóteses taxativamente previstas no art. 966 do CPC, e revela a aversão de nosso sistema a decisões judiciais proferidas em dissonância de um processo justo e que produza os resultados imaginados justos pelo arcabouço das normas de direito material do ordenamento brasileiro.

É dizer: o art. 966 do CPC contempla hipóteses de cabimento de ação rescisória por violação de normas de natureza procedimental e de natureza material, no que distingue o ordenamento jurídico brasileiro de quase que a totalidade dos ordenamentos jurídicos que contam com uma espécie processual assemelhada¹³².

De posse dessas constatações é que Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha destacam a ação rescisória como instrumento genuíno de “controle de injustiças”¹³³, pois, do ponto de vista formal, é disso que se cuida quando decisões são proferidas em descompasso com as normas que tutelam o processo e o resultado imaginado pela dimensão material do direito¹³⁴.

Atendendo ao desafio de sistematizar o que seria, então, uma decisão justa, setor da doutrina tem afirmado que: “uma decisão justa é o fruto de três condições: i) observância de um processo justo; ii) adequada outorga de sentido às alegações de fato da causa e sua adequada verificação probatória; e iii) adequada individualização do direito aplicável, o que pressupõe adequada solução normativa para a solução do caso e adequada outorga de sentido aos textos dos quais resultam as normas”¹³⁵.

Sendo a decisão proferida fora desses parâmetros e não sendo mais possível a impugnação de seu teor pelas vias internas do processo, a parte tem em seu favor o direito substancial à rescisão do julgado, direito esse que se exerce por meio da ação rescisória, “instrumento para a tutela dos direitos fundamentais processuais que integram o direito ao

Embora a reclamação deva ser interposta antes que sobrevenha o trânsito em julgado da decisão (CPC/2015, art. 988, § 5º, I), de modo que a programação é para que a decisão seja cassada a antes de que sobrevenha o trânsito em julgado, não havendo tempo hábil a impedir que a decisão transite em julgado, o juízo de cassação, rescindente, portanto, alcançará a decisão já transitada em julgado, embora a impugnação tenha sido manejada contra uma decisão ainda passível de modificação por via de recurso, por isso a afirmação de que a impugnação da decisão transitada em julgado só se faz por meio da ação rescisória. Acolhida a reclamação, o juízo de cassação operado acaba por desconstituir a decisão impugnada e, caso essa tenha passado em julgado, haverá aquilo que Flavio Yarshell tem chamado de desconstituição atípica (YARSHELL, 2005, pp. 44-47).

¹³² MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 85.

¹³³ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 549.

¹³⁴ Flávio Yarshell pensa a ação rescisória como sendo um instrumento para a “impedir a subsistência de decisão que afronte o valor ‘justiça’”, em clara referência à justiça no plano da ideologia (YARSHELL, 2005, p. 324). Se a injustiça, sob escrutínio da ideologia, fosse razão para rescindir uma decisão judicial, não haveria sequer razão de se conceber a coisa julgada. De que justiça estamos falando? Formulações como essa não se atentam para a existência de casos em que a própria norma jurídica, do ponto de vista ideal, é injusta. Que diríamos? Não seria cabível a ação rescisória pela violação de uma norma jurídica axiologicamente injusta?

¹³⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 21.

processo justo e ao significado normativo do texto que serve à decisão justa”¹³⁶ da qual nos ocuparemos nas linhas abaixo.

2.2 Origem histórica da ação rescisória

Um estudo das condições materiais e históricas, se não o melhor método de análise das formações sociais e suas determinações – dentre as quais o direito – se mostra imprescindível à sua compreensão. Essa é a razão de Cesarino Junior ter afirmado que “todo historiador deveria ser jurisconsulto e todo jurisconsulto deveria ser historiador”¹³⁷⁻¹³⁸.

Percebendo a composição essencialmente histórica do direito, Edelman afirma que ele seria “um posto de observação insubstituível para ler a evolução do mundo, atualizar suas forças secretas”¹³⁹. Se a formação do direito é essencialmente histórica, as mais adequadas armas para sua investigação são aquelas fornecidas pelo método histórico, porque permite perscrutá-lo na perspectiva de conhecer para distinguir ou equiparar situações, sublinhando elementos para a melhor compreensão do presente e, talvez, um prognóstico de questões futuras¹⁴⁰.

É essa concepção a respeito do conteúdo material da história que permite a conclusão de que todos os fenômenos sociais que dão representatividade ao homem, sejam elas jurídicas, políticas, filosóficas ou até mesmo religiosas, são derivação imediata da forma com que estes produzem e trocam mercadorias¹⁴¹, por isso, nas palavras do próprio autor do método, “cada forma de produção cria suas próprias relações de direito”¹⁴².

Numa aparente aplicação do método histórico, é comum nos depararmos com ensaios em que o investigador busca em escritos a primeira vez que um determinado termo é mencionado e, a partir de então, procura construir uma teoria¹⁴³ com a pretensão de demonstrar a essência do objeto em tempos modernos, o que, na maioria das vezes, descamba numa análise

¹³⁶ Ibid., p. 22.

¹³⁷ CESARINO JR., A. F. Evolução do direito social brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, p. 86, 1952.

¹³⁸ A conjugação do verbo dever no pretérito imperfeito é adequada, pois o dever não se implementou, embora não possa ser descartado em um horizonte.

¹³⁹ EDELMAN, B. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 10.

¹⁴⁰ Sublinhando a importância do conhecimento histórico e do desenvolvimento dos arranjos sociais na construção de todas as formas de representações, Marx atribui o fracasso teórico Proudhon [adversário mais perigoso] ao fato que este não conhecer as “instituições sociais como produtos históricos” e não compreender “nem a sua origem nem o seu desenvolvimento” (MARX, 2009, p. 250).

¹⁴¹ ENGELS, F.; KAUTSKY, K. **O socialismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 21.

¹⁴² MARX, K. **Para a crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 29.

¹⁴³ Teoria para o método histórico é “a reprodução ideal do movimento real do objeto pelo sujeito que pesquisa: pela teoria, o sujeito reproduz em seu pensamento a estrutura e a dinâmica do objeto que pesquisa. Esta reprodução [...] será mais correta e verdadeira quanto mais fiel o sujeito for ao objeto” (PAULO NETTO, 2011, p. 21).

divorciada da realidade¹⁴⁴.

Se em algumas áreas do saber esse procedimento¹⁴⁵ se mostra inútil ou pouco útil, no que cerne à ciência do direito e suas instituições, ele é altamente arriscado, uma vez manuseado sem o rigor necessário¹⁴⁶, o método pode conduzir à incompreensão do que venha a ser o direito e seus institutos na atualidade, por vezes, levando a crer que haja relação entre o que se denominava por direito nas sociedades regidas por relações pré-capitalistas – escravistas ou feudais – e o fenômeno moderno que vigora em sociedades surgidas e desenvolvidas a partir da *generalização* da troca mercantil, isto é, em sociedades inseridas no modo de produção capitalista¹⁴⁷.

Embora o direito seja uma composição histórica, o estudo dessa ciência – a história – foi negligenciado no ensino jurídico brasileiro desde seus primórdios, não constando, quando da criação dos cursos jurídicos, de nenhuma disciplina obrigatória¹⁴⁸, passando essa condição apenas quando da publicação da Resolução n. 9, de 29.09.2004 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação que em seu art. 5ª estabelece, ao lado da antropologia, da ciência política, da economia, da ética, da filosofia, da psicologia e da sociologia, o estudo da história como fundamental à formação jurídica¹⁴⁹.

Por não se tratar de disciplina obrigatória, poucas instituições a incorporavam em sua grade curricular. Além disso, se nem mesmo a própria história era ensinada para além de uma forma insatisfatória, segue-se que os métodos da pesquisa histórica sequer eram cogitados, o que impacta diretamente nos pretensos trabalhos a respeito da *história do direito* que, salvo raras exceções, não comporta mais que uma revisão de bibliografia aleatoriamente selecionada pelo *pesquisador*, redundando, na maioria das vezes, em revisionismos, falsificações e

¹⁴⁴ Isso pode ser dar, hipoteticamente, com um trabalho que pretenda explicar a noção de república, apontando que a experiência teria surgido na Roma do século V antes de Cristo, entretanto, sabemos que a república romana e a república da atualidade não partilham de mais semelhanças do que o nome.

¹⁴⁵ Importante distinguir entre o método e o procedimento. O método histórico sempre será de inequívoca utilidade, o que não se pode confundir com o procedimento adotado pelo pesquisador.

¹⁴⁶ A propósito disso, embora as análises aqui trazidas tenham sido realizadas nos limites das competências de quem escreve, não há reivindicação da estatura de historiografia erudita. Não se trata de um trabalho histórico, na acepção acadêmica, as referências são obras já escritas e não as fontes comumente manuseadas por um historiador profissional.

¹⁴⁷ BARROS, R. C. S. **Direito do trabalho**: formação jurídica e a lógica do capital. Jundiaí: Paco, 2021, p. 49.

¹⁴⁸ Aurélio Wander Bastos apresenta a matriz curricular dos primeiros cursos em detalhes, até mesmo com as bibliografias obrigatórias (BASTOS, A. W. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 40-42.

¹⁴⁹ Vale destacar que o Decreto n. 1.232-H, de 02.01.1891, já previa a obrigatoriedade do estudo da História do Direito Nacional para os cursos jurídicos de instituições dependentes do Ministério da Instrução Pública. Todavia, o Direito Nacional, especificamente, era incipiente à época, sendo regulado, em alguns aspectos, pelas ordenações do reino.

mitificação da história¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

Não é só, embora a determinação fosse para que os estudos envolvessem “conteúdos essenciais sobre antropologia, ciência política, economia, ética, filosofia, história, psicologia e sociologia, o que se viu foi um reducionismo das investigações à antropologia do direito, economia do direito, ética do direito, filosofia do direito, psicologia do direito, sociologia do direito e, como se pode intuir, à história do direito¹⁵² e no caso desse último, o reducionismo é levado à máxima potência, pois que, na experiência brasileira, estudar a história do direito é estudar o direito romano, e este, entre nós, exatamente pela ausência de método na pesquisa histórica, é por sua vez, reduzido ao *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano¹⁵³.

Em razão do que acima exposto, quando as instituições de direito privado ou processual vigentes no Brasil são o objeto dessa investigação, imediatamente, de modo até mesmo intuitivo, o pesquisador é levado às mais priscas eras da história de Roma, buscando nas instituições jurídicas daquela civilização a explicação peremptória para os fenômenos jurídicos da modernidade, cuidando estar naquelas instituições a chave para a compreensão do direito moderno, especialmente por imaginar, sob influência dos romanófilos, ser o direito brasileiro derivação *imediata* dos arranjos jurídicos romanos¹⁵⁴, sem se atentar que, para aquela sociedade, o que se considerava jurídico não se distinguia de outras formas de relações sociais, notadamente a religião¹⁵⁵.

É necessário esclarecer e será demonstrado; nunca se conheceu entre nós os institutos jurídicos vigentes na Roma pré-feudal, convindo, para isso, primeiramente a definição do que viria a ser o suposto *direito romano*.

¹⁵⁰ Construir uma narrativa da história a partir de simples revisão bibliográfica em nada se distingue do processo de produção de mitos que pode se dar no plano da escrita ou da oralidade.

¹⁵¹ Embora a revisão bibliográfica seja insuficiente para a construção de uma teoria da história, serve como infalível arma para a desconstrução de teorias formuladas a partir dessa técnica.

¹⁵² Se a intenção da Resolução – e é isso que dela consta – era integrar o direito às demais ciências humanas, o procedimento de produzir uma antropologia do direito, economia do direito, ética do direito, filosofia do direito, psicologia do direito, sociologia do direito e história do direito, acaba por sabotar esse propósito, devolvendo as coisas exatamente aos lugares que ocupavam. O direito retorna ao seu isolamento, como bem pretendem aqueles que só possuem uma concepção de mundo, a jurídica.

¹⁵³ O corpo de direito civil (*corpus Iuris civilis*), nome dado ao trabalho de Justiniano por Dionísio Godofredo ao fim do séc. XVI d.C., corresponde à coleção que contemplada o *códex*, o *digesto*, as *institutas* e as *novelas* (MARKY, T. **Curso elementar de direito romano**. 10. ed. São Paulo: YK, 2021, p. 30).

¹⁵⁴ CRETELLA JR., J. **Direito romano moderno**: introdução ao direito civil brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

¹⁵⁵ MASCARO, A. L. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

Antonio Filardi Luiz, aponta que parte da doutrina romanística conceitua o *direito romano* como sendo as regras do *corpus iuris civilis*¹⁵⁶⁻¹⁵⁷ e é justamente aí que se instaura a crítica que trazemos, já que, como bem explica Thomas Marky, aquilo que se denomina por direito romano conheceu apenas dois processos de codificação, sendo o primeiro a Lei das XII Tábuas, datada do século V a.C. e o segundo, o de Justiniano, no ano 529 da era cristã¹⁵⁸. Sucede que, quando nos aproximamos com mais vagar dessas informações, o que colhemos é que essa suposta redação do *códex* do ano de 529 da era cristã, além de compreender apenas uma seleção restrita das regras vigentes, se perdeu e dela não temos texto nenhum.

É apenas no ano seguinte que Troboniano recebe ordens de Justiniano para que promovesse uma seleção das obras dos principais jurisconsultos e efetuasse uma nova codificação, contando, de todo modo, com expressa autorização para que procedesse as necessárias *alterações nos textos* para sua harmonização com a realidade concreta experimentada àquela altura dos acontecimentos históricos¹⁵⁹. É essa edição, publicada em 534 da era cristã, conhecida como *codex repetitae praelectionis* (código relido), que nos foi relegada e considerada pelos romanistas como documento histórico capaz de revelar a dinâmica social de Roma pelo espaço de mais de um milênio¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Esse setor da doutrina sequer tece considerações sobre as razões de natureza material pelas quais o trabalho de codificação teria sido intentado; ignora que tal documento surgiu apenas quando sedimentado o fim da antiguidade¹⁶², bem como parece ignorar que o “Império Romano do Oriente” jamais foi além de um arremedo de Império Romano¹⁶³, nunca se submetendo às decisões políticas de Roma, sendo que, sequer, os idiomas oficiais coincidiam¹⁶⁴.

As diferenças, indelévels, eram de tal monta que, nem mesmo a unidade religiosa resistiu à distância dos centros de poder, redundando no Grande Cisma de 1.054 e criação das

¹⁵⁶ LUIZ, A. F. Curso de direito romano. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 21-22.

¹⁵⁷ De largada, podemos verificar o reducionismo do direito a regras jurídicas, o que não se admite numa concepção moderna de direito.

¹⁵⁸ MARKY, 2021, pp. 28-29.

¹⁵⁹ MARKY, 2021, p. 29.

¹⁶⁰ Ibid., pp. 28-29.

¹⁶¹ O próprio Marky atesta uma alteração substancial no quadro interno das relações jurídicas romanas, apontando que o *ius civile*, após o surgimento do *ius honorarium*, só vigia no mundo das formas, tendo aquele sido substituído por este MARKY, 2021, p. 27.

¹⁶² É convencionado entre os historiadores que a antiguidade, ou idade clássica, corresponde ao período compreendido entre a queda de Tróia e a queda de Roma, isto é, até o ano 476 da era cristã (ECO, U. **Idade média:** bárbaros, cristãos e muçulmanos. Alfragide: Dom Quixote, 2010, s.p.).

¹⁶³ Doravante, qualquer menção ao Império do Oriente se valerá da melhor expressão adotada pela historiografia, qual seja, Império Bizantino e Império Turco-Otomano, a depender do momento.

¹⁶⁴ Enquanto em Roma se falava o latim, em Constantinopla o idioma oficial era o grego.

Igrejas Autocéfalas do Oriente, cizânia essa que teve como base material (para além das retóricas teológicas) os abismos culturais e políticos entre cristãos praticantes do rito latino, representados pelos romanos *barbarizados* e cristãos praticantes do rito grego, que eram os do oriente¹⁶⁵. Se nem mesmo dentro da cristandade, regida por regras de fé teoricamente comuns, havia hegemonia comportamental, que dizer então de povos, a essa altura, inteiramente distintos como o são até os dias atuais?

Ao contrário do Império Romano, o Império Bizantino, não se desintegrou em razão das invasões bárbaras que fez colapsar toda a formação social romana, mergulhando todo o ocidente a um estado de anarquia social, profunda desintegração comercial e política, conhecida como Idade das Trevas¹⁶⁶. Os acontecimentos que sucedem a queda do Império Romano dão nota de que os campos, antes cultivados, e as estradas romanas, que outrora favoreciam a rápida circulação de tropas e mercadorias, retrocederam à condição de florestas¹⁶⁷.

As cidades romanas, outrora pujantes, eclipsaram. A Europa que contava com uma população estimada entre 30 e 40 milhões de habitantes é reduzida a não mais que 16 milhões. Grandes enchentes impediam tanto o processo de semeadura como o de colheita. Os *bons costumes* e a civilidade romana desapareceram. A fome grassava todas as camadas da tessitura social, ricos ou pobres, não importava, a carrasca cegava os olhos para as condições sociais de suas vítimas; andarilhos, viajantes e crianças eram atraídos para emboscadas e mortos para que servissem de alimento¹⁶⁸. Em busca de proteína animal, até mesmo sepulturas eram violadas e os mortos devorados¹⁶⁹. Até as técnicas mais difundidas como as da produção de ferro e vidro se perderam e, com isso, as espadas de guerra, pois não havia ferro, sequer, para a produção de enxadas, foices e outros instrumentos indispensáveis ao desenvolvimento da agricultura¹⁷⁰.

Notadamente sobre o campo cultural, Umberto Eco nos lega a lição de que muitos textos da idade clássica haviam se perdido e grandessíssima escassez literária se abateu contra os ocidentais, não poupando nem mesmo o Sumo Pontífice de Roma:

¹⁶⁵ SOUZA, N.; DIAS, T. C. S. O cisma na Igreja Católica Apostólica Romana e o nascimento da Igreja ortodoxa: uma releitura histórica e as tentativas de reaproximação. **Caminhos de Diálogo**, Curitiba, ano 9, n. 15, s.p., jul./dez. 2021.

¹⁶⁶ A expressão é metafórica e serve para dar destaque ao período imediatamente posterior à queda de Roma no ano 476 da era cristã, onde a sociedade europeia ocidental mergulhou em profunda decadência “física e cultural agitados por terrores sem fim, fanatismo, intolerância, pestilências, fomes e carnificinas”, caos esse que começa a se extirpar com a ascensão do Sacro Império Romano-Germânico no ano 800, também conhecido como Império Carolíngio (ECO, 2010, s.p.).

¹⁶⁷ ECO, 2010, s.p.

¹⁶⁸ Ibid., s.p.

¹⁶⁹ Ibid., s.p.

¹⁷⁰ Ibid., s.p.

É célebre a história de Gerberto d'Aurillac, que depois será Silvestre II, o Papa do ano 1000, que promete a um seu correspondente uma esfera armilar se ele lhe arranjasse o manuscrito da *Farsália* de Lucano. O manuscrito chega, mas Gerberto acha-o incompleto e, não sabendo que Lucano deixara a obra por terminar, porque fora «convidado» por Nero a abrir as veias, envia ao correspondente apenas metade de uma esfera armilar¹⁷¹.

Acaso parece pequeno o processo de degradação da formação social romana para que os romanistas, de modo pueril, possam sustentar a continuidade de um *direito romano*?

Os romanistas não consideram que, a dificuldade de transposição da história medieval para a época moderna, embora comporte boa dose de dificuldade, é infinitamente menor em relação à transposição da história antiga para idade média¹⁷². No embalo dos fatos é que se tem que, findada a idade das trevas, por volta do século X d.c, sedimentou-se o feudalismo na Europa ocidental¹⁷³, modo de produção marcado por uma “unidade complexa” que jungia as fontes de poder jurídico, econômico e político e, nesse contexto e modo de produção, embasado na relação de servidão dos camponeses ao senhor feudal, o próprio estatuto da propriedade guardava uma feição própria, diversa da propriedade conhecida na modernidade¹⁷⁴.

A marca da propriedade feudal era a sobreposição, onde um senhor feudal (o suserano) em um dos extremos da engrenagem, normalmente um monarca, concedia um feudo a determinada pessoa que se lhe ligava por um laço de vassalagem. Esse vassalo, por sua vez, replicava a lógica e concedia igualmente, um feudo menor a um outro vassalo que também se lhe jungia por outro laço de vassalagem e assim sucessivamente, até que se alcançasse o servo. Em síntese, excluindo-se o servo, cada senhor era vassalo de um senhor mais poderoso¹⁷⁵.

Isso, por si só, já é suficiente para a compreensão de que o sistema de justiça¹⁷⁶ da Europa ocidental medieval não poderia, até mesmo por razões materiais, se comparar ao sistema romano, já que, do mesmo modo que as propriedades se sobrepunham, as instâncias de justiça também se sobrepunham, sem qualquer possibilidade de unificação. Maior grau de dificuldade emerge do fato de que a propriedade feudal jamais excluiu a propriedade alodial, bem como terras comunais, pastos, campos e florestas que se consagravam em verdadeiros centros de

¹⁷¹ Ibid., s.p.

¹⁷² A idade média, também por convenção dos historiadores, compreende o período havido entre a queda de Roma em 476 e o ano de 1492, em que diversos fatos tiveram ocorrência tais como: o descobrimento da América e a queda de Granada, último reduto Moro em solo Europeu.

¹⁷³ O processo de feudalização teve início no séc. VIII, porém só se hegemonizou no séc. X.

¹⁷⁴ A ideia de feudo, consagrada no imaginário do homem moderno como sendo de uma propriedade, não correspondia, durante a idade média, nada mais do que o direito de uso da terra (STEINMANN, H.; OLMO, M. J. A. D. **No tempo do feudalismo**. 10. ed. São Paulo: Ática, 2004, p. 33).

¹⁷⁵ Em contraste a essa sociedade em que todos eram senhores, à exceção dos servos, entre os bárbaros todos eram servos, menos um.

¹⁷⁶ A expressão é usada em termos metafóricos, pois é evidente a total ausência de um sistema de justiça, dada a fragmentação do poder.

autonomia e resistência do campesinato.

Perry Anderson, a propósito do tema, destaca que havia aldeias, por exemplo, em que os residentes, por vezes eram sujeitos a senhores feudais distintos, o que gerava uma ordem jurídica bastante vaga e conflituosa. Examinemos o excerto:

Dentro das terras senhoriais, as relações de produção eram mediadas por um estatuto agrário dual. Mais que isso, muitas vezes havia um descompasso ainda maior entre a justiça à qual os servos se sujeitavam nas cortes de seu senhor e as jurisdições senhoriais sobre o território. No mais das vezes, os domínios não coincidiam com um único povoado, estavam, em vez disso, distribuídos por vários vilarejos diferentes; assim, sobre uma mesma vila podia se entrecruzar uma multiplicidade de posses senhoriais diversa. Acima desse intrincado labirinto jurídico normalmente pairava a *haute justice* dos senhorios territoriais, cuja área de competência era geográfica, e não senhorial. Assim, nesse sistema, a classe camponesa da qual se extraía o excedente habitava um mundo social de poderes e reivindicações sobrepostas, e essa pluralidade de ‘instâncias’ de exploração criava discrepâncias latentes que seriam impossíveis em um sistema jurídico e econômico mais unificado¹⁷⁷.

Em linhas gerais, era esse o cenário das formações sociais da Europa ocidental, a qual os romanistas reivindicam a condição de herdeira direta, imediata e ininterrupta do *direito romano*.

Ao norte e oriente do continente europeu a dinâmica social era completamente distinta. O Império Bizantino, em razão de algumas distinções estruturais ao Império Romano (economia mais desenvolvida, campesinato mais bem articulado e melhor unidade cívica), além de sua relativa distância do foco das invasões bárbaras, se manteve íntegro, permanecendo, outrossim, como herdeiro das tradições helênicas.

Embora romanocentristas, os bizantinos, olhavam para o ocidente europeu, do Cáucaso à Irlanda, com profundo desprezo, enxergando seus moradores como bárbaros periféricos, ou melhor, *Fraggia*, como indistintamente passaram a chamar todos os povos ocidentais, fossem eles latinos ou francos, pois na concepção bizantina, Saxônia e Francia eram termos sinônimo¹⁷⁸.

São esses fatos materiais e visão de mundo que permitiram aos bizantinos prenderem-se à antiguidade até o início das conquistas sarracenas que fez divisão entre as margens do Mediterrâneo¹⁷⁹.

Isso explica, em boa medida o *processo legislativo* empreendido por Justiniano em meados do séc. VI, pois estando as formações jurídicas sempre a reboque e a serviço do modo

¹⁷⁷ ANDERSON, P. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Unesp, 2016, pp. 167-168.

¹⁷⁸ BALARD, M.; DUCELLIER, A. In LE GOFF, J.; SCHMITT, J-C. (orgs.). **Dicionário analítico do ocidente medieval**. São Paulo: Unesp, 2017, p. 137.

¹⁷⁹ ANDERSON, 2016, p. 18.

de produção preponderante¹⁸⁰, se fazia mister a reafirmação de regras jurídicas comprometidas com a manutenção o modo de produção escravista que vigorava de modo amplo no Império Romano, o que, inclusive permitiu que esse modo de produção se prolongasse por maior espaço de tempo na parte oriental do continente Europeu.

Em linhas acima, ao invés de “processo de codificação” utilizou-se a expressão *processo legislativo* e isso se dá em razão da descoberta de que, ao determinar a redução das regras jurídicas romanas ao *codex*, Justiniano, autorizou aos responsáveis que, além de procederem a seleção dos textos, promovessem as alterações necessárias para que se harmonizassem à realidade social da época¹⁸¹.

Não há, contudo, uma relação dos textos preteridos, tampouco o conteúdo material das alterações formuladas, de modo que, acreditar serem mínimas ou irrisórias essas interpolações, exige uma elevada dose de boa vontade, especialmente num contexto em que o governante concentrava maiores poderes que os absolutistas dos séculos vindouros. Seria necessário que Justiniano tivesse a alma de um *carneiro* para resistir à tentação de poder ditar as regras jurídicas que deveriam reger seu império, tudo ao modo de um bom déspota.

A respeito das interpolações, que diria o povo hebreu sob a desconfiança de que uma parte incerta dos Dez Mandamentos do Sinai fumegante ou das Leis Sanitárias e Cerimoniais não iam muito além de interpolações de Moisés? O que diriam os cristãos caso se deparassem com a informação de que parte considerável dos livros que deveriam compor sua bíblia foram arbitrariamente ocultados e, os livros canonizados, alterados para que se harmonizassem aos tempos da atualidade? Esse é o direito que os romanófilos pretendem seja aceito como sendo expressão do direito romano.

Michel Villey os impugna e atesta que o direito romano propagado em nossos dias não vai além de uma falsificação dos *Pandectistas*:

[...] Seguidamente, vieram os *Pandectistas*, no decurso do século XIX, imbuídos da filosofia kantiana, e que realizaram na Alemanha um imenso trabalho, criando novas definições da pessoa, dos direitos, dos contratos, levando-nos inconscientemente, e sob o pretexto de nos apresentar a ciência jurídica romana, uma 'teoria geral' radicalmente diferente. Pela obra desses teóricos, a doutrina jurídica romana foi objeto duma completa reforma, e submeteu-nos à sua influência. Por exemplo, o que o grande público costuma hoje entender por "direito natural", não tem senão remotas relações com o antigo direito natural; e os nossos conceitos de propriedade, de contrato, de pessoa jurídica, não são mais as noções romanas; os nossos manuais não nos

¹⁸⁰ Nunca um modo de produção logrou apagar por completo as características do outro. O escravismo conviveu em alguma medida com o trabalho livre, assim como a servidão, olhava de perto tanto o trabalho livre como o trabalho escravo, de modo que o mais correto é se mencionar o modo de produção predominante (ANDERSON, 2016, p. 25).

¹⁸¹ MARKY, 2021, p. 29.

transmitem mais do que um direito romano falsificado, porque visto sob ótica diferente, sob novas categorias. O desenvolvimento do direito romano não é um progresso contínuo. Sofreu, a partir do século XVII, um grave desvio¹⁸².

Prosseguindo. Em relação ao extremo norte do continente europeu, berço dos escandinavos, é de se destacar que, embora godos e burgúndios, ou seja, povos de origem escandinava tivessem participado intensamente das invasões¹⁸³ que levaram o Império Romano ao colapso, esses povos já haviam se diluído entre o restante dos povos germânicos, de modo que a Escandinávia se manteve “totalmente fora do mundo romano”, portanto, “intocada pelo grande drama do colapso da Antiguidade”¹⁸⁴.

Durante toda a Idade das Trevas, os povos escandinavos se mantiveram com a mesma formação social, isto é, uma divisão em clãs e encabeçada por líderes, um campesinato armado, um conselho de guerreiros, um séquito para expedições de assalto e uma “monarquia precária e semieletiva”¹⁸⁵.

Tão logo reorganizado o Império Romano (Sacro Império Romano-Germânico) sua expansão forçou as fronteiras rumo ao norte da Germânia e da Saxônia, isto é, colocando o Império Carolíngio às portas da Escandinávia, o que foi, de pronto, respondido por uma devastadora onda de invasões dos novos bárbaros (os vikings) que desde a Irlanda até Bizâncio empreendiam assaltos, sobretudo na perspectiva de capturar escravos, colocando-os a venda recém fundada Kiev, tendo como principal mercado o ocidente europeu¹⁸⁶.

Com escravos em fartura, o modo de produção escravista na Escandinávia não só se mantinha como se expandia, e permitia a manutenção da formação social primitiva, regida por costumes, vez que o excedente necessário para a manutenção da nobreza escandinava era extraído diretamente de escravos estrangeiros, sem a necessidade de submissão da população local aos vínculos da servidão que se generalizava no sudoeste europeu¹⁸⁷.

¹⁸² VILLEY, M. **Direito Romano**. Porto: Rés-Editora, 1991, p. 86.

¹⁸³ Ao contrário da imaginação popular, a queda de Roma não se deu em razão de uma única invasão “As invasões germânicas que assolaram o Império ocidental se distenderam em duas fases sucessivas, cada uma com um impulso e um padrão diferente. A primeira grande onda começou com a marcante marcha pelo leito congelado do Reno, na noite de inverno de 31 de dezembro de 405, feito de uma vaga confederação de suevos, vândalos e alanos. Poucos anos depois, em 410, os visigodos, sob o comando de Alarico, saquearam Roma. Duas décadas mais tarde, em 439, os vândalos tomaram Cartago. Por volta de 480, o primeiro esboço de um sistema de Estados bárbaros já havia se estabelecido em solo que antes fora romano: os burgúndios em Savoia, os visigodos na Aquitânia, os vândalos no Norte da África e os ostrogodos no norte da Itália” (ANDERSON, 2016, p. 125).

¹⁸⁴ ANDERSON, 2016, p. 194.

¹⁸⁵ Ibid., 2016, p. 194.

¹⁸⁶ Essas invasões que ficaram conhecidas como sendo o segundo assalto contra a Europa cristã, em verdade era bem distinto das invasões barbaras que deram queda a Roma. Eram pequenas expedições marítimas, com cerca de 300 ou 400 homens, e seu objetivo era essencialmente comercial: a pilhagem e a captura de escravos, muito embora, de modo incidental, algumas cidades tenham sido criadas e outras encampadas (Ibid., p. 195).

¹⁸⁷ Ibid., 2016, p. 197.

É apenas em 1066, com a derrota e morte de Harald Hardrada, general viking, que os assaltos e a expansão *varegue* têm fim e, prejudicados em sua atividade de tráfico de escravos e o fim de suprimento da mão-de-obra, a Escandinávia sucumbe aos poucos ao modo de produção feudal, que se generaliza, promovendo as alterações sociais de estilo, inclusive com a falência da religião e ordem consuetudinária que lá vigia desde os tempos mais remotos.

O que se pretende demonstrar com esse esforço histórico é que, após a queda da Cidade Eterna, a Europa jamais alcançou unidade no modo de produção. Havia ao mesmo tempo trabalho livre, servil e escravo o que implicava na impossibilidade lógica de uma unidade jurídica, já que, repita-se, “cada forma de produção cria suas próprias relações de direito”¹⁸⁸.

Nada surge do nada, e o nada, nada pode gerar. Ou como diriam os romanos, *ex nihilo nihil fit et ex nihilo nihil generare potest*. É manifesto que as forças de ocupação, quando do processo de colonização, mais do que pessoas e semoventes, a carrega consigo uma língua, costumes e diversos outros elementos culturais e de dominação, como é o caso de regras jurídicas. Mais que isso, esses elementos, uma vez estabelecidos, são indelévels da formação social colonizada.

Esse processo pode ser visto na história recentemente em que a colonização da América do Norte impôs, em circunscrições de domínio britânico, o idioma inglês e a *common law*¹⁸⁹, ao passo que os territórios de colonização francesa aderiram ao idioma francês e ao predomínio da *civil law*¹⁹⁰.

Mesmo após a expulsão dos franceses e domínio britânico sobre os territórios francófonos, traços daquela cultura se mantiveram vivos até os dias atuais.

O que se está a dizer é que o nome de alguns institutos ou até mesmo uma solução jurídica conhecida em um determinado local ou data não são suficientes para sustentar a tese de que o direito da Europa continental seja um processo de continuidade dos arranjos jurídicos de Roma. Assim como o *Pontifex Maximus* não é o sumo Pontífice da Igreja de Roma e o *Dux* não é *Il Duce* do fascismo italiano do século XX, o *Jus romano* não é o direito capitalista, embora não se negue a inspiração tanto em um como em outro caso¹⁹¹.

O direito moderno é um fenômeno específico do capital e o que lhe dá especificidade

¹⁸⁸ MARX, 1999, p. 29.

¹⁸⁹ [...] “sistemas jurídicos em que a ordem jurídica é composta, predominantemente, não pela lei escrita (*statutory law*), mas pelos precedentes judiciais (*precedents*), que são vinculantes (ANDREWS, 2009, p. 16).

¹⁹⁰ DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 453.

¹⁹¹ Villey não nega essa condição. Pelo contrário, afirma que a ciência do direito é produto romano assim como a filosofia seria uma genuinidade grega ne que negar essa condição seria o mesmo que “ter vergonha da própria mãe” (VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 87-88).

não é o número de assuntos, mas a qualidade com que esse direito trata as relações sociais. O denominado direito romano sequer conheceu os elementos tonificadores e sob os quais orbita o direito moderno, tais como sua mecanicidade, tecnicismo, dimensão qualitativa, notadamente pela adoção da equivalência tornada possível por meio da ideia de subjetividade jurídica e sujeito de direito, este último, a menor partícula do sistema jurídico tal qual como conhecemos¹⁹².

A propósito do tema da subjetividade jurídica, a mais densa doutrina romanista e a mais contundente crítica marxista do direito são concordes. Tanto Villey quanto Pachukanis são assentes no sentido de que a formação jurídica romana não conheceu a subjetividade jurídica e nem a ideia de sujeito de direito, pois para o primeiro –Villey –, a subjetividade jurídica e o direito subjetivo são elementos que corroeram o direito fazendo-o desaparecer, ao passo que, para o segundo – Pachukanis – a subjetividade jurídica e o sujeito de direitos são elementos constitutivos, tonificadores e estruturantes do direito, que não poderia existir fora do contexto do modo de produção capitalista¹⁹³.

Villey e Pachukanis se dedicam ao tema da subjetividade jurídica. O primeiro, enxergando-a como reflexo imediato do individualismo que marca toda a filosofia humanista, ao passo que o segundo, sem dar dimensão à questão filosófica, acaba por encontrar sua gênese material na generalização do modo de produção capitalista, quando tudo passa a ser mercadoria¹⁹⁴.

É apenas no capitalismo que a mercadoria assume a forma social de subjetividade jurídica, a fim de possibilitar que todos sejam capazes de comprar e vender toda e qualquer toda e qualquer mercadoria, e, notadamente, para que pudessem se vender enquanto força de trabalho, fez-se necessário a criação de um *sujeito de direito*. É, pois, este, uma figura do direito necessária para a circulação mercantil¹⁹⁵.

O raciocínio de Pachukanis, embora sofisticado, não é impenetrável: se o sujeito de direito nada mais é do que a forma social (jurídica) que a mercadoria assume para que possa circular nas relações de troca, é evidente que todo o direito moderno se constitui, se estrutura, se ordena e se reproduz a partir da centralidade do sujeito de direito que é seu átomo, assim

¹⁹² MASCARO, 2015, pp. 1-25.

¹⁹³ MAGALHÃES, J. P. **Crítica à subjetividade jurídica**: reflexões a partir de Michel Villey. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 21-22.

¹⁹⁴ Ibid., p. 24.

¹⁹⁵ NAVES, M. B. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 54.

como a mercadoria é o átomo do capitalismo.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.

Se os ajustes romanos não conheceram a figura do sujeito de direito, evidente que não se estruturavam sobre essa figura e isso é suficiente para se decretar que a o emprego da palavra direito, indistintamente, não é suficiente para torná-lo fenômeno idêntico ao direito capitalista. É apenas no capitalismo que o direito adquire as especificidades que modernamente se nos apresentam, razão pela qual, sociedades pré-capitalistas não conheceram o nosso direito. No influxo dessas reflexões, retornemos ao feudalismo e à gênese material das determinações do direito.

Engels e Kutsky, em contestação à tese que via no direito uma possibilidade de alcance do socialismo¹⁹⁸, valendo-se do materialismo histórico, dissecam o surgimento do direito, apontando-o como fenômeno específico do capitalismo, surgido da derrocada da ordem feudal, notadamente da substituição da concepção católica de mundo característica daquele modo de produção e que “já não podia satisfazer à nova classe e às respectivas condições de produção e troca”¹⁹⁹.

Segundo essa ótica, o aparato da Igreja, notadamente sua teologia, se punha como obstáculo à expansão da sociabilidade capitalista e crescimento dos níveis de exploração, sendo necessária a deposição dessa concepção teológica de mundo, substituindo-a pela concepção puramente jurídica, onde não importa mais estar em conformidade com as doutrinas da Igreja e sim com o direito emanado do Estado²⁰⁰, isto é, uma total secularização das relações sociais²⁰¹.

Nessa perspectiva, o triunfo da sociabilidade calcada na troca mercantil é a causa de surgimento do direito, isto porque, em uma sociabilidade estruturada na circulação da mercadoria, é imperioso que as pessoas envolvidas na troca sejam capazes de aderir a essa relação pela *via contratual*, que tem por pressuposto a própria *liberdade* de concorrer e contratar, tendo como “grande niveladora a igualdade jurídica”, que, por essa razão, passou a

¹⁹⁶ PACHUCANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 117.

¹⁹⁷ Não é despropositado que Karl Marx inicie sua crítica da economia política por desvendar a mercadoria, senão pelo fato de que via nessa categoria o átomo do capitalismo (MARX, 2017, p. 113).

¹⁹⁸ Também conhecida como “socialismo dos juristas”, a corrente tinha como expoente o austríaco Anton Menger (1841-1906), professor de Direito Processual Civil, além de reitor da Universidade de Viena.

¹⁹⁹ ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 17.

²⁰⁰ Esse é o contexto no qual a sociedade burguesa depôs a concepção teológica de mundo, colocando em substituição, uma concepção jurídica, sendo m movimento de secularização da visão teológica, representado numa ruptura com as amarras da religião e substituição do direito divino pelo direito humano e, como consequência inevitável, a substituição da Igreja como órgão central da hegemonia política, assumindo o posto o Estado.

²⁰¹ Perceba-se, no entanto, que, não sendo possível uma ruptura imediata, abrupta, com a concepção teológica sem que algo fosse posto no lugar, a fim de manter a unidade e coerência sociais, mister se fez construção de uma etapa transitiva – a reforma protestante – que nada mais é do que um desdobramento da revolução burguesa em sua frente de luta contra o maior senhor feudal de toda a Europa – a Igreja, detentora de 1/3 das terras (STEINMANN; OLMO, 2004, p. 34).

ser o “brado de guerra da burguesia”²⁰². Com isso, o que se está a dizer é que, sequer haveria um “direito romano” do qual pudéssemos ser herdeiros diretos, pois que:

A forma jurídica nasce somente em uma sociedade na qual impera o princípio da divisão do trabalho, ou seja, em uma sociedade na qual os trabalhos privados só se tornam trabalho social mediante a intervenção de um equivalente geral. Em tal sociedade mercantil, o circuito das trocas exige a mediação jurídica, pois o valor de troca das mercadorias só se realiza se uma operação jurídica – o acordo de vontades equivalentes – for introduzida. [...] Portanto, o direito está indissociavelmente ligado à existência de uma sociedade que exige a mediação de um equivalente geral para que os diversos trabalhos privados independentes se tornem trabalho social. É a ideia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a ideia de equivalência jurídica²⁰³.

A doutrina crítica percebe bem essa questão quando diz que não haveria sequer razões para surgimento ou espaço para desenvolvimento do direito fora do capitalismo, sendo a razão de ser dessa forma social, simplesmente, a de assegurar a circulação mercantil, conferindo estabilidade às relações de troca, garantindo a propriedade privada e sancionando os que eventualmente transgredissem as regras postas²⁰⁴. O direito é, nessa medida, moderno e um fenômeno do capitalismo, e aquilo que chamamos de *direito* no período pré-capitalista, dada à sua falta de especificidade, não se podia distinguir da moral, da política, da economia e também da religião:

Durante muito tempo, chamou-se por direito aquilo que hoje chamaríamos por religião, ou mesmo política. Quem dirá que os Dez Mandamentos da Bíblia são um monumento *jurídico*? Mas quem poderá dizer que são um conjunto de normas só religiosas e não jurídicas? Na verdade, em sociedades do passado, como a hebreia, não há algo que especificamente seja chamado por direito e que seja totalmente distinto da religião. Somente quando se chegou aos tempos modernos – quando começou a separação teórica entre direito, política e religião, por exemplo – é que foi possível entender que não houve, naqueles tempos passados, um direito tomado de modo específico. [...] Só os tempos modernos, devido a certas condições e estruturas sociais, como a organização capitalista, deram *especificidade* à religião, à moral, à política, à economia e também ao direito²⁰⁵.

Assim que, em conclusão parcial, é possível sustentar que, ao contrário do que se possa imaginar, o direito é um fenômeno moderno, surgido da ordem capitalista, tendo por função primordial prestar amparo a uma troca mercantil que se faz mediante *relações de direito*, ou melhor dizendo, *relações contratuais*, funcionando como equivalente geral da mercadoria nas relações de troca, e o Estado, forma política do capital²⁰⁶, como um assegurador desse *ajuste de*

²⁰² ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 19.

²⁰³ NAVES, 2008, p. 57.

²⁰⁴ MASCARO, 2015, p. 5.

²⁰⁵ Ibid., p. 15.

²⁰⁶ MASCARO, A. L. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 25-27.

vontades, empregando previsibilidade e segurança aos contratantes.

Especificamente sobre o tema da ação rescisória, se a relação de direito processual não tem vida e nem função próprias, derivando sempre das relações de direito material que visa instrumentalizar e, na Roma pré-capitalista não se conheceu o direito, é certo que também não se conheceu o processo como especificamente o conhecemos. Portanto, se quisermos conhecer o passado mais remoto do instituto processual, é mais adequado traçarmos um percurso a partir do valor jurídico tencionado por sua existência – a segurança jurídica – guardada de perto pela ideia de coisa julgada e sua consequente imutabilidade.

É natural que, optando por uma concepção de mundo meramente jurídica, onde o resultado dos arranjos sociais que outrora estavam sob responsabilidade do divino, passam a ser de responsabilidade exclusiva dos atores sociais, todos os envolvidos foram tomados de enorme sensação de insegurança e, não mais podendo retroceder para buscá-la na concepção teológica, fez-se necessário um passo rumo a uma segurança que pudesse ser entregue pelo direito, uma segurança jurídica. Sobre o tema, Humberto Ávila destaca que:

O futuro, antes nas mãos de Deus, com a secularização, foi posto nas mãos do homem, cabendo a este último dominá-lo, por planejamento e não por “adivinhação”. No entanto, com a sociedade moderna e com o aumento da complexidade das relações, decorrente dos avanços tecnológicos o futuro ficou maior. Na busca por segurança – eis o paradoxo –, o homem terminou por sentir-se mais inseguro²⁰⁷.

É por isso que Humberto Ávila aponta que “o ponto de partida de estudo da segurança deve ser, pois a insegurança”²⁰⁸ e aquela, ao modo liberal, só poderia ser implementada por um Estado e não qualquer Estado, mas um Estado de Direito²⁰⁹⁻²¹⁰.

É nesse contexto material, onde o direito captura a totalidade das relações sociais tornando-as, necessariamente, relações de direito acabando por redundar numa espécie de “totalitarismo jurídico”²¹¹, que tem vez o surgimento dos remédios aptos à promoção dessa nova racionalidade, remédios que são instrumentos assecuratórios da forma jurídica, até mesmo contra as vontades do soberano. São, ao mesmo tempo, mecanismos de contenção do arbítrio e garantidores dos interesses da classe emergente²¹².

²⁰⁷ ÁVILA, 2021, p. 56.

²⁰⁸ Ibid., p. 51.

²⁰⁹ PACHUCANIS, 2017, p. 151.

²¹⁰ Por isso a conclusão de Edelman no sentido de que “este é o sonho da burguesia: um capitalismo garantido de uma vez por todas pelo direito” (EDELMAN, 2016, p. 61).

²¹¹ Expressão de Guy Carcassone em seu estudo sobre a jurisdicização das relações sociais (CARCASSONNE, G. *Société de Droit contre État de Droit*. In: *L'État de Droit*. In: **Mélanges em l'honneur de Guy Braibant**. Paris: Dalloz, 1996, s.p.).

²¹² ÁVILA, 2021, p. 57.

Em formações sociais que se reservavam para si o monopólio da jurisdição, a decisão judicial, ao contrário do que possa parecer, é espécie de negócio jurídico, pois decorre de uma prestação obrigacional do ente político controlador, de modo que a lógica jurídica que opera na rescisão das sentenças é a mesma que opera por de trás da rescisão dos negócios jurídicos em geral²¹³.

Em tempos anteriores, onde grassava o absolutismo, a simples vontade do governante era suficiente para a desconstituição de qualquer decisão, independente da autoridade da qual emanasse. Florescendo a racionalidade jurídica, imediatamente os mecanismos capazes de fazer oposição à essa forma de poder foram sendo implementados e, no bojo desses acontecimentos, é que, por imperativo da segurança jurídica, surge a atual compreensão de coisa julgada²¹⁴ e a burocratização para a sua desconstituição, representada nas medidas jurídico-processuais para sua impugnação, institutos estes que se desenvolveram até a forma atual, conhecida entre nós como ação rescisória²¹⁵.

O raciocínio é simples. Se a ação rescisória tem por finalidade a desconstituição da coisa julgada, e esta é monumento erigido em homenagem à segurança das relações jurídicas, generalizadas a partir do surgimento da sociabilidade capitalista, essa é a base material a ser trabalhada, é aí que se encontra a gênese do instituto jurídico que culminou na nossa atual ação rescisória. É na segurança jurídica, valor liberal, é que encontramos as respostas sobre o surgimento e desenvolvimento da ação rescisória que são indissociáveis de seus fundamentos políticos. As origens da ação rescisória e instrumentos congêneres encontrados no direito comparado remontam, portanto, à história da contenção do absolutismo²¹⁶.

2.3 Fundamentos políticos da ação rescisória

Responder a respeito dos fundamentos políticos da ação rescisória implica, ainda que tacitamente, em concordar com a existência desses fundamentos e esses, de fato, são existentes. Em verdade o que se esconde por traz do tema do fundamento político da ação rescisória é a pretensão de se saber por qual razão o Estado admite que a coisa julgada – monumento erigido

²¹³ MIRANDA, p. 89.

²¹⁴ Importante atentar para o risco apontado por Humberto Ávila sobre a transposição temporal de institutos jurídicos sem as necessárias observações (ÁVILA, 2021, p. 51).

²¹⁵ Os instrumentos de burocratização para a desconstituição da coisa julgada estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, em todos os continentes, ora assumindo natureza jurídica de ação, ora assumindo feição recursal (MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973; v. 5: arts. 476 a 565. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 106).

²¹⁶ GRAU, 2021, p. 17.

em prol da segurança jurídica das relações de troca –, possa, dentro de algumas circunstâncias específicas ser atacada e desconstituída para cessar seus efeitos, seja impedindo a execução do comando nela veiculado seja possibilitando um novo julgamento ou repropositura de idêntica demanda.

Fredie Didier e Leonardo da Cunha, por exemplo, têm sustentado que a ação rescisória teria dentro de seus escopos o “controle de injustiças”²¹⁷, opinião essa que parece coincidir com as linhas de Jorge Americano:

Se o Estado, em nome do princípio jurídico, me obriga a submeter-me à sua decisão, impõe-se logicamente que essa decisão seja justa, que corresponda aquela necessidade social ou individual que se propôs suprir ou corrigir. Daí concluir-se, em lógica pura, pela responsabilidade do Estado quando houve erro judiciário. Todavia, desde que se tranca ou suprime essa consequência inevitável, força será dar remédio por outro meio. E assim, além da revisão em matéria criminal, temos a ação rescisória em matéria cível²¹⁸.

Essa narrativa, que confere ao ideal de justiça a categoria de argumento, guardaria, contudo, o inconveniente de que a estabilidade das relações sociais nunca se implementasse, a final de contas, a parte prejudicada sempre estaria em busca de uma verdade que servisse de base à sua concepção de Justiça. Esse dilema, inclusive, está na base da crítica kelseniana ao conceito de justiça formulado pelo jusnaturalismo, especialmente pela pluralidade de direitos naturais afirmados e que não raro se contrapõem, fazendo com que a própria noção de justo fique na dependência da adoção dessa ou daquela subcorrente do jusnaturalismo²¹⁹.

Também deve ser visto com reserva o argumento que apela ao erro judicial como gerador da injustiça que deflagraria à ação rescisória, isso porque há diversas hipóteses de cabimento desse meio de impugnação que não se junte ao erro judicial. Diversas são as hipóteses em que, mesmo não havendo erro do juízo, a ordem jurídica estará violada e será cabível o ajuizamento da ação rescisória.

Não se nega que haja um discurso jurídico no sentido de que o processo deva entregar resultados socialmente justos e que o impedimento à frustração dessa finalidade seria o suporte político por de trás da admissão da ação rescisória por nosso ordenamento jurídico.

Temos sustentado que todo o direito é, em si, uma forma social pensada e organizada

²¹⁷ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 549.

²¹⁸ AMERICANO, J. **Estudo teórico e prático da ação rescisória dos julgados no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936, p. 126.

²¹⁹ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 245.

como instrumento de amparo às relações de produção e troca de mercadorias²²⁰, pois essa relação depende de uma espécie de segurança que, na concepção moderna, só pode ser entregue pelo direito, e a ela temos chamado de segurança jurídica²²¹. Para que isso não fique sob o manto da pura especulação, consulte-se excerto do Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial que veicula elementos para uma reforma judiciária na América Latina e Caribe:

O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitária aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado. Não obstante, em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos. [...] A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade²²².

A segurança jurídica é imperiosa para a manutenção das relações de troca que se opera pela lógica contratual, tendo a necessidade de um terceiro que assegure o cumprimento dos contratos – o Estado. A segurança jurídica é figura de tripla dimensão, que transita entre necessidade plena cognição e acesso do conteúdo do direito vigente, estabilidade das relações sociais e também da *calculabilidade* das ações, ou, nas palavras de André Ramos Tavares, “a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados”²²³⁻²²⁴. Humberto Ávila dá destaque a esses aspectos materiais da segurança jurídica (confiabilidade, calculabilidade, cognoscibilidade) e aponta que se fala de:

Cognoscibilidade, em vez de determinação, em razão da indeterminação congênita da linguagem e da dependência do Direito a critérios e argumentos indispensáveis ao processo necessário à sua determinação e concretização; de confiabilidade, em vez de imutabilidade, visto que a CF/88, a par de prever cláusulas pétreas, que tornam mais difícil a mudança, mas pressupõem sua possibilidade, também prevê o princípio do Estado Social de Direito, o qual exige que o Estado cumpra a sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da distribuição da riqueza; de calculabilidade, em vez de previsibilidade (absoluta),

²²⁰ A demonstração inequívoca de que o compromisso do direito é com a circulação de mercadorias, é o fato de que o produto fabril produzido pela manhã em território mexicano, pela tarde já circula em solo norte-americano; o cidadão 1mexicano não! Abstraindo o caráter de ilicitude de algumas drogas, ontologicamente, estas não vão além de mercadorias. Tanto sua entrada como a de imigrantes ilegais, sobretudo latinos, é combatida pelo governo norte-americano, contudo, o maior esforço se dá no combate da circulação dos segundos, havendo Estados-membro daquela federação que, após tributar, permite a plena circulação daquelas substâncias que, antes de render tributos, era considerada nociva à sociedade.

²²¹ GRAU, 2021, p. 17.

²²² DAKOLIAS, M. **Documento técnico 319**: elementos para reforma: o setor judiciário na América Latina e no Caribe. Washington, DC: Banco Mundial, 1996, s.p.

²²³ TAVARES, 2021, p. 651.

²²⁴ Coincidência ou não, essas facetas da segurança jurídica correspondem à feição normativa da teoria do direito concebida por Ronald Dworkin, que menciona uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 8-9).

porque, apesar de a CF/88 conter uma série de regras destinadas a permitir uma antecipação da ação estatal, como são os casos das regras da legalidade e da anterioridade, a natureza do Direito, vertido este em linguagem indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução de sentidos, impede a existência de univocidade semântica dos seus enunciados²²⁵.

A história demonstra que sem segurança jurídica é possível que haja circulação de capital, entretanto, o preço dos produtos e até mesmo os juros sobre ele incidentes, tendem a aumentar e, com isso, uma sensível retração das condições determinantes para a reprodução do capital. É isso que mais uma vez nos escapa do Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial:

A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo²²⁶.

De fato, a estabilidade das relações sociais – uma das feições da segurança jurídica alcançadas pelo estatuto da coisa julgada – é de grande importância, entretanto, é no plano da *calculabilidade* das consequências jurídicas que se centram as forças do capital para a tomada de decisões.

Disso decorre que, mais importante que a manutenção de um julgado que conferiu essa ou aquela tutela jurídica, isto é, numa dimensão processual da segurança jurídica, o capital se folga e encontra a sombra necessária na obediência às leis consideradas, abstratamente, para a análise de seus riscos e o preço dos produtos postos em circulação. Isso faz com que a dimensão material da segurança jurídica, isto é, a observância ao ordenamento jurídico – abstraindo a questão de ser este justo ou não – é que realmente importe para o capital.

O direito moderno, para além do plano ideal, não tem compromisso com a justiça; essa só coincide com os interesses das forças sociais que lhe dão vida de modo acidental, isto é, desde que materialmente possível²²⁷. Pode ser que ao se aplicar o direito positivo se alcance a justiça, mas essa consequência é sempre secundária²²⁸, por isso a lição de Eros Grau no sentido de que “isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a

²²⁵ ÁVILA, 2021, p. 726.

²²⁶ DAKOLIAS, 1996, s.p.

²²⁷ DINIZ, 2019, p. 53.

²²⁸ David Johnston atesta que “pode ser que, em condições ideais, a justiça legal leve, com certa regularidade, a resultados relativamente justos, mas não é isso que tem ocorrido, ao longo dos séculos, na maioria dos sistemas legais de que temos conhecimento” (JOHNSTON, D. **Breve história da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 5).

filosofia, a história” e prossegue: “o intérprete está vinculado pela objetividade do direito não a minha ou a sua justiça, porém ao direito”²²⁹.

Embora o direito moderno seja descomprometido com uma concepção material de justiça, captura essa expressão, inscrevendo-a em sua gramática como arma de formatação ideológica²³⁰. Para que exerça dominação, é necessário que o direito discursse e se apresente pintado com tinta de justiça aparente, a fim de submeter os agentes sociais voluntariamente aos seus comandos²³¹, o que não seria possível caso agisse com a desbragada sinceridade que é veiculada no já mencionado documento 319 do Banco Mundial²³².

O direito precisa parecer justo e essa aparência é suficiente para que cumpra sua função. Porém, uma vez, manobrado de modo a apresentar uma solução manifestamente contrária ao conteúdo formal de justiça consagrado nas normas jurídicas, abre-se espaço para a impugnação da decisão que veicule a transgressão. Numa só frase: só a decisão que consubstancie violência manifesta à norma jurídica, aquela capaz de subtrair do ordenamento a máscara da justiça, é a que se pode ser desconstituída por meio da ação rescisória.

Qualquer outra violência ou desrespeito à ordem jurídica, desde que possa resistir escorada na retórica da justiça, é válida e protegida pelo direito, pouco importando a intensidade ou tamanho da injustiça que veicule. É assim que a ação rescisória é instrumento jurídico-político de salvaguarda da própria honorabilidade do direito, sem o qual ele perde força ideológica. Seu poder de convencimento depende de as pessoas imaginarem-no como algo justo, ainda que justiça seja elemento apenas de sua gramática.

Todas as vezes que a ordem jurídica é agredida pela decisão judicial e, por qualquer que seja a razão, se faça questionar seu conteúdo de justiça, o direito age a fim de preservar as aparências.

2.4 Finalidades da ação rescisória

²²⁹ GRAU, 2021, pp. 21-22.

²³⁰ É Louis Althusser quem desenvolve a tese e comprova que o direito moderno opera na perspectiva de formatação das subjetividades, por isso, embora também seja um instrumento repressivo, é essencialmente ideológico (ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos de Estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022, pp. 73-79).

²³¹ Max Weber, discorrendo sobre a dominação social, notadamente das que reconhece como legítimas, reconhece três tipos puros, dentre os quais destacamos o de caráter racional que se baseia “na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)” (WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: Unb, 2004, v. 1, p. 141).

²³² O documento em questão não faz qualquer questão de esconder a submissão do direito aos interesses do capital, inclusive, tratando juízes como seus mordomos.

Responder à indagação a respeito da finalidade da ação rescisória, corresponde em verdade a apontar sua instrumentalidade no sistema processual, apontando a razão pela qual é empregada, isto é, sua utilidade. A respeito disso, Júlio Bebber atesta que se trata de medida que pode ser composta de um ou dois escopos, sendo o primeiro deles a desconstituição da coisa julgada, possibilitando rescindir a decisão impugnada eliminando-a do mundo jurídico (juízo rescindente)²³³, ao passo que o segundo escopo (juízo rescisório), nem sempre necessário e, por isso, secundário, consistiria da necessidade de provocação de um novo julgamento da causa²³⁴, ou como indistintamente afirmado, um *rejulgamento* da causa²³⁵⁻²³⁶.

Manoel Antonio Teixeira Filho faz crítica à expressão *rejulgamento*, sustentando não haver sequer “previsão léxica” para o uso do termo²³⁷. A crítica, na extensão das razões trazidas, não se reveste de qualquer utilidade já que não há qualquer implicação no uso de uma ou de outra expressão.

Com relação à inexistência de previsão léxica, tal argumento parece não ter propósito dentro de uma ciência frequentemente acusada de ter um idioma próprio – o *juridiques*²³⁸. A língua é um organismo vivo que assume formas e distinções em tempo e espaço, podendo, inclusive, ser ampliada; sua missão é garantir a fluidez do processo de comunicação.

Todas as vezes que, a despeito de *não constar do léxico*, a linguagem promover comunicação inteligível, interligando os participantes desse processo, terá alcançado sua finalidade. O simples fato de a expressão rejulgar estar sendo utilizada e compreendida pela comunidade destinatária, indica sua existência real em nossa língua, sendo legítimo seu uso.

Qualquer pessoa com condições normais de abstração compreende que, ao pronunciar a necessidade de *rejulgamento da causa*, o autor estará a mencionar um julgamento diverso daquele veiculado na decisão desconstituída, por isso, a crítica posta, longe de contribuir, polui o debate tirando a centralidade dos temas mais destacados.

Na mesma medida que o direito processual deve estar a serviço da realização do direito material, a doutrina processual deve estar permeada do intuito de promover o avanço científico do processo, dedicando-se à resolução de problemas e não à criação deles²³⁹.

²³³ A coisa julgada é autoridade conferida às decisões de mérito transitadas em julgado, de modo que, a eliminação dessa autoridade é consequência da desconstituição da decisão impugnada e não o contrário.

²³⁴ BEBBER, 2021, pp. 39-40.

²³⁵ SANTOS, W. Q. **Ação rescisória por violação a precedente**. São Paulo: RT, 2021, p. 54.

²³⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero são outros doutrinadores que se valem, indistintamente da expressão rejulgamento e novo julgamento (MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 88).

²³⁷ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 54.

²³⁸ Tramita na câmara dos deputados um Projeto de Lei (PL 3.326/21) que procura expurgar das decisões judiciais o uso de quaisquer expressões que não sejam “plenamente compreendidas por qualquer pessoa do povo”.

²³⁹ BEDAQUE, 2009, p. 22.

Ainda que à revelia do léxico, rejulgar significa julgar outra vez, e tal atividade pode se dar quando o órgão competente para o julgamento da ação rescisória seja o mesmo que prolatou a decisão impugnada, ou pode constituir um novo julgamento, caso se trate de decisão que transitou em julgado no primeiro grau, pois nesse caso, em razão de nunca ter julgado aquela causa, haveria, aí sim, um novo julgamento.

Nessa perspectiva, a finalidade do primeiro juízo seria a obtenção de uma tutela de remoção do ilícito – a coisa julgada formada sem obediência às regras que impõem um processo justo²⁴⁰ – para em seguida franquear ao interessado, em sendo necessário, o pedido de novo julgamento que, todavia, estará limitado ao pedido e causa de pedir da demanda originária, sob pena de transgressão ao princípio da adstrição²⁴¹.

Como já tratado, é possível que a simples desconstituição da decisão seja suficiente para apagar suas consequências danosas, ocasião em que, proclamado o corte, o julgamento terá fim. Em outros casos, entretanto, a simples desconstituição da decisão não é suficiente para a tutela do interesse jurídico, ocasião em que o interessado *deverá* cumular o pedido de novo julgamento da causa, o que poderá se dar por meio de qualquer das técnicas processuais conhecidas em nosso ordenamento jurídico²⁴².

A doutrina dá como exemplo de ação rescisória que se esgotaria no juízo rescindente aquele em que restar reconhecida a violação à coisa julgada. A coisa julgada pode ser violada tanto em sua dimensão positiva como negativa, isto é, por ampliação ou redução de seu conteúdo. Em ambos os casos haverá violação à coisa julgada, seja afirmando algo que ela nega, negando algo que ela diga ou mesmo por simples adição. Isso torna a lição, corriqueiramente utilizada, inexata. Por vezes, um pedido deixa de ser apreciado sob alegação de existência de uma coisa julgada que não existe. Nesse caso haverá flagrante ofensa à coisa julgada apta a desafiar a ação desconstitutiva. Não bastará, em casos como este, afastar a violação da coisa julgada, será necessário prosseguir no julgamento sobre a pretensão deduzida, pois a prestação jurisdicional pleiteada não pode decorrer do simples juízo rescindente²⁴³.

Há debate, todavia, sobre a necessidade de se veicular expressamente um pedido de novo julgamento, havendo quem defenda tal necessidade sob pena de se malferir o princípio da

²⁴⁰ MARINONI; MITIDIERO, 2021, pp. 87-88.

²⁴¹ YARSHELL, 2005, p. 347.

²⁴² MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 88.

²⁴³ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 291.

congruência²⁴⁴⁻²⁴⁵, ao passo que outros afirmam tratar-se de pedido implícito, dedutível da própria pretensão desconstitutiva²⁴⁶. De fato, a redação contida no § 2º do art. 322 do CPC permite aderir a essa segunda proposição, pois aduz que o que o pedido deve ser interpretado e considerado em seu conjunto e boa-fé²⁴⁷, do julgador inclusive²⁴⁸.

O direito processual não tem vida independente da relação de direito material que pretende regular²⁴⁹. O pedido, por mais que não se perceba, é expressão da manifestação de uma vontade e como tal, sempre penderá de interpretação. A própria causa de pedir do juízo rescindente exala, a não mais poder, a intenção do autor em ver, quando necessário, proferido um novo julgamento. É manifesto que alguém que vai a juízo requerer a desconstituição de um julgado pretende apagar os efeitos maléficos da decisão em sua esfera de interesses. Se a simples desconstituição não for suficiente para atender a esses interesses, o órgão julgador *deve* avançar e proferir a decisão substitutiva, sem que isso importe em qualquer violação à adstrição.

Sobre esse ponto de dissenso doutrinário, Flávio Yarshell tem destacado que:

Assim, conquanto a lei diga que ao autor compete, na elaboração da petição inicial, cumular ao pedido de desconstituição o de novo julgamento da causa, é de se reputar como implícito o pedido relativo ao chamado juízo rescisório, na exata medida da procedência do juízo rescindente. Não haveria sentido em se desconstituir a decisão de mérito e, a pretexto de que não teria havido pedido de novo julgamento, o tribunal interromper aí seu julgamento; a menos que, invertendo-se o raciocínio, o autor da ação rescisória, conforme acima aventado, declarasse expressamente desistir do pedido deduzido na instância originária (nem parecendo lícito presumir a desistência). A rigor, a desistência do pedido ou pedidos deduzidos no processo originário só seria mesmo possível mediante a desconstituição da sentença, porque, enquanto hígida essa última, não há (para o vencido, ao menos) do quê desistir (sequer desistir de recurso, porque a rescisória pressupõe o trânsito em julgado). Nesse particular, quando a lei acena para o ônus de explicitar o pedido de ‘novo julgamento’ (CPC, art. 488, I), só se pode entender que faculta ao autor da rescisória pretender ‘novo julgamento’ que fique aquém dos limites do objeto do processo originário. No silêncio, há que se presumir que, procedente a demanda no juízo rescindente, o novo julgamento que terá lugar no juízo rescisório há que ser abrangente de todo o objeto do processo originário, nos limites do pedido aí deduzido, à luz da respectiva causa de pedir e, se for o caso,

²⁴⁴ Juliana Carolina Frutuoso, se limitando a citar um autor, de opinião respeitável, é verdade, afirma que essa posição é majoritária na doutrina (BIZARRIA, J. C. F. **Ação rescisória e precedentes**. São Paulo: RT, 2021, p. 168).

²⁴⁵ Essa posição é espasmo da racionalidade do direito romano pré-classico. Thomas Marky conta de um agricultor que teve algumas videiras cortadas por um conflitante e sucumbiu em uma ação indenizatória. Fez menção a videiras cortadas e não a árvores cortadas como preceituava a lei (MARKY, 2021, p. 25).

²⁴⁶ Manoel Antonio Teixeira Filho se controverte em relação ao tema. Em sua obra destinada à compreensão da ação rescisória, ainda nas primeiras linhas, defende que se trata de pedido implícito para mais adiante afirmar que se trata de uma obrigação que implica na inépcia da exordial caso não seja deduzido (TEIXEIRA FILHO, pp. 54 e 175).

²⁴⁷ DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2015, pp. 586-590.

²⁴⁸ Esse é o alcance do enunciado 375 do FPPC ao dispor que “o órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”.

²⁴⁹ É nessa extensão que Bedaque tem insistido serem “estéreis as construções processuais que não proporcionam real contribuição para o escopo do processo” (BEDAQUE, 2009, p. 27).

considerando os limites da cognição resultantes da extensão da controvérsia estabelecida e da devolução da matéria ao tribunal emissor do acórdão rescindendo²⁵⁰.

As balizas para o juízo rescisório são os limites materiais vertidos no juízo rescindente, a causa de pedir e o pedido veiculados na causa originária. Procedido o juízo rescindente, tribunal *deverá* avançar incontinenti, quando necessário, no novo julgamento da causa²⁵¹. Ao afirmar que o autor *deverá* cumular o pedido de novo julgamento, o CPC o faz na perspectiva de que este – o autor –, em tese, possa restringir o alcance da pretensão recursal, o que se fosse feito oficiosamente pelo órgão julgador implicaria em ofensa aos limites de sua atuação. Não havendo pretensão em redução do alcance do novo julgamento, não haverá a necessidade de formulá-lo, sendo esse o entendimento pacificado no âmbito do TST²⁵² e que vem se sagrando vitorioso no STJ²⁵³.

O juízo rescindente faz desaparecer a decisão para a qual o órgão investido de competência é vocacionado a entregar, ao custo de alto valor em recursos públicos. Entender que fosse dado ao tribunal desconstituir uma decisão sem substituí-la, quando necessário, implicaria, no plano da ontologia, em conceber que fosse dado ao tribunal escolher julgar uma pretensão que lhe é posta. Às partes em conflito são conferidos faculdades, ônus e deveres, ao passo que ao juiz moderno, aquele que atua como agente de um Estado democrático de direito, são conferidos poderes e deveres, mas não faculdades discricionárias na condução do processo e entrega da prestação jurisdicional²⁵⁴, não se trata de reprimatizar o juiz boca de lei, mas tão somente esclarecer que este não é dono da lei.

Não sendo ato discricionário do tribunal, não está a seu talante escolher se procede ou não o juízo rescisório. É seu dever, interpretando de boa-fé a pretensão deduzida, quando necessário, entregar a prestação jurisdicional completa, isto é, procedendo o novo julgamento. Significa dizer que, ao contrário da tese afirmada como prevalente na doutrina, a negligência a esse dever, isto sim, implicaria ofensa ao princípio da adstrição.

²⁵⁰ YARSHELL, 2005, p. 356.

²⁵¹ Há casos em que a competência para o juízo rescindente pertencerá a um tribunal, porém o juízo rescisório a outro. Voltaremos à questão.

²⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 149960.2012.5.15.0000**. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 28 de junho de 2016, s.p.. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **AgInt-REsp 1950396-MG**. Relator: Ministro Sérgio Kukina, 21 de fevereiro de 2022. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

²⁵⁴ Em combate à discricionariedade judicial no juízo de constitucionalidade das leis, a questão é tratada por Eros Grau nos seguintes termos: “Aos juízes incumbe a apuração da coerência, ou não, do texto de cada lei em relação à Constituição, decidindo no sentido de afirmar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Nada mais” (GRAU, 2021, p. 22).

2.5 Natureza jurídica e conceito da ação rescisória

Mais do que imprescindível, é útil delimitar a natureza e conceito do objeto de nosso estudo, no caso da ação rescisória. O desafio é o de responder o que vem a ser a ação rescisória no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, do que ela se compõe e qual sua instrumentalidade. Essas definições, longe de representar um esforço vão, permitem uma organização dos elementos colhidos e sua relação com os demais conceitos componentes da ciência jurídica, inclusive no manejo de sua tecnologia. “O objetivo do pesquisador, indo além da aparência fenomênica, imediata e empírica – por onde necessariamente se inicia o conhecimento, sendo essa aparência um nível da realidade e, portanto, algo importante e não descartável –, é apreender a essência (ou seja: a estrutura e dinâmica) do objeto”²⁵⁵.

Francisco Antônio de Oliveira, em obra sobre a ação rescisória com enfoques trabalhistas, dedica linhas à distinção entre a ação rescisória e o recurso, valendo-se de uma frase de efeito – “ação rescisória não é recurso” – onde aponta ter havido na doutrina brasileira intenso debate sobre ser ou não a ação rescisória uma espécie recursal²⁵⁶.

Por mais desarrazoada que pareça a disputa, uma vez que a própria literalidade faz concluir tratar-se de uma ação, há diversos ordenamentos jurídicos mundo afora contemplando remédios equivalentes à nossa ação rescisória, contudo, ora empregando feição típica dos nossos recursos, ora tratando-a como um mero requerimento²⁵⁷, sem embargos de se ter testemunhado na nossa própria história momentos em que a impugnação de sentenças nulas poderia se dar tanto por meio de recursos como de ações autônomas²⁵⁸.

Por essa razão, embora seja determinante para o estudo da ação rescisória a fixação de sua natureza jurídica – se recurso ou ação autônoma - não há, para isso, importância prática em saber de que forma a questão é tratada em outros ordenamentos jurídicos²⁵⁹⁻²⁶⁰ ou até mesmo

²⁵⁵ PAULO NETTO, 2011, p.22.

²⁵⁶ OLIVEIRA, F. A. **Ação rescisória**: enfoques trabalhistas: doutrina, jurisprudência, súmulas. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 43.

²⁵⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 81.

²⁵⁸ Ibid., pp. 67-79.

²⁵⁹ Até mesmo a noção de recurso contida no ordenamento jurídico brasileiro destoa da noção europeia que distingue entre recurso ordinário e extraordinário, sendo que o recurso ordinário se presta a obstar a formação da coisa julgada, enquanto o recurso extraordinário a pressupõe e se emprega em sua desconstituição (MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 77).

²⁶⁰ Liebman, tratando do direito vigente na Itália de sua época, atesta que a revogação extraordinária – *nomen iuris* da ação rescisória naquele ordenamento – pressupunha o trânsito em julgado da decisão e se consubstanciaria ação

em outras épocas em nosso ordenamento, “o que importa é saber qual a sua natureza no direito brasileiro”²⁶¹.

Parte da doutrina não hesita em afirmar que no direito brasileiro a impugnação de pronunciamento judicial pela via rescisória “não ostenta natureza recursal”, tratando-se, isto sim, de “ação desconstitutiva” voltada ao “desfazimento” da coisa julgada que se formara²⁶², contudo nem sempre foi assim, pois como já visto, houve em nossa história período em que a impugnação da decisão judicial passada em julgado, só se viabilizava por meio de recurso próprio, houve período em que algumas hipóteses estavam reservadas à via recursal e outras à ação autônoma, até que o art. 681 do Decreto n. 737/1850, passou admitir tanto a impugnação por via recursal como de ação autônoma, imunizando, neste último caso, as decisões proferidas em grau de revista²⁶³.

É apenas no CPC/39 que o legislador faz opção expressa e exclusiva pelo uso da ação rescisória como meio idôneo de se buscar, dentro das hipóteses legais, a desconstituição da coisa julgada, pouco importando a hierarquia do órgão que tivesse proferido a decisão impugnada.

Atualmente, para além do fato de que a própria CF/88 alude à ação rescisória, como, aliás, já o fazia desde a CF/34, a ação rescisória não consta do cardápio dos recursos disponíveis no direito brasileiro, que são aqueles taxativamente constantes do art. 994 do CPC²⁶⁴, sem perder de vistas que o art. 968 alude a petição inicial, dando prova clara de que um novo processo terá origem e, tão logo feito o controle da petição inicial, nos termos do art. 970, será determinada a citação do réu para a apresentação da resposta que tiver²⁶⁵.

A importância em se distinguir a ação rescisória de um dos recursos disponíveis em nosso ordenamento processual não é meramente acadêmica, pois que, afastada a natureza recursal do remédio, segue-se, com natural inferência que não lhe são aplicáveis diversos princípios próprios dos recursos, tais como o princípio da consumação²⁶⁶, princípio da não

de impugnação autônoma, não havendo trânsito em julgado, a revogação só seria possível mediante apelação (LIEBMAN, 2003, p. 124).

²⁶¹ CÂMARA, A. F. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

²⁶² BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recurso. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021a. v. 2, p. 465.

²⁶³ MARINONI; MITIDIERO, 2021, pp. 67-79.

²⁶⁴ ALVIM, A., 2021, p. 1345.

²⁶⁵ A resposta pode veicular matérias típicas e atípicas, inclusive reconvenção (ASSIS, A. **Ação Rescisória**. São Paulo: RT, 2021, pp. 393, 421-429).

²⁶⁶ Júlio Bebbber, destaca que o princípio da consumação, incidente no recurso sem geral, nada obstante não possuir previsão expressa, decorre do sistema recursal e “enuncia a impossibilidade de o recorrente interpor ou complementar recurso quando já tiver praticado esse ato (BEBBER, 2020, p. 258).

complementaridade²⁶⁷, princípio da dialeticidade²⁶⁸ e o princípio da vedação de reforma prejudicial²⁶⁹.

Nessa perspectiva, não havendo falar em princípio da consumação, a propositura de uma ação rescisória não impede uma segunda propositura por fundamento diverso, nem impede o fatiamento da postulação, podendo o autor optar, por exemplo, propor duas ações rescisórias contra dois capítulos distintos da decisão, sem que isso implique em preclusão consumativa²⁷⁰.

Por não aplicável o princípio da *não complementaridade*, é possível que haja tanto emendas como aditamentos à petição inicial, o que não se imagina possível na hipótese de recursos, não sendo também requerida a dialeticidade, o que permite que o autor da rescisória se limite a invocar as razões lançadas em no processo no qual se formou a coisa julgada.

Por fim, não sendo um recurso, nada impede que, após desconstituição da decisão judicial em sede de juízo rescindente, o tribunal, ao promover eventual *novo julgamento*, agrave a condição jurídica do autor da ação rescisória, pois não há qualquer vedação, nesse caso, há *reformatio in pejus*, ou pelo menos na mesma intensidade da proibição que se faz em sede de recurso. Júlio Bebbber destaca que o princípio da vedação da *reformatio in pejus* também é conhecido como princípio da coisa julgada parcial²⁷¹, logo, se removida a autoridade da coisa julgada no juízo rescindente, não há impedimento ao agravamento da situação jurídica de quem propôs a ação rescisória.

Fixada a premissa de que a ação rescisória, no direito brasileiro atual, corresponde a uma ação de impugnação autônoma e não a um recurso, remanesce a necessidade de enquadrá-

²⁶⁷ Tal princípio aplicável aos recursos, que também não é expresse, mas decorre do sistema, se desmembra em duas perspectivas. A primeira delas impede que as razões recusais sejam apresentadas em momento distinto da peça de interposição. A segunda perspectiva enuncia a vedação ao complemento de razões, o que só poderá ocorrer no caso de a interposição preceder ao acolhimento de embargos de declaração que impliquem infringência do julgado. Cássio Scarpinella Bueno, atento à essa exceção, faz menção ao princípio da complementaridade (BUENO, 2021a, p. 563), porém, se tratando de uma exceção, parece adequada a lição de Júlio Bebbber, no sentido de que o princípio enuncia, isto sim, como regra, uma vedação complementaridade, por isso se utiliza da expressão “princípio da não complementaridade” (BEBBER, 2020, p. 262).

²⁶⁸ A doutrina costuma destacar que o princípio da dialeticidade corresponde a uma necessária simetria entre as razões apresentadas e a decisão impugnada (BUENO, 2021a, p. 262), contudo, essa não parece ser a melhor definição, pois a dialética implica em um “diálogo”, uma verdadeira conversa entre a decisão e o recurso, isto é, um aumento de nível argumentativo, um degrau a mais de esforço de convencimento, no qual o recorrente aponta as razões pelas quais a decisão deve ser revista. É justamente essa perspectiva a que veda ao recorrente uma vã repetição das razões que já havia apresentado na petição inicial ou contestação. Tal princípio só é aplicável no plano recursal e em verdade enuncia um ônus argumentativo da parte recorrente, no sentido de impugnar todos os fundamentos da decisão recorrida.

²⁶⁹ Júlio Bebbber, destaca que tal princípio também é conhecido como princípio da coisa julgada parcial, logo, se removida a autoridade da coisa julgada, não há impedimento ao agravamento da situação jurídica de quem propôs a ação rescisória (BEBBER, 2020, p. 263).

²⁷⁰ CÂMARA, 2012, p. 26.

²⁷¹ BEBBBER, 2020, p. 263.

la nas classificações trazidas pela doutrina. Sobre o assunto, Pontes de Miranda aponta para o critério da preponderância. Reconhecendo que as ações podem ser dotadas de força declarativa, constitutiva, mandamental, condenatória e executiva *lato sensu*, propõe classificá-las partir do elemento preponderante em ações declarativas, ações constitutivas, ações condenatórias, ações mandamentais e ações executivas *lato sensu*²⁷².

É se de destacar, entretanto, que quando se tem em conta a natureza de uma ação, não há espaço para se cogitar da *preponderância de sua força ou eficácia*, isto porque, a força ou eficácia a que se faz alusão, em verdade, são propensões do pronunciamento jurisdicional que aprecia pedidos veiculados pelas partes no exercício do direito de ação. São as decisões judiciais que se classificam, a partir de sua força preponderante, em decisões declaratórias, constitutivas (ou desconstitutivas), condenatórias, mandamentais ou executivas *lato sensu*, ou simplesmente em declaratórias, constitutivas e condenatórias, como propõe a classificação dada por Humberto Theodoro Junior²⁷³.

Firmou-se, entretanto a prática de classificar a ação proposta a partir da pretensão preponderante nela veiculada, surgindo disso o costume forense de se falar em ações declarativas, ações constitutivas, ações condenatórias, ações mandamentais e ações executivas *lato sensu*.

Superada essa questão, o procedimento de julgamento de uma ação rescisória tende a ser escalonado, podendo se constituir de uma, duas ou três fases. Superada a primeira fase, consistente no juízo de admissibilidade da ação rescisória, e tendo o tribunal avançado para julgar procedente o pedido de corte rescisório, estaremos diante de uma ação com natureza desconstitutiva, ao passo que a natureza da ação, na fase rescisória, dependerá da pretensão veiculada na pretensão contida na causa originária, que poderá ser igualmente constitutiva ou então meramente declaratória, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*, por isso, a natureza jurídica do juízo rescisório estará subordinada à pretensão deduzida no processo matriz²⁷⁴.

Diante desses elementos trazidos, é possível sustentar que a pretensão rescisória de uma decisão transitada em julgado, no direito brasileiro atual, só é possível por meio do ajuizamento de uma ação de impugnação autônoma, cuja vocação é declarar sua admissibilidade, desconstituir a decisão transitada em julgado, removendo sua autoridade e, se necessário, um *novo julgamento* da causa originária.

²⁷² MIRANDA, 1976, pp. 46-49.

²⁷³ THEODORO JR., 2023, p. 949.

²⁷⁴ CÂMARA, 2012, p. 26.

Repita-se, a força ou eficácia das decisões proferidas na ação rescisória será verificada em cada uma das etapas de julgamento. O juízo de admissibilidade é sempre declaratório e compreende a aferição da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade tais como, a existência de decisão transitada em julgado, a previsão de rescindibilidade para o caso, a legitimidade para a propositura da ação, a tempestividade, a presença dos documentos necessários à propositura da ação e outros.

Sendo positivo o juízo de admissibilidade, iniciado o juízo rescindente, a natureza do juízo procedente será constitutivo-negativo, pois esta é a maior carga de eficácia da decisão. Porém, se a decisão for de improcedência, haverá uma alta carga declarativa no sentido de que a decisão impugnada está em conformidade com as proclamações da ordem jurídica. Por fim, havendo necessidade de novo julgamento da causa originária, uma vez que a desconstituição da decisão pode não ser suficiente à tutela da pretensão trazida, a natureza da decisão proferida estará vinculada à pretensão vertida naquela causa.

Em síntese, o instrumento rescisório, no direito brasileiro atual, possui natureza de ação autônoma de impugnação, o que não afasta, contudo, a afirmação de Coqueijo Costa de que a ação rescisória é uma ação autônoma com “alma de recurso”²⁷⁵⁻²⁷⁶ o que é facilmente verificável através de decisões que rejeitam ações rescisórias justamente sob a alegação de se estaria utilizando da ação como sucedâneo de recurso.

2.6 Objeto da ação rescisória

À indagação sobre qual seria o objeto da ação rescisória, Marinoni e Mitidiero respondem que “são as decisões rescindíveis”²⁷⁷ e, por mais simplista que seja resposta empregada, não deixa de atender à finalidade, mais que isso, permite um clareamento da perspectiva, pois de fato, o objeto da ação rescisória são as decisões rescindíveis. Nesse compasso, parece que a solvência da dúvida, em verdade, passa pela resposta à indagação sobre quais são as decisões rescindíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Durante a vigência do CPC/73, o *caput* de seu art. 485 dispunha que “a sentença de mérito” transitada em julgado poderia ser rescindida quando presente algumas das hipóteses elencadas em seus incisos, ao que a redação do dispositivo era duramente criticada, pois,

²⁷⁵ COSTA, C. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982, p. 19.

²⁷⁶ Flávio Yarshell aponta para o fato de que, embora consista em uma ação de impugnação autônoma, não há dúvidas de que a palavra rescisória contém a ideia de curso contrário (YARSHELL, 2005, p. 23).

²⁷⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 89.

segundo alguns autores, a literalidade conduziria à conclusão de que não caberia ação rescisória em face de acórdão proferido por tribunais²⁷⁸, o que, evidentemente nunca prosperou na jurisprudência, pois não ia além de uma crítica infundada.

Não obstante o art. 204 do CPC denomine “acórdão”, o “julgamento colegiado proferido pelos tribunais”, vale destacar que este – o acórdão – não vai além da redução da decisão colegiada a termo, e não a decisão em si²⁷⁹. Em sessão colegiada, um determinado tribunal se reúne para julgamento de uma matéria, podendo o julgamento se dar por seu plenário ou por órgão fracionário.

Após a leitura do relatório e eventual concessão da palavra aos patronos das partes, o relator proferirá seu voto, passando o presidente do colegiado à coleta dos demais votos. Apenas após esse trâmite é que haverá atribuição de um redator para o acórdão, o que normalmente coincide com a figura do relator, salvo nos casos em que tiver sido vencido pela divergência ou o colegiado ter adotado voto com fundamentação ampliada, ocasião em que haverá, outro redator²⁸⁰.

Superada essa questão de menor importância, isto é, adotando a ideia de que o acórdão fosse, de fato, o julgamento colegiado proferido pelos tribunais, também essas decisões guardariam, cada qual em sua hipótese, natureza de sentença ou de decisão interlocutória. Se o julgamento tiver por efeito programando a extinção do processo ou uma de suas fases, estaremos diante de uma sentença. Se, porém, o efeito programado não consistir na extinção de uma das fases do processo (conhecimento, liquidação ou execução) sua natureza será de decisão interlocutória²⁸¹, pouco importando o fato de ter sido decidida em colegiado, não havendo sequer razão científica para assim ser chamado, não passando de um resquício do fato de que as decisões colegiadas eram seguidas da expressão “acordam”, no sentido de apontar uma concórdia, ainda que parcial²⁸². Todos os demais ordenamentos jurídicos do mundo fazem menção a sentenças colegiadas bem como a juízes de tribunais e até mesmo de Cortes Supremas.

O contrário também é possível, pois o sistema recursal brasileiro, no contexto de ampliação dos poderes do relator, reconhece algumas possibilidades de interceptação do

²⁷⁸ MIRANDA, P. **Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões**. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: RT, 2016, p. 411.

²⁷⁹ SILVA, 1990, p. 77.

²⁸⁰ Disposições constantes do regimento interno de alguns tribunais podem conter disciplina diversa, mas é desse modo que, ordinariamente sucede.

²⁸¹ Um bom exemplo de acórdão interlocutório é aquele que, reconhecendo cerceio da defesa na instância recorrida, anula a decisão e devolve os autos àquela instância para novo julgamento.

²⁸² BEBBER, 2020, p. 63.

recurso e o julgamento de seu mérito monocraticamente, sendo que essa decisão também poderá, a depender do efeito programando, consistir de uma sentença ou de uma decisão interlocutória.

De todo modo, não se pode deixar de reconhecer que a redação do *caput* do art. 966 do CPC é aprimorada em comparação ao revogado *caput* do art. 485 do CPC/73, não só porque silencia a crítica acima tratada, mas porque ao dispor sobre o cabimento de ação rescisória contra decisão de mérito, inequivocamente passou a admitir a possibilidade de rescisão de decisão interlocutória que resolve o mérito da causa, ainda que parcialmente.

Também há inovação parcial em relação à possibilidade de ajuizamento de ação rescisória em face de decisão terminativa, isto é, não resolutive do mérito, que impeça a propositura de uma nova demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente. Se diz que a inovação é parcial, pois que, ainda na vigência do CPC/73, o inciso VIII do art. 485 previa o cabimento de ação rescisória quando houvesse “fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. Se a sentença de extinção do processo se desse pela desistência do autor, nos termos do art. 267, VIII, não haveria resolução de mérito, por isso é incorreto sustentar que a possibilidade de rescisão de decisão não resolutive do mérito seja novidade do novo CPC²⁸³. Houve ampliação das hipóteses, mas não inovação em relação à possibilidade.

Retomando ao debate sobre as decisões rescindíveis, Marinoni e Mitidiero, sustentem que, para a verificação da rescindibilidade da decisão, “o que interessa é se toca ou não o mérito e se o decide de forma definitiva”²⁸⁴. Essa lição, que não era exata na vigência do CPC/73, parece mais inexata na vigência do novo CPC, que ampliou as possibilidades de ação rescisória para todos os casos em que, mesmo não resolutive do mérito, a decisão impeça a propositura de uma nova demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente. “Não há importância, no sistema processual vigente, em indagar se a decisão rescindenda é de mérito. Importa saber, unicamente, se a rescisão da decisão é a única forma de afastar os seus efeitos. Saber se a decisão é de mérito repercute, apenas no enquadramento legal²⁸⁵.”

Diante do que já colhido acima, é possível sustentar que o objeto da ação rescisória são todas as decisões rescindíveis e são elas, todas aquelas decisões que, após analisar o mérito da causa, retem acobertadas pela autoridade da coisa julgada; as decisões terminativas que, embora não resolutivas de mérito, sirvam de obstáculo à repositura da mesma demanda; as

²⁸³ MIRANDA, 2016, p. 177.

²⁸⁴ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 91.

²⁸⁵ BEBBER, , 2021, p. 42.

decisões proferidas em juízo negativo de admissibilidade recursal e todas as decisões de incidentais das quais, dependendo o julgamento do mérito da causa, forem decididas por juízo competente em razão da pessoa e da matéria, após contraditório prévio e efetivo, desde que não haja expressa previsão legal no sentido de impossibilidade de corte rescisório.

Olhemos mais de perto algumas dessas hipóteses.

2.6.1 Decisões resolutivas de mérito

Embora tenha havido substancial perda de importância em se verificar a decisão sobre a qual se pretende rescisão seja de mérito, não há dúvidas de que, em nosso sistema jurídico processual, a ação rescisória é pensada e desenvolvida como uma ação de impugnação autônoma que veicula um pedido desconstitutivo de decisões de mérito transitadas em julgado²⁸⁶, o que se reflete até mesmo no fato de o *caput* do art. 966 do CPC tratá-la sob essa perspectiva, reservando seu segundo parágrafo a hipóteses de exceção à regra.

Apenas essas decisões são capazes de induzir à formação da coisa julgada material, cuja autoridade que dela emana, impede a repropositura de demanda com pretensão idêntica, no todo ou em parte.

Esse efeito de impedir a repropositura de demanda que veicule pretensão idêntica é próprio das decisões de mérito transitadas em julgado, ocorrendo apenas de modo acidental em relação às decisões terminativas. Em relação a estas, embora passem em julgado, o que impede o prosseguimento da discussão em via interna da mesma relação processual, não há óbice, em razão apenas da coisa julgada formal, para que o interessado reproponha a mesma demanda.

De modo simplista, sendo a ação rescisória o meio ordinário de se remover efeitos de uma decisão que impede a repropositura da demanda e, sendo esse efeito próprio das decisões de mérito transitadas em julgado, a regra é a de que as ações rescisórias sejam concebidas como vocacionadas à desconstituição de decisões de mérito. Não há importância que se tratem de sentenças ou decisões interlocutórias, unipessoais ou colegiadas, sendo suficiente que sejam decisões que a) resolvam o mérito da causa; b) tenham transitado em julgado e, por isso, sob albergue da autoridade da coisa julgada, sendo irrelevante ter ou não o interessado percorrido as instâncias recursais disponíveis²⁸⁷.

Cabe, ainda, acrescentar que o manejo da ação rescisória para a desconstituição da coisa

²⁸⁶ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 123.

²⁸⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 89-92.

julgada material não se subordina ou se submete a equívocos eventualmente havidos na decisão rescindenda, que mesmo decidindo o mérito da causa, faça constar o contrário²⁸⁸. Esse tipo de imprecisão não se presta a afastar a via rescisória que será cabível sempre que presentes seus pressupostos; “o que não se pode conceber é que a parte jurisdicionada seja prejudicada pelo mau uso da terminologia jurídica”²⁸⁹.

2.6.1.1 Mérito da causa

Definir o mérito de uma causa é tarefa inafastável para quem pretende distinguir entre uma decisão meramente terminativa e uma decisão de mérito. Júlio Bebber equaciona o mérito da causa ao pedido deduzido na petição inicial²⁹⁰, posição essa que se extrai das linhas de Dinamarco, para quem:

Mérito, *meritum*, provém do verbo latino *mereo* (*merere*), que, entre outros significados, tem o de pedir, pôr preço; tal é a mesma origem de meretriz e aqui também há a ideia do preço, exigência. Daí se entende que *meritum causae* (ou, na forma plural que entre os mais antigos era preferida, *merita causae*) é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir. O mérito, portanto, etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame²⁹¹.

O estudo da etimologia dos termos latinos, ou de qualquer outro idioma que não nos compete distinguir, certamente, contribui para a compreensão de determinadas expressões, contudo, essa técnica não pode ir além de um mero ponto de partida, não sendo de rigor científico pretender que uma expressão contida em uma língua fossilizada, explique, por si só, um fenômeno ou instituto jurídico na atualidade. Esse procedimento é o que permite a confusão entre mérito e pedido ou mesmo objeto do litigioso, como prefere Arruda Alvim²⁹².

Liebman nos lembra que o autor “com sua demanda, indica e fornece a matéria sobre a qual o juiz deverá realizar seu exame”, porém, sendo imperativo que o processo se desenvolva sob o contraditório, é bem possível que, ao apresentar sua defesa, o réu acabe por “ampliar a matéria que deverá formar o objeto da cognição do juiz”²⁹³. Isso nos é suficiente para a conclusão de que *pedido* e *objeto do litígio* não são expressões equivalentes e que ambas, em

²⁸⁸ Adiante, analisaremos a circunstância em que, ao julgar recurso de natureza extraordinária, um tribunal afirme não conhecer do recurso emitindo juízo de inexistência de ofensa ao dispositivo tido por violado. Haveria ou não decisão de mérito?

²⁸⁹ OLIVEIRA, 2012, p. 49.

²⁹⁰ BEBBER, 2021, p. 43.

²⁹¹ DINAMARCO, C. R. **O conceito de mérito em processo civil**: fundamento do processo civil moderno; T.1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 254.

²⁹² ALVIM, A., 2021, p. 183.

²⁹³ LIEBMAN, 2003, p. 149.

nada se confundem com o mérito da causa.

Por mais que o *mérito* de uma causa esteja intimamente ligado à pretensão (pedido) deduzida pelo autor em petição inicial, com ele não se confunde, sendo algo muito mais amplo. Por isso mesmo é que Liebman arremata dizendo que:

A cognição do juiz é dirigida ao fim de decidir se a demanda proposta no processo é fundada ou não e se, conseqüentemente, deve ser acolhida ou rejeitada. Todas as questões, cuja resolução pode influir direta ou indiretamente em tal decisão, formam em seu todo o mérito da causa²⁹⁴.

Dinamarco, ainda, distingue entre *mérito* e *questão de mérito*, sustentando, inclusive, que “a decisão de mérito projeta eficácia para fora do mundo do processo e obtém a autoridade e da coisa julgada material, o que não acontece com a solução dada às questões a ele referentes”²⁹⁵. A lição é extraída de uma obra datada de 1986 e não é mais atual, pois o processo civil atual oferta solução diversa.

Uma demonstração prática de que pedido e mérito, embora se relacionem não se confundem enquanto institutos, pode ser extraído de uma demanda em que “a”, afirmando ter sua condição de filho sonegada por “b”, pleiteia a condenação desse último ao pagamento de alimentos. Em um caso como esse, é evidente que o pedido é a condenação de “b” ao pagamento de alimentos, contudo, o mérito da causa, consiste, em alguma medida em se verificar se, de fato, o estado de filiação, apontado como causa de pedir está presente, não obstante seja mera questão prejudicial à análise do pedido principal.

Uma prova de que, nesse caso, o estado de filiação, não obstante seja mera questão prejudicial, consiste também em mérito para a causa, é que, se a declaração de paternidade seguir determinadas marcas exigidas pela legislação processual, tais como a observância de contraditório efetivo e competência absoluta do juiz, adquirirá a condição de *coisa julgada material*, sendo infensa à discussão posterior em qualquer outro processo que tenha a condição de filiação como pressuposto²⁹⁶.

São as decisões de mérito, transitadas em julgado que, de regra, poderão ser desconstituídas por meio de ação rescisória.

2.6.1.2 Mérito do recurso

²⁹⁴ Ibid., p. 151.

²⁹⁵ DINAMARCO, 1986, pp. 183-184.

²⁹⁶ ALVIM, A., 2021, p. 1251.

Se recurso compreende um meio de impugnação de decisões judiciais²⁹⁷, disponibilizado ao interessado²⁹⁸, dentro de uma mesma relação jurídico-processual²⁹⁹ com o objetivo de reforma, invalidação, integração ou esclarecimento da decisão judicial³⁰⁰, e o mérito de uma causa consiste de “todas as questões, cuja resolução pode influir direta ou indiretamente”³⁰¹ na decisão, o mérito recursal consistirá de todas as razões invocadas pelo recorrente, pelas quais entenda deva ser a decisão reformada, invalidada, integrada ou aclarada, bem como pelas razões apontadas pelo recorrido como arrimo para a manutenção da decisão.

Na fase de saneamento do processo, se fará o cotejo da petição inicial e da contestação, sendo possível que se constate alguma inaptidão ou outra circunstância que impeça a resolução de mérito. Por incidirem diretamente na possibilidade ou veto de resolução do mérito, essas matérias, em juízo originário, são chamadas de preliminares. Na fase recursal, é sobre a análise dos pressupostos recursais que será aferida a admissibilidade do recurso³⁰², por essa razão, o mérito do recurso poderá coincidir com o mérito da ação ou com uma preliminar ventilada quando do controle dos pressupostos da ação.

Por exemplo: o réu angulariza uma preliminar rejeitada em primeiro grau e não se conformando, interpõe recurso visando que o tribunal acolha a matéria que era preliminar de mérito da na origem, mas que em sede de recurso, consiste em seu mérito. O julgamento de mérito passado em julgado que abre as portas da via rescisória é aquele que aprecia a relação jurídica material pela qual o autor diga fazer jus à tutela jurisdicional e réu, eventualmente, apresente resistência material à pretensão³⁰³.

Entretanto, se determinado recurso for conhecido e, ainda que não provido, o órgão julgador emitir juízo sobre a relação jurídico material dando razão a uma ou a outra parte, haverá, nessa perspectiva, incidência do efeito substitutivo do recurso³⁰⁴ e a decisão então será

²⁹⁷ MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Processo civil moderno**: recursos e ações autônomas de impugnação. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 30.

²⁹⁸ Não nos utilizamos da expressão vencido, pois há caso em que o interesse recursal não está jungido à sucumbência.

²⁹⁹ PAMPLONA FILHO, R.; SOUZA, T. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 479.

³⁰⁰ THAMAY, 2023, p. 468.

³⁰¹ LIEBMAN, 2003, p. 151.

³⁰² BEBBER, 2021, p. 44.

³⁰³ BEBBER, 2020, p. 43.

³⁰⁴ O efeito substitutivo dos recursos é “consequência lógica do conhecimento de um recurso e não da alteração do que decidido anteriormente” (SILVA, T. A. Embargos de declaração: uma análise do instituto e suas especificidades no processo civil e laboral. In: CIMARDI, C. A.; SEBEN, R. (orgs.). **Processo civil por especialistas**. Campo Grande: Life, 2021, p. 467).

impugnável mediante ação rescisória, caso transite em julgado ostentando um dos vícios, taxativamente, tratados em lei.

2.6.1.3 Recurso extraordinário por violação de disposição de lei, constituição federal ou precedente vinculante e mérito

No sistema jurídico brasileiro os recursos podem ser distinguidos e classificados, dentre outras formas em recursos ordinários e recursos extraordinários. Enquanto os recursos ordinários têm sua preocupação voltada à tutela do direito subjetivo dos recorrentes, os recursos de natureza extraordinária têm por escopo a tutela do direito objetivo e serve de amparo à unidade do direito³⁰⁵, sendo exemplo desses recursos o REsp para o STJ, o RR para o TST e o RE para o STF³⁰⁶.

Dentre as hipóteses de cabimento do REsp ao STJ se inscreve aquela que visa impugnar decisão proferida em única ou última instância por tribunais locais que contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (CF/88, 105, III, “a”). O RE, por seu turno, também dentre as hipóteses de cabimento, se presta à análise de causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF e julgar válida lei local contestada em face de lei federal (CF/88, 102, III).

Já em relação ao RR ao TST, por expressa previsão constitucional, esse tribunal é detentor de competência tanto para a análise de questões afeitas à legislação infraconstitucional como às normas constitucionais que possam, em tese, terem sido contrariadas na resolução de lides resultantes das relações de trabalho.

Embora seja evidente que a efetiva violência, afronta, contrariedade a dispositivos de lei sejam questões atinentes ao mérito desses recursos, os tribunais em questão (STJ, TST e STF) do ponto de vista do pragmatismo, passaram a adotar o entendimento de que a efetiva ocorrência da afronta e violação consubstanciariam pressupostos intrínsecos de admissibilidade, pois do contrário, qualquer alegação de incompatibilidade entre a decisão recorrida e a legislação federal ou constituição acabaria, fatalmente por desafiar o processamento nas cortes superiores, o que se mostraria absolutamente indesejável para o bom funcionamento dessas casas.

Tomando o exemplo do TST, Júlio Bebber aponta que:

³⁰⁵ BEBBER, 2020, pp. 47-48.

³⁰⁶ A diversos outros recursos de natureza extraordinária que não demandam análise do que se pretende tratar.

O TST, porém (assim como o STF), possui o firme entendimento de que a efetiva ocorrência da violação ou da afronta é pressuposto recursal intrínseco. Esse entendimento é impulsionado por limitações físicas e humanas do TST: bastasse a alegação de violação ou afronta e todos os recursos de revista interpostos chegariam até ele. Exigindo, então, a efetiva ocorrência da violação ou afronta como pressuposto recursal intrínseco, sua análise será procedida pelo presidente do TRT, que poderá trancar (*sic*) o recurso na origem³⁰⁷⁻³⁰⁸.

Diante desse cenário, a jurisprudência engendrou uma solução, questionável do ponto de vista técnico. Acabou por conferir uma competência aos presidentes de tribunais que, em sede de juízo de admissibilidade, passaram a, efetivamente, se pronunciar sobre o mérito dos recursos, por vezes, fazendo constar inexistir essa ou aquela violação. Questionado esse procedimento nitidamente usurpatório de competência constitucional, a tese prevalente foi no sentido de que a legislação processual autoriza o presidente de tribunal local: “a denegar seguimento a recurso [...] com base nos pressupostos intrínsecos de admissibilidade, o que significa examinar a existência [...] de violação da lei ou da Constituição Federal, não cabendo falar em usurpação de competência”³⁰⁹.

Com o auxílio dos presidentes de tribunais locais na tarefa de denegar seguimento a recursos houve, em alguma medida, redução na carga de trabalho dos tribunais superiores, contudo, a solução dada, como não poderia deixar de ser, passou a representar um problema no que cerne ao cabimento de ações rescisórias.

Se o recurso não era conhecido, por ausência de efetiva violação ou contrariedade à lei federal ou constituição federal, não teria havido julgamento de mérito, então esse acórdão seria, em tese, irrevocável por essa única razão, sem embargos de que, no ordenamento do jurídico, na época em que formado esse entendimento, não dispunha da possibilidade de ajuizamento de ação rescisória para a impugnação das decisões que inadmitissem recurso.

Novamente Júlio Bebbber que, para além de sua vocação jurídica, é arguto historiador do processo do trabalho, destaca que para a correção desse inconveniente o TST de “um jeitinho” passou a admitir no item II de seu enunciado 192 que o:

Acórdão [...] do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso [...] de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com enunciado de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Sessão de Dissídios Individuais [...], examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do

³⁰⁷ BEBBER, 2021, p. 46.

³⁰⁸ Em tom mais brando, Manoel Antônio Teixeira Filho atribui a um equívoco que, o alto gral de qualificação dos membros desses tribunais não permite crer (TEIXEIRA FILHO, 2017, pp. 132-133).

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). **AgR-AIRR 944-61.2011.5.22.01.04**. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 26 de abril de 2013. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

Trabalho³¹⁰⁻³¹¹.

Essa também é a conclusão alcançada por João Oreste Dalazem, ao afirmar que:

Não paira dúvida de que, por exemplo, se uma Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao posicionar-se sobre a admissibilidade de recurso de revista, examina a violação literal de lei material, emite tipicamente um pronunciamento sobre o mérito da causa, ainda que conclua pelo não conhecimento do recurso³¹².

Se a decisão descer às minúcias da causa e houver pronúncia sobre a ausência de ofensa à norma jurídica, pouco importa se o tribunal firmará no desfecho de seu acórdão se conhece ou deixa de conhecer o recurso; haverá conhecido, haverá enfrentamento do mérito e essa decisão, tão logo transite em julgado, poderá, presentes os demais pressupostos, ser objeto de ação rescisória, pois que o direito à rescisão do julgado não se subordina equívocos procedimentais³¹³.

2.6.1.4 Decisões de mérito irrevogáveis

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece hipóteses em que a decisão judicial de mérito, não obstante transite em julgado, permaneça, *em princípio*, imune à impugnação por via da ação rescisória, e a própria finalidade do uso da ação desconstitutiva indica as razões pelas quais o legislador infraconstitucional tenha optado por essa solução³¹⁴.

Se a coisa julgada compreende o fenômeno processual segundo o qual a decisão judicial ganha foros de imutabilidade, interditando a discussão de seu conteúdo e a repositura de ação de idêntico objeto³¹⁵, apenas decisões capazes de adquirir tal qualidade necessitariam, a rigor, da desconstituição como forma de remoção do ilícito a fim de possibilitar a repositura da mesma demanda com o objetivo de obtenção de um novo julgamento.

Há diversas circunstâncias em que, a decisão judicial atinge o mérito da causa e transita

³¹⁰ BEBBER, 2021, p. 47.

³¹¹ Ao avocar para si a competência para processar e julgar ações rescisórias contra acórdãos em recurso de revista que, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material, não o conhecem, ou TST acabou por confessar que o recurso foi conhecido ou acabou por criar um efeito substitutivo que independe do conhecimento do recurso, algo inteiramente inédito no nosso ordenamento.

³¹² DALAZEM, J. O. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 186.

³¹³ Enfrentando exatamente essa questão, assim se pronunciou o STF no sentido de que “ainda que o acórdão revele declaração de não-conhecimento, mostra-se rescindível uma vez contenha o exame da lide, isto no lançamento de fundamentação pertinente a ausência de agressão ao texto constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR 1313**. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de novembro de 1991, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023).

³¹⁴ MARINONI; MITIDIERO, 2021, pp. 87-88.

³¹⁵ BEBBER, 2021, pp. 15-16.

em julgado, contudo, em nome da tutela do interesse público, não há veto à repropositura demanda, servindo como representativas dessa espécie as decisões de improcedência proferidas em ações civis públicas, ações populares e ações coletivas para a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, desde que a razão da improcedência seja a ausência ou insuficiência de provas.

Se em tais casos, não há formação da coisa julgada capaz de impedir a repropositura da ação correspondente para a tutela do interesse em jogo, a ilicitude formada na decisão, não necessita ser removida e será virtualmente expurgada sem maiores complexidades por meio da nova decisão que, acolhendo as novas provas carreadas³¹⁶, decidir pela procedência do pedido, o que não exclui, em definitivo, o cabimento de ação rescisória:

[...] mesmo nesses casos cabe a ação rescisória na medida em que a sentença padeça de vício arrolado no art. 485 do CPC e que não exista "nova prova" a suportar uma nova demanda (idêntica à outra proposta e julgada improcedente pela precariedade da prova) Do contrário seria forçoso concluir que, à míngua de tais novos elementos de convicção, prevaleceria uma sentença de mérito eivada de vícios que a lei reputa graves e que seriam suficientes para levar à desconstituição de qualquer outra sentença de improcedência³¹⁷.

De fato, sendo a análise da prova atividade carregada de alto grau de subjetivismo, pode dar-se o caso de que a compreensão de seu conteúdo tenha sido maculada por algum erro de percepção visual do julgador e, deste modo, não se trata de não haver provas ou de provas insuficientes, mas tão apenas uma apreciação equivocada do conjunto probatório induzido por um erro de fato verificável do exame dos autos. A vingar que a ação rescisória por erro de fato não é aplicável à hipótese, e não havendo novas provas, estaria consagrada a ilegalidade da decisão, já que a nova ação não poderia se limitar ao pedido de reapreciação da prova já rechaçada.

Nesse caso, ainda que não houvesse coisa julgada material, a decisão viciada estaria a impedir a repropositura da ação, fazendo-se necessário o uso da tutela de remoção do ilícito veiculada por meio da ação rescisória e essa compreensão é extraída da aplicação analógica do art. 966, § 2º do CPC, pois que a única distinção estaria entre ser ou não de mérito a decisão.

³¹⁶ Duas coisas são necessárias a respeito do tema, o primeiro é que o conceito de prova nova trazido para fins de repropositura dessas ações em nada se confunde com a prova nova capaz de viabilizar a propositura da ação rescisória. Pouco importa a cronologia ou conhecimento a respeito da prova, bem como é irrelevante que o autor da nova ação pudesse ter participado da relação processual anterior e produzido a prova, basta que seja uma prova não produzida e rejeitada no julgamento de improcedência não podendo a pretensão consistir de mero pedido de reapreciação, e esse é o segundo apontamento necessário (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT, 2015. v 3, p. 397).

³¹⁷ YARSHELL, 2005, p. 170.

Se essa é a solução dada pelo legislador para uma decisão de processual que impede a propositura de nova demanda, com redobrada razão é de se admitir a repropositura em caso de decisões de mérito que, não obstante não façam coisa julgada material, impedem, por qualquer razão a nova propositura.

Desse modo, ainda que se trate de decisões proferidas em ações civis públicas, ações populares e ações coletivas para a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, que concluam pela improcedência por ausência ou insuficiência de provas, haverá possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, sempre que presente qualquer das hipóteses trazidas no art. 966 do CPC e seja necessário expurgá-la do mundo jurídico como condição para a propositura da demanda idêntica.

Ao lado dessas hipóteses, também se apresenta no direito brasileiro as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (ADI, ADC e ADPF), pois nesses casos, por expressa disposição legislativa, as decisões são irrevogáveis e isso se dá por duas razões bastante lógicas.

As ações de jurisdição constitucional concentradas buscam tutelar a força normativa e integridade da constituição e isso tem implicação direta nas razões pelas quais os acórdãos proferidos são irrevogáveis.

Não há nenhuma possibilidade de tais ações serem julgadas por juízo absolutamente incompetente uma vez que a competência para julgamento dessas ações é privativa do STF, sendo nula possibilidade prática de ocorrência. Também em relação ao julgamento proferido por juízo impedido, a possibilidade é mitigada, pois o julgamento nas ações concentradas é de competência do plenário da casa e não desse ou daquele ministro e embora possa se cogitar do impedimento desse ou daquele ministro – já que é possível o impedimento de juízes do STF – deveria se dar em um número tal que comprometesse o resultado do julgamento, algo nulo na prática, o mesmo podendo se dizer em relação aos casos de prevaricação, concussão e corrupção do juiz), já que, embora não possa excluir a possibilidade, não parece verossímil cogitar da corrupção de um número de ministros do STF suficientes para a perversão do juízo de constitucionalidade.

Nem mesmo a violação manifesta de norma jurídica seria possível, pois que o STF funciona como intérprete final do ordenamento jurídico brasileiro, e essas ações se prestariam, precipuamente, à revelação da norma jurídica, não podendo, por questões de realismo jurídico,

serem violadas³¹⁸.

Mas não é só. O efeito vinculante das decisões do STF vertidas em sede de jurisdição concentrada, embora vincule todos os demais órgãos do Poder Judiciário, não vincula o próprio STF. Em determinado contexto social o STF pode ser chamado a se posicionar, proclamando esse ou aquele juízo, ao passo que, em outro contexto, seja chamado a decidir questão idêntica, porém com pronuncia diversa, já que, como dito, “o efeito vinculante não está a alcançar o Supremo”³¹⁹.

Por isso, o concreto e determinante é que, embora não seja o esperado, as decisões do STF podem ser revistas pela corte independente do ajuizamento da ação rescisória, e isso se extrai da leitura do § 2º do art. 103-A da CF/88 que, tratando dos enunciados de súmulas vinculantes explicita que “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

Se a revisão ou cancelamento dos entendimentos sumulados do STF pressupõe alteração de orientação interpretativa, segue-se naturalmente que as decisões proferidas em ações de jurisdição constitucional concentrada podem ser revistas, de ofício ou por provocação daqueles que tenham legitimidade para propor a ação direta³²⁰. Havendo possibilidade de alteração do que decidido sem a necessidade de ajuizamento de ação rescisória, natural a interdição de seu uso à espécie, já que essas decisões “não recebem o manto da coisa julgada”³²¹⁻³²².

É possível objetar que rever não é rescindir³²³, assim, havendo revisão de entendimento do STF em sede de ação de controle concentrado estariam preservadas a eficácia jurídica de

³¹⁸ Renann Thamay e Renato Herani, advertem a respeito do fato de que, mesmo no caso de ações de jurisdição concentrada, em que a finalidade do julgamento é a tutela do significado normativo do texto constitucional e sua unidade, haverá atividade probatória, que pode consistir na necessidade de demonstração dos fatos pelos quais a norma impugnada colidiria com a CF (THAMAY, R. F. K.; HERANI, R. G. **Jurisdição constitucional concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 368).

³¹⁹ THAMAY; HERANI, 2016, p. 368.

³²⁰ O mais adequado é compreender que os legitimados serão os mesmos legitimados à propositura das ações de jurisdição concentrada, nunca se desprezando, evidentemente, a pertinência temática correlata.

³²¹ THAMAY; HERANI, 2016, p. 369.

³²² Georges Abboud contradita essa alegação, sustenta que a decisão proferida na via concentrada produz coisa julgada formal e material, porém com características diversas da coisa julgada que se forma nas decisões voltadas à tutela de direitos subjetivos (ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 585). Enquanto a coisa julgada material consistir da autoridade que interdita qualquer debate futuro a respeito do mérito da decisão por ela encoberta, a objeção não pode ser aceita como válida. Seria necessária uma reformulação teórica do conceito de coisa julgada material.

³²³ É com base nessa crítica que afastamos as ações de alimento dessa problemática, pois é evidente que, a despeito do dispositivo legal dizer o contrário, a decisão de mérito proferida em ação de alimentos faz coisa julgada material e fica imune a qualquer espécie de discussão do que decidido. A alteração da obrigação alimentar contida em um título se faz por juízo revisional e não rescisório, por isso, não alcança as parcelas pretéritas (ASSIS, 2021, pp. 105-109).

todas as decisões proferidas com base no juízo revisto, o que, portanto, faria necessário o manejo do instrumento rescisório, mas isso também não pode empolgar, pois seria temerário crer que, ainda que a alteração de entendimento fosse fruto de uma ação rescisória, o STF não modularia a eficácia da decisão de modo a resguardar a segurança jurídica.

Há, por fim, hipótese de decisões de mérito que transitam em julgado e são acobertadas pela autoridade da coisa julgada, mas que, por expressa disposição legal, não se sujeitam ao cabimento de ação rescisória. É o que se extrai do art. 59 da Lei n. 9.099/1995, ao dispor que “não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei”. Sendo a proteção da coisa julgada uma opção política do Estado, visando a estabilização e pacificação das relações sociais e erigida à condição de garantia fundamental³²⁴, também a adoção do cabimento da ação rescisória representa uma opção política³²⁵, o que justifica o legislador ter optado por suprimir o uso da ação rescisória em algumas situações.

Joaquim Felipe Spadoni³²⁶, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição³²⁷, em sentido contrário, sustentam a inconstitucionalidade desses dispositivos, contudo, os argumentos, por mais respeitáveis que sejam, são de difícil aceitação, especialmente quando se constata que a CF/88 admite a restrição da própria via recursal, criando entraves para o processamento do RE, como é o caso da necessidade de demonstração de repercussão geral. Também é o caso do REsp que, para alcançar processamento, deverá apresentar “relevância questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”³²⁸.

Se é constitucional a restrição da via recursal extraordinária, forçando em alguns casos que o jurisdicionado se contente com a jurisdição ordinária prestada pelos tribunais locais, se trona difícil, senão impossível, sustentar a inconstitucionalidade da restrição da via processual mais excepcional do direito brasileiro, embora não se possa excluir as inconveniências da restrição e seus impactos, principalmente no sentimento de injustiça que daí decorre.

A ação rescisória opera na lógica de amortecer eventuais conflitos que possam surgir da dimensão material e processual da segurança jurídica e essa nunca pode ser analisada ou

³²⁴ Arakem de Assis afirmam que a coisa julgada seria um direito fundamental (ASSIS, 2021, p. 216) contudo, o direito tutelado pela constituição como sendo fundamental é a segurança jurídica, sendo a coisa julgada mero instrumento garantidor desse valor e não o direito em si.

³²⁵ Merece nota o fato de que, do amplo cardápio das ações cíveis previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a ação rescisória é uma das poucas, ao lado da ação popular, da ação civil pública e da ação por improbidade administrativa que encontram-se previstas na própria constituição federal.

³²⁶ SPADONI, J. F. O direito constitucional de rescisão dos julgados. *In: Processo e Constituição*. Estudos em Homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 1.073.

³²⁷ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 140.

³²⁸ Em matéria trabalhista, o recurso de revista tem seu congênere na “transcendência”.

valorada fora de seu tempo e contexto.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na mais citada obra sobre o tema do *acesso à justiça* e que esse nome recebe, dedicam espaço para tratar de *pequenas causas* que, embora sejam representativas de pequenas cifras, demandam altos custos para a resolução, custos estes que, quando não superam o próprio valor do pedido, dele se aproximam, tornando a propositura de uma inviável ou mesmo “uma futilidade”³²⁹.

Na obra citada, os autores acabam por sugerir a criação de procedimentos especiais para o julgamento dessas causas, que passa pela submissão a juízes leigos, com limitação recursal à apelação e simplificados ao ponto de se tornar um procedimento oral³³⁰.

É por influência direta dessa onda que os Juizados Especiais, produto da CF/88, previstos em seu art. 98, foram criados, isto é, num contexto de ampliação do acesso à justiça, para dar resposta a uma série de conflitos que, embora simples do ponto de vista da controvérsia jurídica e pouco representativos em termos econômicos, perturbavam a paz, social, deixando uma série de cidadãos excluídos dessa vertente da cidadania – o acesso à justiça³³¹.

Eventuais vícios, por mais graves que fossem, incidiriam sobre questões de menor complexidade e valor econômico, por isso o privilégio conferido à segurança jurídica na vertente processual³³². Aliás, essa é a racionalidade que orienta a limitação do teto dos juizados, a restrição da via recursal e uma série de outros instrumentos desburocratizantes.

Nem era necessário que a Lei n. 9.099/1995 fizesse constar expressamente a impossibilidade da propositura de ação rescisória para os procedimentos sujeitos a ela, isto porque, ao delimitar quais seriam as causas passíveis de submissão à jurisdição dos Juizados Especiais, a lei acabou por subtrair a competência para processar e julgar demandas submetidas a procedimentos especiais do CPC; uma opção insuperável pela simplicidade.

Não poderia ser diferente em relação à ação rescisória que, além de se tratar de demanda submetida a procedimento especial, é de altíssima complexidade, tudo a revelar sua plena incompatibilidade com o rito previsto para as causas submetidas ao juizado especial, porque a complexidade é sua antítese e verdadeiro instrumento de aniquilação de sua lógica³³³.

É assim que, tratando dos princípios que animam a Lei dos Juizados Especiais, o FONAJEF editou o enunciado 44 que atesta “não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da

³²⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, Fabris, 1988, pp. 19-20.

³³⁰ Ibid., pp. 94-96.

³³¹ WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: RT, 2018. v. 4, p. 357.

³³² Cappelletti e Garth falam em “pequenas injustiças” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 95).

³³³ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pp. 96-97.

Lei n. 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais”³³⁴.

Fredie Didier e Leonardo da Cunha, alertam para o fato de que a questão estaria aberta no STF, pois que o Min. Gilmar Ferreira Mendes teria concedido tutela provisória em medida cautelar no bojo da AR 1974/SC, em processo oriundo do JEF³³⁵, entretanto, a orientação dos autores diverge da realidade processada, pois que, embora o processo tenha se originado no JEF de Santa Catarina, o acórdão rescindendo era do próprio STF, e a vedação contida no art. 59 da Lei n. 9.099/95, diz respeito a decisões proferidas por juízes e turmas recursais.

Assim como as causas processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho, tão logo interposto o recurso extraordinário, abandonam a lógica do processo do trabalho, as causas processadas perante os Juizados Especiais também abandonam as amarras da Lei n. 9.099/1995, não por outra razão sequer há nesses diplomas, regras referentes ao processamento e julgamento de recurso extraordinário.

2.6.1.5 Liquidação de sentença e mérito

Toda demanda em que se veicule uma pretensão relativa a uma obrigação de dar coisa certa, dar coisa incerta, obrigação de fazer ou não fazer, visa, em sede de etapa intermediária, a obtenção de um título executivo judicial que tem como atributo, ao lado da certeza e da exigibilidade, a liquidez capaz de apontar ao sujeito passivo ou responsável o conteúdo material e extensão da obrigação nele expresso³³⁶. Em nome dessa finalidade intermediária, é possível sustentar que a ordem processual incentiva, quando não impõe, a prolação de decisões

³³⁴ Não podendo o sistema deixar sem tutela jurídica qualquer interesse juridicamente relevante, Wambier e Talamini propugnam o cabimento de mandado de segurança para a tutela de direito líquido e certo violado por decisão do juizado especial, eventualmente transitada em julgado, esclarecendo que o impeditivo da lei de mandado de segurança não tem o condão de restringir a garantia constitucional (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 376).

³³⁵ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 564-565.

³³⁶ Júlio Bebbber, sustenta que, “embora a expressão liquidação de sentença seja de uso comum, inclusive na legislação, não é a sentença que é liquidada. Liquidada-se (quantifica-se) a obrigação amparada no próprio título executivo, e não o próprio título” (BEBBER, J. C. **Cumprimento da sentença no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 31).

líquidas³³⁷⁻³³⁸, ao que se pode avançar para dizer que a liquidez de um título corresponde, nessa medida, a matéria afeita precipuamente à fase de conhecimento e inegavelmente relativa ao mérito da demanda; integrativa da própria “eficácia executiva da sentença genérica”³³⁹.

Dinamarco afirma que “se toda sentença condenatória já trouxesse em si mesma a precisa indicação do valor devido, nunca haveria a necessidade de liquidar nem de procurar por modo algum esse valor”³⁴⁰. Há, entretanto, situações em que a decisão proferida, por razões que não compete nesse momento distinguir, não contempla o valor da obrigação reconhecida, sendo necessária a instauração de uma fase de liquidação, que poderá se dar pelo procedimento comum ou por arbitramento³⁴¹.

Diversamente do que se tem no processo civil, no processo do trabalho, remanesce uma fase de liquidação por cálculos destinada a revelar a expressão monetária do título judicial³⁴². Sempre que instaurada a fase de liquidação, essa se encerra com uma “sentença meramente declaratória portadora da especificação do valor devido, a qual vem a integrar o título executivo ainda incompleto enquanto não se conhecer esse valor”³⁴³.

A dúvida consiste em saber qual a natureza dessa decisão de liquidação proferida em liquidação de sentença. Seria uma decisão interlocutória ou uma sentença propriamente dita? Haveria resolução de mérito ou consistiria de uma decisão meramente terminativa? Essas perguntas visam responder a uma última: essa decisão seria rescindível?

Embora, Dinamarco, Badaró e Lopes façam menção a uma *sentença meramente declaratória*, estamos, em verdade, diante de uma decisão interlocutória, pois que não tem

³³⁷ É inegável que a prolação de decisões líquidas atende ao postulado da razoável duração do processo, na medida em que emprega agilidade à fase de satisfação, sendo essa a tônica da recomendação 4/2018 do CSJT que “recomenda” a prolação de decisões líquidas (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recomendação n. 4/GCGJT, de 26 de setembro de 2018**. [S.l.]: Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/145111/2018_rec0004_cgjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jan. 2023).

³³⁸ Embora não haja uma obrigação de que as decisões proferidas sejam líquidas, mesmo que não haja justificativas para a prolação de decisões ilíquidas, o art. 7º da Resolução 106/2010 do CNJ, estabelece que a avaliação da presteza do magistrado deve levar em conta o número de sentenças líquidas para fins de promoção por critério de merecimento, o que equivale a um importante instrumento de persuasão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010**. [S.l.:s.n.], 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34679/2010_res0106_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jan. 2023).

³³⁹ BEBBER, 2007, p. 31.

³⁴⁰ DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 617.

³⁴¹ DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, pp. 512-513.

³⁴² O efeito expansionista circular dos salários, pelo qual uma verba tem a aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas de cunho trabalhista e, até mesmo, de outra natureza, como, ilustrativamente, previdenciária ou fundiária, justifica a manutenção dessa modalidade, pois embora sejam cálculos, a complexidade desafia uma fase própria para a liquidação.

³⁴³ DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, p. 512.

aptidão a dar fim à fase cognitiva tampouco extinguir à execução, senão prepará-la³⁴⁴.

Também, por mais que a fase de liquidação tenha um mérito próprio³⁴⁵, consistente em proclamar o conteúdo e expressão econômica do título judicial, a decisão proferida não pode ir além para “discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou” (CPC, art. 509, § 4º), o que permite falar em “mérito vinculado ao mérito da causa”³⁴⁶ e, sendo imprescindível a concessão de contraditório e ampla defesa, é inequívoca a formação da coisa julgada material, por isso o item II do enunciado 399 do TST atestar a rescindibilidade desse pronunciamento³⁴⁷.

2.6.1.6 Mandado de segurança e mérito

O mandado de segurança, remédio genuinamente brasileiro derivado do habeas corpus, consubstancia ação autônoma voltada à impugnação de atos de autoridade eivados de ilegalidade ou abuso³⁴⁸⁻³⁴⁹, porém, assim como as demais espécies de ação, o procedimento de julgamento tende a ser escalonado, podendo se constituir de uma ou duas fases. A primeira delas é destinada à verificação da admissibilidade do mandado de segurança, isto é, a verificação da presença dos pressupostos processuais positivos, negativos e das condições da ação.

Positivo o juízo de admissibilidade, avançar-se-á no julgamento de seu mérito, do contrário, haverá uma decisão terminativa. No primeiro caso, é inequívoco que haverá resolução de seu mérito e, transitando em julgado essa decisão, estará, de regra³⁵⁰, aberta a via da ação rescisória.

A questão que se põe é saber se a decisão que *denega* a segurança, faz coisa julgada material e se essa decisão seria rescindível dentro de alguma das hipóteses previstas no artigo 966 do CPC. A dúvida é animada especialmente pelo entendimento do STF, exarado no enunciado 304 de sua súmula, no sentido de que “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”³⁵¹.

³⁴⁴ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 124.

³⁴⁵ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 559.

³⁴⁶ BEBBER, 2021, p. 52.

³⁴⁷ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 126.

³⁴⁸ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 59.

³⁴⁹ O conceito de abuso aqui tratado é o mesmo daquele mencionado no art. 187 do CC, ou seja, se perpetrar sob a aparência da legalidade, porém com desvios, por isso não deixar de corresponder a uma espécie de ilegalidade.

³⁵⁰ Se diz de regra, pois, como demonstraremos adiante, há situações em que, mesmo sendo julgado o mérito do mandado de segurança, a decisão proferida não fará coisa julgada.

³⁵¹ Bastava que se dissesse que a decisão de denegação da ordem por óbice processual não impede a busca da tutela do direito pelas vias ordinárias.

A doutrina tece críticas ao verbo denegar, comumente empregado quando não concedida a segurança pleiteada; aponta-o como impreciso, já que não permite uma percepção imediata das razões pelas quais a tutela pretendida estaria sendo denegada, se por razões de ordem processual; porque ausente algum requisito para seu regular processamento; se a pretensão é infundada ou porque não haveria prova pré-constituída a comprovar o direito líquido e certo³⁵². Seria necessário investigar se houve avanço sobre o mérito com a rejeição do pedido por se mostrar infundada a pretensão, ou se, do contrário, a denegação seria decorrência inexistência de uma das condições da ação ou, ainda, pela ausência de prova pré-constituída, o que tornaria o mandado de segurança inadmissível pela necessidade de dilação probatória³⁵⁴.

Essa observação permite uma melhor compreensão sobre o verbete do STF que, para a aferição da formação de coisa julgada apta a impedir a repropositura da demanda, dependeria de uma investigação prévia das razões pelas quais a segurança teria sido denegada.

Se mérito compreende a análise de “todas as questões, cuja resolução pode influir direta ou indiretamente” na decisão³⁵⁵, pode-se dizer que o mérito de um mandado de segurança consiste em saber se o ato de autoridade apontado como ilegal ou abusivo, realmente o é.

Sucede que, em razão do processamento do mandado de segurança não permitir dilação probatória, havendo controvérsia fática, a inexistência da prova pré-constituída implica em sua inadmissibilidade, isto é, num julgamento sem resolução de mérito, portanto, uma decisão de ordem processual, incapaz de produzir a coisa julgada material, bem como incapaz de obstar que interessado, obtendo a prova pré-constituída impetre novo mandado de segurança, desde que observado o prazo decadencial de 120 dias.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, distinguem entre a insuficiência da prova e a desincumbência do ônus da prova, sustentado que a ausência da prova suficiente impõe a

³⁵² O direito sempre será líquido e certo ou não será direito. A atribuição da liquidez e certeza é indissociável do direito e decorre da própria presunção de constitucionalidade das leis. Quando se fala em liquidez e certeza, em verdade o que está a se proclamar é que se trata de direito cujas premissas fáticas para sua implementação não demande dilação probatória (MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C. **Mandado de segurança individual e coletivo**: comentários à Lei 12.016/2009. 3. ed. São Paulo, 2019, p. 40).

³⁵³ É comum se lecionar que a prova do direito líquido e certo é aquela que se faz documental e, contudo, isso é inexato, já que também pode ser líquido e certo um direito cuja base fática não dependa de provas (CPC, art. 374) ou mesmo demonstrado mediante confissão já reduzida a termo que, embora mantenha essa natureza de confissão, pode ser demonstrada sem a necessidade de outras medidas. É comum que a prova pré-constituída seja documental, mas com esta não se confunde. Resumidamente, direito líquido e certo é aquela sob o qual não pesa controvérsia fática, ou pendendo, seja necessária a dilação probatória pela produção de qualquer outro tipo de prova além daquelas pré-constituídas. “Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado” (GRECO FILHO, V. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162).

³⁵⁴ ASSIS, 2021, p. 103.

³⁵⁵ LIEBMAN, 2003, p. 151.

rejeição liminar do *mandamus*, porém, atestam que seria possível que a prova documental fosse suficiente em relação aos fatos disputados – o que tornaria adequada a via –, mas que a parte não teria se desincumbido do ônus da prova em relação às suas alegações, sustentando que, nesse caso, haveria julgamento de mérito capaz de induzir a formação de coisa julgada material³⁵⁶.

A lição não pode ser acolhida, pois opera em contradição lógica insuperável. Ou as provas pré-constituídas são suficientes para sepultar as controvérsias fáticas e, nesse caso teria havido resgate do encargo probatório ou, do contrário, remanescerá a controvérsia que afasta o cabimento do mandado de segurança. Não há como admitir-se o processamento de mandado de segurança sem que os fatos estejam incontrovertidos.

A prova dos fatos pelos quais o impetrante pugna pela segurança não constitui o direito em si. Pode ser que a premissa fática apresentada pela parte se mostre verdadeira, contudo, que não consubstancie qualquer ilegalidade, ocasião em que a segurança será denegada por ser infundada, porém, esse juízo só é alcançado quando sobre os fatos não repousar qualquer controvérsia. Isso anula a possibilidade de as provas serem suficientes e mesmo assim se dizer que o ônus do encargo probatório não foi atendido.

Não sendo incontrovertido o fato pelo qual se diz haver ato de autoridade tísado de ilegalidade ou abuso, não é possível emitir juízo sobre esse fato, por isso a decisão não fere o mérito. Apenas a decisão que se pronunciar pela existência ou inexistência do direito subjetivo invocado pelo impetrante é que será capaz de produzir a coisa julgada material impugnável pela via da ação rescisória³⁵⁷. A contrário senso, todas as vezes que a segurança for denegada por razões de ordem processual, não haverá coisa julgada material, de modo que o interessado poderá, a depender da razão, impetrar novo mandado de segurança³⁵⁸ ou, até mesmo, ação ordinária para a tutela de seu interesse, por isso “a expressão não fazendo coisa julgada contra o impetrante é uma oração condicional, correspondente a quando não fizer coisa julgada contra o impetrante”³⁵⁹.

Essa é a interpretação do próprio STF a respeito do verbete. Quando em julgamento sob essa mesma perspectiva, a Corte decidiu que a orientação se dava “no sentido de que a decisão denegatória proferida em mandado de segurança, desde que não importe em resolução do

³⁵⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 363.

³⁵⁷ BEBBER, J. C. **Mandado de segurança individual e coletivo na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 101.

³⁵⁸ Imagine-se o caso de obtenção da prova documental, outrora ausente, antes de expirado o prazo decadencial de 120 dias.

³⁵⁹ BEBBER, 2013, p. 101.

mérito, não impede que o impetrante venha a postular, por ação própria, o direito por ele vindicado”³⁶⁰.

Há casos, entretanto, que o mandado de segurança é utilizado como sucedâneo de recurso, para aquelas espécies em que não haja recurso previsto com eficácia para a impugnação de determinada decisão judicial³⁶¹. O processo civil, sob nítida influência do processo do trabalho, passou a adotar a regra da irrecurribilidade imediata e em apartado das decisões interlocutórias, excluindo dessa regra aquelas hipóteses em que a interlocutória consistir de uma daquelas previstas no art. 1.015 do CPC, ali tratadas taxativamente³⁶².

Em se tratando de decisão interlocutória irrecurável, é evidente o cabimento do mandado de segurança para a tutela do interesse jurídico ameaçado. Nessas hipóteses, é manifesto que o mandado de segurança estará a operar na lógica do recurso que deveria estar a serviço das partes, assim como eventual decisão de concessão da segurança estaria, na prática, a substituir a decisão impugnada. Se a decisão de mérito é impugnável via recurso próprio, resta evidente que o mandado de segurança seria cabível apenas para a impugnação de decisões interlocutórias de cunho processual.

A questão que se põe é: se essas decisões não são aptas a se revestirem do manto coisa julgada, com que razão seria possível sustentar que a decisão de mérito em mandado de segurança, veiculando tais matérias, se revestiriam dessa autoridade? Imaginemos o caso de uma segurança garantida para determinar providência processual indeferida pelo juízo de primeira instância ao autor de determinada demanda. Que diremos se, logo após a concessão da segurança, a parte por ela beneficiada desistisse da ação principal? Conservaria a decisão do mandado de segurança algum efeito ou desapareceria como seria o caso de ter sido proferida pelo juízo impetrado?

Imagine-se que a demanda, extinta pela desistência, tenha sido reproposta e, pugnada a

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RMS 29.193-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de outubro de 2014, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁶¹ Marinoni e Mitidiero afirmam que, ao afastar o cabimento de mandado de segurança contra ato jurisdicional impugnável por recurso previsto e dotado de efeito suspensivo, o legislador o fez por presumir que o recurso fosse suficientemente adequado a tutelar o interesse subjetivo da parte, tratando-se, entretanto, de presunção relativa. Não se mostrando a via recursal adequada a esse fim, ainda que dotado de efeito suspensivo, haverá possibilidade de uso da via mandamental, cumprindo ao impetrante o ônus de fazer essa demonstração (MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 60). Wambier e Talamini vão além para defender o cabimento de mandado de segurança para a tutela de direito líquido e certo violado por decisão eventualmente transitada em julgado, esclarecendo que o impeditivo da lei de mandado de segurança não tem o condão de restringir a garantia constitucional (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 376).

³⁶² Em sentido contrário, o STJ, em sede de Recurso Especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, entendeu que o rol do art. 1.105 do CPC é de taxatividade mitigada, seja lá o que isso queira dizer (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.704.520-MT**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 5 de dezembro de 2018, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023).

mesma providência processual, a solução do juízo tenha sido a mesma, isto é, o indeferimento. Nesse caso, seria necessária a impetração de novo mandado de segurança ou a decisão proferida no mandado de segurança anterior conservaria sua eficácia? Se necessária a impetração de um novo mandado de segurança, seria possível uma solução distinta da proclamada anteriormente?

Concebamos, por fim, que, em face de uma interlocutória processual, portanto irrecorrível, a segurança seja conferida e, expirado o prazo para recurso, a decisão transitasse em julgado. Imaginemos que no prosseguindo do julgamento da lide, o juízo proferisse sentença recorrida por via de apelação. Estaria vedado ao recorrente – outrora litisconsorte da autoridade impetrada – devolver a questão ao Tribunal? E se devolvida a matéria, estaria infensa a reapreciação do tribunal?

É manifesto que, se a decisão de mandado de segurança consistir de uma providência pendente de confirmação por outros eventos processuais, podendo sofrer alteração e até mesmo desaparecer, não é capaz de formar a coisa julgada material apta a ser desconstituída pela via da rescisória, por mais que possua um mérito próprio e transite em julgado.

Tudo quanto se disse em relação aos casos em que, não obstante a decisão seja meramente terminativa, impeça a repropositura de novo mandado de segurança ou recurso correspondente, aplica-se à disciplina dessa espécie. Denegada a segurança ou inadmitido o recuso ao fundamento de existir coisa julgada, litispendência, decadência³⁶³ ou ilegitimidade de parte, não será possível nova impetração e nem mesmo a perseguição do interesse subjetivo por outra via, sendo, por isso, necessário o ajuizamento da ação rescisória para a remoção dos efeitos dessa decisão³⁶⁴.

Uma nota final sobre a disciplina do mandado de segurança é o fato de que a jurisprudência do STF – tema 530 – se pacificou no sentido de que, mesmo após a decisão do mandado de segurança, enquanto não terminado o julgamento, acolhendo-se ou não o pleito de concessão da ordem, é possível que, mesmo sem anuência da autoridade impetrada e de eventuais

³⁶³ A decadência em questão é a relativa ao direito material e não em relação ao prazo para a impetração do mandado de segurança que uma vez esvaído, não afasta a possibilidade de acesso às vias ordinárias de provocação do Estado-Juiz.

³⁶⁴ Imagine-se o caso de um mandado de segurança denegado sob alegação de inexistência de prova pré-constituída, portanto, sem análise de mérito. Há recurso da decisão por parte do impetrante, porém, em sede recursal, é acolhida uma tese de contrarrazões que veicula uma suposta coisa julgada. Imagine-se que essa decisão transite em julgado. Embora em ambos os casos a decisão não fira o mérito, sendo meramente processual, essa segunda afirmação – a existência de coisa julgada – impede tanto a repropositura do mandado de segurança caso obtida, em tempo, a prova pré-constituída, como também impede a propositura de ação ordinária para a tutela do direito alegado. Comporta uma investigação, à parte, a necessidade ou não de juízo rescisório nesse caso, pois o interesse do autor poderia se resumir à tutela de remoção do ilícito, apagando os efeitos da coisa julgada formal para que se tornasse possível, em outro procedimento, por vezes em outro juízo, a discussão sobre as razões jurídicas.

litisconsortes, o impetrante desista do mandado de segurança, o que acarretará em sua extinção sem resolução de mérito³⁶⁵.

Esse entendimento permite que a parte intente a obtenção da tutela jurisdicional pela via do mandado de segurança e, verificando a denegação da segurança pleiteada, inclusive pela análise e proclamação de ausência de razão substancial ao impetrante, desista do mandado de segurança e promova uma ação ordinária com a mesma pretensão de fundo, violando o princípio da isonomia em relação ao sujeito passivo da relação processual, sem embargos de legítimar, em algumas hipóteses, a escolha do juiz da causa.

Esse entendimento foi combatido pela PGFN, com o apontamento de que a solução dada pelo STF só se viabilizaria em casos de segurança concedida³⁶⁶, mas isso não explicaria as razões pelas quais a tese firmada tenha contemplado a expressão “ainda que favorável ao impetrante”, o que não teria razão de ser se não fosse o fato de que as decisões denegatórias também estivessem englobadas na compreensão formada.

Ainda que a tese da PGFN pudesse ser acolhida, a prática das atividades judiciárias tem demonstrado que o julgamento do mandado de segurança tende a apenas confirmar o que decidido quando da análise da liminar; indissociável à espécie³⁶⁷. Sendo mais provável que se impetre um mandado de segurança sem pedido de concessão da segurança do que sem pedido da liminar, bastaria que se esperasse a análise do pedido de providência e já se teria um bom prognóstico da sorte que se seguiria.

2.6.1.7 Decisão homologatória de acordo

Inspirada no processo do trabalho, que sempre reclama ao menos duas tentativas de conciliação das partes, sendo uma antes do recebimento da defesa e outra ao final da instrução processual³⁶⁸, o CPC passou a adotar a conciliação como método determinante para a solução da controvérsia. Preenchidos os requisitos da petição inicial, a parte adversa será citada para comparecimento a uma audiência para a tentativa de conciliação e, apenas havendo frustração desse intento é que, à parte ré, será dado a apresentação da defesa que tiver, o que não impede que, a qualquer tempo, nova medida conciliatória seja intentada pelas partes ou pelo condutor

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 669367-RG-RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de março de 2012, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁶⁶ GIANNICO NETO, F. E. A possibilidade de desistência do mandado de segurança em grau recursal sem formação da coisa julgada material. In: **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 4, n. 1, p. 107, jan./mar. 2019.

³⁶⁷ BEBBER, 2013, p. 77.

³⁶⁸ SCHIAVI, M. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 540 e 542.

do feito³⁶⁹.

Obtida a conciliação das partes, o juiz, por sentença irrecorrível, homologará a transação e extinguirá o processo com resolução de mérito, valendo a sentença homologatória como título executivo judicial. Sendo a decisão homologatória da transação uma sentença resolutiva de mérito, na vigência do CPC/73 passou-se à disputa em torno de ser ou não uma decisão rescindível, o que imediatamente gerou cizânia doutrinária e jurisprudencial³⁷⁰.

Em vista do fato de que o art. 486 do CPC/73 dispunha que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”, o STJ³⁷¹, assim como o STF³⁷² se inclinaram à tese de que, embora resolutiva do mérito, a decisão homologatória não comportaria rescisão, pois a resolução do mérito consistiria de ficção jurídica³⁷³, sem embargos de que a eficácia entre as partes da transação não dependeria de sentença, proferida nesses casos apenas para dar termo à relação processual.

O TST, no entanto, seguiu orientação diversa e, nos termos do enunciado 259, pacificou que “só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT”³⁷⁴.

O argumento superficial³⁷⁵ apresentado para essa conclusão era de que a sentença que homologa a transação extingue o processo com resolução de mérito, por isso, sentença de mérito, além de ser prevista expressamente a possibilidade de ação rescisória para esse caso no art. 485, VIII do CPC. Essa mesma orientação encontra eco na doutrina de Frédie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha:

A decisão que homologa a auto composição, uma vez transitada em julgado, também é rescindível. É espécie de decisão de mérito (art. 487, II, CPC) e, nessa qualidade, subsume-se à hipótese do *caput* do art. 966 do CPC. Qualquer decisão de mérito é rescindível. Não há razão para ser diferente nesse caso. O CPC, ao ampliar o cabimento da ação rescisória também para as decisões de admissibilidade e ao falar, no *caput* do art. 966, em ‘decisão de mérito’ e não mais em ‘sentença de mérito’, não dá margem a dúvidas quanto a isso. Aliás, a decisão homologatória é título executivo judicial (art. 515, I, CPC). Nessa condição, o executado basicamente somente pode

³⁶⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 173.

³⁷⁰ BEBBER, 2021, p. 57.

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgRg-REsp 1.314.900-CE**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 18 de dezembro de 2012, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AgR-AR 2440-DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 19 de setembro de 2018, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

³⁷³ SILVA, H. B. **Curso de direito do trabalho aplicado**: processo do trabalho. 2. São Paulo: RT, 2015. v. 9, p. 313.

³⁷⁴ Súmula 259 do TST.

³⁷⁵ Diz-se superficial não em razão do conteúdo e sim pelo que deixa de expor e realmente anima o entendimento do TST.

opor-se ao cumprimento de sentença alegando uma das matérias do § 1º do art. 525, CPC. Sendo-lhe vedado suscitar pontos que deveriam ser enfrentados na fase de conhecimento, só lhe restará alegar matérias pertinentes à própria execução ou fatos supervenientes à decisão homologatória. Essa regra revela, claramente, a existência da eficácia preclusiva da coisa julgada nesse caso (art. 508, CPC). Daí o cabimento da ação rescisória para desconstituí-la³⁷⁶.

Os argumentos dessa doutrina, que são os mesmo que já imperavam quando da vigência do CPC/73, parecem não se sustentar. Primeiramente é equivocado dizer que qualquer decisão de mérito é rescindível, não sendo poucos os casos em que tal afirmação não se confirma³⁷⁷. Também não impressiona a afirmação de que a decisão homologatória da avença seria título executivo judicial, pois já era assim na vigência do CPC/73, quando o art. 475-N proclamava ser título executivo judicial “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”, o que parece ser uma demonstração eficiente de que a resolução fictícia do mérito não se confunde com uma decisão de mérito³⁷⁸.

Com relação ao segundo argumento, o de previsão expressa de rescindibilidade, o simples fato de o legislador não ter repetido no atual CPC a hipótese em que a ação rescisória era cabível quando houvesse “fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”(CPC/73, art. 485, VIII), para acrescentar que “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei” (CPC, art. 966, § 4º), parece ser suficiente para a conclusão de que se fez uma clara opção pelo cabimento da ação anulatória e não da ação rescisória³⁷⁹.

Porém, como adverte Júlio Bebbber, não obstante a alteração legislativa, a controvérsia persiste no âmbito do TST que agora se apegas de modo inadequado ao inciso III do artigo 966 do CPC³⁸⁰.

Essa renitência do TST, em verdade, tem raízes no consequencialismo, pois se tivesse optado pelo cabimento da ação anulatória, teria de conviver com uma enxurrada de ações anulatórias tão logo houvesse homologação dos acordos que, na realidade brasileira, são mais

³⁷⁶ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 556-557.

³⁷⁷ Há decisões de mérito que transitam em julgado, porém sem fazer coisa julgada, por isso irrevocáveis e há decisões de mérito quem transitam em julgado, mas são irrevocáveis por expressa disposição de lei.

³⁷⁸ O próprio Fredie Didier faz equiparação entre mérito e pedido quando atesta que o juízo de mérito é juízo sobre o objeto litigioso (DIDIER JR., 2015, p.444)

³⁷⁹ BEBBBER, 2021, p. 57.

³⁸⁰ Ibid., p. 58.

frequentes na Justiça do Trabalho³⁸¹. Note-se que à época da adoção desse entendimento, além do regime que posterga o pagamento de custas processuais para o fim do processo, nem mesmo honorários de advogado eram devidos em caso de sucumbência, sendo convidativo e transacionar e, posteriormente, buscar a anulação como estratégia de acoso à parte contrária³⁸².

Nos primórdios da admissão da ação rescisória no processo do trabalho, não havia a necessidade de pagamento do depósito rescisório. Isso o TST ao asoberbamento de suas atividades, chegando ao extremo de ter de cindir sua subseção de dissídios individuais, atribuindo à SBDI-2 a árdua tarefa de julgar intermináveis recursos ordinários em sede de ação rescisória, por isso a riqueza de verbetes e orientações jurisprudenciais daquele tribunal³⁸³.

Cegando-se para a dogmática processual, o TST acabou por preferir a ação rescisória como meio único impugnação às sentenças homologatórias de transação judicial. Essa modalidade de ação sempre dependerá depósito prévio de 20% do valor da decisão cujo corte se pretende³⁸⁴, pagamento de custas adiantadas e, sempre sob risco de sucumbência. A estratégia jurisprudencial alcançou o seu propósito e acabou por reduzir drasticamente o número de rescisórias e isso é suficiente para demonstrar que a celeuma não terminou e também não tem data prevista para terminar.

2.6.1.8 Decisão de mérito transitada em julgado substituída por acordo

Júlio Bebber, em sintonia com o que consta do item III do enunciado 192 do TST, proclama que a transação das partes, tão logo homologado, substitui a decisão deliberativa de mérito da causa que transitou em julgado, sendo, em razão disso, juridicamente impossível o pedido de rescisão.

A lição, todavia, nos parece precipitada, pois é necessário verificar o teor da avença para só então atestar a substituição. Imagine-se que um título judicial contemple uma condenação ao pagamento de R\$ 10.000,00. É possível, por exemplo, que a composição se dê apenas no sentido de dispor de que forma a obrigação contida no título executivo será cumprida (hipoteticamente em 10 parcelas), o que em nada altera a decisão nele contida.

Ademais, o efeito substitutivo é típico dos recursos e não dos negócios jurídicos em

³⁸¹ Enquanto a constituição federal, em sua redação original, atribuiu competência aos demais órgãos do Judiciário para processar e julgar, a competência da justiça do trabalho era para conciliar e julgar, sendo alterada apenas por ocasião da emenda 45/2004.

³⁸² É apenas com a edição da Lei n. 13.417/2017 (reforma trabalhista) é que se instituiu o cabimento de honorários de advogado na justiça do trabalho pela mera sucumbência.

³⁸³ SILVA, 2015, p. 313.

³⁸⁴ Essa é a única peculiaridade legislativa em relação à rescisória processada na Justiça do Trabalho.

geral, onde podem ocorrer, mas sempre sendo necessária a interpretação da vontade dos contratantes.

2.6.2 *Querela nullitatis* e ação rescisória

Discorrer sobre a querela *nullitatis* ou ação de nulidade da sentença, demanda, antes de qualquer consideração, uma incursão na própria ideia de nulidade, já que é dessa figura jurídica que decorrer toda a questão tratada nesse capítulo.

De acordo com Pontes de Miranda, o direito romano, em razão da primazia que dava à forma em face do conteúdo material das disputas jurídicas, reconhecia na incidência dos erros de procedimento verdadeiras causas de inexistência jurídica do ato viciado, o que daria ensejo à declaração de sua nulidade, impondo a conclusão de que, para aquela formação social, nulidade e inexistência eram conceitos idênticos³⁸⁵.

No século VII, isto é, quando já havia se consolidada a queda do império, o direito bárbaro, notadamente o visigótico, num processo de mal baralhamento de conceitos, teria transportado a questão da nulidade para o plano da validade da sentença, não mais tratando-a como uma causa de inexistência jurídica como se concebia no direito romano, ou seja, instituiu-se um conceito de “validade formal” da sentença³⁸⁶.

Em reforço a essa lição, José Carlos Barbosa Moreira destaca que a síntese havida do direito bárbaro e direito romano, que deslocou a questão da nulidade para o plano da validade da sentença, acabou por gerar a necessidade de que os vícios de procedimento fossem denunciados, a fim de apagar suas consequências jurídicas, o que se fazia não por meio de ação própria ou recurso, mas sim por simples *imploratio officii iudicis*, que comportava duas espécies; a *querela nullitatis sanabilis* e a *querela nullitatis insanabilis*³⁸⁷.

Segundo a mesma doutrina, a marcha da história teria feito com que a primeira espécie fosse paulatinamente “absorvida pela apelação” e a segunda desaparecesse, de modo que todas as razões pelas quais se entendesse haver nulidade da sentença deveriam ser objeto de recurso, sob cominação de preclusão³⁸⁸.

³⁸⁵ MIRANDA, 1976, pp. 63, 90 e 92.

³⁸⁶ Ibid., p. 64.

³⁸⁷ MOREIRA, 2008, p. 101.

³⁸⁸ Ibid., p. 101.

O direito português, conquanto formalmente ainda mantivesse a teoria romana, no sentido de que nulidade e inexistência eram equivalentes, evoluiu, pela via doutrinária e jurisprudencial, para a compreensão de que, mesmo que com vício de procedimento, as decisões exaradas conservariam sua autoridade até que fossem anuladas, por isso a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que em 1.217 “o direito lusitano já se havia livrado” do conceito romano de nulidade³⁸⁹.

Como se vê, embora as doutrinas acima não se detenham nisso, a expressão “nulidade”, pertence a uma categoria de signos linguísticos para os quais se pode encontrar uma certa relação entre as concepções que lhe são atribuídas, que são as do tipo plurívocas. Quando se diz que determinada decisão é nula, a adjetivação pode ser referência à existência de um vício que a comprometa do ponto de vista de sua higidez, como também a uma cominação que tenha sido imputada, invalidando-a enquanto ato processual:

Mesmo quanto à natureza jurídica das denominadas nulidades não há um consenso na doutrina, entendendo uns que é ela um vício ou defeito, ou seja, uma falha, uma imperfeição que pode tornar ineficaz o processo, no todo ou em parte. Para outros a nulidade é uma sanção que, no processo, o ato processual se considera em si e para todos os efeitos como não realizado. Mas, como se tem observado, corretamente, como os atos do procedimento estão sujeitos a exigências e requisitos legais para o seu desenvolvimento normal e regular, a violação ou inobservância das prescrições legais e o desvio das imposições legais, conforme seu vulto ou maior importância, acarretam uma sanção, a sua nulidade. Há, assim, na nulidade, duplo significado, dois aspectos: um para indicar o motivo que torna o ato imperfeito, outro para exprimir a consequência que deriva da imperfeição jurídica do ato ou sua inviabilidade jurídica. A nulidade, portanto, é, sob um aspecto, vício, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância de exigências legais ou uma falha ou imperfeição jurídica que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo³⁹⁰.

Não parece haver dúvidas de que a racionalidade do direito lusitano, não só afasta a nulidade do plano da existência jurídica, como também a dimensiona como um adjetivo da sentença ou mesmo uma sanção jurídica imposta a essa decisão dada em contrariedade às formas previstas para sua prolação.

Isso, porém, não pode ser afastado de uma fonte material evidente, pois tanto nos dias atuais, como nos mais pretéritos, as sentenças tidas por nulas, e nessa medida inexistentes, só existiam no plano abstrato do direito. No mundo fenomênico, existiam e, não raro, deflagravam vários efeitos jurídicos que se espraiavam sobre outros interesses jurídicos, também dignos de proteção. A racionalidade romana, se levada a cabo, implicaria, à revelia da concretude, na pretensão de conversão de uma inexistência jurídica em uma inexistência real,

³⁸⁹ MIRANDA, 1976, p. 99.

³⁹⁰ MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 591.

o que jamais poderia se alcançar.

A transposição da nulidade para o plano da validade da decisão judicial, senão de modo intencional, parece corresponder a uma tentativa de contorno das consequências jurídicas advindas da decisão juridicamente inexistente, e não um mal baralhamento, como sugerido. Essa transposição, mais se parece com a aplicação de uma tecnologia jurídica do que uma incúria dos juristas da época. Tratando da nulidade no plano da validade das decisões, sua decretação dependeria de provimento jurisdicional que avaliaria, dentre outras circunstâncias, até mesmo os efeitos colateralidades da decisão.

Essa concepção de nulidade, que relega os vícios de procedimento ao plano da validade das decisões, é o que pavimenta o caminho para a moderna ideia de que as decisões, ainda que eivadas de nulidades, existem juridicamente e, portanto, guardam em si a potencialidade de formação da coisa julgada quando expirados os meios *endoprocessuais* disponíveis para a sua impugnação. Estivesse a nulidade da decisão situada no plano da existência, como defendiam os romanos, não haveria possibilidade de que uma decisão nula transitasse em julgado, não sendo essa, no entanto, a solução jurídica dada pelo sistema³⁹¹.

A importância dessa retomada teórica é o fato de que finalidade da ação rescisória é desconstituição da coisa julgada e essa só se forma após o trânsito em julgado de uma decisão existente, ainda que proferida sem a observância dos requisitos de validade do processo, sendo esta, inclusive, uma das principais missões pragmáticas da coisa julgada; “a coisa julgada cobre os defeitos dos atos processuais”³⁹².

A inexistência jurídica, por se limitar a uma ficção igualmente jurídica, não é um “nada fático”³⁹³, não sendo difícil de se verificar situações em que, embora juridicamente inexistente, determinado ato esteja a molestar alguma esfera de interesses, sendo necessário o ataque jurídico às consequências concretas das decisões inexistentes.

A dúvida que surge é a de qual seria o instrumento processual adequado para essa finalidade, descartando-se, de imediato, o cabimento da ação rescisória, pois “rescinde-se o que vale, rescindem-se as relações jurídicas que o direito considera serem e valerem, – não as que não são ou não valem”³⁹⁴ o que se rescinde é, nessa medida, apenas as coisas que existem, valem e são eficazes³⁹⁵, por essa razão o descarte da ação rescisória para a desconstituição de

³⁹¹ ALVIM, T., 2021, p. 312.

³⁹² COSTA, 1978, p. 390.

³⁹³ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 385.

³⁹⁴ MIRANDA, 1976, p. 92.

³⁹⁵ Ibid., p. 113.

coisa inexistente, pois “se ocorre que se rescindiu sentença inexistente, cortou-se o nada”³⁹⁶.

A resposta a respeito da ação cabível para a impugnação de decisões inexistentes, não encontra qualquer dificuldade na doutrina de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição que de pronto apontam para a ação declaratória de inexistência jurídica³⁹⁷. A dificuldade concreta resulta, no entanto, em se definir o que seria a inexistência jurídica a ser desafiada pela *querela nullitatis*.

Buscando definir a inexistência jurídica de um ato processual Julio Mirabete, aponta que “em relação aos atos jurídicos em geral considera-se ato inexistente aquele em que há falta de um elemento que o direito considera essencial, ou seja, em que ele existe de fato, mas, sem o elemento essencial, ele inexistente *de jure*; é um não ato”³⁹⁸. Em adesão estrita a essa definição, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins da Conceição destacam que “um ato é inexistente, para o direito, quando carrega em si um defeito de tal monta, que é capaz de desfigurá-lo e de impedir que se encaixe no tipo. É um defeito de essência”³⁹⁹.

Essas considerações, entretanto, são insuficientes para o debate, porquanto, por mais que haja concordância doutrinária a respeito do que venha a ser um ato inexistente, persiste outro debate, o de casuisticamente enquadrar um ato jurídico como sendo inexistente, e é aí que se vê a dificuldade de concórdia na opinião doutrinária.

Fredie Didier, por exemplo, após rejeitar a terminologia pressupostos de validade, reivindicando a expressão requisitos de validade, aponta que os pressupostos processuais de existência seriam de ordem subjetiva e objetiva, enquadrando na primeira classe o juiz, isto é, a existência de um órgão revestido legalmente e a parte, ou em suas palavras, “a capacidade de ser parte”⁴⁰⁰, ao passo que a segunda classe de pressupostos de existência seria ocupada objetivamente pela “existência de demanda”⁴⁰¹.

De outro lado, a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, sem aderir à crítica de Fredie Didier sobre a terminologia pressupostos de validade, destaca que entre os pressupostos de existência a provocação inicial, a jurisdição, que em nada se confunde com a competência jurisdicional, e a existência de citação ou ato processual que lhe supra a falta, havendo ainda dos chamados pressupostos negativos (litispendência, coisa julgada, perempção e convenção de arbitragem e reconhecimento da competência do tribunal arbitral), os quais presentes,

³⁹⁶ Ibid., p. 100.

³⁹⁷ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 377.

³⁹⁸ MIRABETE, 2000, p. 591.

³⁹⁹ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 379.

⁴⁰⁰ DIDIER JR., 2015, p. 310.

⁴⁰¹ Ibid., p. 314.

comprometeria a validade do processo⁴⁰².

É, no entanto, Teresa Arruda Alvim é quem melhor contribui para esse debate, pois além de tratar dos pressupostos de existência da própria relação processual, ingressa nos pressupostos de existência da sentença, o que é de grande importância na medida em que processos existentes, podem gerar sentenças inexistentes, o que não se dá com processos inexistentes, dos quais os atos decorrentes são sempre inexistentes⁴⁰³.

Além de enquadrar dentre os pressupostos de existência da relação processual, a jurisdição, a capacidade de ser parte, e a citação, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição elencam a existência de petição inicial, a legitimidade de parte, a regularidade do patrocínio e dois pressupostos processuais que seriam negativos (a litispendência e a coisa julgada) que uma vez presentes, induziram à falta de interesse de agir, no que se conclui que o interesse de agir estaria, para as autoras, guindado, em última análise, à condição de pressuposto processual de existência⁴⁰⁴.

Segundo a doutrina trazida no parágrafo anterior, “de fato, sentido não teria a criação de uma categoria designada de pressupostos processuais de existência, sem que se dissesse que, ausentes estes pressupostos, está-se diante de uma situação de inexistência jurídica!”⁴⁰⁵

2.6.2.1 Traços distintivos entre a ação rescisória e a querela *nullitatis*

Não há dúvidas de que a ação rescisória em que pese guardar pontos de semelhança com a querela *nullitatis*, dela também se distingue substancialmente, em questões que passam por seu objeto, natureza da pretensão veiculada, prazos para ajuizamento, requisitos especiais e até mesmo a competência para processamento e julgamento da pretensão veiculada. Sem a pretensão de esgotamento, vejamos algumas dessas distinções.

2.6.2.1.1 Objeto

A primeira distinção que se verifica entre a ação rescisória e a querela *nullitatis*, talvez o mais distintivo entre elas, diz respeito ao seu objeto. Enquanto o objeto da ação rescisória “são as decisões rescindíveis”⁴⁰⁶, o objeto da ação declaratória de inexistência são a “sentença

⁴⁰² BUENO, 2021b, p. 350.

⁴⁰³ ALVIM, T., 2021, p. 319.

⁴⁰⁴ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, pp. 377-384.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 387.

⁴⁰⁶ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 89.

ou interlocutória ou de mérito juridicamente inexistente”⁴⁰⁷. Sendo a decisão existente, e tendo transitado em julgado, pouco importa ter havido violação de conteúdo formal, haverá trânsito em julgado e formação da coisa julgada material, passível de desconstituição apenas por via da ação rescisória, desde que presente algumas das hipóteses elencadas no cardápio do art. 966 do CPC.

Se do contrário a decisão for inexistente, seja porque o processo era inexistente, seja porque a sentença proferida não ostentava os requisitos mínimos de existência, que seria um documento escrito, elaborado por um juiz, contendo um dispositivo e pronunciado em face das partes do processo, haveria igualmente inexistência, pois “não existe [...] uma sentença se quem a pronunciou não é juiz; se ela não contém um julgamento; se faltam as partes ou se falta documento escrito”⁴⁰⁸.

2.6.2.1.2 Natureza jurídica do provimento pretendido

A ação rescisória e a querela *nullitatis* compartilham da mesma natureza jurídica, que é a de ação de impugnação autônoma, não havendo cogitar da preponderância de sua força ou eficácia, já que esses atributos, em verdade, são propensões do pronunciamento jurisdicional que aprecia pedidos veiculados pelas partes no exercício do direito de ação. São as decisões judiciais que se classificam, a partir de sua força preponderante, em decisões declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas *lato senso*.

A ação rescisória, ao contrário de uma querela *nullitatis*, tende a ser escalonado, podendo consistir de uma, duas ou três fases⁴⁰⁹. Na primeira fase, o tribunal se limita a promover o juízo de admissibilidade da ação rescisória que sempre terá natureza declaratória. Na segunda etapa do julgamento, destinado à análise do pedido de corte (juízo rescindente) a natureza poderá variar de acordo com o encaminhamento do julgamento⁴¹⁰.

Se procedente o pedido de rescisão do julgado, a natureza do provimento será desconstitutiva, ao passo que, improcedente o corte, o tribunal estaria declarando a subsistência da decisão rescindenda. Se declarado o corte rescisório da decisão, invadido o juízo rescisório, a natureza do provimento a ser exarado estará subordinada à pretensão deduzida no processo originário⁴¹¹.

⁴⁰⁷ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 399.

⁴⁰⁸ LIEBMAN, 2003, p. 230.

⁴⁰⁹ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 125.

⁴¹⁰ Ibid., p. 125.

⁴¹¹ CÂMARA, 2012, p. 26.

A ação declaratória de nulidade, ou querela *nullitatis* não enfrenta essa complexidade, pois a natureza do provimento judicial sempre terá natureza declaratória, seja para acolher o pedido e declarar a inexistência jurídica da decisão ou para reconhecê-la como existente e rejeitar a pretensão veiculada. Não concordam com essa tese Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, para quem a natureza jurídica do provimento seria constitutiva⁴¹².

A decisão objeto da ação declaratória de existência existe ou não existe, a decisão judicial, não a cria, não a extingue e nem minimamente colabora para qualquer dos desfechos, se limitando a pronunciar-se sobre uma situação antecedente, razão pela qual parece inequívoca a natureza meramente declaratória do provimento principal de uma ação declaratória de inexistência, como sua própria denominação sugere.

2.6.2.1.3 Prazo para a propositura

A ação rescisória veicula um direito de natureza material e como tal se sujeito aos prazos decadenciais previstos no art. 975 do CPC, de modo que, não ajuizada a ação no prazo previsto, o direito à rescisão se extingue por operação dos efeitos da decadência⁴¹³.

A ação declaratória de inexistência, exatamente por veicular uma pretensão meramente declaratória, não se sujeita a qualquer prazo prescricional. Segundo Fredie Didier e Leonardo da Cunha, estando presente o interesse jurídico, a parte, a qualquer tempo poderá ajuizar a querela *nullitatis*, no entanto, sustentam que os arts. 525, § 1º, I e 535, I do CPC/2015 cominariam preclusão para essa possibilidade ao dispor que no prazo para a impugnação a parte poderia alegar “falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia”⁴¹⁴.

Essa lição não parece adequada. Além de o verbo utilizado pelo legislador conferir uma faculdade, faz remissão ao art. 523 do mesmo diploma que dispõe que “no caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver”.

Se não houve citação ou a citação havida foi inválida e impediu que o réu com parecesse no processo para integrar a relação jurídico-processual, segue-se com a mais clara inferência que o réu não será regularmente intimado para pagamento e início do prazo de impugnação,

⁴¹² DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 737.

⁴¹³ COSTA, 1978, p. 406.

⁴¹⁴ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 737 e 741.

senão, novamente por meios fictos e, de regra, incapazes se suprir a nulidade. Assim, provavelmente não se manifestará sobre qualquer matéria nos prazos para a impugnação e, ainda que assim não fosse, não há qualquer disposição legal a imputar preclusão em relação a uma pretensão declaratória, ao menos na teoria geral do direito que vigora⁴¹⁵.

2.6.2.1.4 Depósito

A ação rescisória tem como requisito de admissibilidade o recolhimento de depósito no importe de 5% do valor da causa cuja decisão pretenda se desconstituir, como limite de 1000 salários mínimos (CPC, art. 968, § 2º), ao passo que no processo laboral essa alíquota é de 20% e não há na CLT qualquer previsão de limitação do teto previsto do CPC, destacando-se, que eventual inadmissibilidade ou improcedência da ação rescisória à unanimidade implica a perda desse depósito em prol do réu da ação rescisória (CPC, art. 968, II).

A querela *nullitatis*, todavia, enquanto ação de natureza ordinária, não reclama a satisfação desse depósito para sua admissibilidade, não havendo para a espécie qualquer requisito para além daqueles previstos no art. 319 do CPC.

2.6.2.1.5 Competência

A competência para processar e julgar a ação rescisória e a querela *nullitatis* também é um traço que distingue as medidas.

Em que pese haver no texto constitucional previsão de competência para processamento de julgamento de ação rescisória apenas por parte do STF, STJ e dos TRFs, não é difícil concluir que também no âmbito dos Estados, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, a lógica seria a mesma, e assim a competência para processar e julgar ações rescisórias é funcional e atribuída a cada um dos tribunais prolores das decisões impugnadas, cabendo, ainda, aos tribunais regionais e estaduais, processar e julgar ações rescisórias propostas na perspectiva de impugnar decisões judiciais que transitaram em julgado no primeiro grau de jurisdição⁴¹⁶.

Sobre a competência para julgamento da querela *nullitatis*, Marinomi e Mitidiero, sustentam que a competência seria do juízo de primeiro grau e apontam que “especificamente, a competência é do juízo em que se formou a coisa julgada que se procura desconstituir ou declarar ineficaz”⁴¹⁷. Com posição parcialmente diversa, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da

⁴¹⁵ TESHEINER; THAMAY, 2022, p. 270.

⁴¹⁶ YARSHELL, , 2005, pp. 276-277.

⁴¹⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 39.

Cunha apontam que:

A competência para a *querela nullitatis* é do juízo que proferiu a decisão nula, seja o juízo singular, seja o tribunal, nos casos em que a decisão foi proferida em processo de sua competência originária. É possível imaginar, porém, situação que a competência para a querela seja do tribunal, mesmo tendo ele atuado com competência derivada. Imagine a hipótese de uma apelação contra sentença que indefere a petição inicial. O tribunal, ao julgá-la, dá-lhe provimento, reformando a sentença e, não obstante a não citação do réu, julga procedente o pedido do autor. Cogite, ainda, de acórdão que julgou recurso interposto contra sentença proferida em processo em que não foi citado litisconsorte necessário unitário. Parece que a competência para futura *querela nullitatis*, em ambos os casos, é do tribunal que proferiu a decisão que se pretende desconstituir, por uma questão de respeito à organização hierarquizada da função jurisdicional. Poderia objetar-se essa conclusão com a regra do arts. 525, 1, e 535, 1, do CPC, que preveem a competência da *querela nullitatis* para o juízo da sentença. Essas regras, porém, somente cuidam dos casos em que houve sentença de procedência contra réu não citado e, portanto, também não v houve apelação. A competência do tribunal, nesses casos, é implícita: se é dele a competência para rescindir os próprios julgados, também será dele a competência para invalidá-los, não sendo razoável atribuir a um juízo de primeira instância a competência para desconstituir julgado de um tribunal⁴¹⁸.

Essas lições, contudo, comportam algumas objeções. Ao contrário do que sustentado por Marinomi e Mitidiero, é exatamente em razão da inexistência e da consequente ausência de coisa julgada que tem vez a querela *nullitatis*. Houvesse formação de coisa julgada, ainda que a decisão tenha sido proferida com vícios de forma ou procedimento, esta seria existente e, como tal, passível de ataque apenas pela via da ação rescisória, sendo isso, inclusive uma distinção objetiva entre a ação rescisória e a querela *nullitatis*. As decisões atacadas pela ação declaratória de inexistência, são reputadas inexistentes, impassíveis de desconstituição, pois não se desconstitui aquilo que não existe.

Em semelhante questão incorre a doutrina de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, vez que as decisões impugnáveis por via da querela *nullitatis* são decisões inexistentes e não decisões nulas, por isso o equívoco na proposição de que a competência para seu processamento e julgamento seria do juízo que proferiu a decisão nula.

Também não há qualquer pertinência na invocação de regras de organização e hierarquia judiciária no que cerne ao ataque dessa decisão, e a razão é bastante simples. A natureza do provimento jurisdicional que acolhe ou rejeita uma demanda declaratória é, naturalmente, declaratória e não constitutiva. Novamente; não se desconstitui o que não existe.

Não seria possível imputar ao juízo de primeiro grau a quebra de normas hierárquicas quando da declaração de inexistência de um ato. Distinto seria se o ato fosse existente e um juízo hierarquicamente inferior se atribuísse a investidura para invalidar, cassar ou rescindir a

⁴¹⁸ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 740-741.

decisão de um tribunal a ele sobreposto.

Diversamente do que ocorre com a ação rescisória, cuja competência será sempre do tribunal que proferir a decisão rescindenda, a competência para processar e julgar a querela *nullitatis* dependerá na natureza do provimento veiculado na decisão cuja declaração de inexistência jurídica se pretende.

Se a implementação da autoridade da decisão judicial pender de fase de cumprimento, o próprio CPC atribui ao órgão responsável pelo processamento da fase de cumprimento, a competência para processar e julgar a querela *nullitatis* (CPC, arts. 525, § 1, I e 535, I), isso torna imprecisa a lição de Marinomi e Mitidiero, no sentido de que a competência seria sempre do primeiro grau, exceto se a doutrina for lida como se primeiro grau estivesse a significar instância originária.

Se a competência para processar e julgar determinada matéria for de um tribunal de segundo grau, ou mesmo superior, a ele competirá funcionalmente a execução de seus julgados⁴¹⁹, e nesse caso, as matérias passíveis de alegação na fase de impugnação ao cumprimento de sentença, como é o caso da inexistência citação, deverão ser deduzidas e apreciadas diretamente perante esse órgão e não no primeiro grau.

Em se tratando de decisões que não comportam fase de cumprimento, como é o caso das declaratórias, mandamentais e constitutivas, a competência, nesse caso sim, será do juízo de primeiro grau, pois, a rigor, se trata de ação de natureza ordinária, submetida ao procedimento comum. Assim, não sendo o caso de decisões sujeitas à fase de cumprimento, exceto se em razão da matéria ou da pessoa houver previsão de competência originária distinta, competirá ao juízo de primeiro grau a competência para processar e julgar a ação declaratória de inexistência jurídica.

É, no entanto, necessário esclarecer que a questão da competência só tem relevância caso a parte pretenda a via da ação judicial, o que se revela despiciendo, pois que:

Para denunciar a sentença inexistente não há necessidade [...] de qualquer instrumento processual específico. Basta simples petição, sendo possível ao magistrado dela conhecer em qualquer grau de jurisdição e a qualquer tempo, uma vez que a declaração da inexistência é imune a prazo preclusivo⁴²⁰.

2.6.2.2 A questão da fungibilidade entre a ação rescisória e a querela *nullitatis*

⁴¹⁹ WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 3, p. 102-16

⁴²⁰ BEBBER, 2021, p. 35.

A relação jurídico-processual tem por finalidade última, conferir existência concreta às normas de direito material que lhe dão causa, mas não só; há regras de direito processual que visam a realização de outras regras de direito processual necessárias ao alcance da finalidade, o que se depreende, claramente, de regras voltadas à realização de um processo que se desenvolva sob o crivo do contraditório, por vezes, necessário à entrega da tutela jurisdicional. A dimensão instrumental do contraditório é tão evidente que, se sua violação não resultar em prejuízo àquele a quem foi negado, não haverá nulidade a ser declarada⁴²¹.

A querela *nullitatis* e a ação rescisória são espécies de instrumentos processuais voltados à tutela de normas de direito processual, cujo encaminhamento pode impactar na relação jurídico-material, e é nessa perspectiva que os pontos de semelhança entre a ação rescisória e a querela *nullitatis* são reflexos imediatos da semelhança, senão confusão que se opera entre o plano da existência e da validade de decisões judiciais.

É comum a discordância doutrinária sobre a natureza jurídica desse ou daquele pressuposto processual e, por conseguinte, a solução jurídica proposta para o caso de sua ausência. Enquanto Tereza Arruda Alvim sustenta que a inexistência de coisa julgada se encontra inscrita entre os pressupostos de existência do processo⁴²², Wambier e Talamini, entendem estar dentre os pressupostos de validade do processo⁴²³.

Num caso como o presente, a se adotar a tese de que a existência de coisa julgada implicasse na inexistência do processo, eventual decisão proferida nesse contexto, também seria inexistente, de modo que o ato jurídico impostor, deveria ser combatido por via da querela *nullitatis*⁴²⁴. Do contrário, se adotada a tese de que a inexistência de coisa julgada estaria circunscrita aos pressupostos de validade do processo, eventual decisão proferida em violação da coisa julgada, seria meramente nula, e como tal, passível de formação da coisa julgada impugnável apenas por meio da ação rescisória⁴²⁵.

Dúvidas como a acima tratada acabam, por vezes, fazendo com que um instrumento seja manejado equivocadamente, quando outro seria o adequado para a espécie. É assim que, por vezes, uma ação rescisória é proposta em caso de inexistência, e outras vezes, uma ação declaratória de inexistência jurídica é proposta em um caso de nulidade da sentença.

É para situações como essa que a doutrina e a jurisprudência têm apresentado como

⁴²¹ BEDAQUE, 2009, p. 134.

⁴²² ALVIM, T., 2021, p. 489.

⁴²³ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 301.

⁴²⁴ ALVIM, T., 2021, p. 492.

⁴²⁵ ASSIS, 2021, p. 207.

solução o uso da fungibilidade processual. Presentes alguns elementos, a parte poderia fazer uso da ação rescisória para a impugnação de decisões inexistentes e até mesmo de ação declaratória de inexistência para combater uma nulidade, com o que discordam parcialmente Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, para quem a inversão do raciocínio não se admite⁴²⁶.

De acordo Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, a fungibilidade tem suas raízes no labirinto jurídico que havia no CPC/39, que, para atenuar as consequências das dúvidas produzidas pela própria legislação, fazia constar em seu art. 810 que, excluindo a má-fé e o erro grosseiro, um recurso fosse recebido por outro⁴²⁷. O legislador do CPC/73 cuidando que tivesse extirpado as dúvidas que davam fundamento ao art. 810 do CPC/39, não reproduziu dispositivo semelhante⁴²⁸.

A realidade, contudo, demonstrou que, embora reduzidas as situações de dúvidas sobre o recurso cabível, não houve completa eliminação, fazendo com que a doutrina e a própria jurisprudência reivindicassem a fungibilidade não mais como regra, mas sim como princípio processual, inclusive estendendo sua aplicabilidade a diversas outras hipóteses tais como o pedido de uma medida acautelatória quando a pretensão fosse de uma medida satisfativa e também o inverso⁴²⁹.

Passou então a doutrina e a jurisprudência a vindicarem que, havendo dúvida objetiva, consubstanciada no dissenso doutrinário e jurisprudencial, haveria espaço para a aplicação do agora denominado princípio da fungibilidade que:

Está inserido, atualmente, conforme se vê, num sistema fortemente voltado à desconsideração, conversibilidade e sanabilidade de vícios, o que torna ainda mais evidente a possibilidade de que o órgão julgador receba veículo eleito pela parte, em nome daquele que reputa correto⁴³⁰.

A doutrina acima trazida, aponta que fungibilidade e conversibilidade são coisas que, embora amparadas na compreensão do processo como instrumento, não representam o mesmo fenômeno, sendo distorcida essa visão, pois enquanto a conversão proporciona a possibilidade de adaptação de um remédio para que se aperfeiçoe em relação ao outro, inclusive com a alteração procedimental, se necessário, a fungibilidade proporciona que o meio eleito pela parte substitua aquele que esteja prescrito em lei, o que com maior razão se dará em torno *da querela*

⁴²⁶ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 409.

⁴²⁷ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 403.

⁴²⁸ Ibid., p. 403.

⁴²⁹ WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp. 85-86.

⁴³⁰ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 404.

nullitatis, que sequer vai além de uma construção doutrinária assimilada por parte da jurisprudência⁴³¹.

A relação geminal que há entre o plano da inexistência e o plano da nulidade fica ressaltada pela fungibilidade que há entre a querela *nullitatis* e a ação rescisória, é por essa razão que a fungibilidade das ações está plenamente contemplada na jurisprudência do STJ, que não só reconhece a possibilidade de uso de uma ação rescisória para ataque de uma decisão inexistente, como também, especificamente para o caso de nulidade da citação, admite que a parte se valha, indistintamente da ação rescisória ou da querela *nullitatis*, especialmente quando ultrapassado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória.

Por ser a inexistência, matéria que pode ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive por simples petição, parece evidente que a ação rescisória pode perfeitamente substituir a querela *nullitatis*, sendo isso que nos ensina Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição quando afirmam que “são as hipóteses de querela que podem ser objeto de decisão no bojo de ação rescisória, a final, a parte terá optado pelo meio mais caro e mais complexo e não o contrário”⁴³².

Não parece, contudo, ser esse o único fundamento que possibilita o uso da ação rescisória em lugar da querela *nullitatis*. Não se pode deixar sem destaque que o tribunal tem competência para conhecer de matéria de ordem pública a qualquer momento, não sendo dado, porém, ao juiz da instância inferior processar e julgar uma querela *nullitatis* que, em verdade contenha uma pretensão rescisória, pois esta competência é funcional do tribunal.

Não apontamos óbices para que *uma querela nullitatis* proposta dentro do prazo decadencial seja convertida em ação rescisória e, após a satisfação dos demais requisitos, seja remetida para ao tribunal, contudo, essa conversão apaga a própria marca característica da fungibilidade e, diante dessa figura já não mais estaremos.

Uma última nota sobre a fungibilidade. A dúvida objetiva, doutrinária ou jurisprudencial, não resiste à uniformização da jurisprudência exercida pelos órgãos com essa missão constitucional. Não importa a renitência da doutrina, havendo uniformização da jurisprudência, dissipada estará a dúvida objetiva.

A título de exemplo, enquanto a doutrina de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, bem como diversas outras por elas citadas, sustentam que a ofensa ao princípio da congruência estampados nos arts. 141 e 492 implicaria em inexistência da decisão, o enunciado

⁴³¹ Ibid., pp. 404 e 409.

⁴³² ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, pp. 387-394.

41 da súmula do TST atesta que “revelando-se a sentença ‘citra petita’, o vício processual vulnera os arts. 141 e 492 do CPC de 2015 (arts. 128 e 460 do CPC de 1973), tornando-a passível de desconstituição, ainda que não interpostos embargos de declaração”⁴³³. Assim, ao menos no âmbito do TST, não há dúvida objetiva a amparar a aplicação da fungibilidade.

⁴³³ Súmula 41/TST.

3 A AÇÃO RESCISÓRIA NA ATUALIDADE BRASILEIRA

Já na segunda metade do capítulo anterior, demos início à compreensão da ação rescisória, percorrendo uma trilha que, partindo de sua origem histórica e perpassando seus fundamentos políticos, finalidades, natureza jurídica e objeto, alcançou distingui-la de outros instrumentos jurídicos disponíveis no sistema processual brasileiro. Nesse capítulo, abordaremos a introdução e evolução histórica da ação rescisória no direito brasileiro, passando pela análise de sua disciplina legal, além de uma abordagem comparada em relação a outros ordenamentos jurídicos. É nesse capítulo que veremos com mais vagar as causas de rescindibilidade apontadas no direito brasileiro, bem como detalharemos algumas problemáticas referentes ao prazo para ajuizamento da ação rescisória.

3.1 A introdução da ação rescisória no direito brasileiro e sua evolução

O direito brasileiro, hoje influenciado pelos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo, em seu surgimento era essencialmente português. As forças colonizadoras, para além de seu idioma, normalmente, carregam consigo suas representações sociais, destacadamente o direito, o que se vê com maior facilidade quando os territórios ocupados no processo de colonização não contam com uma civilização organizada nesse pormenor.

Para nos valermos de exemplos próximos, tanto em tempo como em espaço, foi assim na colonização dos Estados Unidos⁴³⁴. Também no Brasil, a chegada dos portugueses se fez acompanhar de seu idioma, de sua religião e de seu sistema de direito, que regulava as relações sociais em Portugal, assim permanecendo até a data da independência⁴³⁵, quando as primeiras legislações locais passaram a regular especificamente as relações sociais no novo país, agora, independente daquela que lhe havia sido a metrópole. Diante dessa circunstância a compreensão da formação do direito brasileiro e de seus institutos passa pela análise das regras vigentes em

⁴³⁴ Já na primeira metade do séc. XVIII as 13 colônias fundadoras dos Estados Unidos estavam sujeitas à Coroa George I, ao que se indagou sobre o direito que lá seria aplicado. A resposta estava dada, já que nos termos do *Calvin's case*, julgado em 1608, restara estabelecido que “*common law* é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas” (DAVID, 2002, p. 449).

⁴³⁵ Desde sua colonização até a data da independência, o sistema jurídico vigente no Brasil era reprodução das ordenações do reino (Afonso de Albuquerque, Manuelinas e Filipinas), sendo que apenas após a decretação de independência é que o Imperador nos brinda com a Constituição do Império (1824) e outras leis aqui nascidas, o que inclusive motivou a criação de cursos de direito (1827) apropriados à nova realidade. Não podendo, contudo, permitir um vácuo normativo/legislativo, as ordenações do reino se mantiveram vigentes enquanto não eram substituídas gradualmente pela legislação local.

Portugal, seja nos anos imediatamente anteriores à colonização, seja nos anos que se seguiram até a data da independência.

Nos atendo ao assunto da ação rescisória e sua periferia, como nos ensina Pontes de Miranda, o direito português, notadamente no Livro III, Título 108, §§ 5º e 6º da Ordenação Afonsina, previa que, independente de se tratar de vencedor ou condenado, as decisões proferidas e desembargadas pelo Tribunal de Suplicação⁴³⁶, não poderiam ser revistas em caso algum, excetuando dessa regra as sentenças em que a parte prejudicada alegasse e provasse que a decisão teria se baseado em provas falsas (testemunhas ou escrituras), alegassem e provassem terem sido proferidas por juiz subornado, ou então por graça especial⁴³⁷.

Invocando-se algum erro, e querendo, o Rei fazer mercê à parte apontada como prejudicada e, virtualmente, poderia rever a decisão, sendo que, entendendo pela improcedência do corte, a parte que tivesse causado o injusto constrangimento estaria sujeita a uma multa no importe de dez maravediz d'ouro⁴³⁸, caso o constrangido fosse Cavaleiro ou Clérigo prelado⁴³⁹, multa essa que seria reduzida da metade em caso do constrangimento ter por vítima um peão ou um Clérigo não prelado⁴⁴⁰.

Em seguida, por obra de Dom Dinis⁴⁴¹, em 24.04.1302, acresceu-se que, julgada procedente a querela revogatória, a parte vencida, além de ter de arcar com a reparação pelo constrangimento injusto causado à parte adversa, deveria arcar com uma peita no importe de quinhentos soldos revertidos ao Rei, além de as sentenças se tornarem firmes, exceto se pronunciadas com base em testemunhos falsos, cartas ou instrumentos falsos, ou se se consubstanciasse em sentença nenhuma⁴⁴².

Nos casos de pedidos de rescisão calcados em simples *graça especial*, não era suficiente a razão jurídica para a concessão da petição formulada, pois nesses casos, a prestação jurisdicional, e a consequente outorga, ficavam condicionadas ao pagamento de trinta escudos de d'ouro e outros emolumentos que, em sendo o condenado, considerado agravado ou agravado em parte, seria restituído total ou parcialmente, do contrário, perderia a íntegra dos

⁴³⁶ Num primeiro momento, não era pressuposto para o pedido de rescisão que a parte tivesse feito uso da apelação, contudo, em 1302 e 1307 por ordem de Dom Dinis, são tornadas irrevogáveis as decisões que não tenham sido objeto de apelação da parte interessada (MIRANDA, 1976, p. 98).

⁴³⁷ MIRANDA, 1976, pp. 96-97.

⁴³⁸ Moeda de ouro cunhada na Península Ibérica por ocasião dos fatos.

⁴³⁹ Era prelado um clérigo que, além do sacerdócio, era investido em algum cargo de relevância na organização eclesiástica, tal como uma diocese ou uma arquidiocese.

⁴⁴⁰ MIRANDA, 1976, p. 96.

⁴⁴¹ Conhecido como “Dom Dinis de Portugal”, Dinis era o filho mais velho de Afonso III e reinou entre os anos de 1279 e 1325, quando faleceu.

⁴⁴² MIRANDA, 1976, p. 96.

valores adiantados, o que parece ser o passado mais remoto do depósito prévio requerido para processamento da nossa atual ação rescisória⁴⁴³⁻⁴⁴⁴.

Retomando a marcha para a captura das origens e evolução histórica da ação rescisória no Brasil, convém destacar que, quando da ampliação processo de colonização do território brasileiro, já vigiam as Ordenações Filipinas que nada traziam de alteração em relação às Ordenações anteriores, senão a substituição da expressão “revogação”, tudo indicando, na lição de Pontes de Miranda, uma intenção de se esclarecer que não se tratava de retirar a voz que pronunciava a decisão (revogar), mas sim de uma verdadeira rescisão, isto é, *corte, cisão*⁴⁴⁵.

Em 1850, portanto, no Brasil independente, como reflexo imediato da ampliação das relações comerciais, o Governo Imperial edita o Regulamento 737, que cinde a regulamentação do direito privado, deixando a cargo desse novo diploma, chamado por alguns de Código Comercial e Código de Processo Comercial, a regência das relações e causas comerciais, mantendo as demais relações sociais sob disciplina das Ordenações Filipinas, sendo que, apenas em 1890, por meio do Decreto n. 763, é que se determina a aplicação generalizada das disposições processuais do Regulamento 737 a todas as demandas de natureza civil, fossem elas comerciais ou não⁴⁴⁶.

No ano seguinte, isto é, em 1891, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, é atribuído aos entes federados a competência para legislar sobre direito processual, levando diversos Estados-Membro a criar seus diplomas processuais, cada qual, à sua maneira, dispondo sobre as hipóteses de cabimento e forma de processamento da ação rescisória⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸.

Após o triunfo do movimento revolucionário de 1930, que deu posse ao governo provisório capitaneado por Getúlio Vargas, houve suspensão da eficácia da Carta de 1891,

⁴⁴³ MIRANDA, 1976, p. 97.

⁴⁴⁴ Pontes de Miranda ensina que, posteriormente, por volta de 24.04.1340, “julgada a suplicação, não mais se conhecia do feito, ainda que da parte do rei se dissessem aos sobrejuizes que o ouvissem, salvo onde coubesse exceção legal” (MIRANDA, 1976, p. 98).

⁴⁴⁵ MIRANDA, 1976, p. 102.

⁴⁴⁶ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 32.

⁴⁴⁷ MOREIRA, 2008, p. 106.

⁴⁴⁸ Os diplomas estaduais, de verificados de perto e à luz da compreensão moderna, não resistiriam a um juízo de constitucionalidade, pois além de tratar sobre do processamento da ação rescisória, o que se inscreve na dimensão processual autorizada, veiculavam as causas de rescisão, o que hodiernamente não se discute, possui natureza material por se tratar do próprio direito à rescisão.

sendo que, apenas em 1934 é que se promulgou uma nova Constituição⁴⁴⁹, com tendência centralizadora de poderes na União⁴⁵⁰. Em razão disso, restaurou-se a unidade do sistema processual brasileiro, sendo que o artigo 11 das disposições transitórias, inclusive fazia previsão da criação de uma comissão de juristas para a confecção de um anteprojeto de CPC⁴⁵¹.

Note-se, entretanto, que a vida dessa constituição promulgada em 1934 foi bastante breve, sendo substituída, logo em 1937 pela Constituição do Estado Novo⁴⁵², que, manteve-se fiel à tendência centralizadora e reafirmou a unidade do sistema processual brasileiro. É sob o pálio dessa Constituição que foi promulgado o primeiro CPC brasileiro, com unificação da ordem processual e, imediata revogação dos códigos estaduais.

Nesse novo diploma (CPC/39) a ação rescisória vinha disciplinada no Título III do Livro VI, notadamente nos arts. 798 a 801, que veiculavam a seguinte redação:

Art. 798. Será nula a sentença:

I – quando proferida:

- a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e;
- b) com ofensa à coisa julgada;
- c) contra literal disposição de lei.

II – quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal.

Art. 799. Admitir-se-á, ainda, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, quando se verificar qualquer das hipóteses previstas no n. I, letras a e b ou no caso do n. II, do artigo anterior.

Art. 800. A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.

Parágrafo único. Os atos judiciais que não dependerem de sentença, ou em que esta for simplesmente homologatória, poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Art. 801. A ação rescisória será julgada, em única instância, pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação, si houver mais de uma, e processada da forma seguinte:

§ 1º Si a petição se revestir dos requisitos constantes dos artigos 158 e 159, o juiz da Câmara Cível, a que for distribuída, ordenará a citação do réu para intermédio da Secretaria do Tribunal, para qualquer das formas previstas neste Código.

§ 2º Feita a citação, o réu, no prazo marcado pelo juiz relator, apresentará a contestação na Secretaria do Tribunal.

§ 3º Si os fatos em que se fundar a petição inicial, ou a contestação, dependerem de prova testemunhal ou de exames periciais, o relator delegará a competência para dirigir as provas ao juiz de direito do termo ou comarca onde residirem as testemunhas ou onde se encontrar a coisa, objeto do exame, devendo o processo ser devolvido no prazo marcado, salvo caso de força maior.

§ 4º Devolvidos, permanecerão os autos na Secretaria durante dez (10) dias para

⁴⁴⁹ Tão logo triunfou o movimento revolucionário, os governadores dos Estados-Membros, à exceção do governador de Minas Gerais, foram sumariamente demitidos e substituídos por interventores, sendo que em agosto 1931 entrou em vigor o denominado “código dos interventores” que submetia todos os Estados às mais severas intromissões do Executivo Federal, inclusive de natureza orçamentária (FAUSTO, B. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012, p. 186).

⁴⁵⁰ FAUSTO, 2012, p. 186.

⁴⁵¹ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 35.

⁴⁵² A carta de 1937, outorgada em 10.11.1937, de autoria de Francisco Campos, é documento que descerrou a placa inaugurativa da ditadura do Estado Novo (FAUSTO, 2012, p. 200).

oferecimento de razões: findo o prazo, serão conclusos, respectivamente, ao relator e ao revisor, para estudo e designação de dia para julgamento, observado o disposto no art. 783, e seus parágrafos⁴⁵³.

Logo no ano de 1947, por força da redação que lhe dava a Lei n. 70 de 1947, o inciso II do art. 798 sofreu alteração para admitir que a falsidade idônea a rescindir a sentença poderia ser apurada na própria ação rescisória⁴⁵⁴. Também por força de Lei, em 1952 (Lei n. 1.661) o art. 801 sofreu alteração e simplificação para dispor tão somente que:

Art. 801 - A ação rescisória será julgada em única instância, pelo tribunal competente, segundo a lei de organização judiciária e processada na forma seguinte:

§ 1º - Se a petição se revestir dos requisitos dos arts. 158 e 159, o relator a que fôr distribuída ordenará a citação do réu por intermédio da Secretaria do Tribunal, por qualquer das formas previstas neste Código⁴⁵⁵.

O estatuto processual de 1939 teve vida até o dia 11 de janeiro de 1973, quando por força da Lei n. 5869, foi revogado, passando essa a disciplinar o processo civil brasileiro, o que fazia em seu Capítulo IV, Título IX que tratava a matéria nos seguintes termos:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:

I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II - o terceiro juridicamente interessado;

III - o Ministério Público:

a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção;

b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

⁴⁵³ CPC/39, arts. 798 a 801 (redação original).

⁴⁵⁴ CPC/39, art. 798 (última redação).

⁴⁵⁵ CPC/39, art. 801 (última redação).

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;
 II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no n o II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.

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

Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela. (Redação dada pela Lei n. 11.280, de 2006)

Art. 490. Será indeferida a petição inicial:

I - nos casos previstos no art. 295;

II - quando não efetuado o depósito, exigido pelo art. 488, II.

Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V.

Art. 492. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.

Art. 493. Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de 10 (dez) dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento:

I - no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos, na forma dos seus Regimentos Internos;

I - no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na forma dos seus regimentos internos; (Redação dada pela Lei n. 11.382, de 2006).

II - nos Estados, conforme dispuser a norma de Organização Judiciária.

Art. 494. Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20.

Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Em termos de comparação entre os diplomas, pelo poder de síntese, vale socorrermos da lição de Barbosa Moreira:

A leitura dos diversos incisos do art. 485 revela, desde logo, a ampliação dos casos de rescindibilidade no sistema do atual Código, em confronto com o que se dispunha no art. 798 do diploma de 1939. O primeiro traço que chama a atenção, na reforma processual de 1973, consiste, pois, em haver ela *facilitado* a rescisão das sentenças. Tal orientação denotava talvez no anteprojeto BUZAID o intuito de contrabalançar, de um lado, a forte tendência a prestigiar - ao nosso ver, com exagero - a chamada 'verdade formal', através da consagração de numerosas presunções e nomeadamente do rigoroso tratamento dispensado ao revel; de outro lado, a redução do número de recursos: com efeito, haviam-se eliminado não só a revista, mas também os embargos a acórdãos. É possível que se tenha achado conveniente, por tudo isso, permitir em termos mais amplos a revisão de decisões passadas em julgado. Manteve-se no projeto a diretriz, apesar de reincluídos os embargos infringentes no elenco dos recursos. Semelhante liberalização, por sua vez, tornava aconselhável que se abreviasse o prazo de propositura da rescisória, a fim de evitar que a autoridade da coisa julgada se visse por muito tempo sujeita a agressão, cuja possibilidade crescera. O anteprojeto, art. 535, e o projeto, art. 499, reduziam-no à quinta parte do fixado no antigo Código Civil, art. 178, § 10, n° VIII: um ano. O Congresso elevou-o para dois anos, como se lê no art. 495. A admissibilidade da ação viu-se limitada no que concerne às decisões rescindíveis, que passaram a ser unicamente as sentenças de *mérito* (art. 485). Em

compensação, eliminaram-se as restrições constantes do Código de 1939 quanto à rescindibilidade de decisões proferidas em ação rescisória: inexistiu, no diploma novo, dispositivo equivalente ao do antigo art. 799, que excluía, em casos tais, o cabimento da ação com base na contrariedade a literal disposição de lei. A supressão da regra não significa que se hajam tornado *irrescindíveis*, pura e simplesmente, os julgamentos (de mérito) em ações rescisórias; muito ao contrário, dela se infere que tais julgamentos podem agora ser rescindidos em qualquer dos casos do art. 485, *inclusive no de que trata o inciso V*. O que não se admite é a mera reiteração: o fundamento da segunda rescisória tem de referir-se à decisão sobre a primeira, e não à anterior, impugnada por meio desta. Outras inovações de relevo foram: a disciplina expressa da legitimação ativa para a rescisória (art. 487), matéria sobre a qual era omissa o Código de 1939; o condicionamento da propositura ao depósito de 5% do valor da causa, a título de multa, para a hipótese de ser unanimemente declarado improcedente o pedido ou inadmissível a ação (art. 488, n° II); a previsão, também *expressis verbis*, da cumulação dos dois *iudicia* (*rescindens e rescissorium*), ponto a cujo respeito, no silêncio da lei anterior, muito se discutia em sede doutrinária e jurisprudencial. Inovou ainda o Código no tocante ao procedimento, a que manda aplicar disposições relativas ao ordinário, *inclusive com as possibilidades de abreviação inerentes ao chamado 'julgamento conforme o estado do processo'*⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷.

Em resumo, no que respeita a introdução da ação rescisória e seu desenvolvimento no direito brasileiro, cabe pontuar que a possibilidade de insurgência contra a coisa julgada sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, desde as ordenações Filipinas, passando pelo Regulamento 737 de 25.11.1850, pelos Códigos de Processo Civil Estaduais, pelos Códigos de Processo Civil Federais de 1939 e 1973 até desaguar na fórmula que se nos apresenta que é a descrita no CPC, nos seus arts. 966 a 975. Nesse transcurso houve aqui ou ali algumas alterações de conteúdo e forma que, se já não exploradas, seguem tratadas com a atenção necessária nas páginas vindouras.

3.2 A ação rescisória no direito comparado

Desenvolvendo sua tese de doutoramento que consubstancia uma crítica da tecnologia dos direitos sociais, apresentada em 2012 ao departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo, Flávio Roberto Batista aborda a questão da cientificidade do direito, frequentemente questionada e comparada a uma espécie de tecnologia, e após algumas considerações aponta que:

Em uma aproximação bastante grosseira, apenas neste âmbito introdutório, é possível afirmar que se a finalidade da aplicação do método for alcançar o conhecimento, estarei diante da ciência; se, ao contrário, a finalidade for a solução de um problema específico da vida material ou social do homem, terei uma técnica. Tanto as ciências quanto as técnicas valem-se de métodos peculiares para alcançar suas respectivas finalidades. Com base em tal aproximação, é razoavelmente simples entender que, por

⁴⁵⁶ MOREIRA, 2008, p. 106.

⁴⁵⁷ Esses argumentos são reproduzidos não por adesão incondicional à tese, mas sim pela boa síntese e honorabilidade do autor da opinião. O trabalho registrará discordâncias parciais.

exemplo, a física, enquanto aplicação de um método - o newtoniano ou o einsteiniano, principalmente - para a obtenção de conhecimento acerca do mundo fenomênico que nos cerca, é uma ciência. De outro modo, utilizando-se inclusive do conhecimento obtido acerca do mundo por meio da física, foi desenvolvido um conjunto de procedimentos que permite ao homem construir edificações sólidas para lhe servirem de abrigo. Eis aí a técnica conhecida hoje por engenharia civil. Tratando, porém, das relações humanas, fazer a separação entre ciência e técnica é uma tarefa muito mais complexa do que seria se envolvesse apenas fenômenos do mundo natural. Particularmente no que tange ao direito, não há uma firme convicção a respeito do quanto há de ciência e de técnica no fenômeno jurídico, o que interfere diretamente no surgimento de discussões, muitas vezes pouco claras, acerca de qual seria o método do direito⁴⁵⁸.

Parte da dessa fórmula, que conjuga ciência e técnica, decorre da própria lógica pela qual o conhecimento jurídico é produzido, notadamente por quem é produzido, que são os próprios operadores do direito. A junção do cientista do direito e do operador do direito na mesma pessoa (o juiz-pesquisador, o advogado-pesquisador, o promotor-pesquisador), tende a submeter o conhecimento do direito, isto é, sua dimensão científica, ao instrumental que se pretende desenvolver para a resolução de problemas concretos, e isso pode se dar, inclusive no plano da inconsciência⁴⁵⁹. É por isso que “a produção de conhecimento, desse modo, tende a reproduzir, em suas disputas metodológicas, os embates travados no próprio mundo social”⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹.

Em se tratando o direito de ciência social aplicada não há uma possível separação entre o escopo meramente cognoscível e outro meramente operacional, não se pode divorciar, cindir, a ciência do direito da tecnologia do direito. Nesse aspecto, a ciência do direito se consubstancia numa perspectiva “crítica da tecnologia jurídica”⁴⁶².

Feitas essas considerações, quer seja visto pela perspectiva científica, quer seja abordado por sua feição tecnológica, o estudo comparado do direito⁴⁶³, confere ao pesquisador armas úteis para uma melhor compreensão do direito interno e seu melhoramento, inclusive do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial⁴⁶⁴. É isso que nos aponta René David ao afirmar que:

⁴⁵⁸ BATISTA, F. R. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais**: uma contribuição materialista histórico-dialética. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 4-5.

⁴⁵⁹ MÉSZAROS, I. **O poder da ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 234.

⁴⁶⁰ BATISTA, 2012, p. 10).

⁴⁶¹ Em se tratando de ciências sociais, especialmente das ciências sociais aplicadas, o pesquisado não guarda relação de externalidade ao objeto pesquisado, o que, certamente, comprometerá sua neutralidade (PAULO NETTO, 2011, p. 23).

⁴⁶² BATISTA, 2012, pp. 10-11.

⁴⁶³ A comparação do direito também comporta uma perspectiva histórica, porém aqui no ocuparemos da comparação do direito nacional brasileiro e de outros ordenamentos jurídicos.

⁴⁶⁴ DAVID, 2002, p. 8.

Sem dúvidas que, para a maior parte, o direito comparado apenas será um método, o método comparativo, podendo servir para os variados fins que ele se propõe. Pelo contrário, para outros, pode se conceber que o direito comparado seja uma verdadeira ciência, um ramo autônomo do conhecimento do direito, se a preocupação for concentrada sobre os próprios direitos estrangeiros e sobre a comparação que importa em diferentes aspectos, facilitar com o direito nacional⁴⁶⁵.

Ainda do ponto de vista da técnica, sendo o direito moderno, por essência instrumento de amparo ao capital e este, por sua vez, essencialmente transnacional, é inegável a utilidade da compreensão do direito comparado, notadamente para a importação de soluções úteis e para seu correto manejo na tutela de interesses.

No que se refere a um instrumento processual destinado à rescisão de decisões judiciais, o direito comparado aponta para sua existência em diversos ordenamentos jurídicos, tanto filiados à tradição da *civil law*, como é o caso brasileiro, como à *common law*, da qual temos como representativo o direito norte-americano. Por vezes, esse instrumento assume a feição de ação, como o é em nosso ordenamento jurídico, porém em outros ordenamentos, assume natureza recursal, como se dá, a título de exemplo, no ordenamento jurídico português⁴⁶⁶ e até mesmo por simples requerimento como é no direito inglês⁴⁶⁷.

Com a exceção de países africanos, Barbosa Moreira apresenta uma detalhada lista que vai de países como Alemanha à Venezuela, do Japão à Suíça, da Nicarágua à França⁴⁶⁸. Essa doutrina, contudo, não se limita a declinar países em que vigoram instrumentos rescisórios, antes, aponta a razão pela qual em alguns países optaram por sua veiculação por meio de ação de impugnação autônoma e outros fizeram opção pela via recursal:

Sabe-se que no direito romano a inobservância das regras processuais mais importantes e, em casos excepcionais, o próprio *error in indicando* (sentença *contra ius constitutionis*) não precisavam ser denunciados nem através de recurso, nem por ação autônoma: determinavam pura e simplesmente a *inexistência jurídica* da decisão (*nulla sententia*, expressão onde o "*nulla*" significa "nenhuma"), alegável a qualquer momento, inclusive como obstáculo à *actio indicati*. Aliás, a *appellatio* veio a florescer, no período da *cognitio extra ordinem*, como meio de ataque contra a sentença *injusta*, não contra a processualmente defeituosa, embora se ensine que às vezes o recurso era usado para obter a declaração de uma nulidade. Foi no direito intermédio, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos misturados aos de origem romana, que se julgou necessário criar, para a denúncia dos *errores in procedendo*, um remédio especial, a *querela nullitatis*, exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por simples *imploratio officii indicis*. Esse remédio comportava duas modalidades: a *querela nullitatis sanabilis* e a *querela nullitatis insanabilis*. Na maioria dos ordenamentos europeus, a primeira foi pouco absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo, de modo que os motivos de invalidação da sentença passaram a ter de alegar-se por meio de recurso,

⁴⁶⁵ Ibid., pp. 12-13.

⁴⁶⁶ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 81.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 82.

⁴⁶⁸ MOREIRA, 2008, p. 106.

sob pena de ficarem preclusos com o esgotamento das vias recursais⁴⁶⁹.

Não foi esse o curso evolutivo do processo português, pois que fixo na ideia de que a *sentença nula* era *sentença nenhuma*, isto é, inexistente, não concebia a possibilidade de formação de coisa julgada nessas hipóteses, desenvolvendo, contudo, posteriormente a ideia de que mesmo nesses casos, a decisão viciada preservaria sua autoridade até que anulada, num claro desenvolvimento da ideia de que a decisão viciada seria anulável e não nula, do que resulta que em Portugal, ao contrário do movimento do direito havido nos demais países vigorava ainda a possibilidade de impugnação da decisão nula tanto pela via recursal como por meio de ações autônomas⁴⁷⁰.

Traçando notas comparativas sobre o direito nacional e estrangeiro, Marinoni e Mitidiero, após destacarem a redução na importância de se distinguir entre os ordenamentos da *civil law* e da *common law*⁴⁷¹, adotam como paradigmas o direito francês, o direito italiano, o direito português, o direito austríaco, o direito alemão, o direito inglês e o direito norte-americano, considerando nessa empreita comparativa, a natureza do instrumento de impugnação e as hipóteses de cabimento da media impugnativa, para concluir que, em países como a França, a Itália e Portugal, a impugnação voltada à desconstituição das decisões judiciais transitadas em julgado se reveste da forma de um recurso, ao passo que nos Estados Unidos da América e Inglaterra, a impugnação poderia ser veiculada mediante requerimentos denominados *application* ou *motion*⁴⁷². Conforme essa doutrina, dos paradigmas selecionados, apenas o direito alemão e o direito austríaco teriam feito opção pelo uso de ações autônomas de impugnação, no que se aproxima o direito brasileiro⁴⁷³.

O estudo mencionado também aduz que, “também se percebe claramente os diferentes pesos que cada um dos ordenamentos coloca no princípio da segurança jurídica, tendo em conta o tamanho da abertura - da mais estreita para a mais larga - que cada um reserva para a rescisão do julgado”⁴⁷⁴ com destaque para os sistemas mais *refratários* e mais abertos à possibilidade de desconstituição da coisa julgada.

Com efeito, Marinoni e Mitidiero destacam que entre os ordenamentos selecionados, o ordenamento inglês, seguido do ordenamento francês, do ordenamento austríaco e do

⁴⁶⁹ MOREIRA, 2008, p. 101.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 102.

⁴⁷¹ MARINONI; MITIDIERO, 2021, pp. 79-80.

⁴⁷² Ibid., pp. 81-82.

⁴⁷³ Ibid., 2021, p. 82.

⁴⁷⁴ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 82.

ordenamento italiano seriam os mais refratários à desconstituição da coisa julgada⁴⁷⁵. O ordenamento inglês, o mais restritivo de todos, reservaria a possibilidade de revisão de casos julgados apenas às hipóteses de real injustiça, compreendido nesse conceito, apenas decisões que decorressem de fraude ou colusão das partes, do contrário, o prestígio à coisa julgada deveria prevalecer⁴⁷⁶.

O ordenamento francês, segundo mais restritivo, por seu turno, contemplaria três hipóteses de cabimento, que seriam as previstas no art. 525 do CPC; “a fraude da parte, a descoberta de prova nova decisiva para o julgamento e a falsidade da prova”⁴⁷⁷. E, por fim, encerrando o rol dos ordenamentos mais restritivos (ordenamentos austríaco e ordenamento italiano) a nota doutrinal é no sentido de que:

O segundo, entre os motivos que servem à *Nichtigkeitsklage* e à *Wiederaufnahmsklage*, conta com seis fundamentos, entre os quais a violação do direito ao juiz natural, a violação do direito de ser ouvido, a falsidade da prova, a conduta criminosa do juiz para favorecimento de uma das partes, a violação da coisa julgada ou de decisão prejudicial e a imprecisão da base da decisão (por exemplo, pelo aparecimento de prova nova) (§§ 529, 530 e 531, *Zivilprozessordnung* austriaca). O terceiro prevê igualmente seis fundamentos para a *revocazione*: dois que podem ser alegados apenas dentro do prazo do *appello*, na medida em que já perceptíveis ao tempo da decisão, o julgamento fundado em erro de fato e aquele que viola a coisa julgada (*revocazione ordinaria*), e quatro que podem ser alegados em um prazo maior, haja vista que ocultos - dolo de uma das partes, falsidade da prova, descoberta de prova nova e dolo do juiz (*revocazione straordinaria*) (art. 395, Codice di Procedura Civile)⁴⁷⁸.

Entre os ordenamentos jurídicos examinados, o direito português, com a previsão de sete hipóteses de cabimento e o direito alemão com outras oito, seriam os ordenamentos mais abertos à desconstituição da decisão judicial transitada em julgado, com destaque para o caso português em que haveria previsão de desconstituição de decisão contrária a precedente de tribunal internacional⁴⁷⁹.

Em relação ao direito português a lição é imprecisa, já que o art. 696 do CPC português elenca 8 hipóteses legais de cabimento da *revisão* e não sete como sustentado na doutrina, também valendo destacar que a contrariedade a precedente de tribunal internacional que dá azo à interposição do recurso de revisão dizem respeito a decisões de tribunais aos quais o Estado Português esteja vinculado:

Artigo 696º.
Fundamentos do recurso

⁴⁷⁵ Ibid., p. 83.

⁴⁷⁶ Ibid., p.83.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 83.

⁴⁷⁸ Ibid., p.83.

⁴⁷⁹ Ibid., p.85.

A decisão transitada em julgado só pode ser objeto de revisão quando:

- a) Outra sentença transitada em julgado tenha dado como provado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções;
- b) Se verifique a falsidade de documento ou ato judicial, de depoimento ou das declarações de peritos ou árbitros, que possam, em qualquer dos casos, ter determinado a decisão a rever, não tendo a matéria sido objeto de discussão no processo em que foi proferida;
- c) Se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;
- d) Se verifique nulidade ou anulabilidade de confissão, desistência ou transação em que a decisão se fundou;
- e) Tendo corrido o processo à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que:
 - i) Faltou a citação ou que é nula a citação feita;
 - ii) O réu não teve conhecimento da citação por facto que não lhe é imputável;
 - iii) O réu não pode apresentar a contestação por motivo de força maior;
- f) Seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português;
- g) O litígio assente sobre ato simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 612.º, por se não ter apercebido da fraude;
- h) Seja suscetível de originar a responsabilidade civil do Estado por danos emergentes do exercício da função jurisdicional, verificando-se o disposto no artigo seguinte.

A pesquisa realizada por Marinoni e Mitidiero não abarca nenhum ordenamento jurídico latino americano e também não desce às minúcias procedimentais ou peculiaridades mais restritas de cada ordenamento, entretanto, conclui pelo fato de que nenhum dos ordenamentos pesquisados, admite hipótese de rescisão do julgado amparada em violação de norma de direito material e que isso consistiria em uma peculiaridade de nosso sistema jurídico⁴⁸⁰.

Por outro turno, Alexandre Freitas Câmara, em pesquisa comparativa, aborta, ainda que sucintamente, o ordenamento uruguaio, o ordenamento chileno, o ordenamento colombiano e o ordenamento cubano, identificando que nesses ordenamentos o traço comum é o fato de que as causas de impugnação de sentenças firmes, isto é, transitadas em julgado, se faz por meio de recurso e tem como causas de incidência a violação de normas de natureza processual⁴⁸¹.

Incluindo o caso brasileiro, de todos os sistemas analisados, se percebe que a impugnação de sentenças transitadas em julgado pode se dar por instrumento processual que ora se reveste de natureza recursal, ora se reveste da forma de uma ação de impugnação autônoma. Poucos são os ordenamentos que reconhecem a viabilidade de rescisão da sentença transitada em julgado que haja sido proferida em ofensa às normas de conteúdo material, como ocorre no direito brasileiro e no direito venezuelano.

O direito brasileiro confere a possibilidade de rescisão da decisão judicial que violar

⁴⁸⁰ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 85.

⁴⁸¹ CÂMARA, , pp. 13-17.

manifestamente norma jurídica, no que se aproxima do direito venezuelano que prevê no § 2º do art. 313 do *Código de Procedimiento Civil* a possibilidade do cabimento do “*recurso de casación*” para decisões judiciais transitadas em julgado “*Cuando haya incurrido en um error de interpretación acerca del contenido y alcance de uma norma jurídica; cuando se aplique norma que no esté vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a uma que lo esté; o cuando se haya violado uma máxima de experiencia*”⁴⁸².

Dos ordenamentos analisados, o único que conjuga a possibilidade de impugnação da sentença transitada em julgado por meio de ação autônoma e por infração a normas jurídicas de direito material é o direito brasileiro, nisso reside a peculiaridade, o que a nosso pensar, consiste em virtude do direito nacional, pois permite um melhor controle do poder conferido aos aplicadores do direito.

3.3 A ação rescisória e sua disciplina no contexto da atualidade brasileira

A ação rescisória, com essa idêntica terminologia, trafega nosso ordenamento desde 1850, encontrando expressa previsão constitucional desde a carta de 1934 e reafirmada pela CF/88, que distribuiu entre os tribunais a competência para processamento e julgamento das mesmas. Por se tratar de uma ação essencialmente cível⁴⁸³ sua disciplina consta do CPC que a regula, grosso modo⁴⁸⁴, em seus arts. 966 a 975, fazendo previsão taxativa das causas de rescindibilidade⁴⁸⁵, estabelecendo prazo para seu exercício, apontando os legitimados ativos e passivos, destacando os pressupostos de processamento e fornecendo os contornos gerais de sua tramitação.

Embora sob disciplina do CPC, pois pensada originalmente para as ações cível *stricto sensu*⁴⁸⁶, as Justiças do Trabalho e Eleitoral também detêm competência para processar e julgar

⁴⁸² GACETA OFICIAL. **Código de Procedimiento Civil**, Caracas, ano CXVII, n. 4209, mar. 1990, p. 20. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_proc_civil.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁸³ BEBBER, 2021, p. 40.

⁴⁸⁴ Os contornos gerais da ação rescisória constantes do art. 966 a 975 não afastam a incidência do sistema processual, diversas outras disposições incidem sobre a disciplina da ação rescisória. Por exemplo, art. 526, § 15, encontramos um dispositivo que tanto faz previsão de cabimento de ação rescisória como a afasta por ausência de interesse jurídico em determinadas condições.

⁴⁸⁵ Há debate doutrinário sobre o caráter do rol do art. 966 do CPC/2015, havendo quem, a exemplo de Juliana Bizzaria, defenda se tratar de um rol taxativo (BIZARRIA, 2021, p. 163). Em sentido contrário Tereza Arruda Alvim sustenta que há viabilidade de propositura de ação rescisória para além daquelas hipóteses trazidas em lei (ALVIM, T., 2021, p. 485).

⁴⁸⁶ Segundo Moacyr Amaral Santos, o processo civil é um tronco do qual brotam o processo eleitoral e o processo do trabalho, havendo, por isso uma relação de gênero e espécies, por isso a insistência em tratá-lo como processo de natureza civil (SANTOS, 1990, pp. 14-15).

ações rescisórias envolvendo as matérias relativas às suas especializações, sendo essas ações informalmente chamadas de rescisória trabalhista⁴⁸⁷ e rescisória eleitoral⁴⁸⁸.

Em relação à ação rescisória eleitoral, quatro considerações devem ser feitas, pois as distingue das ações rescisória processadas na justiça comum. A primeira é que a previsão incerta na alínea “j” do art. 22 da Lei n. 4.737/1965, aponta, como pressuposto para o cabimento da ação rescisória eleitoral, que a decisão impugnada, para além de corresponder a decisão de mérito transitada em julgado ou decisão terminativa que implique na impossibilidade de repropositura da demanda ou recurso correspondente, deve implicar em inelegibilidade do interessado⁴⁸⁹, do contrário as decisões são irrevogáveis⁴⁹⁰.

A segunda observação necessária a se fazer é que, em tal modalidade de ação rescisória, não se pode condicionar o processamento ao recolhimento de depósito prévio. A justificativa para a inadmissão de ação rescisória, para outras hipóteses que não as decisões que impliquem em inelegibilidade, se assentam na ausência de previsão na lei que rege o processo eleitoral, não podendo o intérprete, sem prejuízo da coerência, tão cara ao direito, relativizar essa premissa apenas para importar a regra onerosa.

A terceira observação que também a distingue da rescisória comum, é o prazo decadencial para sua propositura que se esvai em 120 dias. Por fim, a quarta observação é uma espécie de efeito suspensivo automático, já que o mesmo dispositivo é expresso em dispor que seu ajuizamento possibilita “o exercício do mandato eletivo até seu trânsito em julgado” (Lei n. 4.737/1965, art. 22, “j”).

Com relação à ação rescisória trabalhista, embora a própria CLT tenha feito expressamente a adoção do procedimento do CPC, com exceção ao valor do depósito prévio que na rescisória trabalhista é de 20% do valor atribuído à causa, o TST, acresceu, por via jurisprudencial e de instruções normativas as seguintes distinções: a) não há computo de prazo em dobro para a resposta no caso de réu com privilégio; b) o regime de recolhimento de custas deve observar o disposto na CLT e; c) os recursos eventualmente interpostos, deverão observar as regras previstas no processo do trabalho e não as disposições do CPC.

No caso do valor do depósito prévio, enquanto a ação rescisória processada na justiça

⁴⁸⁷ SILVA, 2015, p. 299.

⁴⁸⁸ BARBALHO, B. L. Limites da ação rescisória eleitoral à luz do novo código de processo civil. **Suffragium – Revista do Tribunal Eleitoral do Ceará**; v. 9, n. 15/16, p. 1, jan./dez. 2017.

⁴⁸⁹ Súmula 33 do TSE.

⁴⁹⁰ Na justiça eleitoral a via é tão restrita que se tem interpretado que ação não pode ser intentada em causas que importem reflexamente na inelegibilidade, tais como as ações que avaliam as condições de elegibilidade ou de registrabilidade (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Tribunal Pleno). **AgR-ARE nº 060002875**. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de março de 2021, s.p. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023).

comum reclama satisfação na ordem de 5% sobre o valor da causa, nas rescisórias trabalhistas esse valor alcança a importância de 20%, sem a limitação prevista no § 2º do art. 968 do CPC, pois que a CLT não é omissa a tal respeito, pelo contrário, é expressa em impor o percentual de 20% sobre o valor da causa⁴⁹¹.

Júlio Bebbber contradita essa afirmação para defender a limitação, traçando um paralelo entre tal questão e aquela posta no enunciado 667 do STF, para quem a imposição de taxa judiciária calculada sobre o valor da causa, e sem limitação, implicaria em ofensa à garantia constitucional de acesso à justiça⁴⁹².

A objeção, a nosso sentir não prospera, pois que o depósito prévio em nada se confunde com taxas judiciárias, e visa exatamente criar obstáculo ao interessado em desconstituir a decisão que reputa viciada⁴⁹³. Mais que isso, virtualmente, em caso de improcedência unânime⁴⁹⁴, o depósito se prestará a multar o autor da ação rescisória pelo exercício abusivo do direito de ação e inconvenientes que possa causar ao réu, por isso a razão de ser esse, e não o Estado, o titular das quantias resultantes da sanção⁴⁹⁵. É a natureza de multa que descarta, inclusive, a possibilidade do emprego de outras formas de garantia que não o depósito em moeda corrente, sem qualquer possibilidade de substituição⁴⁹⁶.

Dado o valor que a coerência merece na ciência processual, esse raciocínio se prestaria a legitimar a limitação de qualquer outra penalidade para além daquele limite que já representa a fixação de acordo com o valor da causa ou execução, a depender do caso.

Se o legislador pode o mais que é obstruir, de modo peremptório, a via rescisória, como, aliás, não faltam exemplos⁴⁹⁷, em que inconstitucionalidade estaria a incorrer dificultando-a ao extremo? A objeção posta leva a questionar se não haveria inconstitucionalidade então na disparidade havida entre os valores dos depósitos prévios, 300% mais auto na Justiça do Trabalho.

A respeito do termo inicial da contagem para a resposta do réu, Júlio Bebbber sustenta que de fato não se pode conceber a concessão de prazo em dobro por se tratar de prazo fixado

⁴⁹¹ TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 1152.

⁴⁹² BEBBER, 2021, pp.156-157.

⁴⁹³ COSTA, 1978, p. 421.

⁴⁹⁴ Pode ocorrer de a ação não ter sido julgada improcedente à unanimidade, o que afastaria a penalidade da perda do depósito, porém havendo recurso e manutenção da improcedência à unanimidade, a perda sobrevirá, pois nesse caso, a decisão unânime, proferida em sede de recurso, substitui a anterior.

⁴⁹⁵ ASSIS, 2021, p. 361.

⁴⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.871.477/RJ**. Relator: Min. Marco Buzzi, 13 de dezembro de 2022, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴⁹⁷ Nas linhas acima acabamos de apontar para a ultra restritiva via rescisória na Justiça Eleitoral.

pelo magistrado sempre em atenção às circunstâncias concretamente envolvidas⁴⁹⁸. Entender de modo contrário importa em conceber o poder de direção conferido ao juiz como uma detestável discricionariedade incompatível com o processo constitucional⁴⁹⁹.

Também na rescisória trabalhista o regime de recolhimento pelas custas destoa do previsto para a rescisória processada perante a justiça comum. Enquanto no processo comum essas são adiantadas, na Justiça do Trabalho são quitadas ao fim, quando do trânsito em julgado do processo⁵⁰⁰, porém por se tratar de lide atípica, não recaem integralmente sobre a parte ré em caso de sucumbência recíproca⁵⁰¹.

Por fim, ainda que reconheça tratar-se de ação cível submetida a procedimento especial, o TST firmou entendimento de que, em havendo recurso sobre o que decidido na ação rescisória, o procedimento adotado, daí em diante é o previsto nas regras de direito processual do trabalho, o que implica no fato de que o recorrente terá acesso ao TST, órgão de cúpula do Poder Judiciário Trabalhista, pela via ordinária, isto é, poderá naquela instância pensada para julgamento de recursos excepcionais, veicular matéria ordinária, se limitando, por vezes, a invocar a injustiça da decisão.

O entendimento apontado consta expressamente da IN n. 27 do TST, sendo duvidosa sua constitucionalidade, seja porque invade competência privativa da União, a quem compete legislar sobre direito processual (CF/88, art. 22, I), sem embargos de fazer letra morta a própria disposição do art. 836 da CLT que determina o processamento da ação rescisória pelas regras dispostas no CPC⁵⁰², sem qualquer distinção ou consideração sobre a fase em que se encontrar o processo, o que, em tese, poderia ofender ao princípio da legalidade, devido processo legal e até mesmo ao disposto no enunciado 10 da súmula vinculante, visto que jamais se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo.

Ressalvadas as distinções apontadas, todas as demais regras e disciplinas incidentes sobre a ação rescisória são aquelas previstas no CPC.

Tendo encontrado expressa previsão no CPC/39, a disciplina da ação rescisória passou por inovações trazidas pelo CPC/73 que revogou o diploma anterior. Esse novo código, por sua vez, passou por diversas reformas a fim de conformá-lo às necessidades que se apresentaram.

⁴⁹⁸ BEBBER, 2021, p. 165.

⁴⁹⁹ Em sentido contrário: CÂMARA, 2012, p. 117.

⁵⁰⁰ Essa regra é excepcionada em caso de recurso, pois nesse caso, as custas devem ser recolhidas por ocasião da interposição (SILVA, H. B. **Curso de direito do trabalho aplicado**: processo do trabalho. São Paulo: RT, 2021a. v. 4, p. 307).

⁵⁰¹ SILVA, 2015, p. 97.

⁵⁰² O dispositivo faz menção ao CPC/73 e, embora a CLT tenha sido reformada em 2017, com a inclusão de diversos dispositivos posteriormente declarados inconstitucionais, não se atentou o legislador para esse pormenor.

Foi assim com a minirreforma de 1.994 que instituiu a possibilidade de concessão de tutela antecipada (Lei n. 8952/1994), com a reforma de 2.005 que estabeleceu o processo sincrético, reservando a execução de sentença apenas aos títulos executivos extrajudiciais (Lei n. 11.232/2.005) e com a reforma de 2.006 que, por meio da Lei n. 11.382/2006, perpassou todo o CPC.

Já deformado em sua feição original e não havendo solução para os problemas que surgiam, o legislador foi levado à promulgação de um código totalmente novo. O propósito era adequar o processo civil brasileiro aos ditames da CF/88, corrigir os vícios de sistematização do CPC/73, corrigir algumas impropriedades e trazer ao mundo do positivismo diversas racionalidades surgidas ao longo dos anos e não tratadas nos diplomas anteriores⁵⁰³.

É nesse embalo da história que teve vez o CPC de 2015 que, como não poderia deixar de ser, trouxe profundas alterações também em relação à ação rescisória, disciplinando-a, predominantemente, no Título IV, Capítulo VII nos seguintes termos:

- Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
- I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
 - II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
 - III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
 - IV - ofender a coisa julgada;
 - V - violar manifestamente norma jurídica;
 - VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
 - VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
 - VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
- § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.
- § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
- I - nova propositura da demanda; ou
 - II - admissibilidade do recurso correspondente.
- § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.
- § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.
- § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.
- § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a

⁵⁰³ TEIXEIRA FILHO, 2015, pp. 19-22.

impor outra solução jurídica.

Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II - o terceiro juridicamente interessado;

III - o Ministério Público:

a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;

b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei;

c) em outros casos em que se imponha sua atuação;

IV - aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo;

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.

§ 2º O depósito previsto no inciso II do *caput* deste artigo não será superior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

§ 3º Além dos casos previstos no art. 330, a petição inicial será indeferida quando não efetuado o depósito exigido pelo inciso II do *caput* deste artigo.

§ 4º Aplica-se à ação rescisória o disposto no art. 332.

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;

II - tiver sido substituída por decisão posterior.

§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.

Art. 969. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.

Art. 970. O relator ordenará a citação do réu, designando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) dias para, querendo, apresentar resposta, ao fim do qual, com ou sem contestação, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum.

Art. 971. Na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o órgão competente para o julgamento.

Parágrafo único. A escolha de relator recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo.

Art. 972. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.

Art. 973. Concluída a instrução, será aberta vista ao autor e ao réu para razões finais, sucessivamente, pelo prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, procedendo-se ao julgamento pelo órgão competente.

Art. 974. Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968.

Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82.

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o *caput*, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.

§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.

Dentre as principais alterações em relação ao diploma anterior, identifica-se de plano um alargamento das possibilidades de uso da ação rescisória substituindo a espécie “sentença” pelo gênero “decisão de mérito” (art. 966, *caput*); acréscimo da possibilidade de ação rescisória também nos casos de coação e simulação (art. 966, II); substituição da expressão “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente norma jurídica”, o que representa um conceito mais amplo (art. 966, V); alteração da expressão “documento novo” por “prova nova”, o que também, certamente, guarda dimensão mais elástica (art. 966, VII); e, finalmente, o esclarecimento de que a hipótese do inciso V do art. 966 é aplicável aos casos em que a decisão impugnada, supondo estar “baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

O diploma também deixou de restringir o cabimento de ação rescisória apenas para o caso de decisões de mérito. Mesmo que se tratando de decisão de conteúdo meramente processual, será possível o cabimento da ação rescisória se o trânsito em julgado da decisão servir de óbice à repositura da demanda, ou impedir a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, § 5º).

Por outro lado, o art. 966 do CPC não reproduz todas as hipóteses que elencava o diploma revogado. Por exemplo, a hipótese prevista no inciso VIII do art. 485 (houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença) não foi reproduzida, tudo indicando que a matéria passou a ser tratada como hipótese de cabimento de ação anulatória.

O novo diploma inova em relação aos prazos para a propositura da ação rescisória e limita o valor do depósito prévio a 1000 (mil) salários-mínimos.

Em relação aos prazos, manteve-se a regra geral de 2 anos, a contar do trânsito em julgado da decisão, excetuando dessa disposição as ações rescisórias fundadas em provas novas, pois, nesse caso, o prazo flui apenas da data de sua descoberta da prova (art. 975, § 2º), o mesmo se dando em relação aos casos de simulação ou colusão das partes, circunstância em que o prazo

decadencial conta-se apenas da data da descoberta da improbidade(art. 975, § 3º).

Por fim, em se tratando de ação rescisória fundada em dispositivo declarado, em sede de controle concentrado ou difuso, inconstitucional ou em interpretação incompatível com a constituição (art. 525, § 12), o prazo conta-se apenas do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF (art. 525, § 15).

Em resumo, ação rescisória e sua disciplina no contexto da atualidade brasileira, encontra-se disciplinada nas fórmulas que se nos apresentam descritas no CPC, nos seus arts. 966 a 975, bem como em alguns poucos dispositivos constantes da legislação laboral e eleitoral que regulam algumas peculiaridades.

3.4 Direito intertemporal, causas de rescindibilidade e processamento da ação rescisória

Em decorrência da recente alteração na disciplina da ação rescisória, em razão da revogação do CPC/73 e promulgação do novo CPC, reacendeu-se o debate e necessidade de investigação a respeito do direito aplicável em matéria de ação rescisória. Houve supressão algumas hipóteses de cabimento, alargamento de outras e até mesmo inovações, sem contar as diversas alterações procedimentais.

Sem pretender exaurir as inovações que são passíveis de demonstração, destacamos o caso da rescindibilidade de decisões interlocutórias que resolvem o mérito da causa e decisões terminativas que, nada obstante, sejam dotadas de eficácia prática de impedir a repositura da demanda, bem como a mais polêmica das alterações que é a substituição da expressão violar literal disposição de lei que constava do artigo 485, V, pela expressão violar manifestamente norma jurídica vertida na redação do art. 966, V do atual diploma, que para muitos tem representado um alargamento nas hipótese de cabimento da ação rescisória.

Em face da alteração legislativa a indagação que se põe é saber: quais seriam quais situações que confeririam ao interessado o acesso à via rescisória e quais seriam as regras procedimentais aplicáveis em caso de processamento da ação? Essas respostas só podem ser alcançadas à luz das regras de direito intertemporal que constam maciçamente da LINDB.

De início convém responder se o direito à rescisão, contemplado no art. 966 do CPC, consistiria de um direito substancial ou processual, dependendo dessa primeira resposta a solução do problema e não há dúvidas de que se trata de um direito que, embora consagrado em um diploma processual, possui nítida feição substancial e consiste, como já dito, do direito à rescisão.

Em face dessa constatação – a natureza material do direito à rescisão – é manifesto que

a lei que, eventualmente, alterar as hipóteses, quer para suprimir, modificar ou para ampliá-las, não terá aplicabilidade retroativa. O direito à rescisão nasce no dia subsequente ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, logo, o direito vigente a essa época é que será aplicável, não podendo o interessado se valer de ampliações futuras, assim como também não poderá ser colhido pela supressão desse direito subjetivo, repita-se, de índole material.

Os acréscimos e modificações previstos no CPC não aproveitam ao interessado, assim como também as supressões em relação ao CPC/73 não o prejudicam. Essa é a posição para a qual se inclinou o STF quando, diante da mesma circunstância, isto é, da entrada e vigor do CPC/73, foi chamado a dirimir o conflito, quando então dispôs que “a lei reguladora da ação rescisória é a contemporânea ao trânsito em julgado da sentença rescindenda”⁵⁰⁴.

É fiel a esse entendimento que o TST, por sua SBDI-2, alterou a OJ 25 que vedava, na vivência do CPC/73, o processamento de ação rescisória a desconstituição de decisão que violentasse qualquer norma jurídica que não a lei, o que afastava peremptoriamente o manejo da ação em caso de violência de outras normas jurídicas tais como acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas de trabalho, portarias regulamentos de empresa, súmulas e orientações jurisprudenciais de tribunais⁵⁰⁵.

Pontes de Miranda não se afasta dessa discussão, entretanto, afirma que “quanto ao direito que há de se ligar a lei reguladora da ação rescisória, é ele o do proferimento da sentença rescindenda e não o da propositura da ação”⁵⁰⁶. A lição é manifestamente equivocada, pois o direito à rescisão, tendo por finalidade a desconstituição de uma decisão transitada em julgado, surge, tão somente, após o trânsito em julgado da decisão e não quando de sua prolatação.

Note-se, todavia, que o equívoco cometido se deu em razão de distração e não por ser essa a tese jurídica efetivamente sustentada. Essa constatação é possível a partir da leitura do parágrafo subsequente de seu texto, pois ali o autor atesta que “assim, se, no dia em que transitou em julgado, a sentença não era rescindível, não há pensar-se em *lex nova* que a faça rescindível”⁵⁰⁷. Essa também é a posição defendida por Francisco Antonio de Oliveira:

A prerrogativa da rescindibilidade de uma sentença ou de um acórdão se dá no exato momento em que transitou em julgado formal e materialmente. [...] A rescindibilidade não se liga ao momento da propositura da ação. [...] Não se aplica à rescisória a norma mais benéfica. Se houver ampliação das hipóteses depois do trânsito em julgado, isso

⁵⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1980, s.p.

⁵⁰⁵ Eis a nova redação da orientação: “Não procede pedido de rescisão fundado no art. 485, V, do CPC de 1973 quando se aponta contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, portaria do Poder Executivo, regulamento de empresa e súmula ou orientação jurisprudencial de tribunal”.

⁵⁰⁶ MIRANDA, 2016, p. 235.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 235.

em nada modificará a situação, pois a rescisória continuará atrelada à lei anterior, ainda que restritiva, vale dizer com um rol menor de hipóteses rescindíveis. A recíproca também é verdadeira: se o trânsito em julgado se deu quando a lei havia ampliado o rol de possibilidades rescindíveis, a ela estará atrelada a coisa julgada, não por ser mais benéfica, mas por estar atrelada àquele momento em que a coisa julgada decidiu definitivamente a lide⁵⁰⁸.

O direito do interessado de não ver suprimida a via rescisória pela alteração legislativa e correlato ao direito do favorecido pela decisão em não se ver processado com o pedido de desconstituição por hipótese adicionada ao ordenamento jurídico. O direito de um é a dimensão negativa do direito do outro. Para além das hipóteses de cabimento da ação rescisória, é de se atentar para o fato de que o prazo para o exercício do direito de rescisão também é de natureza material⁵⁰⁹, não podendo a alteração legislativa ser invocada em benefício ou prejuízo de nenhuma das partes. O eslatecimento de alguns prazos previstos no novo diploma processual é inaplicável para os casos em que a decisão rescindenda tenha transitado em julgado sob o regramento do diploma revogado.

Chegamos então à análise das soluções processuais possíveis, isto é, das regras procedimentais aplicáveis ao processamento da ação rescisória em casos de alteração legislativa que, por vezes, acarreta até mesmo alteração de competência material e necessidade de cisão do julgamento, além da possibilidade de se traduzir em embaraço ao direito de ação, por isso a afirmação de Júlio Bebbber, no sentido de que “torna-se delicada a solução do conflito temporal de leis processuais”⁵¹⁰.

Tendo em vista que a nova lei, ao entrar em vigor, passa de imediato a irradiar seus efeitos, encontrando barreira apenas nos atos jurídicos perfeitos, nos direitos adquiridos e nas questões acobertadas pelo manto da coisa julgada, parece inequívoco que todas as relações processuais iniciadas a partir de sua vigência são por ela reguladas.

Também em face da incidência imediata da lei processual a partir de sua vigência, seria possível, apressadamente, afirmar que as alterações teriam aplicação imediata a todos os processos em curso. É justamente aí que reside a tormenta da questão e, notadamente onde se instaura a cizânia nos entendimentos. A respeito do tema Júlio Bebbber destaca que a doutrina, a doutrina se tripartiu, isto é, desenvolveu três teorias dissonantes⁵¹¹.

A primeira teoria, faz alusão a um sistema da unidade processual, onde o processo deverá iniciar e findar sob o regramento havido quando do início da relação processual; a

⁵⁰⁸ OLIVEIRA, 2012, p. 40.

⁵⁰⁹ Não é por outra razão que os enunciados 100 do TST e 401 do STJ aludem a um prazo decadencial.

⁵¹⁰ BEBBBER, p. 51.

⁵¹¹ Ibid., p. 50.

segunda apregoa um sistema de fases processuais, onde tomada a clássica divisão entre as fases, postulatória, instrutória, decisória e recursal, propõe que cada uma delas se inicie e termine sob disciplina da lei em vigor quando de seu início e, nesse caso, a fase ainda não iniciada será evidentemente, regulada pela lei nova e, por fim, destaca-se a teoria que apregoa a existência de um sistema de isolamento dos atos processuais, onde o ato processual já praticado, por ser passível de isolamento, conserva sua eficácia, ao passo que aqueles demais que sobrevierem, reger-se-ão pela lei nova⁵¹². Arremata o autor:

Esse último sistema, que conta com a adesão da maioria dos juristas de escol, foi expressamente consagrado nos arts. 14, 1.046 e 1.047 do CPC, bem como no art. 2º do CPP. Tratando-se, então, de regras de *superdireito*, são plenamente aplicáveis ao direito processual do trabalho. Assim, entrando em vigor nova norma jurídica processual trabalhista (salvo disposição em contrário), será ela aplicável imediatamente aos processos em curso, sem atingir, entretanto, os atos processuais já praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma jurídica revogada⁵¹³.

É possível que mudanças legislativas acarretem alteração de competência territorial⁵¹⁴ ou material⁵¹⁵ para a análise de determinadas questões. Qual seria, pois, a incidência dessas alterações no processamento das ações rescisórias?

A dúvida se põe em razão dos seguintes elementos: a) a competência para processar e julgar as ações rescisórias é funcional, ou seja, compete a cada tribunal processar e julgar ação rescisória de seus julgados; b) a competência em razão da matéria também é funcional, o que também pode se dar em relação a algumas competências em razão do local.

Por vezes o juízo rescisório dá termo à ação rescisória, porém, por vezes, é imperioso o avanço com um novo julgamento da causa. Imaginemos o caso da decisão de um juiz de direito⁵¹⁶ da comarca de São Paulo que tivesse por objeto um acidente de trabalho, decisão essa transitada em julgado em outubro de 2004. Alegando ter sido proferida em violação literal de disposição de lei, o interessado intentou a ação rescisória. Indaga-se: quem seria o Tribunal competente para conhecer da ação rescisória?

Analizada a questão unicamente do ponto de vista da matéria (acidente de trabalho), somos conduzidos a imaginar que o órgão competente seria o TRT da 2ª Região, contudo, nesse caso, a competência para processamento da ação rescisória decorre da CF/88 e é atribuída ao

⁵¹² Ibid., pp. 50-51.

⁵¹³ Ibid., p. 52.

⁵¹⁴ Recentemente a Lei n. 14.226/21 criou o TRF da 6ª Região a partir de cisão o TRF da 1ª Região.

⁵¹⁵ A título de exemplo, a partir da emenda constitucional n. 45/2004, os litígios que versavam sobre acidente de trabalho passaram da competência Justiça comum para a Justiça do Trabalho.

⁵¹⁶ Embora todos os juízes sejam juízes de direito, a nomenclatura, por questões de tradição forense, sempre foi empregada para designar o juiz estadual que atua em primeiro grau.

TJSP.

Se não houver necessidade de deflagração do juízo rescisório, desconstituída a sentença, encerra-se a atividade jurisdicional do TJSP e, caso o autor da rescisória veja por bem ajuizar nova demanda com idêntico o objeto, deverá fazê-lo em petição dirigida a uma das varas do trabalho de São Paulo. O problema surge quando há necessidade de um juízo rescisório, pois nesse caso, por faltar de competência material, igualmente absoluta, não poderá avançar no julgamento da ação que versa sobre o acidente de trabalho. Como resolver a questão?

A solução nos é dada a partir da publicação de um parecer da lavra de Cesarino Júnior, exarado em 1º.09.39, para responder a indagações semelhantes, quando se pretendia a rescisão de um julgado da Justiça Comum versando sobre matéria afeita à recém-criada Justiça do Trabalho, quando então, *sub censura*, opinou que a competência para processar e julgar a ação rescisória pertencia à Justiça Comum, que se entendesse provado o motivo posto para a desconstituição, deveria fazê-lo e:

Remeterá as partes, na hipótese de haver pedido de rescisão cumulado com o de novo julgamento da causa, para a Justiça do Trabalho, a qual compete o *judicium rescisorium*, era vista de se tratar de matéria pertinente a conflito oriundo de relações entre empregador e empregado, reguladas pela legislação social⁵¹⁷.

3.5 Prazo para ajuizamento da ação rescisória

A segurança jurídica é o valor supremo vigente em todas as ordens jurídicas modernas⁵¹⁸. Tão importante que, no caso brasileiro, tem centralidade constitucional desde seu preâmbulo⁵¹⁹, sendo secundário, para esse ponto do debate, saber se visa a fria manutenção da sociabilidade capitalista, baseada na produção e troca de mercadorias⁵²⁰ ou, se do contrário, tem o propósito romântico de promover a confiança da sociedade na ordem instituída⁵²¹.

Assim como o princípio do acesso à justiça comporta uma dimensão muito mais ampla do que a facilitação da atuação dos atores processuais, sendo frequentemente, reduzido a isso, também o princípio da segurança jurídica, embora seja mais amplo que a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, na literatura jurídica brasileira, acaba por sofrer com esse

⁵¹⁷ CESARIANO JR., A. F. Ação rescisória na justiça do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito processual do trabalho**. São Paulo: RT, 2012. v. 4, p. 1239.

⁵¹⁸ ATALIBA, G. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 180-181.

⁵¹⁹ ÁVILA, 2021, p. 50.

⁵²⁰ EDELMAN, 2016, p. 61.

⁵²¹ ASSIS, 2021, p. 20.

reducionismo⁵²², como se o fenômeno jurídico pudesse ser reduzido fenômeno processual⁵²³.

O fenômeno processual não pode e jamais estará em posição adiantada ao direito material, sendo apenas instrumento de sua efetivação⁵²⁴. Opera com limitação conceitual quem despreza o fato de que a segurança jurídica, primeiramente, é implementada e tutelada por meio da observação voluntária de todos os vinculados aos deveres de conduta previstos, atuando a jurisdição, adequadamente, apenas quando da violação concreta ou em potência das normas jurídicas materiais.

Conduzidas por essa análise restritiva do que venha a significar segurança jurídica, não raro, o que se vê é que, em nome de uma suposta segurança, decisões judiciais têm se prestado à legitimação do descumprimento do direito, institucionalizando, assim, o direito de descumprir o direito.

Mais importante do que implementar a segurança jurídica no plano do processo, melhor dizendo, através da aplicação dessa ou daquela decisão judicial, a verdadeira segurança se estabelece por meio de políticas públicas tomadas por um Estado que, ao reconhecer este ou aquele direito, opera no sentido de que seu cumprimento se dê de modo efetivo; isto é segurança jurídica substancial.

Esse introito é feito uma vez que, frequentemente, a ação rescisória se vê sob severa acusação de violadora da segurança jurídica, uma vez que atenta contra a coisa julgada, como se fosse razoável supor que a coisa julgada, formada por meio de uma decisão violadora da ordem jurídica instituída, não fosse um inimigo de igual ou maior estatura da segurança necessária para o florescimento e regular desenvolvimento das relações sociais que se amparam no processo.

Se a segurança jurídica envolve duas dimensões, não podendo o Estado se compadecer nem com decisões radicalmente contrárias à ordem jurídica, abrindo espaço e modo para a desconstituição excepcional da coisa julgada por meio da ação rescisória, também não pode condescender a ideia de que tal ação seja intentada a qualquer tempo, pois isso implicaria em um indesejável elemento de instabilidade das relações sociais.

Discorrendo sobre isso Barbosa Moreira leciona que:

A segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção. Ainda quanto às sentenças eivadas de vícios muito graves, a subsistência indefinida da

⁵²² ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 25.

⁵²³ Talvez a cultura do litígio possa ser a base racional dessa concepção que reduz a segurança jurídica à estabilidade das decisões judiciais.

⁵²⁴ BEDAQUE, 2009, p. 14.

impugnabilidade, incompatível com a necessidade da certeza jurídica, não constituiria solução aceitável no plano da política legislativa, por mais que em seu favor se pretendesse argumentar com o mal que decerto representa a eventualidade de um prevalecimento definitivo do erro. O legislador dos tempos modernos, aqui e alhures, tem visto nesse o mal menor⁵²⁵.

É diante desse dilema que a ação rescisória é conferida como direito potestativo, contudo, estando o direito à rescisão, sujeito ao tempo previsto em lei, que não pode ser exíguo ao ponto de inviabilizar o adequado direito de ação, nem tão elástico a impedir que a jurisdição prestada na decisão rescindenda cumpra seu escopo social de “pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça”⁵²⁶.

3.5.1 Prazos previstos para o ajuizamento da ação rescisória no direito processual brasileiro

Embora com algumas pequenas alterações de conteúdo e forma, desde as Ordenações do Reino, o sistema processual brasileiro sempre contou com instrumentos destinados à impugnação das decisões transitadas em julgado, produzidas fora dos padrões tolerados⁵²⁷.

Uma das alterações, bastante sensível, diz respeito ao prazo adequado para o ajuizamento da ação de impugnação autônoma (ação rescisória), pois no período anterior ao advento do código civil de 1916, por se sujeitar ao maior prazo para o exercício de ações pessoais, isto é, 30 anos, a ação rescisória era considerada espécie de “ação perpétua”. Apenas com o advento do CC de 1916 é que tal prazo foi reduzido para 5 anos (art. 178, §10, VIII), e alterado, por ocasião da elaboração do CPC de 1973, donde buscou-se a padronização conhecida atualmente – 2 anos, prazo considerado “excessivamente parcimonioso” por respeitável setor da doutrina⁵²⁸.

Exceções a esse prazo, podem ser vistas nos casos de ação rescisória que pretenda o corte de decisão referente à transferência de terras públicas, cujo prazo conferido é de 8 anos (Lei n. 6.739/79, art. 8º-C); e daquelas processadas perante a Justiça Eleitoral, cuja pretensão seja o corte de decisão que declara a inelegibilidade de determinada pessoa. Nesse caso, prazo previsto é de 120 dias (Lei n. 4.737/65, art. 22, II, “j”).

⁵²⁵ MOREIRA, 2008, p. 217.

⁵²⁶ DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, p. 30.

⁵²⁷ MIRANDA, 1976, pp. 89-115.

⁵²⁸ ASSIS, 2021, p. 264.

3.5.2 Natureza jurídica do prazo para ajuizamento da ação rescisória

Tão importante quanto saber o prazo estipulado em lei para o ajuizamento da ação rescisória, é saber a natureza desse prazo, se de direito material ou processual, se prescricional ou decadencial, pois dessa análise resulta seu correto manejo, tal como a forma de sua contagem, a incidência ou não de causas de interrupção, suspensão e prorrogação, bem como a possibilidade de reconhecimento de ofício por parte do órgão jurisdicional.

Não é o diploma onde veiculado o enunciado normativo quem ditará a natureza da norma jurídica subjacente, se processual ou material, sendo facilmente a encontradas normas de direito material veiculadas em diplomas processuais e de normas processuais contidas em diplomas que, a rigor, foram concebidos como veiculadores de normas substanciais.

Sobre os antecedentes do CPC/73, Francisco Antonio de Oliveira atesta que a matéria foi tratada no art. 536 do anteprojeto e dispunha: “prescreve em um ano a ação rescisória”, ao passo que o projeto enviado ao Congresso Nacional, em seu art. 499, dispunha que: “o direito de propor a ação rescisória prescreve em um ano, contado do trânsito em julgado da sentença”, sendo, por fim aprovada a redação dada ao art. 495, segundo a qual “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”⁵²⁹.

Em face da redação dada ao art. 495 do CPC de 1973, formou-se doutrina e jurisprudência dominantes no sentido de que o prazo para ajuizamento da ação rescisória seria decadencial⁵³⁰⁻⁵³¹, de modo que a primeira consequência concreta implicaria no fato de que o seu não exercício tempestivo importaria na perda do direito à rescisão do julgado e não no direito de propositura da ação rescisória, que não sofre qualquer limitação pelo simples decurso do prazo. A respeito disso, Barbosa Moreira apontava para essa consequência prática, lecionando que:

A rigor, o que se extingue não é, aliás, o “direito de propor a ação rescisória”: esse existirá sempre, como simples manifestação particular do direito de ação. Extingue-se, sim, o direito mesmo à rescisão da sentença viciada. O fenômeno passasse no plano material, não no plano processual, como de resto deixa entrever o próprio Código, quando estatui que a pronúncia da decadência acarreta a extinção do processo ‘com julgamento do mérito’ (art. 269, IV). Escoado *in albis* o biênio, não é a ação rescisória que se torna inadmissível: é o direito à rescisão da sentença, o direito que se deduziria em Juízo que cessa de existir. O caso é, tecnicamente, de improcedência do *iudicium rescindens*, conquanto, por exceção inspirada em considerações de ordem prática, a

⁵²⁹ OLIVEIRA, 2012, p. 113.

⁵³⁰ THAMAY, 2023, p. 426; ALVIM; CONCEIÇÃO 2022, p. 180.

⁵³¹ Tanto o enunciado 100 da súmula de jurisprudência uniforme do TST como o enunciado 401 da súmula de jurisprudência dominante do STJ, ambas editadas quando em vigor o CPC de 1973, fazem alusão natureza decadencial do prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

lei autorize (ou antes, ordene) o indeferimento da inicial pelo Relator, se desde logo verificada a decadência (art. 490, I c/c o art. 295, IV)⁵³².

Sobre o tema da natureza do prazo para ajuizamento da ação rescisória, Júlio Bebber, sem delongas, afirma se tratar de prazo decadencial⁵³³, o que parece se harmonizar com o disposto na cabeça do art. 975 do CPC, ao dispor que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos”. Note-se, entretanto, que não há nenhuma razão de ordem legal ou científica pela qual, ao legislador, esteja vedado estabelecer identidade entre o prazo para exercício de um direito (prazo decadencial) e o prazo para o ajuizamento da demanda em que se busca a tutela desse direito (prazo prescricional). Na esteira desse raciocínio, Coqueijo Costa destaca que o transcurso do prazo extingue a “pretensão à rescisão e a ação à rescisão”⁵³⁴.

Na atualidade, não há dificuldades interpretativas e sequer espaço para se afastar a natureza decadencial do prazo, pois o art. 975 do CPC é categórico em mencionar a extinção do direito à rescisão, contudo, o art. 495 do CPC/73 fazia expressa menção à extinção do direito de propor ação rescisória, de modo que, embora fosse possível inferir a existência de um direito decadencial, o enunciado expressava de modo inequívoco, um prazo no qual também haveria extinção do direito de ação, portanto, um prazo prescricional.

Por estarmos diante de prazo decadencial e que, por isso, faz desaparecer o próprio direito material em que a parte se baseia para demandar, verificado o ajuizamento da ação rescisória para além do prazo legal para seu regular exercício, o juiz estará autorizado a decidir liminarmente pela improcedência do pedido⁵³⁵, independente da oitiva da parte contrária, sendo essa a solução jurídica apresentada no inciso II do art. 487 conjugado com o § 1º do art. 332, ambos do CPC.

Estivéssemos diante de um prazo puramente prescricional a solução poderia ser diversa, pois, muito embora o art. 487, II do CPC possibilite o reconhecimento oficioso da prescrição, com o consequente julgamento de mérito pela improcedência, o TST tem firme posicionamento no sentido de que o artigo em questão é inaplicável ao processo do trabalho por absoluta incompatibilidade com os princípios que orientam e tutelam o trabalho humano subordinado⁵³⁶.

Outra questão de grande importância, quando fixada a premissa de que o prazo para o

⁵³² MOREIRA, 2008, pp. 220-221.

⁵³³ BEBBER, 2021, p. 111.

⁵³⁴ COSTA, 1978, p. 406.

⁵³⁵ Inadvertidamente o art. 295, IV, do CPC de 1973, previa o indeferimento da inicial como consequência da verificação da decadência.

⁵³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR 82841-64.2004.5.10.0016**. Relatora: Min. Dora Maria da Costa, 7 de março de 2014, s.p. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

direito à rescisão tem natureza decadencial, é a constatação de que sua fluência, em regra, não se sujeita a qualquer espécie de impedimento, suspensão ou interrupção, o que, entretanto, não obsta que disposição legal em sentido contrário atribua, a determinadas circunstâncias, a eficácia impeditiva, interruptiva ou suspensiva de sua fluência ou consumação⁵³⁷.

Oportuno dizer: tempestivamente proposta a ação rescisória, isto é, exercido o direito, não há mais qualquer possibilidade de se implementar o efeito extintivo do direito à rescisão, valendo acrescentar que nem mesmo a paralização do processo ou abandono da causa poderão desencadear essa consequência⁵³⁸.

3.5.3 Termo inicial da contagem do prazo

O art. 975 do CPC aduz que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”. Não há dúvidas quanto a incidência do previsto no art. 224 do CPC, no sentido de que, em regra, “os prazos serão contados excluindo o dia do começo” e de que o dia de começo do prazo será deslocado para o “primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica”.

O desafio posto é o de se definir quando teria oportunidade o trânsito em julgado de uma decisão e, qual seria o alcance da expressão “última decisão proferida no processo”? Seria o “trânsito em julgado” expressão sinônima à “coisa julgada”? A formação da coisa julgada se daria em uma única oportunidade, ou do contrário, seria possível a formação progressiva da coisa julgada? Apenas da resposta a essas indagações é que será possível extrair o termo inicial para a propositura da ação rescisória⁵³⁹.

Frequentemente se tem destacado a centralidade da segurança jurídica como elemento indispensável à manutenção e desenvolvimento do próprio Estado Democrático de Direito⁵⁴⁰. Reflexo imediato dessa centralidade é o fato de que a expressão, negligenciada na redação original de nossa atual CF/88⁵⁴¹ bem como no CPC/73, agora alcança, para ficarmos apenas no

⁵³⁷ DINIZ, M. H. In: SILVA, R. B. T. (coord.). **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

⁵³⁸ ASSIS, 2021, p. 267.

⁵³⁹ De início, convém destacar que, para a solução das controvérsias postas, as questões mais abstratas a respeito da coisa julgada são prescindíveis e tratá-las nessa ocasião seria até mesmo inoportuno, por isso a análise restrita à fixação das premissas indispensáveis ao tema.

⁵⁴⁰ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 19.

⁵⁴¹ Apenas em 2004 é que a constituição federal passou a se valer da expressão “insegurança jurídica”, inserida no § 1º do art. 103-A, por ocasião da Emenda Constitucional 45/2004.

exemplo do CPC, sete alusões expressas⁵⁴², além das várias outras em que sua presença implícita é indisfarçável⁵⁴³.

Estando a estabilidade das decisões judiciais na base da compreensão do próprio conceito de segurança jurídica, a tutela da coisa julgada surge como indispensável para o alcance desse objetivo, tão importante que guindada à dignidade de garantia fundamental pela constituição vigente, não obstante, como bem nos recorda Araken de Assis, “o reconhecimento do direito fundamental à estabilidade aos provimentos judiciais recua à Constituição de 1824”⁵⁴⁴.

Tão verdadeiro quanto o fato de que a Constituição da República Brasileira tutela expressamente a coisa julgada, é o fato de que o papel de disciplinar a anatomia dessa garantia é tarefa relegada ao legislador ordinário, sendo esse quem dirá sua consistência e substância, o momento de sua formação e formas para sua desconstituição, os sujeitos aos seus limites objetivos e subjetivos, temporais, territoriais e todos os demais que possam decorrer da autoridade que lhe é conferida:

A previsão constitucional, nada obstante imperiosa e indispensável, limita-se a instituir o direito à estabilidade. O conteúdo material desse direito – natureza, funções e limites objetivos, subjetivos e temporais – integra os domínios do direito infraconstitucional, consoante firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a disciplina da coisa julgada é objeto de normas de menor hierarquia. Legitimamente, normas processuais definem (a) o que é e (b) em que caos a autoridade de coisa julgada se irradiará para atingir a sua finalidade⁵⁴⁵.

Se a tarefa de conferir conteúdo material à tutela da coisa julgada compete ao legislador ordinário, parece inafastável que a primeira conclusão alcançada é a de que seu conteúdo pode variar de acordo com o tempo e local em que a discussão é travada, por isso, passa a ser secundária a análise da legislação comparada bem como do histórico sobre o conteúdo material do que venha a se denominar coisa julgada, pois que aquilo que tutelado e disciplinado em um determinado ordenamento jurídico ou em um determinado período histórico, pode não corresponder àquilo que temos por coisa julgada no contexto da atualidade brasileira.

O art. 502 do CPC dispõe que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, acolhendo a tese de que “a rigor, a coisa julgada é um *plus* em relação aos efeitos principais da sentença. É uma

⁵⁴² Vide os arts 525, § 13, 535, § 6º, 927, §§ 3º e 4º, 976, II, 982, § 3º, 1.029, § 4º.

⁵⁴³ Estabilidade, integridade e coerência são as tônicas do art. 926, portanto, manifesta a tutela da segurança jurídica.

⁵⁴⁴ ASSIS, 2021, p. 21.

⁵⁴⁵ ASSIS, 2021, p. 22.

qualidade que a lei adiciona à sentença no sentido de torná-la imutável”⁵⁴⁶, sendo conclusivo que o trânsito em julgado da decisão não se confunde com a coisa julgada, sendo essa uma adjetivação legal que a imuniza de futuras discussões tornando-a imutável.

3.5.3.1 Contagem do prazo e o absolutamente incapaz

O dia posterior ao trânsito em julgado de uma decisão equivale ao termo inicial para a propositura da ação rescisória, excepcionando-se dessa regra as ações calcadas em prova nova, simulação ou colusão das partes, e a ação rescisória para a desconstituição de decisão fundada em norma jurídica declarada inconstitucional ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a CF/88.

Além dessas hipóteses, havendo interesse do incapaz na propositura da ação rescisória, também não haverá fluência do prazo decadencial enquanto perdurar o estado de incapacidade absoluta, pois o art. 208, I do CC é expresso em prever a suspensão da fluência dos prazos decadenciais contra o incapaz referido no art. 3º do CC.

Sobre esse aspecto vale destacar que a Lei n. 13.146 de 2015, que criou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou a redação primitiva do artigo 3º do CC, para excluir de seu rol os que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática” dos atos da vida civil e dos que, “mesmo por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade”, remanescendo como absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos. Porém indaga-se: perante o direito, seriam, de fato, apenas os menores de 16 anos incapazes de para o exercício pessoal dos atos da vida civil?

A doutrina, por vezes desatenta, ao tratar do tema dos absolutamente incapazes que, por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade, sempre se valeu de exemplos pouco criativos tais como a do “portador de doença ou deficiência mental” que “em estado de paralisia mental total e temporária” não pudessem expressar de modo pleno sua vontade⁵⁴⁷.

Não se atentaram esses doutrinadores que, por vezes, a razão transitória pela qual o agente estará impossibilitado de exprimir sua vontade pode estar ligada a elementos outros, como o cerceamento da liberdade de locomoção, a exemplo do que se dá com pessoa mantida em cárcere privado ou em condição análoga à de escravo.

⁵⁴⁶ WAMBIER; TALAMINI, 2016. v. 2, p. 793.

⁵⁴⁷ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, pp. 141-142.

Tratando de questão assemelhada, atinente à fluência de prazos prescricionais, a jurisprudência sempre foi remansosa no sentido de que não haveria possibilidade de fluência, em face do impedimento externo ao exercício do direito de ação, não sendo despropositado que a remissão contida no art. 208, I do CC, diz respeito exatamente ao prazo prescricional, analogicamente utilizado para a questão da decadência, sendo notória a semelhança de questões percebida pelo legislador.

A própria razão de ser dos prazos diferenciados para ajuizamento da ação rescisória nos casos de prova nova ou de simulação ou colusão entre as partes, se funda no fato de que, por não conhecer essas circunstâncias, o titular sequer poderia tomar a medida extrema do ajuizamento da ação rescisória, ao que advertem Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição: “não devem correr prazos contra aqueles que nem sabem que podem tomar certa providência, como mover uma ação”⁵⁴⁸, mas seria o impedimento pelo desconhecimento menos impeditivo do que aqueles que resultam de constrangimento físico?

Recentemente, verificando o legislador brasileiro que, para além da incapacidade decorrente da idade ou qualquer estado mental, circunstâncias externas, tais como o isolamento social forçado, poderiam atuar como embaraço ao exercício de direitos, razão pela qual, previu, por meio da Lei n. 14.010/2020, a suspensão de prazos prescricionais e decadenciais entre a data de sua publicação, em 10.06.2020, até o dia 30.10.2020 (art. 3º, § 2º).

Vale acrescentar que a Lei n. 13.146 de 2015, tinha por finalidade, como sugere a literalidade de sua ementa, a inclusão da pessoa com deficiência. Significa dizer que os incapazes constantes do art. 3º do CC, percebidos pelos olhos do legislador, não podiam ser outros que não aqueles ordinariamente tratados pela doutrina. Nunca esteve na intenção do legislador a desproteção de pessoas que, em decorrência de constrangimento físico, não puderem fazer valer os seus direitos. Segue-se que o óbice para a fluência do prazo decadencial deve ser estendido a toda e qualquer pessoa que, em razão de supressão da liberdade ambulatorial, não puderem exercer regularmente seus direitos, dentre os quais, o de ajuizar ação rescisória.

3.5.3.2 Contagem do prazo para o ajuizamento de ação rescisória fundada em prova nova

Há situações em que, após o trânsito em julgado de uma determinada decisão, quando sobrevinda a coisa julgada, a parte vencida passa a dispor de prova nova cuja existência

⁵⁴⁸ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 25.

ignorava ou de que não pôde fazer uso e que seria capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. Embora o direito, em determinadas situações, tolere injustiças, nelas não deve se regozijar. Em algumas situações, o legislador franqueia ao vencido o uso da ação rescisória.

O CPC/73, além de restringir essa hipótese à obtenção de prova documental (art. 485, VII), limitava o prazo para ajuizamento da ação rescisória a 2 anos contados do trânsito em julgado da decisão que se pretendesse cortar (art. 495), o que por vezes resultava inútil e frustrante para o vencido, pois que a descoberta ou acesso à prova se dava após o decurso do prazo decadencial.

A fim de corrigir esse inconveniente, porém com menor impacto possível à estabilidade das relações jurídicas, o novo CPC, em seu art. 975, § 2º, passou a adotar como termo inicial da ação rescisória “a data de descoberta da prova nova”, limitando, contudo, o exercício do direito a “5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”, que, como adiante trataremos, deve ser compreendido como sendo a última decisão proferida no capítulo cuja pretensão seja a de rescindir.

A respeito desse tema específico, a questão que se põe é que a lei não aponta de quem seria o ônus da prova em relação à tempestividade da propositura da ação calcada nessa hipótese, tampouco esclarece os meios legais para o resgate desse encargo.

Respondendo a esse problema, Júlio Bebbber entende que há que se aplicar a regra geral e imputa ao autor o ônus de demonstrar a data da descoberta ou disponibilidade da prova⁵⁴⁹, havendo quem afirme ser “evidente” esse ônus a cargo do autor da ação rescisória⁵⁵⁰.

Exceto se estivermos dispostos a crer que o interessado já dispusesse da prova cabal de sua razão jurídica quando do curso da relação processual em que a coisa julgada se formou e, deliberadamente, optou por deixar de usá-la para fazer uso em sede de rescisória sob risco de nova sucumbência e necessidade de efetuar depósito de 5% do valor (20% nas causas trabalhistas) ou o que é pior, que após o trânsito em julgado da decisão, o vencido procrastinasse em fazer uso dessa bala de prata, para suportar o ônus do tempo e talvez ver seu direito à rescisão minguar, ou no mínimo resultar na inutilidade da tutela jurisdicional, devemos discordar dessa conclusão.

É presumível que se dispusesse da prova quando do curso da relação processual em que se formou a coisa julgada, o autor teria feito uso da mesma, assim como também é presumível que, sendo a prova obtida ou acessada depois do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o

⁵⁴⁹ BEBBBER, 2021, p. 114.

⁵⁵⁰ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 597.

autor se apreze em ajuizar a ação rescisória, portanto, a rigor, parece ser inverso o correto raciocínio a se adotar. Demonstrado ineditismo da prova, a presunção mais natural possível é a de que se trata de prova nova, recentemente descoberta ou acessada. Assim, se as questões relativas à cronologia, descoberta ou acesso à prova nova tendem a impedir, extinguir ou modificar o direito do autor, do réu será o encargo probatório (CPC/2015, art. 373, II).

Por fim, com relação à modalidade probatória para resgate desse ônus, não havendo qualquer meio eleito em lei, o que parece razoável é concluir que é possível o emprego de qualquer meio “moralmente legítimo” que possa “influir eficazmente na convicção do juiz” (CPC, art. 369).

3.5.3.3 Contagem do prazo para o ajuizamento de ação rescisória fundada em simulação ou colusão das partes

O processo é “remédio ético” para a solução de conflitos⁵⁵¹, porém não raro, é utilizado como meio para simular situações e alcançar uma finalidade vedada em lei. Um exemplo, bastante corriqueiro é a colusão⁵⁵² formada no âmbito da Justiça do Trabalho em que o empregador se consorcia a um empregado ou até mesmo terceira pessoa e promovem o ajuizamento de uma reclamação trabalhista, normalmente encerrada por meio de um acordo homologado, cujo cumprimento é inadimplido, passando-se à fase de cumprimento de sentença e atos materiais de execução com final transferência da propriedade da coisa sobre a qual recaiu a execução.

O crédito trabalhista, em razão de sua natureza alimentar e por expressa disposição de lei é dotado de superprivilegio⁵⁵³, por isso o expediente é utilizado como meio de fraudar execuções, inclusive fiscais, bem como para improbidades das mais diversas ordens, tais como nas relações societárias e até mesmo nas relações familiares. Ao final, quando é feita a adjudicação do bem ou entrega do dinheiro, as partes da colusão se ajustam, e o que se vê é que o processo judicial se prestou a legitimar uma fraude. Quando percebido em tempo, o juiz tem, por dever de ofício, de proferir decisão que “impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé” (CPC/2015, art. 142).

A trama toda se dá de modo subterrâneo e, na maioria das vezes, a primeira etapa da

⁵⁵¹ BEDAQUE, 2009, p. 26.

⁵⁵² A colusão só se distingue da simulação em razão do número de envolvidos no ilícito. Toda colusão é uma simulação praticada em concurso de agentes.

⁵⁵³ OLIVEIRA, F. A. **Manual de penhora**: enforques trabalhistas e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 105.

colusão alcança sucesso. As partes obtêm uma decisão de mérito do Estado-Juiz, abrindo-se para o legitimado a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 966, III), que nesse caso, passa a fluir apenas “do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão”, não sendo esse o prazo do Ministério Público, que funcionou no processo como fiscal da lei (CPC, art. 975, § 3º).

Isso não exclui a possibilidade de que o prazo inicial para a propositura da ação rescisória se dê no dia imediato ao trânsito em julgado. Embora haja uma presunção bastante natural de que os partícipes na fraude processual não terão sequer interesse na demanda desconstitutiva⁵⁵⁴, não há qualquer vedação jurídica para que os próprios intentem a ação rescisória, por como bem recorda Teresa Arruda Alvim, em se tratando de nulidade absoluta, “não se aplica o princípio da não alegação da própria torpeza”⁵⁵⁵, por isso conclui que as próprias partes consorciadas para a simulação, podem ajuizar ação rescisória para essa hipótese.

É de se atentar que, diversamente do que se fez em relação à ação rescisória calcada em prova nova, o legislador não optou pela mesma solução em relação à ação rescisória calcada em simulação ou colusão das partes, de modo que o prazo indeterminado para o ajuizamento da ação tem rendido grandes polêmicas doutrinárias em torno do assunto.

Marinoni e Mitidiero têm considerado necessário ponderar entre os valores envolvidos, isto é, sobre a dimensão material e substancial da segurança jurídica, sendo inclusive, sugerida a limitação ao prazo de 5 (cinco) anos por aplicação analógica do disposto no § 2º do art. 975, que trata do prazo para os casos de ação rescisória calcada em prova nova⁵⁵⁶. É de se observar, entretanto, que a doutrina mencionada, ao sustentar a restrição temporal, não considera as razões pelas quais o legislador deixou de fazer essa limitação, especialmente tendo em conta que a inspiração não estava tão distante, constava do parágrafo anterior.

Mais que isso, é notório que o CPC foi gestado sob grande influência senão, até mesmo, direção ou papel destacado desses doutrinadores, que deixaram de ver sua tese – de necessidade de limitação temporal de 5 (cinco) anos – contemplada no texto de lei. Isso só poderia ocorrer em três situações: a) não se atentou para o inconveniente do prazo indeterminado para a espécie; b) houve esquecimento da sugestão; c) a limitação foi rechaçada pelo legislador.

Como não parece razoável as duas primeiras hipóteses, a terceira parece ser inafastável – não quis o legislador proceder a limitação temporal de 5 (cinco) anos contida no § 2º do art. 975 às hipóteses de ação rescisória calcada em simulação ou colusão das partes, e isso pode ser

⁵⁵⁴ ASSIS, 2021, p. 280.

⁵⁵⁵ ALVIM, T., 2021, p. 485.

⁵⁵⁶ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 272.

extraído das linhas do parecer apresentado em 02.07.2013 pelo Deputado Paulo Teixeira, que funcionou como relator na Câmara dos Deputados dos projetos de lei que que revogava o CPC/73, substituindo-o pelo CPC/2015, isto porque, de suas conclusões (fl. 307), consta expressamente que:

Altera-se o *caput* do art. 928. O prazo de dois anos é tradicional, razoável e curto. Não deve ser alterado. Acrescenta-se apenas uma exceção, consistente em aumentar o prazo para cinco anos, a partir do trânsito em julgado, quando se tratar de ação rescisória fundada em prova nova. Acolhe-se parcialmente as Emendas n.s 355 e 668/11⁵⁵⁷.

Ora, se a ação rescisória funciona como um algodão entre cristais – as dimensões material e processual da segurança jurídica –, parece que as circunstâncias fáticas ou processuais devam ou deveriam ser consideradas e devidamente cotejadas. Não parece razoável querer equiparar uma situação em que a coisa julgada se formou por operação direta de um ato de improbidade processual – hipótese de crime em tese –, a uma situação em que a coisa julgada se formou, em princípio, de modo hígido, senão pelo fato de se ignorar uma determinada prova.

A questão da coisa julgada formada por simulação ou conluio das partes se reveste de gravidade tal que justifica a opção legislativa de afastar propositadamente a limitação temporal para o ajuizamento da ação rescisória a 5 (cinco) anos do trânsito em julgado como fez com o caso da prova nova⁵⁵⁸.

Araken de Assis, atesta que “inexiste analogia concebível entre a hipótese da descoberta da prova nova e o conhecimento pelo terceiro do processo fraudulento”⁵⁵⁹ e, de fato, não é possível o uso de analogia sem que para isso o seu pressuposto mais básico – a situação análoga – esteja presente⁵⁶⁰. Admitir que, ao primeiro dia após o quinquênio do trânsito em julgado, uma determinada parte, ou ambas – a depender da modalidade de simulação –, pudesse, sob o escudo do direito, usufruir dos lucros de sua improbidade, seria total desprestígio ao papel do direito processual.

Descoberto que a coisa julgada se formou em um processo em que a decisão se deu por conta de uma simulação ou colusão das partes, imediatamente todo o sistema é posto em

⁵⁵⁷ SENADO FEDERAL. **Projetos de Lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013, s.p. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em: 2 set. 2022.

⁵⁵⁸ BEBBER, 2021, p. 115.

⁵⁵⁹ ASSIS, 2021, p. 280.

⁵⁶⁰ Mais do que semelhança entre os fatos materiais, a analogia reclama a resposta a uma indagação: houvesse o legislador se atentado para esse fato, teria ele disciplinado a questão dessas ou daquela forma? (DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, p. 158).

descrédito. O abreviado prazo de 5 (cinco) anos soa como convidativo para a conduta contrária ao direito, por isso, tão logo descoberta a improbidade processual, seja isso há mais ou menos de 5 (cinco) anos do trânsito em julgado da decisão, o legitimado terá o direito de requerer a rescisão do julgado.

Por fim, é de se pontuar que a simulação e a colusão, são vícios tão graves que fazem até questionar se haveria, de fato, coisa julgada para se desconstituir.

Fredie Didier, tratando dos pressupostos do processo, destaca, dentre os pressupostos de existência, a própria *demand*⁵⁶¹, conceituada por Candido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho com sendo “o ato de pedir tutela jurisdicional” acrescentando que seu conteúdo consiste da pretensão formulada no sentido de uma “exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”⁵⁶².

Salvo se estivermos dispostos a chamar a forma de conteúdo, é manifesto que em alguns casos de colusão, sequer haveria demanda, portanto, carente um pressuposto de existência da própria relação processual que, por estéril, não teria o condão de produzir o resultado final – a coisa julgada material.

Ainda Dinamarco, Badaró e Carrilho, apontam para um “escopo magno” da jurisdição, que seria o da “pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus conflitos”⁵⁶³. Ora, se a atividade jurisdicional que entrega uma decisão adjudicada tem por pressuposto a existência de uma lide, seria possível defender que a colusão das partes implicaria em uma falsa lide, o que também tornaria processo inexistente e, os atos inexistentes não transitam em julgado, sendo possível, em tese, até mesmo o uso de da ação declaratória de inexistência⁵⁶⁴.

Em todo caso, parece elementar que as consequências imediatas do corte rescisório ou da declaração de inexistência jurídica do processo deverá se dar em estrita observância e garantia dos direitos daqueles que de boa-fé foram inseridos na cadeia da fraude, mas jamais se poderá consagrar a injustiça e a zombaria ao processo como valores jurídicos dignos de justificável expectativa de proteção. Nessa perspectiva, é justificada a instabilidade da coisa julgada formada a partir de simulação ou colusão das partes.

3.5.3.4 Contagem do prazo para o ajuizamento de ação rescisória para a desconstituição de decisão fundada em norma jurídica declarada inconstitucional ou em aplicação ou

⁵⁶¹ DIDIER JR., 2015, p. 314.

⁵⁶² DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, p. 361.

⁵⁶³ Ibid., p. 28.

⁵⁶⁴ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 22.

interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal

A CF/88 se vê no ápice do ordenamento jurídico nacional, não podendo nenhum enunciado normativo ser produzido ou aplicado em descompasso com seus comandos, sob cominação de nulidade absoluta.

Não seria suficiente, porém, que a produção legislativa fosse totalmente envolvida pela lógica constitucional se ao intérprete, quando da extração da norma jurídica contida nos textos, fosse dado formular juízos capazes de restringir ou diminuir a eficácia da constituição, sabotando todo seu projeto jurídico para a sociedade, daí porque, inconstitucionais, não são apenas os enunciados normativos contrários à constituição, mas todas atividades interpretativas que neguem existência concreta às normas constitucionais. Esta é a racionalidade contida no art. 1º do CPC, ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”⁵⁶⁵.

Uma vez declarada a incompatibilidade de uma determinada norma jurídica com a CF/88, seja pela inconstitucionalidade ou não-recepção, ou ainda, tendo o STF, em sede de controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), fixado a interpretação de determinado dispositivo questionado em face da constituição, não é possível um pronunciamento jurisdicional das instâncias inferiores em sentido contrário.

O dispositivo declarado inconstitucional ou não-recepcionado é carente de eficácia normativa, não podendo, validamente, regular condutas, ao passo que a decisão que nele se baseia ou contraria o entendimento firmado pelo STF – normalmente aqueles emitidos em sede de interpretação conforme – acaba por violar manifestamente a norma jurídica, sendo que em ambos os casos, por expressa construção legislativa, não há formação da coisa julgada material, ou, ainda que assim não fosse, o título judicial nela consubstanciado não seria exigível (CPC, art. 525 § 12).

Entretanto, há expressa previsão legal no sentido de que a decisão judicial transitada em julgado em momento anterior ao pronunciamento do STF, faz coisa julgada material e que sua exigibilidade persiste até que haja corte rescisório, consagrando-se, assim, uma nova hipótese de cabimento de ação rescisória: aquela para a desconstituição de decisão fundada em norma jurídica declarada inconstitucional ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis

⁵⁶⁵ Ao mesmo tempo em que o dispositivo parece avançar ao dizer que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, estabelece, depois da vírgula, “observando-se as disposições deste Código”, fazendo parecer que é a Constituição quem deve submissão às disposições do CPC.

com a CF/88 (CPC, art. 525, § 15), que nada mais é do que um desdobramento natural da hipótese contemplada no inciso V do art. 966 do CPC.

Vindo ao mundo jurídico esse texto de lei, imediatamente a doutrina se debruçou sobre o assunto, isto porque, não são incomuns os casos em que a decisão do STF sobre determinada matéria seja tomada 5 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) anos após o trânsito em julgado da decisão. Argumentam os doutrinadores que ausência de uma limitação temporal máxima, ao exemplo do que se dá em relação à ação rescisória calcada em prova nova, implicaria em um fomento à insegurança jurídica, sendo novamente sugerido o limite máximo de 2 (dois)⁵⁶⁶, 5 (cinco)⁵⁶⁷ e 10 (dez) anos⁵⁶⁸.

Um breve retrospecto sobre a história da norma em comento permite uma melhor compreensão sobre as razões pelas quais essa veio ao mundo jurídico e as razões pelas quais o legislador, aparentemente, optou por não impor o prazo restritivo de 5 (cinco) anos.

Era relativamente comum que determinada decisão passasse em julgado e produzisse coisa julgada material embasada em determinados dispositivos ou interpretações posteriormente declaradas inconstitucionais pelo STF. Quando a decisão do STF se dava dentro do biênio posterior ao trânsito em julgado da decisão em que se formara a coisa julgada, imediatamente se propunha a ação rescisória e isso não gerava maiores consequências práticas.

A controvérsia jurídica se instaurava nos casos em que a decisão do STF era pronunciada quando transcorrido o prazo de 2 anos, genericamente conferido pelo CPC/73. Nesse caso, embora a coisa julgada fosse contrária à CF, o prazo para ajuizamento da ação rescisória havia esvaído, restando ao vencido apenas o sentimento de frustração de ter de cumprir uma decisão contrária à ordem constitucional.

Lidando com esse problema, em 24.08.2001, por força da MP 2.180-35, reeditada pelo então presidente da república Fernando Henrique Cardoso, foram inseridos na CLT (art. 884, § 6º) e no CPC/73 (art. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único), três dispositivos idênticos que atestavam ser “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”, numa clara intenção de fazer com que o trânsito em julgado de decisões de mérito não produzissem um de seus efeitos mais próprios, a exigibilidade⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ BIZARRIA, 2021, p. 260.

⁵⁶⁷ SANTOS, 2021, p. 214.

⁵⁶⁸ CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 487.

⁵⁶⁹ SILVA, 2015, pp. 247-248.

A medida provisória foi objeto de arguição de inconstitucionalidade por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 2418-DF) que, pugnou pela declaração de inconstitucionalidade dos arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único do CPC, sem fazer qualquer menção ao art. 884, § 6º da CLT⁵⁷⁰, sendo decidido que:

São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda⁵⁷¹.

Embora o resultado tenha sido pela improcedência da ação, em verdade, houve acolhimento parcial, pois restou assegurado que o entendimento só seria compatível com a CF/88 caso a decisão exequenda tivesse transitado em julgado depois de a matéria ter sido decidida pelo STF, sendo declarado, portanto, inconstitucional o dispositivo que visava tornar inexecutível um título judicial formado em sentença transitada em julgado antes da solução por parte do STF, por isso a constatação de procedência parcial.

Retomando a marcha histórica, o novo CPC, quando promulgado, já havia corrigido a imperfeição denunciada. A norma só seria constitucional no caso de formação do título executivo se desse em momento posterior à decisão do STF e, a fim de corrigir o inconveniente da intempestividade da ação rescisória calcada nessa hipótese, acresceu-se que o prazo só seria contado do dia imediatamente posterior ao trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

Não havia, portanto, qualquer intenção legislativa na restrição do prazo, por isso não adotada a solução do limite de 5 (cinco) anos, e mais, isso não atenta, por si só, contra o postulado da segurança jurídica, isto porque, as leis que regem o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade ou das arguições de descumprimento de preceito fundamentais (Lei n. 9.868/1999 e Lei n. 9.882/1999) em seus

⁵⁷⁰ Coincidentemente, diferente do que ocorre no processo civil, em que as partes, em tese, estão em pé de igualdade, portanto seria sustentável que o dispositivo tivesse vantagens e desvantagens para todos, pois qualquer delas é ordinariamente executada, no processo do trabalho a inovação só se prestou a favorecer o poder econômico e, até a presente data, repousa tranquilamente em nosso sistema jurídico, sem ser incomodado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados.

⁵⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2418/DF**. Relator: Min. Teori Zavascki, 4 de maio de 2016, s.p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310738708&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

artigos 27 e 11, respectivamente, são expressas em possibilitar ao STF a modulação dos efeitos das decisões tomadas, o mesmo se dando em relação ao controle difuso (CPC, art. 525, § 13).

No caso das ações rescisórias ajuizadas com fundamento no art. 525, § 15 do CPC, significa dizer que o legislador incumbiu ao STF a tarefa de tutelar a segurança jurídica, ofertando-o como instrumento, a possibilidade de modular suas decisões e isso não é de modo algum contrário à tutela desse valor, pois se a segurança jurídica, sob esse viés, procura proteger uma justa expectativa de razão jurídica, esse elemento deve estar concretamente presente.

No contexto de *experimentabilidade* da atividade legislativa⁵⁷², onde regras jurídicas são produzidas sem maiores reflexões, por vezes, a legislação atenta de modo aberto contra os comandos da constituição⁵⁷³, inclusive com claras sinalizações do STF nesse sentido.

Contraditando a tese de que a indeterminação no prazo para ajuizar ação rescisória atentaria contra segurança jurídica e que, por isso, seria necessária a adoção do prazo de 5 (cinco) anos previsto para as hipóteses de ação rescisória calcada em prova nova, Júlio Bebbber afirma que:

Não me parecem corretos, porém, tais raciocínio. O silêncio não decorreu de descuido. Foi proposital (silêncio eloquente). Se nenhum direito (inclusive direitos fundamentais) é absoluto, como de longa data e reiteradamente decide o STF, por que razão a segurança jurídica haveria de ser exceção? Sob a perspectiva objetiva, a supremacia da Constituição Federal justifica a instabilidade da coisa julgada de decisão fundada na aplicação de lei ou ato normativo declarado inconstitucional ou incompatível com a CF em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso pelo STF⁵⁷⁴⁻⁵⁷⁵.

Nesse caso da ação rescisória para a desconstituição de decisão fundada em norma jurídica declarada inconstitucional ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a CF, a tutela da segurança jurídica no viés da legítima expectativa, foi confiada pelo legislador ao próprio STF. É o STF quem verificará, casuisticamente, o impacto de suas decisões e decidirá pela necessidade ou não de modulação de seus efeitos, podendo resultar dessa modulação que nem mesmo haja direito à propositura da ação rescisória.

⁵⁷² ÁVILA, 2021, p. 65.

⁵⁷³ Nesses casos parece que a experiência consiste em aferir os frutos que se pode colher do período em que a norma viger antes de ser declarada inconstitucional, isto é, por quanto tempo e qual os benefícios podem ser extraídos.

⁵⁷⁴ BEBBBER, 2021, p. 116.

⁵⁷⁵ No mesmo sentido, Eduardo Talamini afirma que “os provimentos que afrontam os valores mais caros a uma dada ordem jurídica não merecem dessa ordem respaldo para se tornar absolutamente imunes à revisão. Eis, em síntese, a explicação jurídica do princípio canônico da 'não-passagem em julgado' E é precisamente essa a ideia que está na base dos discursos da relativização da coisa julgada e do repúdio à coisa julgada inconstitucional - temas que estão na ordem do dia do processo civil brasileiro” (TALAMINI, E. Eficácia e autoridade sentença canônica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 107, jul./set. 2002, p. 60).

3.5.4 Termo inicial e trânsito em julgado progressivo

Já temos firmado a compreensão de que quando determinada decisão não mais puder ser modificada por força de qualquer recurso ou mesmo pelo reexame necessário, isto é, quando não mais puder sofrer qualquer alteração de conteúdo, tem vez o trânsito em julgado, sendo que, no dia seguinte ao seu evento, estará aberta a via da ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada.

O problema que se apresenta é que o *caput* do artigo 975 do CPC, ao afirmar que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”, se, interpretado de modo literal, sugere que, numa hipótese de cumulação objetiva simples, não obstante diversos outros capítulos da sentença já estivessem acobertados pela autoridade coisa julgada, o ajuizamento da ação rescisória dependeria do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, pouco importando o fato de que tal capítulo não tivesse qualquer influência sobre os demais.

Em torno dessa questão, a doutrina se dividiu em três correntes, a principiar por aquela que nega a possibilidade de formação progressiva da coisa julgada, portanto, abonando a redação legal e destacando que, de fato, não obstante a cumulação objetiva simples e ausência de recurso sobre alguns desses capítulos, o trânsito em julgado só se operaria em uma única vez para todas as partes, quando escoado o prazo recursal para a impugnação da última decisão proferida no processo⁵⁷⁶.

Uma segunda corrente, atenta ao fato de que a norma é sempre produto de atividade interpretativa, estando este exercício sujeito a métodos, interpreta o dispositivo como fazendo menção à última decisão proferida no capítulo da sentença⁵⁷⁷, o que se têm chamado de trânsito em julgado progressivo⁵⁷⁸, ou formação progressiva da coisa julgada⁵⁷⁹.

A terceira corrente, por sua vez, embora assinta na tese de que o trânsito em julgado pode se operar de modo progressivo, propõe que o termo do art. 975 do CPC é final e não inicial, de modo que, mesmo formada a coisa julgada e aberta a via da ação rescisória, essa poderia ser intentada a qualquer tempo, desde que observado o biênio extintivo do direito à rescisão, este sim, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ ASSIS, 2021, p. 275; CÂMARA, 2022, pp. 485-486; THAMAY, 2023, 427.

⁵⁷⁷ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 843-844; DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 595-596; BEBBER, 2021, pp. 117-118.

⁵⁷⁸ ALVIM, 2021, p. 1197.

⁵⁷⁹ A formação da coisa julgada progressiva reflete, à toda evidência, aquilo que Coqueijo Costa denominou “princípio da incolumidade do separável” (COSTA, 1978, p. 406).

⁵⁸⁰ BUENO, 2021a, p. 500; ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 185; ALVIM, A., 2021, p. 1197.

A contenda em torno da interpretação do *caput*, do art. 975 do CPC, iniciada quando a questão era disciplinada pelo art. 495 do CPC/73, a respeito da possibilidade ou não da formação progressiva da coisa julgada, não se limitou ao âmbito doutrinário, levando dois Tribunais Superiores, o STJ e o TST, a editarem enunciado de jurisprudência uniforme em sentidos, aparentemente, conflitantes.

O enunciado 401 do STJ expressa a tese no sentido de que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”⁵⁸¹, ao passo que o item II do enunciado 100 do TST traz a compreensão de que:

Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial⁵⁸².

Mas afinal, qual dos entendimentos pode ser tido como mais adequado? Haveria, de fato, conflito entre os enunciados? Em havendo conflito entre o entendimento do STJ e do TST, considerando a integridade do direito, qual desses entendimentos deverá prevalecer? A resposta a essas indagações passa pela análise dos argumentos utilizados.

Diversamente do que afirma a primeira corrente, no novo ordenamento jurídico processual, o trânsito em julgado progressivo deixou de ser controvertido, isto porque, o legislador, ao adotar a técnica de decisões parciais de mérito, fez expressa menção ao trânsito em julgado dessas decisões, uma vez que são recorríveis de imediato por meio de agravo de instrumento (CPC, art. 356, §§ 3º e 5º).

Tais dispositivos devem ser interpretados à luz da própria definição de coisa julgada material, no sentido de que esta compreende “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (CPC, art. 502). Negar o trânsito em julgado progressivo diante da possibilidade de decisão parcial de mérito, com recorribilidade em apartado e imediata, portanto, seria uma renúncia à lógica sistematizada no CPC, ao superar a unidade da sentença.

Também o conflito entre os enunciados 401 do STJ e 100, II do TST é aparente, pois tratam de circunstâncias diversas, o que é de extrema relevância na medida em que a aplicação de súmulas ou precedentes “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar

⁵⁸¹ Súmula 401/STJ.

⁵⁸² WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp. 843-844; DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 595-596; BEBBER, 2021, pp. 117-118.

que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” equivale a uma decisão carente de fundamentação (CPC, art. 489, § 1º, V).

Se observados os precedentes que deram origem ao enunciado 401 do STJ, o que se perceberá, imediatamente, é que nenhum deles trabalha com a questão do trânsito em julgado progressivo, se limitando a abordar o problema dos recursos não conhecidos:

É bem verdade que a Súmula 401 também parece desautorizar o exposto no parágrafo anterior, no sentido da possibilidade de diferentes capítulos da sentença transitarem em julgado em momentos diferentes. Os temas, de fato, foram indevidamente embaralhados em alguns julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça, posteriores à edição de tal enunciado sumular. Mas o exame dos precedentes que deram origem ao enunciado confirma que todos tinham em vista o problema do não conhecimento do recurso. É nesse sentido que se deve interpretar o art. 975, *caput*, do CPC/2015, cuja redação inspirou-se na do enunciado de Súmula ora referido⁵⁸³.

Em que pesem essas ponderações, o que se tem de concreto é que a jurisprudência do STJ tem se inclinado para a tese de que a coisa julgada se forma em apenas uma ocasião, de modo que, apenas após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo é que seria viável o uso da ação rescisória, não sendo esse, todavia, o entendimento seguido pelo STF que, após firmar tese no sentido de que “os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso” reformou decisão do STJ que se omitiu de considerar a coisa julgada progressiva quando da análise do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória⁵⁸⁴.

Fica demonstrado o conflito entre a jurisprudência do STJ e do TST em torno da matéria, e inobstante o STF tenha, em algumas oportunidades, adotado a compreensão do TST, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição sugerem deva prevalecer o entendimento do STJ, porquanto seria deste o papel constitucional de dar a última interpretação sobre a lei federal⁵⁸⁵.

No que respeita a primazia do STJ acerca da interpretação final da lei federal, é de se questionar sobre o acerto dessa afirmação, isto porque, não obstante a legislação eleitoral e trabalhista sejam igualmente federais, não é o STJ intérprete natural de tais comandos. De igual modo, é de se verificar que, mesmo tendo a CF/88 incumbido ao STJ solucionar a maioria dos conflitos de competência (CF/88, 105, I, “d”)⁵⁸⁶, não o dotou do papel de árbitro das cizânias interpretativas envolvendo a lei federal, quando dissonantes os entendimentos de Tribunais

⁵⁸³ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 844.

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 666.589**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 3 de junho de 2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁸⁵ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 188.

⁵⁸⁶ Mesmo nos casos de conflito de competência, pelo simples fato de que estas – as competências – estão previstas e delimitadas na Constituição Federal, sempre será do STF a última palavra.

Superiores, sobre os quais não detém jurisdição.

Portanto, embora o STJ seja o intérprete ordinário da legislação federal comum, não é sua a última palavra em tomo do conteúdo normativo dessas leis. É bastante para essa constatação a leitura da CF/88, pois, tratando da edição de enunciados de súmula vinculante, dele consta que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (CF/88, art. 103-A, § 1º).

Todas as vezes que, em decorrência de conflito interpretativo em torno de determinada disposição legal, a segurança jurídica, em parte alcançada pela unidade do ordenamento, for posta em risco, o STF terá a incumbência de intérprete final da legislação federal, seja ela comum ou especial.

O conflito interpretativo envolvendo o *caput* do art. 975 do CPC, no que respeita a possibilidade ou não do trânsito em julgado progressivo e, conseqüente, o impacto dessa tese no termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, tem feito com que o jurisdicionado, a depender do ramo em que litigue, receba tratamento diverso, inaugurando, com isso, um cenário de enorme insegurança, tudo a aconselhar que o STF seja chamado a se pronunciar, em definitivo, sobre o tema, especialmente porque já deu indicativos de que a questão “possui dimensão constitucional”⁵⁸⁷.

O *caput* do art. 975 do CPC foi pensado a partir das experiências ordinárias da jurisdição comum, já que no processo comum, onde a cumulação objetiva quase não ocorre, e, quando ocorre, não passa nem de largo do que se dá nas lides trabalhistas, a discussão não chega a tais termos, pois que o trânsito em julgado normalmente opera sobre um único capítulo, daí porque a súmula 100 item II do TST já fazia uma interpretação adaptada às experiências do processo do trabalho, marcado que é, em regra, pela cumulação objetiva (pedido de horas extras, intervalo intrajornada, adicional de transferência, adicional de insalubridade, danos morais, danos materiais, estornos etc...).

Ao interpretar o *caput* do art. 975 do CPC de modo literal, quem o faz deve estar disposto a manter que, o prazo para a propositura da ação rescisória poderia ocorrer, tanto em momento imediatamente após a sentença liminar de improcedência, quanto após a decisão de extinção do cumprimento de sentença ou execução, pois desde o advento da Lei n. 11.231/2005, o legislador estatuiu o processo sincrético, onde o antigo processo de conhecimento e processo

⁵⁸⁷ Trecho extraído das manifestações do Min. Luís Roberto Barroso quando do julgamento do RE 666.589 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014, s.p.).

de execução foram convertidos em simples fases processuais, remanescendo o processo de execução apenas para os títulos executivos extrajudiciais.

Não é por outra razão que § 1º do art. 203, do CPC, ao conceituar sentença, diz tratar-se de pronunciamento que, nas hipóteses previstas, “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Seria um inconveniente intransponível que assim se interpretasse o *caput* do art. 975 do CPC, notadamente num país onde se tem notícia de que um processo, cuja a fase de conhecimento durou 125 anos, como é célebre caso envolvendo a extinta família real brasileira e a União, em torno da propriedade do Palácio da Guanabara⁵⁸⁸.

Havendo cumulação simples de pedidos mediatos e, sendo qualquer deles resolvido por decisão interlocutória de mérito não atacada imediatamente, opera-se a preclusão; o trânsito em julgado atinente a esse capítulo, e, no dia seguinte, estará formada a coisa julgada material, passível de cumprimento definitivo.

O cumprimento processado, certamente importará em atos materiais tendentes à expropriação de bens, dinheiro ou sujeição do executado ao cumprimento dos comandos decisórios, de modo que negar-lhe o imediato acesso à via rescisória, consubstanciará flagrante hipótese de inconstitucionalidade por afronta ao direito de ação⁵⁸⁹ e até mesmo à coisa julgada, que deixaria e produzir um dos seus efeitos; o da abertura da via rescisória⁵⁹⁰.

Com relação à terceira corrente doutrinária, a que propõe que o termo do *caput*, do art. 975 do CPC é final e não inicial, de modo que, mesmo formada a coisa julgada e aberta a via da ação rescisória, essa poderia ser intentada a qualquer tempo, desde que observado o biênio extintivo do direito de rescisão, que seria contado, este sim, trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, além de não se atentar para a questão de que a última decisão no processo pode ser a que extingue a execução, opera em contradição às justificativas dadas para a ação calcada em prova nova, simulação ou colusão das partes, já que para justificar a legalidade do prazo diferenciado para essas hipóteses, as razões expostas estão vinculadas ao desconhecimento das circunstâncias, o que impediria a propositura da ação e, por isso, não poderia fluir qualquer prazo.

Não é possível, sem prejuízo da coerência, sustentar que a parte, mesmo conhecendo a

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ARE 1250467-AgR**. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de junho de 2020, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁸⁹ Há quem sustente que o direito de ação, em verdade, corresponderia ao direito de petição, e nessa perspectiva o adequado seria falar em violação ao direito de petição.

⁵⁹⁰ THEODORO JR., H. A ação rescisória no novo código de processo civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte: Fórum, n. 90, 2015, p. 305.

possibilidade do uso da ação rescisória e estando esta via aberta, reserve-se no direito de propô-la em observância única e exclusiva de sua conveniência, sem considerar os diversos inconvenientes que a duração da coisa julgada material poderia irradiar na esfera de direitos de outras pessoas. Essa solução, sim, parece comprometer, inequivocamente, o postulado da segurança jurídica.

Fredie Didier e Leonardo da Cunha acrescentam que haveria inconstitucionalidade também por ofensa à isonomia, na medida em que, transitado em julgado o capítulo passível de rescisão, o autor imediatamente teria contra si o curso da prescrição executiva, porém, se validada a compreensão de que mesmo formada a coisa julgada e aberta a via da ação rescisória, esta poderia ser intentada a qualquer tempo, desde que observado o biênio extintivo do direito de rescisão, que seria contado, este sim, trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, a lei estaria dando tratamento desigual às partes:

Se há coisa julgada parcial, há possibilidade de execução definitiva desta decisão (art. 356, § 2º, CPC); se o credor não promover a execução dentro do prazo prescricional, sua pretensão será encoberta pela prescrição. A coisa julgada parcial faz disparar, em desfavor do credor, o início do prazo prescricional, mas não faria disparar em desfavor do devedor, o início do prazo decadencial para propor a ação rescisória? O credor passa a ter um prazo para executar; o devedor, um prazo indefinido para propor a ação rescisória. Essa situação, é claramente uma ofensa ao princípio da igualdade⁵⁹¹.

Não fosse essa a adequada interpretação a se conferir ao *caput* do art. 975 do CPC, o § 3º do art. 966, ao dispor que “a ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão”, seria carente de conteúdo normativo, pois encerraria uma mera obviedade. Por isso, parece adequada a interpretação dada àquele dispositivo, no sentido de que o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo deve ser interpretado como sendo o trânsito em julgado da última decisão proferida no capítulo rescindendo, aliás, a única constitucionalmente aceita⁵⁹².

Uma das razões pela qual o legislador, ao editar o texto do art. 966 do CPC, ampliou o rol de decisões rescindíveis, substituindo a expressão “sentença” por “decisão de mérito”, não pode ter sido orientada por uma teleologia diversa daquela que reconhece a possibilidade de decisões interlocutórias que apreciam o mérito e que se não atacadas por recurso em apartado e de imediato, transitam em julgado com a aptidão de produzir a coisa julgada material⁵⁹³.

A compreensão acima reflete, com exatidão, os debates havidos no parlamento em torno do tema, o que pode ser extraído das linhas do parecer apresentado em 02.07.2013 pelo

⁵⁹¹ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 595-596.

⁵⁹² THEODORO JR., H. **Curso de direito processual civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 3, p. 769.

⁵⁹³ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 549.

Deputado Paulo Teixeira, que funcionou como relator na Câmara dos Deputados dos projetos de lei que revogavam o CPC/73, substituindo-o pelo CPC/2015, isto porque, de suas conclusões, consta expressamente que:

Sabe-se que o caminho da ação rescisória não se restringe a sentenças e acórdãos. Há também cabimento contra decisões monocráticas proferidas por relatores. Há o cabimento e haverá, certamente, contra decisões interlocutórias previstas no projeto do novo Código de Processo Civil, que versam sobre o mérito e, portanto, considera que uma adequação técnica para evitar maiores discussões seria indicada⁵⁹⁴.

Ainda em torno da disputa doutrinária e jurisprudencial envolvendo a possibilidade ou não da formação progressiva da coisa julgada e, conseqüentemente, os impactos dessa tese no prazo inicial para a propositura da ação rescisória, registra o parecer (fls. 307-308):

A alteração do sujeito do *caput* do art. 919 é importante, pois qualquer decisão de mérito, e não apenas as sentenças ou os acórdãos, podem ser objeto de ação rescisória. Decisões interlocutórias (p. ex.: art. 278, II, do projeto) e decisões monocráticas em tribunal (art. 888, IV e V, do projeto) podem ser decisões de mérito e, portanto, rescindíveis. [...] Altera-se também o § 3º uma vez que o projeto permite decisões parciais de mérito. Deve, pois, regular o modo como se conta o prazo da respectiva ação rescisória, pondo fim, assim, a intensa polêmica doutrinária e jurisprudencial. Altera-se o § 4º tendo em vista que o projeto, seguindo a tradição do direito brasileiro, permite recurso parcial. Assim, há trânsito em julgado do capítulo não impugnado, a partir de quando deve contar-se o prazo para a ação rescisória. Consagra-se a solução alvitada pelo TST (n. 100, II, da súmula da sua jurisprudência) (SENADO FEDERAL, 2013, s.p.).

Diante disso, nos termos já consagrados no item II do enunciado 100 da Súmula de jurisprudência uniforme do TST:

Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial⁵⁹⁵.

3.5.5 Trânsito em julgado e recurso inadmitido

Há disputa doutrinária e jurisprudencial em torno do prazo para ajuizamento da ação rescisória em caso de recurso inadmitido. Isso decorre do fato de que, por vezes, o juízo de admissibilidade recursal se dá em momento posterior ao transcurso do que seria o biênio

⁵⁹⁴ SENADO FEDERAL. **Projetos de Lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013, s.p.. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em: 2 set. 2022.

⁵⁹⁵ Súmula 100, II/TST.

extintivo do direito à rescisão. A respeito do tema, o STF já manifestou no sentido de que o recurso não admitido não teria o condão de protrair o termo inicial do prazo decadencial, de modo que, a eficácia do juízo de admissibilidade, para além de declaratória, operaria efeitos retroativos, fazendo com que o prazo decadencial se deflagra-se imediatamente à decisão que reputara inadmissível o recurso interposto⁵⁹⁶.

Em sentido contrário ao entendimento do STF, a jurisprudência do STJ e do TST têm distinguido entre as razões pelas quais o recurso teria sido inadmitido, firmando-se no sentido de que, mesmo declarado inadmissível, o recurso interposto teria o condão de protrair o termo inicial do prazo decadencial para a parte ajuizar a ação veiculando a pretensão de corte rescisório. Adota-se a compreensão de que, muito embora o juízo de admissibilidade recursal tenha, de fato, natureza declaratória, os efeitos dessa declaração seriam, para efeitos processuais, sempre *ex nunc*⁵⁹⁷, reservando a eficácia retroativa, própria dos pronunciamentos declaratórios, apenas para os casos em que demonstrada a intempestividade do recurso ou interposição de recurso inexistente.

Para além da doutrina majoritária, o entendimento dessas cortes superiores tem sido no sentido de ser necessário aferir o elemento anímico do recorrente, uma vez que tanto nos casos de intempestividade como nos casos de interposição do recurso inexistente, seria necessária a demonstração de má-fé do recorrente para a subtração da eficácia prospectiva da declaração de inadmissibilidade recursal. Essa é a compreensão que anima o item II do enunciado 100 do TST ao afirmar que “salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial”⁵⁹⁸.

Interpretando o verbete em sua dimensão inversa, o que temos é que, todas as vezes que houver dúvida razoável, melhor dizendo, não demonstrada má-fé da parte, a intempestividade ou inadmissibilidade aferidas, protraem o termo do prazo decadencial para a data em que transitar em julgado esse juízo de admissibilidade negativo.

Júlio Bebbler faz leitura divergente a respeito da jurisprudência dominante, expondo que em sua compreensão, em regra, a inadmissibilidade do recurso deflagraria o prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória, sendo a questão da tempestividade e do cabimento, exceções, chegando a sugerir, como estratégia de litigância, o ajuizamento de uma ação rescisória condicional, com, pedido de suspensão de seu processamento imediatamente após a

⁵⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR-1472-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de setembro de 2007, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁹⁷ BUENO, 2021a, p. 504.

⁵⁹⁸ Súmula 100, II/TST.

citação do réu, por aplicação analógica do art. 313 do CPC⁵⁹⁹.

Objetando esse entendimento, Arakem de Assis afirma que:

O inconveniente da tese, no tocante ao prazo da rescisória, revela-se manifesto. Não se mostraria razoável exigir do recorrente o ajuizamento da rescisória *in eventum*, antecipando a eventual juízo de inadmissibilidade, porque retroativa (*ex tunc*) a declaração de intempestividade. Na verdade, pois, no direito brasileiro os efeitos dessa peculiar declaração operam *ex nunc*. Conforme decidiu o STJ, "estabelecer que o prazo para a ação rescisória teria início antes do último pronunciamento judicial sobre a admissibilidade do recurso interposto geraria situação de inegável instabilidade no desenrolar processual, exigindo da parte o ajuizamento de ação rescisória 'condicional', fundada na eventualidade de uma coisa julgada cuja efetiva ocorrência ainda não estaria definida". Por isso, "mesmo sendo intempestivo o último recurso julgado, o prazo decadencial da ação rescisória somente se inicia quando não for cabível nenhum recurso do último pronunciamento judicial, salvo na hipótese de má-fé⁶⁰⁰.

As condições de processamento da ação rescisória são aferíveis no momento de sua propositura⁶⁰¹, sendo essa a racionalidade trazida no item III do enunciado 299 do TST no sentido de que “a comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda é pressuposto processual indispensável ao tempo do ajuizamento da ação rescisória”, e que “eventual trânsito em julgado posterior ao ajuizamento da ação rescisória não reabilita a ação proposta, na medida em que o ordenamento jurídico não contempla a ação rescisória preventiva”⁶⁰². Para além do inconveniente risco de sucumbir e além de pagar honorários de sucumbência, perder o oneroso depósito requerido para o ajuizamento da ação⁶⁰³, a sugestão atenta contra valores caros do processo como a economia e eficiência, e foi exatamente o que quis evitar o STJ ao editar o enunciado 401, no sentido de que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”, o que se pode extrair dos próprios precedentes que deram origem ao enunciado⁶⁰⁴.

Assim, exceto se demonstrada a má-fé do recorrente, numa tentativa de ressuscitar a fluência de prazo recursal já expirado, interpondo recurso manifestamente intempestivo ou

⁵⁹⁹ BEBBER, , p. 125.

⁶⁰⁰ ASSIS, 2021, pp. 276-277.

⁶⁰¹ Promulgado o CPC/2015, parte da doutrina, apreçou-se no sentido de que na nova ordem processual não haveria mais espaço para se falar em condições da ação, a isso, Wambier e Talamini contraditam, afirmando que, a adoção da teoria que não via razão em distinguir “pressupostos processuais” e condições da ação, reunindo as duas categorias na expressão pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional, não equivale a afastar a compreensão de que o exercício do direito de ação continua subordinado a determinadas condições (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 219).

⁶⁰² Súmula 299 do TST.

⁶⁰³ Na ação rescisória processada perante a justiça comum, o depósito prévio equivale a 5% do valor da causa, ao passo que a mesma ação, quando processada perante a Justiça do Trabalho reclama um depósito na ordem de 20% sobre o valor da causa.

⁶⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 401**. Brasília, DF: Corte Especial, 2009, s.p. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_37_capSumula401.pdf. Acesso em: 5 set. 2022.

absolutamente estranho ao ordenamento jurídico nacional, o recurso inadmitido por qualquer outra razão, tem o condão de protrair o termo inicial do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória que só poderá ser contado da data em que a decisão de admissibilidade negativa transitar em julgado.

3.5.6 Termo inicial e intimação das partes em datas distintas

Se há controvérsia doutrinária e jurisprudencial em relação à formação progressiva da coisa julgada, o mesmo não ocorre em relação à questão do trânsito em julgado da decisão, no caso em que a intimação das partes se dá em datas distintas, em que se tem sustentado que “ocorrerá na data da última intimação realizada nos autos se a decisão não comportar recurso ou não mais comportar recurso, ou ao término do prazo recursal da parte, por último intimada da decisão”⁶⁰⁵.

Essa doutrina, sem embargos de não ser exata, opera em arbitrariedade, pois não revela as razões de ordem científica pelas quais alcança essa compreensão, aparentando-se, em muito com um enunciado normativo que dispusesse no mesmo sentido, com a agravante de que os textos de lei, em razão do processo legislativo, ainda que de modo sucinto, exigem um fundamento para que a proposta tramite e, ao final, caso aprovada, se converta em lei.

Há uma razão lógica, pela qual, em princípio, o trânsito em julgado de um determinado capítulo ocorra para as duas partes em um só momento, porém a análise da casuística serve ao propósito de revelar a inexatidão da lição. Mesmo havendo intimação em datas distintas, o que acabaria por fazer com que os prazos recursais fossem distintos, mesmo que a parte cujo prazo se encerrou antes não intente recurso, não haverá trânsito em julgado imediato.

Ainda que seu interesse recursal se restrinja a um capítulo autônomo, no qual apenas seu interesse estivesse em questão, sendo o recurso intentado pela outra parte em relação a outro capítulo, abrir-se-á prazo para a apresentação das razões de contrariedade, ocasião em que, em

⁶⁰⁵ BEBBER, 2021, p. 125.

algumas situações previstas em lei⁶⁰⁶⁻⁶⁰⁷, a via recursal se reabrirá, onde será possível a interposição adesiva do recurso⁶⁰⁸.

Por essa razão, havendo intimação em datas distintas para as partes, apenas quando esgotado o prazo maior, sem a interposição de recurso, é que haveria trânsito em julgado. Isso, todavia, não se confirmaria na hipótese de qualquer das partes apresentar, logo após sua intimação, petição informando renúncia ao direito de recorrer, que na lição de Barbosa Moreira, pode ser feito com a ressalva da possibilidade de interposição adesiva⁶⁰⁹.

Se a parte “a”, no dia de sua intimação manifesta desistência do direito de recorrer, o recurso interposto por “b” não reabilitará seu direito de recorrer, nem de modo adesivo, de maneira que se o capítulo for totalmente independente daquele que veiculado na devolução de “b”, o trânsito em julgado para a parte “a”, em relação a esse capítulo, operou-se no exato momento em que protocolada a petição contendo a renúncia ao prazo recursal.

Se, por outro lado a parte, “b”, detentora do maior prazo recursal o renuncia na data de sua intimação, a parte “a” não terá como interpor recuso adesivo, de modo que, não interposto o recuso no prazo contado do dia de sua intimação, haverá trânsito em julgado contra si, ao passo que, contra a parte “b”, o trânsito em julgado já teria ocorrido no ato de renúncia ao prazo recursal, já que a renúncia é preclusão lógica do direito de recorrer⁶¹⁰.

O trânsito em julgado de uma decisão, que corresponde ao fenômeno imodificabilidade e/ou inalterabilidade, só se opera quando a decisão, não comportar nenhuma via de alteração *endoprocessual*, seja por meio de recurso ou de remessa necessária. Em razão disso, na maioria das vezes, em que houver intimação das partes com datas distintas, apenas quando transcorrido em aberto o prazo recursal da parte intimada por último é que haverá trânsito em julgado, em razão da possibilidade de recurso pela via adesiva, o que não se confirma no caso de desistência expressa do prazo recursal.

⁶⁰⁶ O art. 997, § 2º, II elenca a apelação, o recurso extraordinário e o recurso especial como espécies recursais em que haveria possibilidade de interposição adesiva. A interpretação literal desse dispositivo acabaria por excluir a possibilidade de interposição adesiva do Agravo de Instrumento em decisão proferida em execução, que nada mais é do que um recurso congênere em sede de execução/cumprimento de sentença.

⁶⁰⁷ O TST tem enunciado de súmula (283) no qual se atesta a compatibilidade da recorribilidade adesiva como processo do trabalho, “nas hipóteses de interposição de recurso ordinário, de agravo de petição, de revista e de embargos, sendo desnecessário que a matéria nele veiculada esteja relacionada com a do recurso interposto pela parte contrária”.

⁶⁰⁸ Júlio Bebber esclarece que adesividade é a modalidade de interposição de um recuso e não o seu nome no ordenamento jurídico (BEBBER, 2020, p. 478).

⁶⁰⁹ MOREIRA, 2008, pp. 344-345.

⁶¹⁰ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 144.

3.5.7 Termo inicial e parte originária com privilégio de prazo

O CPC, em razão da prevalência do interesse público, aponta que o Ministério Público, os Entes Federados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública, salvo disposição expressa em sentido contrário, gozarão de prazo em dobro para suas manifestações, sendo importante destacar que, no caso dos entes políticos, em razão do valor que se pretende tutelar, ainda que patrocinados por advogados privados, gozam do benefício do prazo em dobro, talvez por isso, como titular desse benefício, conste expressamente Administração Pública e não apenas suas procuradorias.

Sustentar o contrário comprometeria a coerência orgânica do sistema, na medida em que desse privilégio desfrutavam os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito as entidades que prestam assistência jurídica gratuita em colaboração à Defensoria Pública.

Se justificativa para a extensão do privilégio da Defensoria Pública aos núcleos universitários de prática jurídica e entidades conveniadas reside no relevante papel de substituição, não há razões de ordem lógica para que o privilégio da Administração Pública não seja estendido àqueles que lhe promovam o patrocínio, pois que o vínculo jurídico entre a Administração e seu procurador é secundário, recordando que, para efeitos penais, sequer haveria essa cogitação, vez que “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (CP, art. 327, § 1º).

Também há previsão de que, havendo formação de litisconsórcio, sendo as partes patrocinadas por procuradores distintos e pertencentes a bancas distintas, os prazos para suas manifestações – e, logicamente a interposição de recursos – seriam contados em dobro. Embora a lei seja expressa, a leitura do § 1º do art. 229 conduz à compreensão de que o litisconsórcio mencionado no *caput* do artigo é do tipo passivo. Na posição ativa, há evidente cooperação entre os advogados constituídos, o não se pode presumir no polo passivo. Ademais, em tempos de processo eletrônico, é de se questionar a solução jurídica adotada pelo legislador⁶¹¹.

A CLT é silente em relação à aplicação do prazo em dobro para o caso de litisconsortes, sendo necessário dar destaque ao fato de que a jurisprudência consolidada do TST tem se

⁶¹¹ Para além desses casos de prazo privilegiado previstos no CPC/2015, Júlio Bebbber apresenta uma detalhada lista de privilegiados, contemplados em leis esparsas e decretos-lei. A lista é bastante extensa e contempla desde algumas empresas públicas de economia mista com capital majoritariamente público e atuação não concorrencial até santas Casas de misericórdia, valendo a leitura (BEBBER, 2020, pp. 128-130).

orientado no sentido de que o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 229 do CPC não são aplicáveis ao processo do trabalho, por conflitarem com a celeridade que lhe é inerente.⁶¹² De todo modo, havendo prazo em dobro para recorrer, ainda que para apenas uma das partes, apenas após sua fluência é que terá oportunidade, em regra, o trânsito em julgado.

3.5.8 Trânsito em julgado decisão irrecorrível

Uma vez proferida uma decisão judicial, não sendo o caso de remessa necessária ou não sendo interposto o recurso cabível, opera-se o trânsito em julgado. Júlio Bebber, atento ao fato de o trânsito em julgado consiste exatamente no fenômeno pelo qual uma decisão se torna inalterável/imodificável, tem sustentado que o trânsito em julgado de decisões irrecorríveis ocorre no dia em que foram publicadas:

A ausência de previsão de recurso *stricto sensu* (vg., arts. 831, parágrafo único, e 896-A, §§ 4º e 5º, da CLT; arts. 138; 950, § 3º; 1.001; 1.007, § 6º, 1.031, §§ 2º e 3º e 1.035 do CPC) suprime até mesmo a impugnação da decisão por embargos de declaração, conforme majoritário entendimento do TST. Assim, como afirmado em diversas passagens anteriores, o trânsito em julgado de decisões irrecorríveis ocorre no dia da publicação dessas⁶¹³ [...].

Os próprios exemplos trazidos não são os mais adequados para o debate sobre o tema. O 896-A, § 4º da CLT, diz respeito à irrecorribilidade no âmbito do próprio TST. Se esse tribunal tivesse o poder de dizer, em definitivo, que uma determinada controvérsia constitucional não seria revestida de transcendência e, por isso, se operasse de pronto o trânsito em julgado, haveria manifesta inconstitucionalidade pela usurpação de competência do STF, a quem caberá, sempre, a última palavra em torno da transcendência, relevância ou repercussão geral em torno de um tema constitucional.

Da mesma maneira, o § 5º do art. 896-A da CLT não parece ser indicado para a compreensão e debate em torno do problema, até mesmo, porque, fora declarado inconstitucional pela própria jurisdição trabalhista⁶¹⁴⁻⁶¹⁵, o mesmo se dizendo em relação ao art.

⁶¹² Orientação Jurisprudencial 310 da SBDI-1/TST.

⁶¹³ BEBBER, 2021, p. 126.

⁶¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal Pleno). **ArgInc 1000845-52.2016.5.02.0461**. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 17 de dezembro de 2020, s.p. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶¹⁵ No mesmo sentido já havida decidido a Min. Carmem Lúcia, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo por usurpar competência do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 35816**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 7 de fevereiro de 2020, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023).

1.001 do CPC, que se refere a despachos que, em razão da ausência de conteúdo decisório, não podem ser objeto de recurso, não porque o legislador tenha insistido em produzir um dispositivo totalmente carente de carga normativa, mas porque não há decisão a se reformar.

Abstraindo a controvérsia em torno da natureza jurídica dos embargos de declaração – sobre ter ou não, esse instrumento, natureza recursal⁶¹⁶ –, persiste, quase que integralmente, a lição de Barbosa Moreira, no sentido de que:

[...] qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração: é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior; proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial), de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressi verbis*, a qualifique como ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com ressalva implícita concernente aos embargos de declaração⁶¹⁷.

Essa lição de Barbosa Moreira foi perfeitamente assimilada pelo legislador ao dispor no artigo 26 da Lei n. 9.868/99 que “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”, mesma solução adotada no *caput* do art. 1.022 do CPC, ao confirmar que os embargos de declaração são cabíveis contra “qualquer decisão judicial”.

Não poderia ser diferente. O dever de motivação das decisões judiciais, implica, não só na mais completa prestação possível, mas que essa entrega seja clara e inteligível, possibilitando o conformismo ou irresignação das partes que, apenas da leitura de uma decisão com essas qualidades, poderá avaliar suas atuações⁶¹⁸.

Revisando todos os diplomas brasileiros, identifica-se apenas uma decisão efetivamente irrecorrível, que é aquela proferida no julgamento de segundos embargos de declaração em sede de recurso extraordinário, quando este e os embargos de declaração anteriores “houverem sido

⁶¹⁶ A doutrina disputa em torno da natureza recursal dos embargos de declaração. Flavio Cheim Jorge defende sua natureza recursal (JORGE, F. C. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2017, p. 395); Manoel Antonio Teixeira Filho diz trata-se de “medida de natureza saneadora” (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 1307); e, por fim, Dinamarco, quem pondera que natureza jurídica dos embargos de declaração tem íntima ligação com a finalidade perseguida por quem o maneja. Se a intenção do embargante for apenas obtenção de esclarecimentos no julgado, sem que isso importe em sua modificação, a natureza seria de uma medida saneadora, contudo, se a pretexto de denunciar vícios a intenção do embargante for a de infringir o julgado, revelar-se-á uma inequívoca natureza recursal (DINAMARCO, C. R. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183).

⁶¹⁷ MOREIRA, 2008, pp. 549-550.

⁶¹⁸ BUENO, 2021a, p. 661.

considerados protelatórios” (CPC/2015, art. 1.026, § 4º). Apenas nesse caso, por não ser possível a oposição de terceiros embargos, e por não haver outro recurso disponível no ordenamento brasileiro, é que se estará diante de uma decisão que, tão logo seja publicada, deflagrará o trânsito em julgado de imediato.

No demais casos, sempre será possível a oposição de embargos de declaração e, sendo possível essa medida, não haverá trânsito em julgado, sendo isso um dos principais efeitos dessa espécie recursal – o efeito obstativo⁶¹⁹⁻⁶²⁰, que impede a formação da coisa julgada, notadamente porque, um efeito acidental dos embargos de declaração é o modificativo, por isso, não há falar em trânsito em julgado, já que, eventualmente, o acolhimento dos embargos de declaração pode e, por vezes deve, provocar infringência do julgado. Do contrário, mais adequado seria expungir os embargos de declaração da ordem processual do que permitir que um juiz constatasse que sua decisão contém vícios de locução formal que não pudessem ser alterados.

3.5.9 Termo final para ajuizamento da ação rescisória

O prazo para o ajuizamento da ação rescisória é material⁶²¹ e, como tal, em regra, não se sujeita a qualquer espécie de impedimento, suspensão ou interrupção, fluindo de modo contínuo início ao fim⁶²², nada obstando que disposição legal em sentido contrário atribua, a determinadas circunstâncias, a eficácia impeditiva, interruptiva ou suspensiva de sua fluência ou consumação⁶²³.

Durante a vigência do CPC/73, mesmo diante da constatação de que o prazo seria peremptório, o TST, adotava posicionamento no sentido de que a decadência não era incompatível com a prorrogação do prazo para “o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o *caput*, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense” (CPC, art. 975, § 1º). O mesmo entendimento era compartilhado pelo STJ que, apreciando a matéria, posicionou-se no sentido de que “o termo final para ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia

⁶¹⁹ Segundo leciona Araken de Assis esse efeito no caso dos embargos de declaração é mais elástico do que nos demais recursos, pois “embora parcial o recurso, o efeito obstativo alcança todo o provimento impugnado” (ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: RT, 2017, p.738).

⁶²⁰ À exceção que ocorre nos embargos de declaração, em todos os recursos previstos no ordenamento brasileiro, o efeito obstativo estará atrelado à extensão e profundidade da devolutividade, esse sentido é o item II da súmula 100 do TST.

⁶²¹ Se o prazo possui natureza material, qualquer privilégio concedido, até mesmo à Administração Pública implicaria em manifesta ofensa ao artigo 5º, *caput* da CF/88.

⁶²² ASSIS, 2021, p. 283.

⁶²³ DINIZ, 2012, p. 259.

útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do juízo competente”⁶²⁴.

Esse entendimento, gestado em tempos de processo e protocolo físicos, tinha por racionalidade privilegiar o acesso do jurisdicionado à Justiça, pois se imaginava que, vencendo o prazo em dia que a jurisdição não estivesse com as portas abertas para o público externo, além do impeditivo ou embaraço para o protocolo, por vezes haveria impedimento ao acesso de cópias de documento necessários à propositura da ação, sendo essa compreensão facilmente extraída dos precedentes que deram origem ao item IX do verbete 100 do TST.

Essa argumentação sensibilizava a todos, menos a doutrina de Barbosa Moreira e a jurisprudência do STF que, interpretando o art. 495 do CPC/73, firmaram o entendimento de que, por se tratar de prazo decadencial, não sujeito de regra a qualquer suspensão ou interrupção, sua consumação se operaria mesmo que em dia de sábado, domingo ou feriado, sem qualquer possibilidade de prorrogação⁶²⁵⁻⁶²⁶.

A cizânia resta hoje inteiramente superada. Reproduzindo o conteúdo do item IX do enunciado 100 do TST, o § 1º do 975 CPC, ao dispor que “prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o *caput*, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense”, esterilizou o debate. Embora o prazo para o ajuizamento da ação rescisória seja decadencial, contando-se ininterruptamente até sua consumação, haverá prorrogação para o primeiro dia útil subsequente, todas as vezes que expirar em dias de recesso forense, feriados ou em dia que não houver expediente forense, desde que o tribunal tenha funcionado “em seu horário normal nesse dia”⁶²⁷.

Algumas observações ainda são necessárias, sendo a primeira delas a de que o art. 975 do CPC não faz menção alguma às “férias do advogado”, como ficou conhecido o período contemplado entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, e a razão é bastante simplificada, o prazo decadencial pertence à parte titular do direito material, não sendo extensível ao advogado.

É bastante comum que os tribunais brasileiros, em geral, adotem um recesso em parte do período compreendido acima. O artigo 62, I da Lei n. 5.010/66, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, converte em feriado os dias havidos entre 20 de dezembro e 06 de janeiro, inclusive para os Tribunais Superiores, o que, conduz à interpretação de que a regra se aplica à jurisdição eleitoral, trabalhista e militar, pois do contrário não haveria razões para

⁶²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **REsp 1.112.864-MG**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 17 de dezembro de 2014, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶²⁵ MOREIRA, 2008, p. 221.

⁶²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR 2.001-AgR-SP**. Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ: 26 de março de 2009, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶²⁷ SANTOS. U. P. **Teoria e prática da ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 12.

se mencionar “Tribunais superiores”.

Além disso, embora especializadas, essas jurisdições são mantidas pela União Federal, por isso também são federais. Havendo expediente forense no âmbito do órgão competente para processar e julgar a ação rescisória, o direito deve ser exercido sob cominação de decadência.

A segunda observação necessária a se fazer é a de que as férias, recesso, feriados e expediente forenses mencionados no § 1º do artigo 975 do CPC dizem respeito ao juízo competente para processamento e julgamento da ação rescisória, devendo a parte se atentar para isso, não podendo se aproveitar de feriado local para a prorrogação de prazo que corra em jurisdição situada em distrito diverso. O feriado aí incluído está, não para que a parte disfrute de um bom dia de descanso sem ter de se preocupar com o prazo que corre contra si, mas sim porque, havendo feriado no local onde o juízo competente tem sede, não haverá expediente.

Finalmente, em relação à questão do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, cabe destacar que a ação declarada inadmissível, também por decorrência direta de da natureza decadencial do prazo, não tem a eficácia de suspender ou interromper o prazo para ajuizamento de uma segunda ação rescisória, assim, se ajuizada a ação e, posteriormente, quando já expirado o prazo, sobrevier a decisão de inadmissibilidade, nada restará ao interessado, senão resignar-se com a coisa julgada, ainda que eivada dos graves vícios que dariam suporte à desconstituição⁶²⁸.

⁶²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt-REsp 1.172460-RJ**. Relator: Min. Marco Buzzi, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

4 A AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS DIVERSAS DAS LEGISLADAS

Nesse capítulo nos ocuparemos de verificar a possibilidade de propositura de ação rescisória por violação de normas jurídicas diversas das legisladas. É aqui que trataremos da tendência ampliativa do uso da ação rescisória pelo legislador do CPC/2015, buscando nos antecedentes da norma, suas razões e o real alcance dessa realidade.

4.1 Tendência ampliativa das hipóteses de cabimento da ação rescisória

Um breve contraste entre a disciplina da ação rescisória contida no CPC/73 e aquela traçada no novo CPC, permite concluir prontamente pela ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória. Enquanto o diploma de 1973 limitava, objetivamente, a ação rescisória apenas à desconstituição de sentenças de mérito transitadas em julgado (CPC/73, art. 485, *caput*), o atual CPC, além de prever a possibilidade de rescisão de decisões de mérito, o que inclui as interlocutórias que resolvem o mérito de um ou de apenas alguns dos capítulos da demanda, passou a prever a possibilidade de rescisão de decisões transitadas em julgado que, não obstante não resolvessem o mérito da causa, se colocassem como obstáculo à repropositura da demanda ou que impedissem a admissibilidade do recurso correspondente (CPC/2015, art. 966, *caput* e § 2º).

Também a demonstrar essa tendência ampliativa do uso da ação rescisória, enquanto o CPC/73, em seu art. 485, VII, que tratava de uma das hipóteses de ação rescisória, fazia alusão a documento novo, seu correspondente no CPC de 2015 (art. 966, VII) menciona *prova nova*, o que, por certo, inclui todas as demais espécies probatórias admitidas em direito, tais como o depoimento pessoal, a prova testemunhal, a prova pericial e até mesmo outras não elencadas, mas que possam, nos termos do art. 369 “influir eficazmente na convicção do juiz”⁶²⁹.

Acresceu-se, ainda, ao que dispunha o artigo 485, III do CPC/73 a possibilidade de corte de decisão resultante de coação e simulação, de modo que, pela disciplina do atual inciso III do art. 966 do CPC, o dolo, a coação, a simulação e a colusão podem, dentro de algumas circunstâncias, dar azo à propositura da ação rescisória.

Entretanto, nem todas as medidas foram ampliativas; o art. 485 do CPC/73 contava com nove incisos, ao passo que seu substituto, o art. 966 do CPC, dispõe de apenas oito incisos, e

⁶²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.770.123-SP**. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 26 de março de 2019, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

isso se dá, especificamente, em razão de se ter excluído das hipóteses de cabimento da ação rescisória aquela que se mostrava cabível quando houvesse “fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”, remetendo essa hipótese aos casos de anulação de ato jurídico (CPC/2015, art. 966, § 4º).

De todas as alterações trazidas pelo diploma processual de 2015, uma das mais sensíveis e que, inclusive motiva essa investigação, consta do inciso V do art. 966, isto porque, ao tratar das hipóteses em que seria cabível o uso da ação rescisória, esse dispositivo substituiu a expressão “violar literal disposição de lei”, contida no art. 485, V do CPC/73, passando a adotar em seu art. 966, V, a expressão “violar manifestamente norma jurídica”, o que acabou fazer com que setores da doutrina imediatamente se posicionassem no sentido de que o dispositivo acabara por alargar o uso da ação rescisória, a final de contas, a noção de norma jurídica comporta um sentido muito mais amplo do que disposição de lei ou, no mínimo, não correspondente⁶³⁰, não sendo raros os exemplos de normas jurídicas que, por vezes, sequer são escritas, tais como os costumes ou alguns princípios⁶³¹.

A rigor, mesmo antes de vigorar a redação que faz menção à violência manifesta contra norma jurídica, setores da jurisprudência e doutrinadores de destacada influência sobre o tema já defendiam a possibilidade de cabimento de ação rescisória para a defesa qualificada da ordem jurídica, isto é, do direito em tese, que não poderia ser reduzida a um texto de lei ou enunciado normativo⁶³².

Nessa crítica ao conteúdo literal do texto de lei, apontado como manifestamente impróprio⁶³³, a doutrina já avançava, inclusive, para destacar que a própria expressão “lei”, não poderia ser concebida em sua literalidade, já que isso poderia implicar na conclusão de que haveria condescendência legal para a violação do direito objetivo veiculado por meio de diversas espécies legislativas tais como a constituição⁶³⁴ e suas emendas, medidas provisórias, decretos legislativos, decretos do Executivo e outros.

Sérgio Gilberto Porto, em sua tese sobre ação rescisória atípica, defendia que esse remédio processual deveria ser admitido “com suporte em hipótese não elencada expressamente no rol constante do referido artigo 485 do Código de Processo Civil, mas cuja existência do

⁶³⁰ MIRANDA, 2016, p. 325.

⁶³¹ TENÓRIO, O. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944, p. 68.

⁶³² CÂMARA, 2012, p. 54.

⁶³³ ASSIS, 2021, p. 216.

⁶³⁴ Impende destaca que o STF jamais cogitou da restrição e, não obstante a expressão “lei”, contida no inciso V do art. 485 do CPC/73, sempre conheceu de ações rescisórias por ofensa a dispositivos da constituição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 328.812-ED**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2008, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023).

direito violado é reconhecida como integrante da ordem jurídica vigente”, fornecendo como exemplos, “algumas garantias constitucional-processuais implícitas”, tais como o “duplo grau de jurisdição”, “a proporcionalidade”, “a imparcialidade” o “*ne bis in idem*” e “o processo judicial”⁶³⁵.

Essas posições aparentemente idênticas, na verdade destoavam em relação às premissas adotadas, pois enquanto setores da doutrina e da jurisprudência sinalizavam pela impossibilidade de uma interpretação literal do art. 485, V do CPC/73, apontando para uma interpretação no sentido de que o dispositivo deveria ser lido como direito em tese, Sérgio Gilberto Porto, ao falar em rescisória atípica e “com suporte em hipótese não elencada expressamente no rol constante do referido artigo 485 do Código de Processo Civil, mas cuja existência do direito violado é reconhecida como integrante da ordem jurídica vigente”, certamente, externa a compreensão de que suas propostas não estavam contempladas no texto de lei, do contrário não haveria qualquer razão para se falar em atipicidade⁶³⁶.

Mas há um ponto que demanda melhor análise na obra de Gilberto Porto. É que depois de afirmar que o rol do art. 485 do CPC/73 era “taxativo e não meramente enunciativo”⁶³⁷, o autor propõe uma:

[...]“releitura do alcance da ideia de desconstituição da decisão passada em julgado, especialmente no que diz respeito ao inciso V, do artigo 485, do CPC aos efeitos de buscar sua real compreensão e melhor inteligência, no sentido de identificar sua dimensão e efetiva cobertura oferecida à defesa da ordem jurídica no contexto hodierno”⁶³⁸.

Não importa quantas vezes um texto seja lido, se as regras de gramática e ortografia foram obedecidas, o resultado da leitura será o mesmo ou o leitor operou em erro. Em verdade, quando Sergio Porto fala em “real compreensão”, “melhor inteligência”, “dimensão” e “efetiva cobertura”, não pode estar dizendo outra coisa que não o fato de que o texto comportaria o cabimento de ações rescisórias para as hipóteses que imaginou, porém isso implicaria duas circunstâncias que sua lógica não teria capturado: a) o rol do art. 485 não seria taxativo; b) suas hipóteses de rescisão não seriam atípicas, estariam, isto sim, previstas no texto legal.

Ou seja, para alguns setores da doutrina e da jurisprudência, as ações rescisórias atípicas de Sérgio Porto, eram hipóteses típicas de cabimento de ação rescisória, já que ofertavam uma

⁶³⁵ PORTO, S. G. **Ação rescisória atípica**: instrumento de defesa da ordem jurídica. São Paulo: RT, 2009, pp. 211 e 216.

⁶³⁶ De se notar que os exemplos utilizados por Sérgio Porto para embasamento da tese, consistiam de princípios jurídicos passíveis de violação. Justamente as hipóteses que setores da jurisprudência e da doutrina já compreendiam como normas jurídicas capazes de desafiar a incidência da ação rescisória em caso de violação.

⁶³⁷ PORTO, 2009, p. 36.

⁶³⁸ Ibid., p. 37.

leitura mais aberta do inciso V do art. 485 do CPC/73.

De todo modo, embalada pelas posições favoráveis ou contrárias à ampliação de incidência da ação rescisória, a jurisprudência brasileira, notadamente de seus Tribunais Superiores, sempre se viu dividida, por vezes admitindo uma interpretação no sentido de que a expressão “literal disposição de lei” contida no inciso V do art. 485 do CPC/73 correspondia a uma tutela do direito em tese, o que acabaria por consagrar o cabimento da ação rescisória para o caso de violação aberta de qualquer espécie de norma jurídica, estivesse ou não veiculada em lei⁶³⁹.

Em outras ocasiões, fiando-se na literalidade do dispositivo, a jurisprudência se posicionava de modo a restringir as hipóteses de cabimento da ação rescisória apenas para os casos de ofensa à *literal disposição de lei*, o que implicaria, a partir de então, na exclusão do cabimento da ação rescisória quando da violação de normas jurídicas consubstanciadas em princípios, costumes e até mesmo em outros instrumentos normativos sucedâneos da lei formal, valendo como exemplo, as convenções de trabalho contempladas na CF e adotadas para a conciliação entre as forças do capital e do trabalho, inclusive, prevalecendo sobre a legislação estatal na maioria dos conflitos de conteúdo⁶⁴⁰.

Um exemplo da questão aqui tratada é a jurisprudência do TST que, em 20.09.2000, chegou a editar orientação jurisprudencial (OJ 25 da SBDI-2) no sentido de que a expressão “lei” contida no art. 485 do CPC de 1973, excluía a possibilidade de pedido de corte rescisório por “contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, portaria do Poder Executivo, regulamento de empresa e súmula ou orientação jurisprudencial de tribunal”⁶⁴¹.

Um breve retrospecto parece ser suficiente, entretanto, para a constatação de que, não obstante comporte discussões científicas, por alguma razão, sempre esteve na intenção do legislador o uso da expressão “violar literal disposição de lei”, justamente como meio de impedir o uso alargado da ação rescisória.

Se a norma jurídica é produzida por meio do processo interpretativo, nessa atividade necessário se faz o uso de todos os métodos postos à disposição do intérprete, dentre os quais se insere o histórico-teleológico, em que o estudo sobre o momento de criação da norma e sua

⁶³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 329.267-RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de outubro de 2002, s.p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1121633**. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 2 de junho de 2022, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁶⁴¹ SAAD, E. G. **CLT comentada**. 46. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1457.

finalidade ganha especial contorno⁶⁴².

Embora com algumas pequenas alterações de conteúdo e forma, desde as Ordenações do Reino (Afonso, Manuelinas e Filipinas), o sistema processual brasileiro sempre contou com instrumentos destinados à impugnação das decisões transitadas em julgado produzidas fora dos padrões tolerados. Em todo tempo, houve expressa possibilidade de rescisão das sentenças transitadas em julgado que fossem dadas “contra direito expresse” (Ordenações, liv. 3, tit. 75, 1), proferidas “contra expressa disposição de legislação comercial” (Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850), ou “literal disposição de lei” (CPC/39)⁶⁴³.

Por ocasião da elaboração do CPC/73, não obstante, advertido pela Comissão Revisora sobre o conteúdo dos debates travados pela doutrina e jurisprudência, bem como dos inconvenientes que poderiam ser produzidos pelo uso da expressão “literal disposição de lei” e sugerido o uso da expressão “direito em tese” o legislador brasileiro optou por manter a expressão que já havia se consagrado no CPC/39, isto é, “literal disposição de lei”⁶⁴⁴.

Se era possível sustentar que a ignorância sobre a ciência do direito e a confusão entre direito e lei eram a causa da impropriedade no uso da expressão “literal disposição de lei”, parece difícil, após a elucidação trazida por da Comissão Revisora, afastar lição doutrinária de que “essa atitude do legislador de 73 não poderia ser considerada como simples afeição a palavras novas e sim como irretorquível demonstração de seu propósito de restringir o uso da ação rescisória”⁶⁴⁵.

De fato, sendo o estabelecimento da coisa julgada uma opção política do Estado, visando a estabilização e pacificação das relações sociais e erigida à condição de garantia fundamental⁶⁴⁶, também a adoção do cabimento da ação rescisória representa uma opção política⁶⁴⁷, podendo o legislador optar por suprimir o uso desse meio de impugnação em algumas situações, como no caso das ações processadas pelo rito dos juizados especiais (Lei n. 9.099/95, art. 59) e das ações de controle concentrado (Lei n. 9.868/99, art. 26; Lei n. 9.882/99, art. 12), onde, expressamente, se excluiu a possibilidade de uso ação rescisória.

Diante disso, parece mesmo razoável a doutrina que sustenta que a adoção do termo

⁶⁴² FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 250.

⁶⁴³ CARNEIRO, T. A. **Recurso Especial e Ação rescisória**: controle da ofensa à norma jurídica (com comentários ao PL 8046/2010). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 256.

⁶⁴⁴ Ibid., p. 257.

⁶⁴⁵ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 204.

⁶⁴⁶ Arakem de Assis diz que a coisa julgada seria um direito fundamental (ASSIS, 2021, p. 216), mas sendo uma garantia do direito à segurança jurídica, com ela não se confunde (BONAVIDES, 2018, p. 538).

⁶⁴⁷ Merece nota o fato de que, do amplo cardápio das ações cíveis previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a ação rescisória é uma das poucas, ao lado da ação popular, da ação civil pública e da ação por improbidade administrativa que encontram-se previstas na própria constituição federal.

“literal disposição de lei”, por mais impreciso que possa parecer, decorria de uma deliberada opção de dificultar ao extremo o uso da ação rescisória, tudo isso em abono de outros valores caros a um Estado democrático de direito, dentre os quais, vale destacar, o direito fundamental de estabilidade das relações sociais, alcançado em boa medida pelo processo judicial e pela indiscutibilidade futura das decisões judiciais, por isso a dignidade constitucional da coisa julgada.

Marinoni e Mitidiero, contraditam essa construção, afirmando que, em verdade, alteração de do texto de lei que pacificou a possibilidade do uso da ação rescisória para além das hipóteses de violência a literal disposição de lei, não representa uma tentativa legislativa de ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, mas seria, isto sim, uma incidência reflexa da “evolução da teoria da interpretação”. Confira-se trecho dessa lição:

De outro, a comparação entre “literal disposição de lei e manifesta violação de “norma jurídica” permite uma íntima relação da norma do inciso V do art. 966, CPC com a evolução da teoria da interpretação. Seria muito improdutivo, em termos de aperfeiçoamento do direito, alterar a legislação processual sem libertá-la de teorias jurídicas ultrapassadas, mantendo-a refém de conceitos que não mais devem ser utilizados. A ideia de “violação de literal disposição de lei” é própria a uma cultura jurídica que já não mais existe, ou melhor, a uma teoria da interpretação que há muito se mostrou incapaz de dar conta da realidade da atividade do intérprete e do juiz. Exatamente por isso, ler o inciso V do art. 966, CPC, como se apenas houvesse trocado disposição de lei por norma jurídica – ou estivesse falando de lei em sentido mais amplo – é deixar de identificar um problema teórico que nunca permitiu o uso adequado da ação rescisória e, mais do que isso, não contribuir para o desenvolvimento do direito. Em outras palavras, a leitura adequada do inciso V do art. 966, CPC, impõe uma necessária relação entre interpretação do direito, norma jurídica e teoria dos precedentes – não por acaso, igualmente encampada pelo código de 2015⁶⁴⁸.

Não há dúvidas de que a compreensão em torno do que venha a ser norma jurídica, enquanto resultado de um processo interpretativo, e não seu objeto, contribuiu para o aprimoramento da redação do dispositivo, contudo, essa compreensão já era consolidada há muito, ou melhor, mesmo antes da elaboração do CPC/73 quando o legislador, deliberadamente, optou pelo uso da expressão tida por inadequada, por isso, como já mencionado, parece intacto o argumento de que a redação legal se prestava a restringir o uso da ação rescisória.

Há, ainda, que se considerar a doutrina de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição que pretende demonstrar que a ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória corresponde, em boa medida, à concretização de uma ampliação do acesso à justiça, já que de nada adiantaria uma previsão substantiva alinhada a essa perspectiva se o processo

⁶⁴⁸ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 181.

funcionasse justamente na lógica de se negar existência concreta a direitos materiais consagrados, e para tanto afirma que:

Uma vez que, contemporaneamente o sentido e o alcance do princípio do acesso à justiça alargaram-se, o objetivo desse estudo é promover uma reflexão sobre a rearticulação entre o acesso à justiça e a segurança jurídica, e sua repercussão na delimitação da ação rescisória. [...] Não se pode, jamais, perder de vista que o processo foi concebido para dar direitos a quem os têm: não para criar direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um fosso entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente. Toda a atividade do Poder Judiciário deve obedecer a regras que levem à aproximação dos dois planos, sob pena de se ter que admitir que o processo pode atribuir direitos a quem não os tenha, ou tirar direitos de quem os tinha. A existência da ação rescisória é uma forma de atenuar eventual descompasso entre os planos da realidade criada como resultado do processo e aquela decorrente do direito material, e tanto mais o será quanto mais harmônica com esse objetivo for a interpretação que se der ao art. 966, V, do CPC/15 que prevê a hipótese de se rescindir a sentença de mérito em que tenha havido violação manifesta à norma jurídica. [...] Em outras palavras, parafraseando Joaquim Gomes Canotilho, o acesso à justiça compreende o direito de obter uma decisão fundada no Direito⁶⁴⁹.

Não há dúvidas de que a atual conjuntura social brasileira clama pela ampliação do acesso à justiça, assim como é manifesto o avanço da ciência processual, que alcançou a compreensão capaz de expurgar de vez a confusão, ainda comum, que se faz entre norma jurídica e texto de lei. Predomina o entendimento segundo o qual a norma jurídica é o resultado da atividade interpretativa e não o insumo do operador do direito.

Isso, porém, não parece convencer a respeito das motivações ampliativas, que mais parecem atender imperativos de coerência, integridade e organicidade do diploma processual.

Em relação à primeira ampliação – a possibilidade de rescisão de decisões interlocutórias –, é notório que essa imposição decorre da própria admissão da possibilidade da decisão parcial de mérito, pois essas decisões, por expressa disposição legal, transitam em julgado e são acobertadas pela autoridade da coisa julgada⁶⁵⁰.

Não seria possível conceber decisões interlocutórias de mérito com potencialidade de formação de coisa julgada material sem que isso implicasse na necessária possibilidade de que tais decisões fossem rescindíveis, dentro dessa ou daquela hipótese legal. Trata-se de uma correção necessária, sobretudo, do ponto de vista sistemático:

O art. 356 do CPC/2015 prevê, de forma clara, as situações em que o juiz deverá proceder ao julgamento antecipado parcial do mérito. Esse preceito legal representa, portanto, o abandono do dogma da unicidade da sentença. Na prática, significa dizer que o mérito da causa poderá ser cindido e examinado em duas ou mais decisões

⁶⁴⁹ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, pp. 21-22.

⁶⁵⁰ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 792.

prolatadas no curso do processo. Não há dúvidas de que a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito da demanda é proferida com base em cognição exauriente e ao transitar em julgado, produz coisa julgada material (art. 356, § 3º, do CPC/2015)⁶⁵¹.

Já com relação à segunda medida ampliativa – a possibilidade de desconstituição de decisões processuais –, é de se destacar que se o sistema jurídico impõe uma dificuldade, deve promover também um escape, a fim de que o processo atinja sua finalidade de realizar a “atuação da norma substancial”⁶⁵².

A inserção da simulação e da colusão nas hipóteses de rescisão reflete uma estratégia de integridade e coerência. Sendo a boa-fé objetiva uma das diretrizes mais destacadas do CPC⁶⁵³, não seria íntegro que se possibilitasse que a formação de coisa julgada obtida mediante grave improbidade processual, como é o caso da simulação, estivesse sob abrigo impenetrável à ação rescisória, sendo essa a única inovação, já que a colusão não vai além de uma simulação colegiada.

Conforme leciona Bedaque, o processo é “remédio ético”⁶⁵⁴, e como tal, a integridade do direito e a coerência interna do diploma impôs a ampliação das hipóteses de rescisão para alcançar a simulação unipessoal ou colegiada.

Por fim, no que cerne a alteração de redação trazida pelo inciso V do art. 966, há quem, a exemplo de Homero Batista Mateus da Silva proponha que a intenção do legislador se limitou a possibilitar a correção do sentido da expressão lei, para que não pairasse mais dúvidas sobre o cabimento de ação rescisória para o caso de violação literal a qualquer espécie legislativa e não apenas da lei ordinária, não se cogitando de um alargamento no uso da ação rescisória, mas apenas a correção de uma imprecisão do texto⁶⁵⁵.

Seja como for, é de se destacar que essa problemática não foi olvidada na fase de preparação do texto normativo. O parecer apresentado em 02.07.2013 pelo Deputado Paulo Teixeira, contempla inserções em torno da distinção que há entre norma jurídica e texto normativo, bem como do virtual alargamento do cabimento da ação rescisória para outras espécies normativas diversas dos textos de lei.

De acordo com esse relatório, Nelson Juliano Schaefer Martins, apontou que haveria “grave problema inserto no art. 919, V, que permite a rescisão de sentença ou acórdão de mérito,

⁶⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.845.542-PR**, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de maio de 2021.

⁶⁵² BEDAQUE, 2009, p. 14.

⁶⁵³ ASSIS, 2021, p. 176.

⁶⁵⁴ BEDAQUE, 2009, p. 26.

⁶⁵⁵ SILVA, 2021a, p. 317.

transitados em julgado, por violarem qualquer norma jurídica ainda que se trate de decreto ou portaria de órgão público”⁶⁵⁶. O mesmo teria sido destacado por Marcelo Navarro, ao apontar que “o artigo 919, V, possibilita a rescisão de sentença ou o acórdão de mérito, transitados em julgado, quando violarem portarias e decretos”, tendo, por isso pugnado pela substituição da palavra norma por lei⁶⁵⁷.

Ainda em sede de debates sobre a redação do dispositivo, percebe-se uma deliberada alteração na redação. De acordo com o relatório, o Projeto de Lei n. 7.111/2010, de autoria do deputado Carlos Bezerra, propunha que o inciso V do art. 966 (art. 919 no PL 8.046/2010), fizesse menção a “injustiça extrema” (p. 824), o que foi rejeitado nos seguintes termos:

O PL n.º 8.046, de 2010, já avançou ao deixar claro, por exemplo, no art. 919, inciso V, o cabimento da ação quando o acórdão violar “norma jurídica”, corrigindo a equivocada expressão “violação a literal disposição de lei” que consta do art. 485, V, do CPC atual. Assim, já se avançou o que era necessário e nada justifica o alargamento proposto no projeto em exame para admitir ação rescisória no caso de “injustiça extrema”⁶⁵⁸.

O mencionado parecer, entretanto, não registra os debates em torno das consequências mais diretas, decorrentes da adoção da expressão “violar manifestamente norma jurídica” em detrimento da tradicional “violar literal disposição de lei”.

Como veremos mais detidamente adiante, a norma jurídica em si, só se revela em sua completude após um rígido processo interpretativo, conduzido e guiado por técnicas jurídicas, do que é possível concluir que nem mesmo a norma jurídica é manifesta de modo automático, o que impede, inclusive, a ofensa manifesta de uma proposição que não é manifesta de antemão. Se interpretado de modo literal, a redação do art. 966, V do CPC, seríamos forçados a concluir que, embora prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a ação rescisória não iria além de uma tecnologia de impossível utilização. Não há possibilidade de violação manifesta de algo não manifesto.

Disso percebemos que, o próprio dispositivo encerra em si uma carga normativa que não corresponde à literalidade do enunciado, não sendo infundada a tese de que a construção primitiva do art. 966, V, visava tão somente a correção de um equívoco de redação para esclarecer que, qualquer espécie normativa, fosse ela legislativa ou decorrente da construção jurisprudencial, quando contrariada em sua literalidade, isto é, negando-se algo que enunciado ou enunciando-se algo que negado, implicaria na manifesta ofensa à norma jurídica veiculada

⁶⁵⁶ SENADO FEDERAL; 2013, p. 111

⁶⁵⁷ SENADO FEDERAL; 2013, p.156

⁶⁵⁸ SENADO FEDERAL, 2013, p. 824

pelo texto normativo.

Para alcance dessa compreensão, podemos nos alicerçar no fato de que o legislador ordinário, de modo livre e consciente, quando ainda em período de vacância do CPC, o qual passaria a vigorar apenas em março de 2016, editou a Lei n. 13.256/2016, que entraria em vigor conjuntamente com o CPC, acrescentando ao art. 966 desse diploma um quinto parágrafo, que esclarece serem rescindíveis as decisões judiciais dadas em demandas que, sem apontar para a existência de uma distinção, deixassem de aplicar ao caso um determinado enunciado de súmula ou mesmo de um acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

Não há dúvidas de que a distinção entre texto e norma jurídica contribuíram de modo decisivo para a construção do CPC, permitindo, até mesmo, a criação de um microsistema de precedentes vinculantes⁶⁵⁹, justamente por compreender que a decisão judicial proferida em casos repetitivos, teria roupagem normativa⁶⁶⁰. Não é difícil, a partir de então, intuir que, no horizonte do legislador, estava que a ofensa ao precedente judicial vinculante ou mesmo à súmula de jurisprudência, eventualmente dariam azo à propositura de ação rescisória⁶⁶¹.

Essa percepção, entretanto, contrastava com a orientação das mais prestigiadas doutrinas, que sempre textualizaram, aqui e ali, a impossibilidade de cabimento de ação rescisória pela ofensa de súmulas de jurisprudência e de precedentes judiciais vinculantes⁶⁶². Um exemplo claro disso é a doutrina de Flavio Yarshell, que tão logo publicado o teor do CPC, antes dos acréscimos feitos pela lei 13.256/2016, defendeu ser inviável a propositura de ação rescisória pela violação de precedentes obrigatórios⁶⁶³, mas tão logo após o advento dos §§ 5º e 6º do art. 966 do CPC, se viu forçado a concordar que a abertura da via rescisória, seria demonstração de vinculação àquelas espécies, insistindo, entretanto, que a inobservância do enunciado de súmula ou acórdão proferido em sede de repetitivo, seria, em verdade, ofensa ao art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015, e que a ação rescisória, nesses casos, se daria pelo *error in procedendo*⁶⁶⁴.

Embora a redação do inciso V do art. 966, como redigida, suficiente para assegurar o

⁶⁵⁹ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 755-756.

⁶⁶⁰ THEODORO JR., H.; ANDRADE, É. **Precedentes do processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 159.

⁶⁶¹ SANTOS, 2021, p.181.

⁶⁶² YARSHELL, 2005, p. 324.

⁶⁶³ YARSHELL, F. L. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no código de processo civil 2015. In: YARSHELL, F. L. **O novo código de processo civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 165-166.

⁶⁶⁴ YARSHELL, F. L. Comentários ao art. 966. In: BUENO, C. S. (Coord). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4, p. 172.

cabimento de ação rescisória pela transgressão de precedente vinculante ou súmula de jurisprudência⁶⁶⁵, a influência de respeitável doutrina⁶⁶⁶, associada a uma jurisprudência defensiva, certamente acabaria por restringir o cabimento da ação rescisória, sabotando, assim, a intenção legislativa, no que lhe pareceu adequado ao parlamento esterilizar a controvérsia crescendo, por meio da Lei n. 13.256/2016, os §§ 5º e 6º ao art. 966 do CPC.

Por outro turno, fosse a intensão legislativa a indistinta ampliação desse bloco de normas jurídicas que, uma vez violadas, abririam a via da ação rescisória, não haveria razão plausível para que deixasse de se expressar em relação a outras espécies normativas, tais como princípios, especialmente diante da controvérsia que já estabelecida.

Porém, esse argumento, construído apenas com base na vontade do legislador, não é suficiente. Tão logo posta no mundo, “a norma jurídica adquire vida própria destacando-se da vontade de quem a estabeleceu e vive acompanhando as vicissitudes da vida social, já que para este fim existe”⁶⁶⁷. É dizer: a norma jurídica adquire autonomia em relação ao seu artífice e “se expurga cada vez mais de seus elementos anímicos”⁶⁶⁸.

O que há de concreto é que o CPC foi alterado inaugurando uma alteração de paradigma, onde a ação rescisória, que era concebida como instrumento apto a corrigir equívocos na aplicação da literalidade legislativa, cede lugar à tutela específica da norma jurídica, inclusive aquelas que se produzem por meio de decisão judicial proferida em casos concretos⁶⁶⁹.

Passaremos agora a uma tentativa de reconstrução da norma jurídica contida no inciso V do art. 966 do CPC, a fim de verificarmos seu real sentido e alcance, o que passa pela própria análise do que se concebe por norma jurídica, especialmente na atualidade da ciência processual.

4.2 A norma jurídica compreendida na atualidade da ciência processual

O caráter universal e atemporal das normas jurídicas⁶⁷⁰, nunca impediu a múltipla conceituação desse ente jurídico, frequentemente confundido com a noção de enunciado

⁶⁶⁵ SANTOS, 2021, p.181.

⁶⁶⁶ MEDINA, J. M. G. Comentários ao art. 966. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.295.

⁶⁶⁷ DINIZ, 2019, p. 67.

⁶⁶⁸ Idib., p. 68.

⁶⁶⁹ RODRIGUES, D. A.; RODRIGUES, L. F. G.; DUARTE, R. G. **Aspectos da ação rescisória no novo processo civil**: súmulas como fundamento da pretensão desconstitutiva. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 316, 2021, pp. 761-762.

⁶⁷⁰ DINIZ, 2019, pp. 58, 59 e 153.

normativo, desafiando, até os dias atuais, a produção doutrinária encarregada da distinção.

Embora tal questão possa estar resolvida na doutrina, não raro o velho equívoco persiste, havendo quem diga que “interpretar a norma consiste em determinar o seu significado e fixar o seu alcance”⁶⁷¹, o que revela a renitente confusão sobre o conceito de norma jurídica. A dificuldade de distinção prática é de tal monta que a doutrina de Fredie Didier e Leonardo da Cunha, como todas as outras, aliás, quando exemplificam a hipótese do inciso V do art. 966 do CPC, diz que o alcance do texto contempla “lei ordinária, delegada, complementar, estadual, municipal”⁶⁷², ou seja; uma clara equiparação de norma jurídica a textos legislativos.

A alteração contida no CPC, para textualizar a possibilidade de uso da ação rescisória não mais quando houver violação literal disposição de lei e sim em face de decisões que violem manifestamente norma jurídica, renova o desafio que é o de se apresentar um conceito de norma jurídica e, com isso, identificarmos a norma jurídica extraível do processo interpretativo do art. 966, V do CPC. Isso buscaremos fazer na medida da exata necessidade para o alcance de nosso escopo, que é o de investigar se a alteração legislativa teria ampliado as hipóteses de cabimento da ação rescisória e, se a resposta a isso for positiva, verificar as circunstâncias concretas onde, e de que modo, será possível a desconstituição da coisa julgada.

Importa saber, primeiramente, i) de onde decorre o fenômeno da normatividade jurídica; ii) o momento de surgimento da norma jurídica; iii) a função da norma jurídica nas relações sociais; iv) e seus traços distintivos em relação às demais normas, já que disso, como se verá, resultam diversas implicações.

4.2.1 As fontes da normatividade jurídica

Em dissertação sobre o conceito da norma jurídica, Maria Helena Diniz aponta-a como sendo um “objeto ideal” e como tal, perene, de modo que, embora seu conteúdo possa sofrer alterações, sua essência estaria imune aos efeitos do tempo e do espaço geográfico; a norma jurídica seria nessa medida, atemporal e universal⁶⁷³. Isso, no entanto não interdita a possibilidade de debates sobre essa essência. Antes dos avanços científicos que puderam concebê-lo como um metal, inclusive com posição na tabela periódica de elementos químicos, o ouro já foi concebido como sendo lágrima dos deuses.

⁶⁷¹ GRINOVER, A. P. **Ensaios sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 111.

⁶⁷² THEODORO JR., 2022, p. 769.

⁶⁷³ DINIZ, 2019, pp. 58, 59 e 153.

A própria Maria Helena Diniz, ao afirmar que “o conceito de norma jurídica é um problema supracientífico, isto é, filosófico”⁶⁷⁴, acaba por fragilizar suas afirmações, isto porque, como nos recorda Riccardo Guastini, em prologo à edição italiana de obra de Humberto Ávila, “na filosofia não há teses verdadeiras ou falsas”⁶⁷⁵, o que implica dizer que a essência da norma jurídica, apontada por Diniz como sendo universal e atemporal, poderia ser formulada como sendo passível de alterações conceituais, a depender do tempo e do local em que formulada.

A título de doutrina dissonante, Alysson Leandro Mascaro sustenta uma alteração estrutural no conceito de norma, elaborando sua tese nos seguintes termos:

A norma jurídica não é apenas um mandamento de alguém para alguém. Se assim o fosse, todos os mandos, do passado ao presente, seriam identificados como tal. [...] No passado, se se chama por norma jurídica a um mando de um poderoso, rei ou senhor, pensa-se em uma vontade se impondo. Nas sociedades capitalistas, no entanto, as normas jurídicas são elaboradas a partir de uma estrutura social que lhe dá contexto e forma. A norma jurídica, referindo-se a alguém, só pode ser pensada e manejada com uma forma que lhe seja correspondente e basilar, a de sujeito de direito, que porta direitos subjetivos. Essa forma jurídica de sujeito de direito, por sua vez, não é uma criação da norma: advém necessariamente de relações sociais concretas. A forma sujeito de direito é espelho da forma sujeito, que dá base às próprias relações de troca no capitalismo⁶⁷⁶.

Essa questão, entretanto, não é a que realmente nos importa para esse estudo, e sim identificar quais seriam as fontes do fenômeno da normatividade jurídica.

De fato, por ser “o conceito de norma jurídica é um problema supracientífico, isto é, filosófico”⁶⁷⁷, a primeira medida a se adotar é o esclarecimento da posição filosófica a ser adotada, isto porque, enquanto para os juspositivistas o fenômeno normativo se resume ao direito posto pelo Estado⁶⁷⁸, os não-positivistas e críticos⁶⁷⁹, destoam dessa posição, alguns para proclamar autoridade de constituição normativa na própria natureza e outros, nas relações

⁶⁷⁴ Ibid., p. 18.

⁶⁷⁵ GUASTINI, R. “Comentários”. In: **Teoria geral dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. ÁVILA, Humberto. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 21.

⁶⁷⁶ MASCARO, 2015, p. 65.

⁶⁷⁷ DINIZ, 2019, p. 18.

⁶⁷⁸ Segundo Kelsen, o juspositivismo não ignora as conexões do direito com as demais relações sociais, mas ao isolá-lo, enquanto fenômeno, o justifica na perspectiva de evitar contaminação metodológica, porém em verdade, a proposição oculta sua real finalidade que é a de dar coerência orgânica à tese, já que sendo a vida em sociedade um próprio elemento constitutivo da natureza humana, conceber que as relações sociais pudessem emanar comandos normativos, implicaria em confissão de que o direito é essencialmente um produto natural, da natureza humana (KELSEN, 2009, pp. 1-2).

⁶⁷⁹ Alysson Mascaro distingue as correntes filosóficas do direito em juspositivistas, não-juspositivista e crítica, sendo Kelsen, Foucault e Pachukanis, seus grandes expoentes, respectivamente (MASCARO, A. L. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021, pp. 273-279).

materiais que animam a sociedade⁶⁸⁰.

Por compreender que o próprio direito estaria reduzido a um sistema de normas jurídicas, o juspositivismo, concebe que a norma jurídica decorreria de outra norma jurídica e essa de outra, assim retrocedendo até o alcance de uma norma igualmente jurídica e fundamental, que por sua vez é inscrita na própria concepção de Estado⁶⁸¹⁻⁶⁸².

Essa posição, logicamente acaba por negar o caráter jurídico de diversas normas, essencialmente por não serem provenientes do Estado, mas isso também se reveste de coerência orgânica, pois concebendo o Estado como única fonte de produção de normas jurídicas, está-se a lançar as bases teóricas para que este de avoque na posição de artífice, mantenedor e administrador do direito⁶⁸³. Munido dessa ferramenta teórica, o direito se reduz à quilo que o Estado quer que se compreenda por direito, esterilizando qualquer movimento de contestação.

Olhando mais de perto, se a formulação de Kelsen no sentido de que o direito e o Estado seriam entidades ontologicamente idênticas estiver correta⁶⁸⁴, o direito sempre será aquilo que ele próprio desejar, estaria lançada aí a teoria do fetichismo jurídico, onde um ente inanimado, adquire aparente vida própria.

A ideia de fetichismo é central no pensamento marxista e corresponde ao fenômeno, segundo o qual, as relações humanas passam a uma qualidade objetiva, fazendo com que a mercadoria, átomo do capitalismo, assuma a propensão de mediar as relações sociais, outrora perpassadas por vínculos pessoais⁶⁸⁵.

O fetiche está no fato de que, sendo a mercadoria algo inanimado, não poderia, senão por meio desse misterioso processo ilusório, assumir subjetividade como se fosse verdadeiramente uma pessoa real.

Grespan anuncia que “por isso, enquanto as relações humanas se coisificam, as relações entre as coisas adquirem subjetividade, e expressões como ‘o mercado está nervoso’ ou ‘está

⁶⁸⁰ Haveria também aqueles que se denominariam de juspositivistas ecléticos, que mesmo sendo adeptos do positivismo, não ignoram o conjunto dos fatores sociais, sendo expoente dessa corrente Miguel Reale (MASCARO, 2021, pp. 283-295).

⁶⁸¹ KELSEN, 2009, pp. 214, 217, 317.

⁶⁸² Percebam o quanto de filosofia crítica há por trás dessa formulação. Na crítica marxista, direito e Estado são apenas derivações do capital, o direito seria sua forma jurídica, ao passo que o Estado seria sua forma política. Retrocedendo a derivação, o que se vê, de fato, é uma identidade ontológica entre o Estado e o direito burguês (SILVA, T. A. O protagonismo político judicial como movimento do capital: uma crítica marxista a partir das noções de política, Estado e direito. In: CONGRESSO INTERNACIONAL IBEROAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 6., 2022, Espanha. *Anais* [...]. Espanha: Universidade Valladolid, 2022).

⁶⁸³ MASCARO, 2015, p. 67.

⁶⁸⁴ KELSEN, 2009, p. 317.

⁶⁸⁵ MARX, 2017, pp. 146-158.

calmo’ tornam-se lugar comum nos meios de comunicação”⁶⁸⁶. “A ilusão criada pelo fetichismo é real”⁶⁸⁷.

Para Márcio Naves, direito moderno nada mais é do que forma jurídica da mercadoria e nisso opera sua aparência de organismo vivo, o fetiche que perpassa a mercadoria também opera sobre o direito⁶⁸⁸.

Essa doutrina, no entanto, perde em persuasão na medida em que admite a existência de uma norma fundamental sem apresentar a norma jurídica que daria sustentação jurídica àquela, não sendo possível crer que nossos teóricos do juspositivismo não tivessem acúmulo argumentativo para essa formulação.

Bobbio avança no tema e apresenta argumentos relevantes, principiando por descartar a impressão de que a constituição de um Estado pudesse ocupar a posição de norma fundamental, pois esta própria deriva de um poder constituinte que, por sua vez, também decorre de uma força normativa⁶⁸⁹. O próprio Estado, para existir, dependeria de uma previa normatividade, já que a organicidade que o caracteriza, decorre de normas, sendo isso uma comprovação de que o fenômeno normativo antecede ao Estado⁶⁹⁰.

Bobbio afirma que se a norma jurídica fundamental tivesse fundamento em outra norma jurídica, isso acabaria por apagar o seu caráter de fundamental, sugerindo, como não poderia deixar de ser, que o problema se radica fora do campo do direito⁶⁹¹ e é justamente isso que vindica a teoria crítica, para quem é conclusivo que o sustentáculo dessa norma jurídica fundamental estaria na concretude das relações sociais, notadamente das relações de poder real⁶⁹². A norma é fundamental enquanto jurídica, mas não enquanto norma.

Isso é o que Lassalle pretende transmitir quando sustenta que a essência dessa norma fundamental seria “a soma dos fatores reais de poder que regem” determinado país, inclusive distinguindo entre constituição real e constituição escrita⁶⁹³. Com isso concorda Alysson Mascaro quando afirma que “não são as normas que criam a sociedade nem são elas que a transformam”⁶⁹⁴.

Conforme reitera Alysson Mascaro, são as formas sociais, notadamente as condições

⁶⁸⁶ GRESPAN, J. **Marx: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 43.

⁶⁸⁷ Ibid., p. 45.

⁶⁸⁸ NAVES, 2008, p. 57.

⁶⁸⁹ BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, pp.66-67.

⁶⁹⁰ BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016b, p. 37.

⁶⁹¹ BOBBIO, 2014, p. 69.

⁶⁹² MASCARO, 2015, p. 13.

⁶⁹³ LASSALLE, F. **O que é uma constituição**. Lisboa: Escolar Editora, 2012, pp. 82 e 88.

⁶⁹⁴ MASCARO, 2015, p. 65.

materiais de troca e circulação de mercadoria que operam constrangimento sobre a norma jurídica e não o contrário⁶⁹⁵. Essa é a razão concreta pela qual a ordem jurídica frequentemente é agredida por esse ou aquele grupo detentor de poder social que, pela força, busca impor no plano normativo suas expectativas materiais, por isso a fala de Lassalle, no sentido de que “um rei a quem o Exército e os canhões obedecem ... é parte da Constituição”⁶⁹⁶.

A constrição operada pelas relações sociais não se presta a negar o caráter voluntarioso do legislador, isso, inclusive é motivo de desarmonia dos arranjos jurídicos e sociais, contudo, havendo conflito de interesses entre as fontes materiais do fenômeno normativo e o produto que dela decorre, a tendência é de que o poder promova o desempate, e sobre isso nos ensina Pachukanis:

O método jurídico formal que concerne somente às normas, somente àquilo “que está de acordo com o direito”, pode preservar sua autonomia apenas dentro dos limites bastantes estreitos, e precisamente apenas enquanto a tensão entre o fato e a norma não ultrapassar um grau máximo determinado. Na realidade material, a relação prevalece sobre a norma⁶⁹⁷.

A existência das normas jurídicas se subordina à existência de um arranjo social prévio e isso não implica na subtração do interesse de setores da sociedade como fator a influenciar na construção do edifício normativo, especialmente no seu conteúdo e modo de ser:

A ação política revolucionária pode fazer muito; ela pode pôr em prática depois de amanhã aquilo que ainda não existe hoje, mas ela não pode fazer existir aquilo que de fato não existiu no passado. Por outro lado, se afirmarmos que o projeto de construir um edifício - ou mesmo o plano de construção desse edifício - não é o edifício real, disso não resultará que a construção de um edifício não necessite de um projeto ou um plano. Se adiante o plano não se efetivar, não podemos afirmar que o edifício foi construído⁶⁹⁸.

As relações materiais precedem o fenômeno normativo, e este se antecipa em relação ao fenômeno estatal, assim, e nessa medida, nas relações sociais que encontramos o nascedouro da normatividade jurídica e do próprio Estado. O fenômeno normativo não existe para fora das relações jurídicas que lhe dão causa; sem as relações jurídicas, “o direito, enquanto conjunto de normas, não é nada além de uma abstração sem vida”⁶⁹⁹.

O *juspositivismo*, ao conceber a existência de um direito existente para fora do plano da concretude das relações jurídicas, concebe um ente sem existência concreta, portanto,

⁶⁹⁵ Ibid., p. 66.

⁶⁹⁶ LASSALLE, 2012, p. 77.

⁶⁹⁷ PACHUCANIS, 2017, p. 98.

⁶⁹⁸ PACHUCANIS, 2017, p. 99.

⁶⁹⁹ Ibid., p. 97.

inanimado, o que acaba por descredibilizar a tese de que normas jurídicas criariam normas jurídicas a partir de si mesmas, pois a capacidade de autorreprodução é interdita a organismos inanimados.

“Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência”⁷⁰⁰. A norma jurídica, para que surja, depende tão somente da existência de relações intersubjetivas e não da existência de um de um terceiro sancionador, o que prova que o fenômeno normativo dispensa a chancela estatal para sua atuação concreta:

Podemos imaginar um caso-limite, em que, além das duas partes, esteja ausente uma terceira força capaz de estabelecer uma norma e garantir sua observância, por exemplo, em um contrato entre varegues e gregos - nesse caso, a relação se mantém. No entanto, basta imaginar o desaparecimento de uma das partes, ou seja, de um dos sujeitos portadores de interesse autônomo isolado, para que a própria possibilidade da relação desapareça imediatamente⁷⁰¹.

As relações sociais concretas que se plasmam no modo de produzir e trocar mercadorias é que dão origem tanto ao fenômeno da normatividade quanto ao próprio Estado e “cada forma de produção cria suas próprias relações de direito”⁷⁰². Vários são os canais de produção da normatividade jurídica, sendo a o processo legislativo apenas um deles, ladeado pela atividade jurisdicional, evolução consuetudinária e a via negocial⁷⁰³.

4.2.2 O momento de surgimento da norma jurídica

Feito o acerto em relação às fontes da normatividade jurídica e admitido que seu surgimento pode se dar por diversos canais, estatais ou não, passamos a investigar em que momento uma norma jurídica é posta no mundo fenomênico, passando a ter existência concreta e esse ponto não é de menor importância, já que, frequentemente, se tem apregoado que a norma jurídica não preexistiria ao processo interpretativo, sendo, isto sim, produto desse método⁷⁰⁴.

Se isso, de fato, corresponder a uma verdade, melhor dizendo, se o nascedouro da norma jurídica for o término do processo interpretativo – judicial para o que nos importa – dificilmente poderemos compreender a possibilidade de violação da norma jurídica pelo próprio órgão que a fez surgir, notadamente no mesmo momento que a pôs em contato com o mundo fenomênico. Seria isso uma contradição lógica incontornável.

⁷⁰⁰ MARX, K.; ENGELS, F. **Ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 94.

⁷⁰¹ PACHUCANIS, 2017, p. 97.

⁷⁰² MARX, 1999, p. 29.

⁷⁰³ REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 121.

⁷⁰⁴ SANTOS, 2021, p. 65.

Essa impossibilidade lógica de que a mesma atividade criadora viole a norma jurídica, inclusive se percebe da doutrina de Luiz Fux, ao sustentar que o processo interpretativo, dentro das possibilidades postas, não ofende à norma jurídica⁷⁰⁵, e é também, precisamente o entendimento que anima o enunciado 400 do STF, ao dispor que a “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, III, da Constituição Federal”⁷⁰⁶.

Se a norma jurídica, literalmente, corresponder apenas ao produto da interpretação judicial em casos concretos, excluída a possibilidade legal dos órgãos jurisdicionais de sobreposição reformar ou cassar uma decisão judicial, apenas a violação da coisa julgada poderia corresponder a uma manifesta violação de norma jurídica, mas aí teríamos que lidar com a dificuldade de que o texto de lei reserva uma hipótese de cabimento de ação rescisória justamente para a desconstituição de decisões que ofendam a coisa julgada (CPC, art. 966, V).

A dificuldade, entretanto, ganhar contornos mais sérios se considerada a lição segundo a qual o processo de interpretação e aplicação do direito seriam indissociáveis e superpostos⁷⁰⁷. Nesse caso, a norma jurídica não teria condições fáticas de existência para além do processo judicial, onde está situado o processo de interpretação/aplicação do direito de modo autêntico⁷⁰⁸.

Restaria indagar: qual a força que estaria a constranger o legislador ou a operar no adimplemento voluntário dessa ou daquela conduta desejada em lei, ou mesmo a orientar a decisão judicial criadora da norma jurídica e consequente norma de decisão⁷⁰⁹?

Mais uma vez devemos valer da lição de Maria Helena Diniz, que ao afirmar que “o conceito de norma jurídica é um problema supracientífico, isto é, filosófico”⁷¹⁰, acaba por fornecer-nos um escape, pois, novamente apelando à exortação de Riccardo Guastini, “na filosofia não há teses verdadeiras ou falsas”⁷¹¹. É apenas com alta abstração que poderemos

⁷⁰⁵ FUX, L. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1027.

⁷⁰⁶ O item II do enunciado 221 do TST, no mesmo sentido, previa que “Interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade ou ao conhecimento de recurso de revista com base na alínea "c" do art. 896 da CLT. A violação há de estar ligada à literalidade do preceito”. Em 2012 esse entendimento foi superado naquela Corte e o item cancelado.

⁷⁰⁷ GRAU, 2021, p. 49.

⁷⁰⁸ A expressão “interpretação autêntica” comporta duas acepções: a primeira delas afirma que “considera-se autêntica a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara” (MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71), a segunda é a acepção de Kelsen, segundo a qual, autêntica seria a interpretação realizada pelo órgão “aplicador do direito” (KELSEN, 2009, pp. 394-395).

⁷⁰⁹ Eros Grau afirma que o intérprete, após trabalhar os textos e produzir uma norma jurídica geral, decide, e assim fazendo, produz uma norma de decisão (GRAU, 2021, p.34).

⁷¹⁰ DINIZ, 2019, p. 18.

⁷¹¹ GUASTINI, 2018, p. 21.

formular uma solução aceitável⁷¹².

O mesmo Eros Grau que nos afirma que a norma é produto do processo interpretativo é o que nos esclarece que esse processo, em verdade, não é literal e corresponde muito mais a um processo reprodutivo do que de criação, isto porque, a norma jurídica já existiria em potência dentro do invólucro do texto normativo:

Retomando o fio dessa exposição, desde o ponto anterior à exposição do pensamento acacarelliano, tudo o quanto até este ponto afirmado não justifica a crença – equivocada – de que o intérprete, literalmente, *crie* a norma. O intérprete não é um criador *ex nihilo*. *Produz* a norma não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no de *reproduzi-la*. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *enunciado normativo*. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina⁷¹³.

É necessário que se retenha a formulação de Guastini a respeito da distinção de havida entre texto normativo e a norma jurídica; já que a o texto seria “objeto da interpretação, a norma seu resultado”, “seu conteúdo de significado”, obtido do processo se “interpretação”⁷¹⁴, mas que tais “significados não possuem uma existência independente dos enunciados interpretados e dos atos de interpretação”⁷¹⁵, e se assim o é, “a norma não é algo ontologicamente diferente das disposições: é simplesmente a disposição interpretada, e, portanto, reformulada ou, sob outro ponto de vista, uma enunciado (interpretante) do qual o intérprete assume a sinonímia com o enunciado interpretado (o dispositivo)”⁷¹⁶.

O acerto, porém, da expressão *produção*, empregada por Eros Grau, se justifica, na medida em que a atividade do intérprete/aplicador não se limita à extração da norma jurídica potencialmente existente dentro de um invólucro textual, pois que o processo de reprodução passa, invariavelmente pela submissão da norma em potência à concretude do mundo material⁷¹⁷. Seriam os fatos considerados no processo interpretativo que dariam forma final e aplicabilidade individualizada à norma jurídica⁷¹⁸.

Considerar a existência da norma jurídica em estado de potência, nada mais é do que considerar a lição simplificadora de Maria Helena Diniz, no sentido de que a norma jurídica

⁷¹² Na análise das relações sociais, especialmente das relações jurídicas, “não podemos nos servir de microscópio e nem de reagentes químicos. A força da abstração [*Abstraktionskraft*] deve substituir a ambos” (MARX, 2017, p. 78).

⁷¹³ GRAU, 2021, p. 46.

⁷¹⁴ GUASTINI, R. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 63.

⁷¹⁵ Ibid., p. 64.

⁷¹⁶ Ibid., p. 65.

⁷¹⁷ GRAU, 2021, p. 28.

⁷¹⁸ Ibid., p. 33.

“encontra-se no mundo dos objetos reais”⁷¹⁹, e que “a norma jurídica existe, mas sua essência não é real, é objeto ideal. As essências são coisas ideais. Coisas reais são cada uma das normas jurídicas; porém a ‘essências da norma jurídica’ já não é real; é um *objeto ideal*”⁷²⁰.

A existência real não torna a existência ideal uma mera ficção, apenas distingue o plano de existência dos objetos⁷²¹. A existência real da norma em sua completude, não se presta a desvirtuar a feição normativa desse objeto antes de sua complementação pelos fatos considerados no processo interpretativo.

Sobre a importância das palavras no processo de conceituação, Maria Helena afirma que “os conceitos refletem [...] a essência da coisa e as palavras são veículos dos conceitos”⁷²². Uma análise da própria etimologia da palavra *norma*, auxilia na compreensão que buscamos alcançar:

Derivado do latim *norma*, oriunda do grego *gnorimos* (esquadria, esquadro), dentro do seu sentido literal, é tomado na linhagem jurídica como *regra, modelo, paradigma, forma* ou tudo que se estabeleça em lei ou regulamento para servir de *pauta ou padrão na maneira de agir*. Assim, a *norma jurídica (praeceptum juris)*, instituída em lei, vem ditar a *orientação* a ser tomada em todos os atos jurídicos, impor os *elementos de fundo* ou de *forma*, que se tornam necessários, para que os atos se executem legitimamente. É o *preceito de direito*. Nela, pois está contida a *regra* a ser obedecida, a *forma* a ser seguida, ou o *preceito* a ser respeitado. A norma, portanto, bem se revela a *esquadria legal* que vem traçar as medidas necessárias para a *regularidade jurídica* do que se pretende fazer. Diz-se *norma agendi*⁷²³.

A idade biológica, invariavelmente implica em alterações do corpo humano e de suas aptidões, mas o mais velho ancião e a mais tenra criança não perdem, por isso, sua condição humana. O mesmo se dá em relação à norma jurídica, não importa o plano ou estágio em que se encontre, será uma norma jurídica. O que pode variar, pelo seu estágio de (in)completude é a sua incidência e capacidade de cumprir as tarefas para as quais é destinada. A gênese da norma jurídica está nos fatos e relações materiais que lhe dão concretude, operando em cada estágio de sua existência em uma dimensão.

Uma última observação é necessária. Toda essa doutrina que concebe a norma jurídica como sendo uma submissão do enunciado normativo contido em um texto o conteúdo do mundo real para a produção de uma norma concreta e individual, opera na lógica de que a norma em

⁷¹⁹ DINIZ, 2019, p. 58.

⁷²⁰ Ibid., p. 59.

⁷²¹ Sobre os objetos ideais, Miguel Reale afirma que “embora não existindo senão no espírito humano, as objetividades ideais possuem, no entanto, uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares” (REALE, 1965, p. 165).

⁷²² DINIZ, 2019, p. 15.

⁷²³ SILVA, 1990, p. 250.

potência estaria involucrada em um texto normativo, porém essa afirmação nem sempre se confirma. Há diversas normas jurídicas que não podem ser expressas em letras, como, por exemplo, a *norma fundamental* de que nos fala Bobbio⁷²⁴.

Em tempos de positivismo jurídico, compreendemos que num primeiro momento, ela – a norma jurídica – conforma o próprio processo de produção do sistema jurídico, irradiando, desde já, efeitos sobre a própria atividade legislativa, permeando todos os textos normativos provenientes da atividade jurídico-estatal, que passam a encarnar substância normativa.

A norma jurídica em forma de matéria bruta, no entanto, não é idônea para cumprir sua missão final, falta-lhe um catalisador; o conteúdo do mundo real, a relação jurídica para a qual está vocacionada a regular. É apenas essa dinâmica e seus elementos de realidade que farão com que a norma jurídica, adaptada a essas circunstâncias, passe a operar em uma dimensão concreta e, posta essa relação jurídica sob escrutínio do Estado-Juiz, alcance sua forma derradeira: a norma de decisão.

4.2.3 A função da norma jurídica nas relações sociais

À essa altura do debate, não seria necessário mais do que um dicionário para dizer que a função de uma norma jurídica seria a se servir de “modelo, paradigma, forma ou tudo que se estabeleça em lei ou regulamento para servir de pauta ou padrão na maneira de agir”⁷²⁵. Se pretendêssemos refinar a elaboração, ao estilo da doutrina positivista, poderíamos dizer que a norma tem por função prescrever condutas, concitando ou proibindo ações humanas, mas, sobretudo, conferindo “competência ou poder de agir de certa maneira”⁷²⁶.

Bobbio fala em três funções para a norma jurídica que seriam “a função descritiva, a expressiva e a prescritiva”⁷²⁷, sendo impugnado pela doutrina Kelseniana, que, primeiramente agrega à função prescritiva a própria função expressiva, além de afirmar que a descrição não está inscrita entre as funções da norma jurídica, mas sim das proposições jurídicas; normas jurídicas nada descrevem, pois descrições podem ser verdadeiras ou falsas, não sendo esse um campo frequentado pela norma jurídica que se limitam à prescrição de condutas e dessas prescrições resultam deveres e direitos aos sujeitos jurídicos⁷²⁸.

Nossa proposta, contudo, vai além e pretende identificar, por quais razões as normas

⁷²⁴ BOBBIO, 2014, p. 66.

⁷²⁵ SILVA, 1990, p. 250.

⁷²⁶ KELSEN, 2009, p. 6.

⁷²⁷ BOBBIO, 2016b, p. 77.

⁷²⁸ KELSEN, 2009, pp. 80-83.

jurídicas prescrevem condutas e isso coincide com a própria finalidade do direito. A resposta a essa questão não pode ser dada sem que antes se esclareça de que direito estamos falando, pois que a depender disso, conclusões diversas poderão ser alcançadas. E é importante que esclareçamos estar falando do *direito moderno*, fruto das transformações capitalistas:

Durante muito tempo, chamou-se por direito aquilo que hoje chamaríamos por religião, ou mesmo política. Quem dirá que os Dez Mandamentos da Bíblia são um monumento jurídico? Mas quem poderá dizer que são um conjunto de normas só religiosas e não jurídicas? Na verdade, em sociedades do passado, como a hebreia, não há algo que especificamente seja chamado por direito e que seja totalmente distinto da religião. Somente quando se chegou aos tempos modernos – quando começou a separação teórica entre direito, política e religião, por exemplo – é que foi possível entender que não houve, naqueles tempos passados, um direito tomado de modo específico. [...] Só os tempos modernos, devido a certas condições e estruturas sociais, como a organização capitalista, deram especificidade à religião, à moral, à política, à economia e também ao direito⁷²⁹.

A alteração de concepção de mundo, que vai da teológica à jurídica, não é causa da emergência da ordem capitalista, senão resultante desta. Não foi por conta de uma alteração da concepção de mundo que se alterou o modo de produção, mas sim em razão da alteração do modo de produção que a classe social emergente – a burguesia – buscou formular concepções filosóficas, teológicas, políticas e jurídicas que de dessem sustentação à nova sociabilidade. A chave para a compreensão do avanço da forma jurídica sobre as demais relações sociais, se volta, portanto, para a análise do modo de produzir e trocar mercadorias.

No modo de produção feudal o fruto do trabalho era para atendimento exclusivo da demanda própria (autoconsumo) e por elaboração e um grupo numericamente restrito de pessoas, porém, na ordem capitalista, o burguês produz excedentes para a circulação mercantil, tornando-se assim comerciante⁷³⁰.

O triunfo da sociabilidade calcada na troca mercantil, isto é, o triunfo do capitalismo, fez necessário que o capital se derivasse em duas formas sociais necessárias, o Estado e o direito⁷³¹, isto porque, em uma sociabilidade estruturada na circulação da mercadoria, é imperioso que as pessoas envolvidas na troca sejam capazes de aderir a essa relação pela via contratual, que tem por pressuposto a própria liberdade de concorrer e contratar, liberdade esta que tem como “grande niveladora a igualdade jurídica”⁷³².

Assim como a circulação sanguínea é essencial à vida humana, o movimento da forma

⁷²⁹ MASCARO, 2015, pp. 1-2.

⁷³⁰ ENGELS; KAUTSKY, 2012, pp. 17-18.

⁷³¹ Kelsen esteve próximo dessa mesma conclusão quando equiparou, no plano ontológico, Estado e direito (KELSEN, 2009. p. 317).

⁷³² ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 19.

mercantil, isto é, a circulação da mercadoria, é imprescindível à manutenção da sociabilidade capitalista, calcada, essencialmente, na troca mercantil.

Tão logo o sangue pare de circular pelas veias e artérias humanas, tem início um processo que desaguará num estado de morte real. O mesmo se dá em relação ao capital, pois que, no exato momento em que obstada a circulação da mercadoria, imediatamente esta perde sua essência de valor e toda estrutura começa a perecer, sendo vital para o capital impedir essa paralização, mais que isso, promover sua fluidez sob o escudo do Estado e do direito.

Sobre os riscos desse processo de paralização, Harvey ilustra:

Veja o que aconteceu depois do 11 de Setembro de 2001, em Nova York: tudo ficou paralisado. Os aviões pararam de voar, as pontes e estradas foram fechadas. Três dias depois, percebeu-se que o capitalismo desmoronaria se as coisas não voltassem a se movimentar. Então, de repente, o prefeito Giuliani e o presidente Bush pediram que a população sacasse seus cartões de crédito e fosse às compras, voltasse à Broadway, lotasse os restaurantes. Bush chegou a aparecer num comercial da indústria aeroviária para encorajar os norte-americanos a voltar a voar⁷³³.

Alysson Mascaro percebe bem essa questão quando diz que “nascendo as atividades mercantis capitalistas, nascem em conjunto as instituições jurídicas que lhe dão amparo” e que seriam esses “os dois alicerces fundamentais do capitalismo” e, de fato, ambas as formas – Estado e direito – não teriam sequer razões para surgimento ou espaço para desenvolvimento fora do capitalismo, sendo a razão de ser de ambas as formas, simplesmente a de assegurar a circulação mercantil, conferindo estabilidade às relações de troca, garantindo a propriedade e sancionando os que eventualmente transgredissem as regras postas⁷³⁴.

Uma das mais notáveis alterações trazidas pelo modo de produção capitalista, e que o distingue do feudalismo, se dá no modo de produção, onde o produtor do excedente econômico, outrora jungido à fonte de produção por vínculos de servidão, agora se vincula à fonte produtiva por meio do trabalho assalariado, formalmente livre, contratualizado⁷³⁵ e fragmentado, inclusive como estratégia de reprodução do capital.

Tão logo o trabalho privado é convertido em mercadoria, e assim intermediado por um equivalente geral, tem surgimento, por questões imperativas, o direito e suas mais variadas formas de regulação das relações contratuais de troca, isto porque, o direito reflete

⁷³³ HARVEY, 2004, p. 22.

⁷³⁴ MASCARO, 2015, p. 5.

⁷³⁵ Pela agregação dos fatores econômicos e políticos em um só centro (senhores de escravo ou senhores feudais), as relações pessoais e o controle da vida eram facilitados nas sociedades pré-capitalistas, porém sobrevivendo o capitalismo, esteado na divisão do trabalho e na circulação mercantil, esse controle cresce em complexidade, as relações sociais se contratualizam e, na multidão dos desdobramentos dessa nova sociabilidade, tem ocasião tanto à proliferação da forma jurídica como também do Estado (MASCARO, 2013, p. 17).

inexoravelmente a divisão do trabalho⁷³⁶ e é a divisão generalizada do trabalho, seu processo de privatização e mercantilização que dão origem ao direito moderno; “é a ideia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a ideia de equivalência jurídica”⁷³⁷.

Da mesma opinião já partilhavam Engels e Kaltsky, quando em crítica ao socialismo jurídico afirmavam que:

As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado. Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social – isto é, por meio da concessão de incentivos e créditos – engendra complicadas relações contratuais recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade – normas jurídicas estabelecidas pelo Estado – imaginou-se que tais normas não proviessem dos fatos econômicos, mas dos decretos do Estado⁷³⁸.

O fenômeno da normatividade jurídica, emerge do modo de produção capitalista tendo por função primordial prestar amparo a uma troca mercantil que se faz mediante relações de direito, ou melhor dizendo, relações contratuais, funcionando o direito como equivalente geral da mercadoria nas relações de troca e o Estado como um assegurado desse ajuste de vontades, empregando previsibilidade e segurança aos contratantes.

Não é opcional! Gostemos ou não, o modo de produção em que vivemos é capitalista dependente do mercado para sua reprodução, e como nos lembra Eros Grau, a finalidade do direito é a preservação dos mercados, “daí que o direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas ... Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir” e compreender essa função do fenômeno da normatividade jurídica é fundamental⁷³⁹.

4.2.4 A distinção entre as normas jurídicas e as demais normas sociais

O direito é um fenômeno mais amplo que o fenômeno da normatividade jurídica ou, no mínimo, não coincidente⁷⁴⁰. Até mesmo aqueles que, a exemplo de Bobbio, afirmam que “a experiência jurídica é uma experiência normativa”⁷⁴¹, distinguem o direito da norma, afirmando que aquele é “um conjunto coordenado dessas” e que dessa coordenação resulta um “sistema

⁷³⁶ DURKHEIM, É. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 103.

⁷³⁷ NAVES, 2008, p. 57.

⁷³⁸ ENGELS; KAUTSKY, 2012, pp. 17-18.

⁷³⁹ GRAU, 2021, p. 15.

⁷⁴⁰ MASCARO, 2015, p. 63.

⁷⁴¹ BOBBIO, 2016b, p. 25.

normativo”⁷⁴², sendo, a norma jurídica, portanto, célula do corpo chamado direito e não o direito⁷⁴³.

Tão certo como o fenômeno do direito é mais amplo do que o fenômeno da normatividade que apenas o constitui, é o fato de que a norma jurídica é apenas uma das diversas espécies de normas que regem as relações humanas em geral. Ao lado da norma jurídica, conhecemos outras tantas como as normas de cunho social, normas de cunho moral, normas corporativas, algumas delas com maior poder de constrangimento do comportamento humano do que as próprias normas jurídicas.

Em decorrência de violações a normas de cunho moral, pessoas são excluídas do seio de uma comunidade e famílias se desintegram. Por atendimento de normas de cunho religioso, uns matam e outros morrem. O evangelho segundo São Lucas registra uma fala em que Jesus teria exortado seus seguidores a não temer nem mesmo os que pudessem matar seus corpos, mas sim aquele que, após a morte do corpo, também destruir suas próprias almas⁷⁴⁴.

Mas o que distingue as normas jurídicas das demais espécies normativas, dando-lhe contornos de especificidade?

Em busca de elementos que fossem essenciais às normas jurídicas e que, por estarem ausentes de outras formas normativas (religiosas, morais, corporativas) seriam elementos distintivos, Maria Helena Diniz conclui que os únicos elementos essenciais e, portanto, aptos a distinguir as normas jurídicas de outras espécies normativas seriam o autorizamento e a imperatividade⁷⁴⁵.

Nenhuma outra espécie normativa contaria com esses elementos em sua essência e isso tornaria a norma jurídica única em relação a todas as outras formas de tentativa de regulamentação da conduta humana, nada obstante, sempre houvesse quem pretendesse incluir na essência das normas jurídicas o caráter sancionatório⁷⁴⁶, pretendendo, inclusive distingui-la das demais por esse elemento:

Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, isto é, sua escassa eficácia, e os da sanção externa não institucionalizada, sobretudo a falta de proporção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos cidadãos, regula também a reação aos

⁷⁴² Ibid., p. 37.

⁷⁴³ REALE, 2002, p. 93.

⁷⁴⁴ THOMPSON, F. C. **Bíblia de referência Thompson**: com versículos em cadeia temática; antigo e novo testamento. São Paulo: Vida, 2007, p. 944.

⁷⁴⁵ DINIZ, 2019, p. 154.

⁷⁴⁶ Tercio Sampaio está entre os que sustentam que a norma jurídica se caracterizaria, também, por ser dotada de coatividade, sendo um querer “dotado de poder”, esclarecendo ainda que nem todas as normas seriam formuladas em linguagem imperativa, o que não se confunde com a ausência de imperatividade de seu dirigismo (FERRAZ JR., T. S. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 50-52).

comportamentos contrários. Essa sanção distingue-se da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da sociedade por ser institucionalizada, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e por meio das mesmas fontes de produção das regras primárias. Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais. Trata-se das normas cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada. Como se pretendia demonstrar, o tipo de sanção serve para introduzir uma nova distinção entre os vários tipos de normas, e é uma distinção que discrimina um tipo de norma tanto nos confrontos com as normas morais quanto com as sociais. A presença de uma sanção externa e institucionalizada é uma das características daqueles grupos que constituem, segundo uma acepção que foi se tornando cada vez mais comum, os ordenamentos jurídicos. Podemos, portanto, considerar esse tipo de sanção com um novo critério para identificar as normas jurídicas. Diremos então, com base nesse critério, que “normas jurídicas”, são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada⁷⁴⁷.

Algumas observações são necessárias. Se nem mesmo o ato de “falar” é dado à norma sem um processo de mediação, muito mais difícil parece ser conceber que a norma seja capaz de sancionar essa ou aquela conduta. A norma não sanciona, apenas autoriza que assim se proceda:

O autorizamento é uma permissão. A norma jurídica permite que o lesado pela violação exija o cumprimento dela ou a reparação pelo mal causado. Após a ação violadora da norma jurídica, a própria norma violada autoriza a reação competente. A faculdade de reação pertence ao lesado. O autorizamento para o uso dessa faculdade é que é da norma jurídica, a qual é expressão desse autorizamento⁷⁴⁸.

Não há, outrossim, um monopólio da sanção decorrente da violação de uma norma jurídica, já que, embora a ordem estatal concentre maiores poderes de sancionar as condutas violadoras de normas jurídicas, não são raros os casos em que o próprio ofendido é autorizado a agir, valendo como exemplo, a exceção do contrato não cumprido. Nesse caso, “a coatividade é do lesado, mas o autorizamento para o uso da coatividade é da norma jurídica”⁷⁴⁹.

Sanção e coação, embora intimamente relacionados com a norma jurídica, são elementos externos a ela e que operam no plano material, não podendo ser confundidos com a autorização para que se sancione ou se coate. Havendo ou não sanção/coação, a norma jurídica sempre será autorizante tanto de uma como de outra forma de uso da força⁷⁵⁰.

Tratando da norma jurídica, os elementos que lhe dão essência e a distinguem das demais normas, são a imperatividade e o autorizamento, sem o que não iriam além de “norma moral” ou uma “lei da física”, “encontraremos esses dois elementos onde quer que se encontre

⁷⁴⁷ BOBBIO, 2016b, 157.

⁷⁴⁸ DINIZ, 2019, p. 133.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 135.

⁷⁵⁰ Ibid., pp. 135 e 145.

a norma jurídica”⁷⁵¹.

A autoria da vingança em relação ao descumprimento da norma jurídica, embora externa a ela, também serve de traço distintivo. Embora alguns organismos sociais possam promover, com algum grau de limitação, vingança pelo descumprimento de normas jurídicas, por exemplo, excluindo do seio de uma coletividade alguém que transgrida normas de direito penal, jamais haverá vingança pública à ofensa às normas de cunho extrajurídicos.

4.2.5 A violação da norma jurídica

A violação da norma jurídica está pressuposta em sua própria existência, isso bem se representa no fato de que, quanto mais arcaica a legislação visitada, maior repressividade dela se perceberá. Pachukanis, no dá como exemplo a *Rússkaia Pravda*⁷⁵², composta de 43 artigos dos quais, 41 se relacionavam a violações de direito penal ou de direito civil e a Lei Sálica das tribos germânicas que era composta de 408 artigos dos quais 343 veiculavam alguma medida repressiva⁷⁵³. É nesse contexto que se tem dito que a normatização pressupõe sua violação:

A insubordinação à norma, a violação desta, a ruptura com a forma normal das relações e os conflitos daí decorrentes constituem o ponto de partida e o principal conteúdo da legislação arcaica. O normal, ao contrário, não se fixa como tal desde o início; ele simplesmente existe. A necessidade de se fixar e definir com precisão a extensão e o conteúdo dos direitos e das obrigações mútuas surge no momento em que a existência pacífica e tranquila é violada. A partir desse ponto de vista, Bentham está correto quando diz que a lei cria o direito ao criar o delito. A relação jurídica adquire historicamente seu caráter específico antes de tudo em fatos de violação do direito. O conceito de roubo foi definido antes de se definir o conceito de propriedade. A relação decorrente do empréstimo se fixa no caso em que o devedor não quer saldar a dívida: "quando alguém reclama de outrem uma dívida e este, por sua vez, nega etc.". O significado original da palavra "*pactum*" não é absolutamente o significado geral de contrato, mas de *pax*, paz, ou seja, o término amigável de uma contenda; o "pacífico" (*Vertrag*) põe fim ao "não pacífico" (*Unverträglichkeit*)⁷⁵⁴.

Assim como a instituição do comércio não foi capaz de excluir o roubo, as normas jurídicas não foram capazes de fazer cessar a agressão ao estado de normalidade. Dito de outra forma: o direito não exclui o arbítrio – sua mais manifesta forma de violação – embora discursse no sentido de combatê-lo⁷⁵⁵.

Enquanto existir o direito, especialmente em sua representação normativa, haverá

⁷⁵¹ Ibid., p. 154.

⁷⁵² A *Rússkaia Pravda*, que pode ser traduzida de modo livre como sendo a “A verdade russa” ou “A justiça russa” é o mais remoto diploma jurídico varegue, ainda do período Kieviano (988-1240).

⁷⁵³ PACHUCANIS, 2017, p. 165.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 166.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 140.

violação de seu conteúdo. Esse quadro, até certo ponto desalentador, ganha contornos de gravidade quando a agressão de dá no interior da própria lógica dá normatividade e o violador das normas jurídicas é o próprio órgão responsável pela aplicação das normas jurídicas dispostas no ordenamento. É da violação da norma jurídica pelo juiz que nos ocuparemos nessa etapa do trabalho, já que essa violação, qualificada como manifesta, que dá azo à propositura da ação rescisória na modalidade que pretendemos compreender.

Diversas são as causas anímicas pelas quais uma norma é ofendida, desde a ignorância em torno de um texto e de um fato até o suborno, passando, na maioria das vezes por uma tentativa de aplicação de um senso de justiça e ética próprios do juiz em detrimento da ética e da justiça do direito. Por compreenderem pouco, ou quase nada da função do direito no contexto das relações sociais perpassadas pela lógica do capital, insensatamente impugnam a justiça formal contida na norma jurídica e, assim procedendo, acabam por violá-la.

A doutrina Kelseniana, ao tratar da norma jurídica, esclarece que sua validade não é subordinada a um conteúdo moral, ético ou mesmo de justiça⁷⁵⁶. Se para Kelsen o direito se reduz ao fenômeno da normatividade, podemos concluir que para essa doutrina é o próprio direito independente de instâncias éticas, morais e de ideias de justiça.

Discursando sobre a necessidade de uma mudança de mentalidade judiciária e contra formulação positivista que converte justiça em um objeto meramente formal e descomprometido com os resultados de sua ação, Dalmo de Abreu Dallari acusa essa corrente filosófica de responsabilidade pelas maioria desventuras sociais, notadamente no Brasil e na América Latina, onde encontrou solo fértil para sua disseminação⁷⁵⁷.

Afirma o autor que “essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça” e que “a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele”⁷⁵⁸.

À crítica de Dallari o positivismo jurídico responde com uma dose de cinismo. Menos danoso seria que se assumisse imune a injunções da ética, da moral e do valor justiça. Pelo contrário, a fim de manter o discurso e se livrar desse tipo de acusação, a ordem positiva cria para si conceitos próprios de ética, de moralidade e de justiça, postulando não ser isenta desses valores, mas apenas que a moralidade compreende a observância da ordem jurídica, que sua

⁷⁵⁶ Kelsen, 2009, pp. 75-78.

⁷⁵⁷ Dallari, D. A. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 80-84.

⁷⁵⁸ Ibid., p. 83.

justiça opera num plano formal e que sua ética é a ética da legalidade⁷⁵⁹.

Por razões de segurança jurídica e eliminação de subjetivismos, a justiça, para o direito moderno, é do tipo formal, isto é, “justo é aquele conforme a lei, e injusto, o que é diferente”⁷⁶⁰, pensar a justiça do ponto de vista ideológico, reduzida ao plano da equidade é a própria antítese do processo pelo qual o direito moderno substituiu a equidade por “um sistema rígido de normas, a fim de que fosse assegurada a calculabilidade exigida pelas transações econômicas”⁷⁶¹.

Embora o direito capitalista não seja subordinado à justiça idealmente considerada, captura essa expressão, inscrevendo-a em sua gramática como arma de formatação ideológica⁷⁶² e para que exerça dominação, é necessário que discurse e se apresente como justo, ainda que essa justiça não avance para além do plano da formalidade. O direito precisa parecer justo e essa aparência⁷⁶³ é suficiente para que atinja a finalidade de submeter os agentes sociais à sua lógica.

Porém, uma vez, manobrado de modo a apresentar uma solução manifestamente contrária ao conteúdo formal de justiça consagrado nas normas jurídicas, abre-se espaço para a impugnação da decisão que a veicule. Numa só frase: só a decisão que consubstancie violência manifesta à norma jurídica, aquela capaz de subtrair do ordenamento a máscara da justiça, é a que se pode ser desconstituída por meio da ação rescisória.

Qualquer outra violência ou desrespeito à ordem jurídica, desde que possa resistir escorada na retórica da justiça, é válida e protegida pelo direito, pouco importando a intensidade ou tamanho da injustiça concreta que veicule.

É assim que a ação rescisória é instrumento jurídico-político de salvaguarda da própria honorabilidade do direito, sem o qual ele perde força ideológica. Seu poder de convencimento depende do fato de as pessoas imaginarem-no como algo justo, ainda que justiça seja elemento apenas de sua gramática.

Todas as vezes que a ordem jurídica é agredida pela decisão judicial e, por qualquer que seja a razão, se faça questionar seu conteúdo de justiça, o direito age a fim de preservar as aparências. Esta é a coerência interna do direito que dá à ação rescisória fundamento político.

Não é difícil compreender o que seja a violação de uma norma jurídica. Essa violência

⁷⁵⁹ GRAU, 2021, pp. 18-20.

⁷⁶⁰ BOBBIO, 2016a, p. 103.

⁷⁶¹ GRAU, 2021, p. 20.

⁷⁶² ALTHUSSER, 2022, pp. 73-79.

⁷⁶³ Se a aparência de um fenômeno jurídico coincidissem com sua essência, a ciência do direito não teria razão de existir e isso colabora na desconstrução do positivismo jurídico como posição científica.

pode se dar quando a norma não for aplicada para a circunstância à qual foi concebida; quando seja negando aquilo que dela se extrai ou dela se extraia uma consequência contrária à sua perspectiva. Quando a norma jurídica é violada, inaugura-se uma situação de ofensa à justiça formal, e a decisão jurídica que a veicula, é, nessa extensão uma decisão injusta.

No caso brasileiro, para fins de cabimento de uma ação rescisória, não basta a violação, é necessário que essa violação seja qualificada como sendo manifesta e aí é que nos deparamos com uma grande dificuldade, já que o manifesto também comporta um grau dilatado de subjetividade, dependendo, sobretudo de quem afere essa aparência, sendo possível que aquilo que seja manifesto para determinada pessoa, seja absolutamente oculto para outra.

O que é caracteriza uma ofensa à norma jurídica como sendo manifesta? Quem se reveste da autoridade para concluir por ser ou não manifesta essa violação?

Respondendo à primeira indagação, Júlio Bebber classifica como manifesta a ofensa perceptível a olho nu e que se consubstancie no desprezo ao sistema jurídico, sendo que isso ocorreria todas as vezes que a verdade fática estabelecida, não recebesse resposta jurídica coerente com a integralidade do ordenamento jurídico, e o “comando extraível do enunciado normativo por meio da interpretação”⁷⁶⁴.

Com dar por suficiente essa assertiva, quando já temos constatado que nem mesmo a norma jurídica é manifesta antes do processo interpretativo? Como perceber, a olho nu, que o interprete/aplicador considerou e desprezou o ordenamento jurídico em sua totalidade? Existiria uma mente jurídica tão fabulosa para esse exercício? Não é um fato que mesmo a decisão judicial consiste de um texto pendente de interpretação? Se isso é correto, não seria o conteúdo da decisão perceptível apenas quando encerrado o processo interpretativo?

Marinoni e Mitidiero, após sustentarem que a ação rescisória busca a tutela do “significado normativo que serve de base a uma decisão justa”⁷⁶⁵, invertem a lógica e, ao invés de apontarem para o que seria uma decisão injusta, portanto, violadora da norma jurídica, sustentam que: “uma decisão justa é o fruto de três condições: i) observância de um processo justo; ii) adequada outorga de sentido às alegações de fato da causa e sua adequada verificação probatória; e iii) adequada individualização do direito aplicável, o que pressupõe adequada solução normativa para a solução do caso e adequada outorga de sentido aos textos dos quais resultam as normas”⁷⁶⁶.

Nessa ordem de ideias, i) se não houver observância de um processo justo; ii) se não for

⁷⁶⁴ BEBBER, 2021, pp. 91-92.

⁷⁶⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 21.

⁷⁶⁶ Ibid., p. 21.

dada adequada outorga de sentido às alegações de fato da causa e sua adequada verificação probatória; e iii) se não houver adequada individualização do direito aplicável, o que pressupõe adequada solução normativa para a solução do caso e adequada outorga de sentido aos textos dos quais resultam as normas, a norma jurídica estará violada.

Não temos qualquer dissonância em relação à asserção de Marinoni e Mitidiero, contudo, não há nessa doutrina um critério pelo qual se possa aferir se a violação à norma jurídica é manifesta ou não. O que se quer dizer por “processo justo”? Como e de que modo é feita a adequada outorga de sentidos aos fatos? Como se pode atestar a adequação do procedimento da coleta de provas? Como verificar se a solução jurídica corresponde à resposta pretendida pelo ordenamento jurídico? Por fim: Como verificar essas nuances de modo imediato sem a necessidade de maiores esforços?

De fato, o assunto é tormentoso e demanda resposta do direito. Nas linhas abaixo trataremos de demonstrar que o caráter manifesto de uma violação tem sido respondido à luz do realismo jurídico, de modo que será manifesto aquilo que os tribunais responsáveis pelo julgamento da ação rescisória disserem que é manifesto.

4.2.5.1 Interpretação controvertida no âmbito dos tribunais

Das estratégias desenvolvidas pela jurisprudência para atestar pelo caráter manifesto da violação de uma norma jurídica, desenvolveu-se o argumento de que essa qualificação teria íntima relação com o estado de controvérsia. Todas as vezes que a interpretação de determinado enunciado normativo fosse controvertida no âmbito dos tribunais, o caráter manifesto estaria excluído, já que não se poderia conceber como violação manifesta aquela que teria sido capaz de iludir a percepção de diversos órgãos vocacionados à revelação da norma jurídica. Esse critério, alcançou eco tanto na jurisprudência como na doutrina especializada.

Faremos exposição de doutrina representativa dessa perspectiva, para em seguida analisá-la, para tanto selecionamos a lição de Júlio Bebbber, que afirma:

Se a interpretação exige escolhas e encerra juízos de valor, poderão ser atribuídos diferentes e, também, divergentes (discrepantes, colidentes) significados a um mesmo enunciado normativo.

Além de inevitáveis, as diferentes e divergentes interpretações são desejáveis. São - elas que permitem que a *jurisprudência flutue* até alcançar o órgão responsável pela uniformização do significado do enunciado normativo.

Enquanto não houver pronunciamento do órgão competente consolidando determinada interpretação, então, não é possível pensar (e sequer afirmar) que essa ou

aquela interpretação acarreta manifesta violação de norma jurídica⁷⁶⁷ [...]

Nessa perspectiva, haveria ofensa manifesta à norma jurídica quando a decisão se desse em contrariedade à interpretação conferida pelo órgão responsável pela uniformização da jurisprudência, ao passo que a decisão que se desse em observância ao padrão conferido pelo mesmo órgão, não importaria em ofensa à norma jurídica, ainda que houvesse posterior mudança de posição⁷⁶⁸.

Essa doutrina também iguala o processo decisório a um processo de simples escolha, restrito até mesmo ao legislador, conferindo ao juiz um papel antinômico ao propósito do direito moderno que é o de supressão de cargas discricionárias como meio de promoção de previsibilidade do direito.

Por outro lado, conquanto, a uniformização de jurisprudência pressuponha, a divergência de interpretação, nunca será desejável⁷⁶⁹ e, na verdade, pressupõe, em alguma medida, a imperfeição no processo de elaboração do enunciado normativo, que pretende, em todas as vezes, o máximo de inteligibilidade. Nem mesmo a existência de órgãos responsáveis pela uniformização da jurisprudência vai além de um mal necessário, que só existe para a correção dos rumos. Esses órgãos se revelam como instrumentos de controle de poder.

Acresça-se, ainda, que a ação rescisória não pressupõe nem o esgotamento de instâncias e nem mesmo a recorribilidade da decisão rescindenda.

No primeiro caso, tudo indica que não estava no horizonte do legislador que a ação rescisória, por violação manifesta à norma jurídica, reclamasse um ambiente de pacificação em relação a um determinado tema, se isso pretendesse, poderia, já que não há qualquer impeditivo, condicionar o cabimento da ação rescisória ao esgotamento das instâncias e até mesmo à pacificação da jurisprudência que, no caso brasileiro, se exterioriza mediante a edição de enunciado de súmula.

No segundo caso, sabemos que há decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição que não comportam qualquer espécie de recurso, não obstante são rescindíveis. Se o sistema jurídico não prevê um instrumento de uniformização da jurisprudência para esses casos, admitir que a controvérsia implicasse em óbice ao cabimento da ação rescisória, por retirar o caráter de manifesto da violação, estaria a consagrar a institucionalização da quebra da unidade do direito, sem qualquer possibilidade de reação por parte do prejudicado.

⁷⁶⁷ BEBBER, 2021, p. 92.

⁷⁶⁸ Ibid., p. 92.

⁷⁶⁹ O IAC, por exemplo, é instrumento de prevenção ao dissenso jurisprudencial, sendo equivocada a ideia de ser salutar a flutuação jurisprudencial.

Essa doutrina, ainda que não faça esse registro, converte a questão da controvérsia em uma questão simplesmente numérica. Se bem entendemos, o que se propõe é que se 10 tribunais entendessem que a resposta jurídica para uma determinada circunstância fosse uma, e outros 10 tribunais entendessem que a solução seria diametralmente oposta àquela, não se poderia considerar a violação como manifesta.

Essa doutrina converte a norma jurídica em uma questão de opinião e empresta deferência incomum aos tribunais que, por mais desbragadamente violentassem a norma jurídica, não poderiam ter contra si o decreto de censura.

A lógica do raciocínio que empresta à controvérsia a eficácia de interditar o cabimento da ação rescisória, consiste na construção de que, se determinada tese foi capaz de seduzir certo número de tribunais, não se poderia sustentar o caráter manifesto da violação, exceto se estivéssemos dispostos a reprovar a capacidade de abstração de uma ou outra corrente.

Mas se a divergência de tribunais em torno da interpretação de uma norma jurídica é capaz de afastar o caráter manifesto de eventual violação, a divergência interna do próprio colegiado que julgasse a ação rescisória, se revestiria da mesma problemática. Imaginemos o caso de nosso mais alto tribunal reunido para julgar uma ação rescisória e o resultado proclamado, que não nos compete distinguir, fosse alcançado por uma maioria de seis ministros em prol de uma tese, contra de cinco votos filiados a uma conclusão diversa, não haveria aí também uma dúvida capaz de afastar o caráter manifesto da violação.

Certamente essa ponderação seria atacada pela afirmação de que o princípio da colegialidade abstrai a opinião isolada de um dos julgadores, de modo que externamente, apenas uma conclusão se extrairia de uma decisão, ainda que colegiada. Isso, porém não vai além de uma ficção e se a ficção puder ser utilizada desmesuradamente para dar justificativa a qualquer problema jurídico, o próprio direito se confessaria como sendo uma expressão organizada das aparências.

Por fim, se a ofensa manifesta a uma norma jurídica depender do padrão decisório de um determinado tribunal, quando da uniformização de sua jurisprudência, pavimentado estará o caminho para a conclusão de que nesse processo de uniformização de jurisprudência a norma jurídica não poderia ser manifestamente ofendida e isso demonstra que, o caráter manifesto de uma violação tem sido respondido à luz do realismo jurídico, de modo que será manifesto aquilo que os tribunais responsáveis pelo julgamento da ação rescisória disserem que é manifesto.

Essa mesma doutrina se respalda em dois enunciados de súmulas de tribunais superiores para emprestar autoridade à conclusão, o primeiro seria o enunciado 83 do TST, segundo o qual:

I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais.

II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida⁷⁷⁰.

O segundo enunciado seria o contido no verbete 343 do STF e que assim proclama: “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”⁷⁷¹.

O item I do enunciado 83 do TST, além de concordar, inteiramente com a doutrina que apresentamos, faz limitação à matéria infraconstitucional, o que não seria de se estranhar, não fosse o fato de que, diversamente do que se dá em relação ao STJ, a constituição federal confere ao TST a competência para a análise de questões referentes às disposições constitucionais.

O item II do enunciado, se lido de maneira literal, acabaria por criar um requisito a mais para o processamento de ação rescisória, que seria a existência de orientação jurisprudencial sobre o tema, pois do contrário a matéria sempre estaria em estado de controvérsia.

Sucedendo que o próprio TST tem tratado de relativizar o rigor desse segundo item, afirmando que, a despeito da inexistência de orientação jurisprudencial do TST, o entendimento uniforme das suas oito turmas e de sua primeira subseção especializada em dissídios individuais, seria suficiente para demonstrar o caráter de pacificação em torno do tema⁷⁷².

O enunciado 343 do STF, construído sob a égide da CF/46, e que atribuía ao STF competência derivada para a apreciação de matéria infraconstitucional, sempre foi relativizado por aquela Corte no que cerne a questões constitucionais, sob o argumento, de que não havendo posicionamento do STF a respeito da matéria, a controvérsia havida entre tribunais não obsta o cabimento da ação rescisória por ofensa a dispositivo constitucional⁷⁷³.

O Brasil adota como método de controle de constitucionalidade tanto a via difusa como a concentrada e, embora o STF seja o último e definitivo intérprete da constituição, não é o único⁷⁷⁴. Se o fato de o STF ser o último intérprete da constituição torna irrelevante a controvérsia dos tribunais inferiores, para fins de cabimento da ação rescisória, o mesmo haveria que se dizer em relação ao STJ e o TST, sobre as questões atinentes às suas competências, já que a primazia da constituição encontra subtipo na primazia do ordenamento

⁷⁷⁰ Súmula 83 do TST.

⁷⁷¹ Súmula 343 do STF.

⁷⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 246-86.2012.5.06.0000, SBDI-2**. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva, 5 de maio de 2020.

⁷⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ARE 1332413**. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 de junho de 2022.

⁷⁷⁴ SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 54.

jurídico, o que só se pode alcançar com a unidade do direito.

Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância⁷⁷⁵.

Segundo Athos Gusmão Carneiro, “a lei não admite duas exegeses diferentes, e ambas certas; uma delas estará necessariamente contrariando o mandamento da lei, que só pode ser um, e para dizê-lo existe a corte superior”⁷⁷⁶. Sustentar que a controvérsia em torno da interpretação de determinado dispositivo interdita a possibilidade de ajuizamento de uma ação rescisória, é o mesmo que sustentar a possibilidade de múltiplas soluções jurídicas para casos idênticos e em momentos idênticos, o que, nas palavras de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, além de ofender ao princípio da legalidade, ofende também o princípio da isonomia⁷⁷⁷, de modo que a solução contida no enunciado 343 do STF e seu correspondente enunciado 83 do TST, não estariam em harmonia com as “preocupações que hoje prevalecem no direito”⁷⁷⁸.

O entendimento do STF em torno de seu enunciado 343 revela que a controvérsia impeditiva de caracterizar uma ofensa à norma jurídica como manifesta, se liga mais à autoridade de quem decide do que à controvérsia em si. As entranhas desse entendimento ocultam um formalismo exacerbado que resiste em conceber a ação rescisória um instrumento de uniformização da jurisprudência e nem mesmo a alteração na jurisprudência da Corte ensejaria o cabimento da ação rescisória se o acórdão rescindendo estivesse harmônico ao entendimento que vigia quando de sua prolação, é o que se extrai do tema 136 de repercussão

⁷⁷⁵ MEDINA, 2017, pp. 1293-1294.

⁷⁷⁶ CARNEIRO, A. G. Do recurso especial e seus pressupostos de admissibilidade. *Revista Jurídica*, v. 210. Porto Alegre, 1995, p. 80.

⁷⁷⁷ A ideia de “interpretação razoável” consiste em aceitar diferentes resultados, desde que aproximados, mas que de um modo geral, permita que a norma jurídica cumpra o seu papel. Essa concepção parece desconhecer que o que distingue um homem de um chimpanzé não é nada mais o que alguma coisa em torno de 1 e 4% da carga genética (ROSSETI. V. Aproximações genéticas entre humanos e outros grupos animais. *In: Netnature*. [S.l.:s.n.], 2018, s.p.).

⁷⁷⁸ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 323.

geral⁷⁷⁹⁻⁷⁸⁰.

Já se disse que “a falta de ousadia, porém, não pode ser a marca do juiz moderno”⁷⁸¹. Não pensamos que essa marca deva ser da personalidade do juiz, individualmente considerado, mas sim do direito que tem de ousar na manipulação de suas tecnologias. A uniformização da jurisprudência é um dever dos tribunais, e instrumentaliza direitos fundamentais como a isonomia e segurança jurídica, induzindo à lógica de uma única norma jurídica possível quando idênticas as premissas fáticas e o momento em questão.

Embora haja alguns meios previstos em lei para o alcance desse objetivo, não há vedação para que este seja alcançado por outros meios que possam produzir o mesmo resultado. Nada desaconselha o uso da ação rescisória, inclusive, como instrumento de uniformização da jurisprudência, o que parece atender ao método instrumentalista, consistente “em extrair do processo e do exercício da jurisdição o maior e mais adequado proveito útil possível”⁷⁸².

4.2.5.2 O prequestionamento como procedimento revelador da violação à norma jurídica

O prequestionamento, como requisito para a configuração do caráter manifesto da violação à norma jurídica é tese que se desenvolveu no seio do TST e foi identificado por Flávio Yarshell como sendo instrumento pragmático utilizado como meio de embaraçar o cabimento da ação rescisória⁷⁸³. O TST, no entanto, pacificou, por meio do enunciado 298, o entendimento de que:

- I – A conclusão acerca da ocorrência de violação literal a disposição de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada.
- II - O pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto⁷⁸⁴.

Enfrentando essa questão, Júlio Bebbber insinua que tal compreensão resulta das

⁷⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 590809**. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de novembro de 2014.

⁷⁸⁰ Esse entendimento que terá de se encontrar com o disposto no art. 525, § 12 do CPC/2015, não abordado na decisão, pois a hipótese, ali delineada, não faz qualquer consideração sobre o entendimento que vigia na Corte quando da prolação do acórdão impugnado, não podendo haver a exclusão automática do cabimento de ação rescisória. Se o STF entender que a mudança de seu entendimento possa consubstanciar insegurança jurídica, deverá promover a modulação do entendimento, esta é a diretriz contida no § 13 do mesmo artigo. Entender de modo diverso é negar vigência a um dispositivo legal sem declará-lo inconstitucional.

⁷⁸¹ BEBBER, J. C. **Recursos no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 269.

⁷⁸² DINAMARCO; BADARO; LOPES, 2020, p. 30.

⁷⁸³ YARSHELL, 2005, pp. 324-325.

⁷⁸⁴ Súmula 298 do TST.

semelhanças que há entre o julgamento de uma ação rescisória “fundada em violação de norma jurídica e os recursos de natureza extraordinária [...] fundados em violação de dispositivo constitucional ou infraconstitucional”, mas que tais semelhanças, “segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência uniforme do STJ e do STF, não justificam, à falta de previsão legal e justificação lógica, a exigibilidade de prequestionamento para a ação rescisória”⁷⁸⁵.

Em sentido contrário, no plano doutrinário, Homero Batista Mateus da Silva, atesta que:

Na maioria dos casos será indispensável que a sentença se tenha manifestado expressamente sobre a lei, a fim de que se saiba se houve a violação literal. Entrelinhas não servem para fundamentar rescisória. A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei, pressupõe pronunciamento explícito: impõe-se que a sentença tenha de fato feito referência à norma e, ato contínuo, descartado sua aplicação⁷⁸⁶⁻⁷⁸⁷.

O que é o prequestionamento? Qual as suas razões lógicas? Por que ele seria exigível ou inexigível para o ajuizamento da ação rescisória fundada para controle da ofensa à norma jurídica?

Embora mencionado a não mais poder no contexto das falas jurídicas, não há no léxico, tampouco havia no CPC/73 qualquer menção ao prequestionamento. Essa expressão, contudo, ganhou foros de posituação no CPC, sendo mencionada em duas ocasiões (CPC, art. 941, § 3º e art. 1.025, *caput*).

Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho, “a cláusula do prequestionamento foi criada pelo direito norte-americano, por meio do *Judiciary Act*, de 24.9.1789. Esse ato, adaptando o *writ or error* do direito inglês às singularidades da organização da Colônia, permitiu o recurso para a Suprema Corte”⁷⁸⁸. A doutrina de Júlio Bebbber, após esclarecer que “prequestionar significa debater, discutir, controverter previamente determinada matéria”, aponta para a existência de três correntes doutrinárias que estariam a disputar o conceito⁷⁸⁹.

A primeira corrente postula o prequestionamento como sendo um “questionamento prévio” e, desse modo, bastaria que a parte interessada no debate ventilasse a matéria, requerendo do órgão judiciário emissão de uma tese para que o requisito estivesse satisfeito, sendo irrelevante a efetiva emissão da tese⁷⁹⁰.

A segunda corrente, entende o prequestionamento como sendo uma “decisão prévia” a

⁷⁸⁵ BEBBER, 2021, p. 96.

⁷⁸⁶ SILVA, 2021a, p. 483.

⁷⁸⁷ No mesmo sentido: THAMAY, 2023, p. 422.

⁷⁸⁸ TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 96.

⁷⁸⁹ BEBBER, 2011, pp. 338-340.

⁷⁹⁰ BEBBER, 2011, pp. 338-339.

respeito da matéria, pouco importando ter havido ou não requerimento da parte interessada na emissão da tese⁷⁹¹.

A terceira e última corrente, mescla elementos das duas anteriores, porém conclui que o prequestionamento seria “questionamento e decisão prévios”, de modo que só haveria prequestionamento se reunidas as duas premissas, a provocação e a decisão⁷⁹². Júlio Bebbber admite como adequada a segunda corrente e para o autor “o prequestionamento, portanto, é aferido exclusivamente pelo conteúdo da decisão”⁷⁹³.

Na vigência do CPC/73, quando ainda não vigiam os requisitos da decisão judicial previstos no atual art. 489, grassava, com maior frequência⁷⁹⁴, o mantra de que “o juiz não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos do advogado”.

Em consequência dessa forma de proceder, a parte opunha embargos de declaração visando obter a emissão de tese, recebia a *informação* de que “o juiz não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos do advogado”; interpunha seu recurso, esperava nas morosas filas dos tribunais superiores que, verificando a ofensa ao dever de fundamentação, anulavam a decisão, remetiam os autos à origem para nova decisão e, anos após, o processo retomava seu curso para julgamento.

Essa detestável circunstância não se mostrava tolerável no processo do trabalho em que, de regra, o que se pretende é o recebimento de verbas de natureza alimentar, devidas ao trabalhador pelo dispêndio de trabalho subordinado. Nesse contexto, a jurisprudência do TST se construiu no sentido de que o prequestionamento seria uma “decisão prévia”, contudo, tendo a parte provocado o prequestionamento, a omissão do órgão judicial, tornaria a questão fictamente prequestionada, é essa a solução dada pelo enunciado 297 do TST e que mais tarde daria conteúdo ao art. 1.025 do CPC/2015.

A competência revisora dos tribunais superiores se dá por via de recursos excepcionais, e, portanto, pressupõe que a matéria tenha sido debatida na origem, especialmente porque recursos excepcionais não são dotados de efeito translativo e essa é a missão lógica do prequestionamento.

No caso da rescisória, o tribunal competente para o processamento e julgamento da ação não funciona como instância revisora, pouco importando, então, que a matéria tenha sido

⁷⁹¹ Ibid., p. 339.

⁷⁹² Ibid., p. 340.

⁷⁹³ Ibid., p. 340.

⁷⁹⁴ Foi dito “com maior frequência” por que ainda hoje o STJ insiste em reproduzir essa afirmação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no REsp 1861328**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 23 de novembro de 2021).

decidida nesse ou naquele enfoque, notadamente porque a violação de uma norma jurídica pode se operar exatamente pela omissão em sua aplicação⁷⁹⁵.

A própria solução jurídica dada pelo sistema jurídico (CPC, art. 1.025) comprovam que, nem mesmo para o julgamento de recursos excepcionais, o prequestionamento efetivo se mostra imprescindível. Nem o STJ, órgão constitucionalmente incumbido da interpretação da lei federal, e nem o STF, intérprete da CF/88, adotam o prequestionamento como instrumento de aferição da ofensa à norma jurídica para fins de admissão da ação rescisória.

A exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade de ação rescisória fundada em violação manifesta de norma jurídica:

a) vilipêndia (despreza, avilta, rebaixa) – a escolha política do constituinte originário que estabeleceu, como garantia à tutela do direito ao processo justo, a possibilidade de desconstituição da coisa julgada na hipótese de acobertar decisão contendo um grau de imperfeição considerado extremo pela ordem jurídica; b) ofende – como já decidido pelo STF, os princípios da legalidade (CF, 5º, II), do acesso à justiça (CF, 5º, XXXV) e do devido processo legal (CF, 5º, LIV)⁷⁹⁶.

Embora o STJ e o STF rejeitem o prequestionamento como instrumento de aferição da violação à norma jurídica para fins de cabimento de ação rescisória, o TST é recalcitrante e, segundo Júlio Bebbber, exceto de estiver disposto a mudar voluntariamente sua posição, nada haverá que se possa fazer, já que no julgamento do tema 248 o STF firmou tese no sentido de que a análise do pressupostos de admissibilidade, por se tratar de tema afeto à legislação infraconstitucional, não possui repercussão geral⁷⁹⁷.

O fato de a questão dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória estarem afeitos legislação infraconstitucional, não obsta a atuação da Corte de cúpula. Ficando demonstrado o conflito entre a jurisprudência do STJ e do TST em torno de matéria infraconstitucional capaz de gerar insegurança nas relações jurídicas, é caso de intervenção da jurisdição constitucional, inclusive com a edição de súmula vinculante sobre o assunto e, para essa constatação é bastante a leitura do § 1º do art. 103-A da Constituição Federal, pois, tratando da edição de enunciados de súmula vinculante, dele consta que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Todas as vezes que, em decorrência de conflito interpretativo em torno de determinada

⁷⁹⁵ RIZZI, S. **Ação rescisória**. São Paulo: RT, 1979, p. 107.

⁷⁹⁶ BEBBBER, 2021, p. 98.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 98.

disposição legal, a segurança jurídica, em parte alcançada pela unidade do ordenamento, for posta em risco, o STF terá a incumbência de intérprete final da legislação federal, seja ela comum ou especial.

O conflito interpretativo envolvendo o a questão do prequestionamento como requisito de admissibilidade da ação rescisória, tem feito com que o jurisdicionado, a depender do ramo que litigue, receba tratamento diverso, inaugurando, com isso, um cenário de enorme insegurança, tudo a aconselhar que o STF seja chamado a se pronunciar, em definitivo, sobre o tema.

O fenômeno da normatividade jurídica tem nascedouro nas relações sociais concretas, plasmadas no modo com que a sociedade produz e troca mercadorias, sua existência é real e sua essência ideal. Sua real função é a de formatar condutas, de modo a promover a reprodução do modo para o qual foi gestada. Seu traço distintivo das demais normas que circulam na sociedade é a imperatividade e o autorizamento. Sua existência pressupõe a possibilidade de sua violação e essa ofensa pode se dar por diversos meios e em diversos níveis de intensidade.

Apenas as ofensas qualificadas como manifestas é que, dentro de algumas possibilidades, poderá dar ensejo à desconstituição da coisa julgada que se formou por meio dessa violação e não há parâmetros rígidos e objetivos para a qualificação de uma violação como manifesta ou não, já que as tecnologias desenvolvidas pela jurisprudência, quando não ilegais e também ofensivas a outras normas jurídicas, acabam sendo relativizadas, dando tratamento distinto a situações idênticas ocorridas na mesma quadra histórica.

O poder ideológico do direito reside justamente em seu discurso de justiça formal, só a decisão que consubstancie violência manifesta à norma jurídica, aquela capaz de levar ao questionamento da própria ordem jurídica, é a que se pode ser desconstituída por meio da ação rescisória. Qualquer outra violência ou desrespeito à ordem jurídica, desde que possa resistir escorada na retórica da justiça, é válida e protegida pelo direito, pouco importando a intensidade ou tamanho da injustiça concreta que veicule.

É de todos conhecido o diálogo travado entre a menina Alice e o intragável Humpty Dumpty:

“Não entendo o que quer dizer com ‘glória’”, confessou ela. Humpty Dumpty sorriu com desdém. “Claro que não entende, ainda não te expliquei. O que quis dizer foi ‘um belo argumento da pesada!’” “Mas glória não quer dizer ‘um belo argumento da pesada’”, contestou Alice. “Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty, em tom ainda mais desdenhoso, “ela significa o que eu quiser, nem mais nem menos”. “A questão”, prosseguiu a menina, “é se consegue fazer com que uma palavra tenha diferentes significados”. “A questão” rebateu Humpty Dumpty, “é saber quem vai dar

as cartas, só isso”⁷⁹⁸.

Será manifesta a ofensa à ordem norma jurídica capaz de gerar fendas na aparência de justiça do ordenamento e também será considerada manifesta a ofensa que impedir a norma jurídica de cumprir seu objetivo de dar amparo às relações de produção e circulação da mercadoria, por isso, a intensidade da ofensa à norma jurídica é aferida de modo casuístico, comprovando e justificando as razões pelas quais, o caráter manifesto de uma violação tem sido respondido à luz do realismo jurídico. Será manifesto aquilo que os tribunais responsáveis pelo julgamento da ação rescisória disserem que é manifesto.

4.3 A ação rescisória calcada na violação de súmula de jurisprudência uniforme

A vinculação das instâncias inferiores à autoridade das instâncias uniformizadoras da jurisprudência está implícita nessa própria lógica da uniformização⁷⁹⁹, por isso, desde a ordem constitucional de 1891, já impunha que “nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União” (CR/1981, art. 59, III, § 2º). Não há qualquer lógica em se uniformizar a jurisprudência se não para que haja aplicação uniforme do direito, já que “o que está por detrás da concepção atual de uniformização não é a segurança jurídica como vedação do poder de o juiz criar o direito, mas a segurança jurídica como proibição de o juiz criar normas diferentes para casos iguais”⁸⁰⁰.

A fim de dar a conhecer sua jurisprudência dos tribunais, surgiram as primeiras revistas de jurisprudência, privadas e públicas, além da imposição de publicação das decisões em diário oficial⁸⁰¹. Os tempos eram outros, as consultas demoradas, por vezes ineficientes, impediam ao público jurídico, em geral, um amplo conhecimento da jurisprudência dos tribunais. Em decorrência disso, grassava a desobediência da jurisprudência das Cortes de uniformização, ao passo que também as partes, desconhecendo de modo simplificado a jurisprudência das Cortes, frequentemente interpunham recursos fadados ao insucesso, mas que, nem mesmo por isso, deixavam de assoberbar o trabalho dos tribunais⁸⁰².

⁷⁹⁸ CARROLL, L. **Alice através do espelho**. Rio de Janeiro: DarkSide BooKs, 2021, pp. 96-97.

⁷⁹⁹ Essa é a razão de ser das cortes de uniformização de jurisprudência (MARINONI, 2022, p. 316).

⁸⁰⁰ MARINONI, 2022, p. 316.

⁸⁰¹ ROSAS, R. **Direito sumular**: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 9.

⁸⁰² BATALHA, W. S. C. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. 1, p. 187.

No embalo desse contexto, é de se lembrar que em 1963, além desempenhar o papel de Corte constitucional, o STF detinha competência para processar e julgar recursos extraordinários que, àquela época, abarcavam não só a matéria constitucional, mas também controvérsias em torno da legislação federal, competindo ao STF o papel de uniformizador da jurisprudência nacional (CF/46, art. 101, III, “a” e “d”), o que só viria a ser alterado com a promulgação da CF/88, que criou o STJ e cindiu as competências, atribuindo ao órgão recém criado o papel de uniformizar a jurisprudência em torno da legislação federal, fazendo-o por meio do recurso especial, com natureza igualmente extraordinária (CF/88, art. 105, III, “a” e “c”). Além dessas competências, as diversas outras que lhe eram atribuídas, mergulhavam a corte em um volume extraordinário de trabalho, prejudicando que a Corte cumprisse a contento suas funções institucionais.

Esse estado de coisas demandava uma solução, foi quando então a competência jurídica e administrativa de Vitor Nunes Leal, ministro presidente do STF, o levou a propor emenda ao regimento interno do STF para a instituição da súmula de jurisprudência dominante da Corte, aprovada em 13 de agosto de 1963, com validade programada para 1º de março de 1964, estreando com 370 verbetes, todos de relatoria do ministro presidente⁸⁰³.

Campos Batalha, aponta para as primeiras consequências processuais da adoção da súmula:

O art. 15 do Regimento passou a ter a seguinte redação: “Quando o pedido do recorrente contrariar a jurisprudência compendiada na Súmula, ressalvado o procedimento de revisão (art. 7º): I. será negado provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário; II. Não se conhecerá do recurso extraordinário; III. Não se conhecerá dos embargos de divergência e serão rejeitados os embargos infringentes, podendo o relator deixar de conhecer uns e outros; IV. O relator poderá mandar arquivar o recurso extraordinário, ou o agravo de instrumento, indicando o correspondente número da Súmula”. O parágrafo 1º esclareceu: “No caso do inciso IV deste artigo, a parte prejudicada poderá interpor agravo regimental (art. 47), desde que: a) não se aplique à espécie a Súmula citada pelo Relator; ou b) tenha novos argumentos para sua revisão (art. 7º)”⁸⁰⁴⁻⁸⁰⁵.

Marinoni afirma que as súmulas, “sempre foram compreendidas com mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem”⁸⁰⁶. Não podemos discordar do fato de que essa função pudesse ter animado a edição de súmulas, mas a história e a legislação

⁸⁰³ SANTOS, 2021, p. 157.

⁸⁰⁴ BATALHA, 1995, p. 187.

⁸⁰⁵ Duas coisas merecem destaque: a) a confusão entre súmula e verbatim decorre da própria emenda regimental ao fazer menção à Súmula (com “S” maiúsculo) quando, em verdade, deveria se referir ao verbatim ou enunciado da Súmula; b) O regime de súmula nasceu acompanhado da possibilidade de demonstração de distinção entre o caso em apreço e a hipótese sumulada, bem como franqueou o uso do agravo regimental pra, demonstrando a necessidade de superação do entendimento, provocar a sua revisão, logicamente, incluindo o seu cancelamento.

⁸⁰⁶ MARINONI, 2022, p. 310.

que se seguiu, demonstra que as súmulas ganharam centralidade no ordenamento jurídico, prestando-se à racionalização da prestação jurisdicional e até mesmo, embora se possa criticar esse papel, colmatando lacunas legislativas, bastando se recordar que durante anos, toda normatividade a respeito da terceirização nas relações de emprego era extraída da do verbete 331 da súmula do TST.

Embalados pelo novo paradigma de administração da jurisdição, as demais cortes, regionais ou superiores, adotaram o mesmo padrão, algumas chamando a seus enunciados de súmula, orientações ou então, de modo tecnicamente mais adequado, simplesmente de enunciados, mas isso é irrelevante e descrevem o mesmo a mesma tecnologia processual⁸⁰⁷.

Sobre a gênese da súmula de jurisprudência dominante do STF, e que influenciou as demais, Welder Queiroz dos Santos afirma que Vitor Nunes Leal “teve nitidamente inspiração nos ‘assentos’ do direito português, que, desde 1518, já se propunham a conferir interpretação das leis⁸⁰⁸. Nada há de objetivo para essa conclusão, nenhuma exposição de motivos, nenhuma declaração de seus autores. Mas caberia perguntar: qual seria então a inspiração dos assentos?

As escrituras sagradas (a Bíblia, o Corão, o Talmude, o Gitã, etc.) estão para os fiéis assim como as leis para os burgueses⁸⁰⁹; são normas que regulam relações, ao ponto de Villey destacar que a filosofia hobbesiana concebia que lei civil seria “apenas o análogo da lei divina, mas transportada o uso desse mundo decaído”⁸¹⁰. As divergências em torno das interpretações dos textos bíblicos animaram as grandes cisões da cristandade, sendo a primeira no Grande Cisma de 1054 que redundou na separação entre a Igreja de Roma e a Igreja de Constantinopla⁸¹¹, e a segunda, aquela havida em 1517, quando Lutero, afirmando ter obtido interpretação distinta dos textos bíblicos, dá início à Igreja Reformada⁸¹²⁻⁸¹³.

Se a justificativa formal das cizânias estava na divergência em torno da interpretação das escrituras, eliminar essas controvérsias era necessidade de primeira ordem. É nesse contexto que as confissões de fé passam a ser formuladas em estilo de enunciados, tais como as 95 teses

⁸⁰⁷ ROSAS, 2006, p. 10.

⁸⁰⁸ SANTOS, 2021, p. 153.

⁸⁰⁹ Stutchka chega a dizer que o código de Napoleão era o evangelho da burguesia francesa (STUTCHKA, 2023, p. 90).

⁸¹⁰ VILLEY, 2008, p. 740.

⁸¹¹ SOUZA; DIAS, 2021, s.p.

⁸¹² VILLEY, 2008, p. 305.

⁸¹³ Em verdade, a reforma protestante tem raízes materiais na necessidade da burguesia de romper com as conspecções da igreja romana que, de algum modo, se opunham aos interesses emergentes dessa classe. Não é demais recordar que a luta da burguesia se dava contra a nobreza e o clero, não havendo coerência alguma em combater a Igreja e manter sua confissão de fé. É como disse Villey: “o fenômeno Lutero não se resume ao personagem Lutero” (VILLEY, 2008, p. 306).

de Lutero, seguindo-se a Confissão de Augsburgo⁸¹⁴, a Confissão Belga, o Catecismo de Heidelberg, os Cânones de Dort, A Confissão de Fé de Westminster⁸¹⁵, o Catecismo Maior de Westminster; Catecismo Breve de Westminster e vários outros⁸¹⁶.

O que são os catecismos, senão enunciados em torno das regras de fé de determinada religião? O que são os enunciados de súmula de jurisprudência senão o “catecismo” do judiciário? Por que falamos em “fé pública”? Eros Grau parece ter razão quando afirma que não há nada nas ciências sociais que não tenha sido descoberto⁸¹⁷. Não há nada de original nas formas jurídicas; tudo se empresta das demais relações sociais cujo direito pretende regular. Villey fala sobre a necessidade e se perquirir as doutrinas políticas e jurídicas de Lutero, já que nunca houve total apartamento da filosofia do direito e a teologia, estando sempre as Igrejas procurando intromissão no direito do Estado⁸¹⁸.

A década de 1960 ainda é marcada pela concepção formalista em torno da interpretação do direito, onde não se concebia a possibilidade de que um dispositivo normativo – de lei ou de qualquer outra espécie –, pudesse contemplar mais do que uma interpretação válida⁸¹⁹. Essa é a lógica que informava não só os catecismos em geral⁸²⁰, se transfunde para a interpretação do direito, dando gênese aos enunciados interpretativos. Se a transgressão aos enunciados do catecismo acarretava a excomunhão do (in)fiel, não é difícil entender que a transgressão do *catecismo judiciário* deve render reprimenda semelhante, a excomunhão da decisão do mundo jurídico.

A Grande Revolução⁸²¹, ciente do papel do papel dos juízes de então e de seu comprometimento com o Regime Antigo, havia reduzido a atividade dos juízes em geral à

⁸¹⁴ Essa é a primeira confissão da primeira da nova Igreja e foi redigida por Melancon, sob supervisão de Lutero (VILLEY, 2008, pp. 306-307).

⁸¹⁵ Essa é a Confissão de Fé da Igreja Anglicana, sob a qual Marx disse: “A Alta Igreja da Inglaterra, por exemplo, perdoaria antes o ataque a 38 dos seus 39 artigos de fé do que a 1/39 de suas rendas em dinheiro” (MARX, 2017, p. 80).

⁸¹⁶ Comenta-se que a primeira versão do Manifesto do Partido Comunista havia sido redigida, por Engels, em forma de catecismo (perguntas e respostas) para se chamar de Profissão de Fé Comunista, mas que essa forma foi rejeitada por Marx, por ser uma ironia pouco refinada, preferindo-se então a forma de manifesto, mas não sem dobrar a dose de ironia, que ficou por conta do tom abertamente profético, ao modo apocalíptico.

⁸¹⁷ GRAU, 2021, p. 41.

⁸¹⁸ VILLEY, 2008, p. 307.

⁸¹⁹ GUASTINI, 2022, p. 359.

⁸²⁰ Apenas para registro, houve momento relativamente recente (século XVIII), quando o capitalismo dava as primeiras mostras de sua emergência, em que as relações sociais eram regidas por regras religiosas, e não quais quer regras religiosas, mas pelas regras da Bíblia cristã e sua interpretação conferida pelos presbiterianos norte-americanos, conhecidos em seus países de origem como calvinistas, portanto, sujeitos aos enunciados interpretativos dos catecismos e confissões de fé acima apresentados (DAVID, 2002, p. 450).

⁸²¹ A Revolução Francesa.

condição de boca da lei⁸²², tomando para o parlamento o papel de solver as dúvidas em torno da interpretação das leis⁸²³. O século XX, notadamente o pós guerra, marca uma época em que os juízes readquiriam gradualmente o seu papel de intérpretes da lei⁸²⁴ e não cederiam docilmente à aparente tentativa supressão desse progresso, mesmo que a restrição fosse imposta dentro da mesma estrutura de poder, isto é, pelo próprio Poder Judiciário.

Imediatamente as vozes se ergueram e, agora proclamando-se servos da lei, os juízes de então – e seus remanescentes –, passaram a proclamar que as “súmulas” não eram leis, e sim, apenas um “guia de interpretação”⁸²⁵, e que a consagração de tais verbetes como espécies normativas, implicaria em ofensa ao princípio da legalidade, da separação de poderes e até mesmo da competência da união para legislar sobre processo, isso podemos extrair da seguinte ementa representativa dessa pontuação:

VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA (CPC, 966, V, § 5º). NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULAS PERSUASIVAS. AUSÊNCIA DE CARÁTER VINCULANTE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NORMA JURÍDICA (CPC, 966, §5º). PRETENSÃO RESCINDENTE REJEITADA. 1. Somente podem ser consideradas "normas jurídicas", para fins rescisórios, aquelas decorrentes de julgamento de casos repetitivos, nos termos preconizados pelo §5º do art. 966 do CPC. 2. Os casos repetitivos estão arrolados *numerus clausus* no art. 928 do CPC, a saber: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. 3. Atribuir efeito vinculante e aptidão rescisória às súmulas editadas anteriormente ao CPC/2015 usurpa a competência da União para legislar sobre processo (CF, 22, I), viola a separação dos poderes (CF/1988, 2º, I) e afronta a legalidade (CF, 5º, II c/c 37, *caput*). Ação rescisória admitida e julgada improcedente⁸²⁶.

Esse aresto contém todos os argumentos contrários à rescisão de decisões judiciais que virtualmente ofendam um verbete de súmula, razão pela qual será utilizado para estudo de nosso caso, no qual perquiriremos: i) quais são as hipóteses de rescisão abarcadas pelo § 5º do art. 966 do CPC; ii) se os verbetes de súmula são meramente persuasivos; iii) se os verbetes de súmula são dotados de força normativa e se haveria nisso alguma usurpação de competência da União para legislar sobre processo; iv) se a data em que o enunciado de súmula foi editado impacta de alguma maneira nessa conclusão; v) se a compreensão da normatividade dos enunciados implicaria em alguma ofensa à separação de poderes.

⁸²² MARINONI, 2022, p. 43.

⁸²³ MENDES; BRANCO, 2022, pp. 48-49.

⁸²⁴ Ibid., pp. 49-50.

⁸²⁵ MARINONI, 2022, p. 312.

⁸²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Tribunal Pleno). **AR 0024373-72.2021.5.24.0000**. Relator: Des. João Marcelo Balssanelli, 16 de maior de 2022.

4.3.1 Hipóteses de rescisão abarcadas pelo § 5º do art. 966 do CPC

O aresto jurisprudencial que selecionamos para estudo sobre o cabimento da ação rescisória, pela ofensa a verbetes sumulares, expressa que “somente podem ser consideradas ‘normas jurídicas’, para fins rescisórios, aquelas decorrentes de julgamento de casos repetitivos, nos termos preconizados pelo § 5º do art. 966 do CPC”, que seriam aqueles arrolados exhaustivamente nos incisos I e II do art. 928 do CPC.

Essa asserção, no entanto, é inverídica, visto que a redação do § 5º do art. 966 do CPC é expreso em dispor sobre o cabimento de ação rescisória de “decisão baseada em enunciado de súmula [...] que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento” e, embora o dispositivo não seja imune a críticas doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, não pode ser falsificado ao ponto de se negar aquilo que dele consta expressamente.

Um exemplo de crítica doutrinária é a desferida por Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins da Conceição, no sentido de que:

Melhor teria sido se o legislador tivesse incluído nesse dispositivo exclusivamente a súmula *vinculante*, ao lado dos precedentes *vinculantes*: decisões oriundas de recursos repetitivos, de recurso extraordinário avulso (individual), de IRDR e IAC. Em nossa opinião, estes precedentes, se desrespeitados, dão ensejo ao manejo da ação rescisória. O legislador *desfocou*: inseriu o que não deveria inserir no art. 966, § 5º: sumulas não vinculantes. E deixou de inserir o que deveria constar: decisões de IAC, recurso extraordinário avulso. Pela via interpretativa, podem-se inserir os casos que lá deveriam estar, mas não se consegue extirpar do artigo os parâmetros que lá constam e que lá não deveriam estar⁸²⁷.

Se o dispositivo é passível de críticas, não seria a doutrina isenta de semelhantes objeções. Embora seja possível afirmar que a expressão “enunciado de súmula”, por não distinguir, abarca as duas espécies, não é despropositado que os verbetes da súmula vinculante e o “recurso extraordinário avulso” não constam do dispositivo, senão a sua absoluta desnecessidade e deliberada intenção de prevenir um inconveniente interpretativo. O legislador brasileiro deu tratamento diverso às ações rescisórias calcadas na inconstitucionalidade da norma jurídica empregada para a solução dos casos concretos.

Se, quando da data do trânsito em julgado da decisão judicial, o STF já houver se pronunciado pela inconstitucionalidade do dispositivo ou apresentado uma forma de interpretação que descarte a empregada, seja esse pronunciamento dado em controle concentrado ou difuso, a decisão transitada em julgado não receberá do Estado o selo sacral da

⁸²⁷ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 345.

coisa julgada. Não havendo coisa julgada a se desconstituir, não haverá, naturalmente, interesse jurídico para a propositura de ação rescisória⁸²⁸. O título será inexigível (CPC, art. 525, § 12).

Se, por outro turno, a inconstitucionalidade ou a incompatibilidade interpretativa se der em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão transgressora, a hipótese de rescisão estará contemplada § 15 do art. 525, construído no sentido de que “se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”⁸²⁹⁻⁸³⁰.

Decisões proferidas em contrariedade à constituição são rescindíveis. Não haveria qualquer necessidade de o legislador repetir no § 5º do art. 966 do CPC, aquilo que disse com toda clareza possível no art. 525, §§ 12 e 15. De outro lado, o início da fluência do prazo para o exercício do direito à rescisão também justifica o tratamento em apartado das hipóteses, pois, por conceber que o verbete de súmula ou acórdão de repetitivo já existiam quando a decisão rescindenda foi proferida, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória conta-se do dia imediatamente seguinte ao trânsito em julgado da decisão, ao passo que, para as hipóteses tratadas no art. 525, §§ 12 e 15, o início da fluência do prazo “será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”.

Em resumo, decisões proferidas contra verbetes de súmulas e acórdãos proferidos em repetitivos (exceto se se tratar de matéria constitucional) transitam em julgado, se acobertam pela autoridade da coisa julgada e são passíveis de rescisão. As decisões proferidas, fundadas em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, não recebem a autoridade da coisa julgada, são impassíveis de rescisão

⁸²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **AR 0011800-55.2019.5.03.0000**. Relator: Des. Taisa Maria de Lima, 13 de novembro de 2020; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **AR 11414-25.2019.5.03.0000**. Relator: Juiz Convocado Paulo Emilio Vilhena da Silva, 18 de agosto de 2020.

⁸²⁹ Fredie Didier e Leonardo da Cunha, sustentam a posição de que a inexigibilidade do título não implica na vedação ao uso da ação rescisória, já que remanesceria interesse jurídico, eventualmente, na repetição de valor pago, o que só seria possível, com o emprego da ação rescisória (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 638). Esse argumento não nos demove. Ainda que se tratasse do interesse em repetir valores, uma simples ação ordinária de repetição de indébito seria suficiente e, mais que isso, útil, na medida em que não seria necessário o depósito prévio. Some-se a isso que, ainda que se rescinda o julgado, em caso como esse, não haverá juízo rescisório, nem poderia haver, pois não seria possível que, na própria ação rescisória, se afastasse dos limites traçados no processo matriz, inaugurando uma espécie de contraposição inédita.

⁸³⁰ Em decisão recente, reformando acórdão regional que entendeu não haver interesse de agir para a propositura de ação rescisória nos casos em que o trânsito em julgado da decisão rescindenda tenha se dado em momento posterior à declaração de inconstitucionalidade, o TST fixou tese no sentido de ser cabível a ação, contudo, a analisando o acórdão, não há debate preciso sobre os as condições da ação (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ROT 11492-19.2019.5.03.0000, SBDI-2**. Relator: Min. Morgana de Almeida Richa, 9 de março de 2023).

e não são exigíveis.

Tratar todas as hipóteses no mesmo dispositivo poderia acarretar confusão a respeito da data de contagem do início do prazo para o exercício da ação rescisória e até mesmo à falsa impressão de que o tratamento dado às decisões proferidas contra verbetes de súmulas e acórdãos proferidos em repetitivos seriam idênticos ao tratamento dado a decisões contrárias à constituição.

Se o verbatim de súmulas e acórdãos proferidos em repetitivos forem posteriores à formação da coisa julgada, a ação rescisória não poderá ser proposta com fundamento no § 5º do art. 966 do CPC⁸³¹, mas, eventualmente pela violação da própria norma jurídica que serviu de base à interpretação plasmada no verbatim sumular ou no acórdão.

Outra crítica que, a nosso sentir, não prospera, é a afirmação de que o acórdão proferido em sede de incidente de assunção de competência deveria constar do § 5º do art. 966 do CPC. A própria distinção entre uma e outra figura (IAC e IRDR) justifica o tratamento diverso. Enquanto a instauração do IRDR tem dentre suas finalidades a fixação de tese a ser aplicada de modo indistinto a qualquer feito⁸³², o IAC, destina-se, de modo imediato, à resolução de uma demanda concretamente considerada⁸³³ e, apenas de modo mediato, à uniformização da jurisprudência⁸³⁴, disso decorre inclusive o tratamento mais solene dado pelo legislador quando da instauração do IRDR⁸³⁵.

Isso não significa, em hipótese alguma, que a decisão transgressora da tese jurídica fixada no IAC não seja rescindível, eventualmente será. Apenas o fundamento a construção jurídica para essa solução é que trilhará caminho diverso. Estando o julgador vinculado à tese vertida no IAC, deixar de aplicá-la, transgride abertamente os comandos normativos extraíveis dos art. 927, III e 947, § 3, ambos do CPC, portanto, será decisão que, em tese, comportará rescisão nos termos do inciso V do art. 966 do mesmo diploma.

Algumas críticas à redação do parágrafo, a nosso sentir, são mais apropriadas.

A primeira delas é que o dispositivo não distingue entre enunciados de súmulas e nem mesmo entre acórdãos de repetitivos. Não é qualquer decisão contrária a essas formas processuais que, violados, dará vez à ação rescisória. A demonstração de superação do

⁸³¹ ALMEIDA, L. R. **O que significa violar uma norma jurídica?:** uma perspectiva processual. São Paulo: RT, 2021, p. 200.

⁸³² THEODORO JR., 2022, p. 783.

⁸³³ CÂMARA, 2022, p. 464.

⁸³⁴ FUX, 2022, p. 1012.

⁸³⁵ Humberto Theodoro Junior, destaca a necessidade de autuação em apartado, ampla divulgação de sua tramitação, suspensão dos processos pendentes que possam ser alcançados pela tese, ampliação do contraditório com a mais ampla participação da sociedade, diligências e outras medidas (THEODORO JR., 2022, pp. 787-791).

entendimento esvazia a possibilidade de cabimento da ação rescisória, sendo possível que tal superação se dê, tanto pela via legislativa como pela via jurisprudencial.

É possível que após a construção de uma tese jurídica, determinada alteração legislativa acabe por superá-la, mas que, por alguma desatenção dos administradores da Justiça, a tese não reste cancelada. Em casos como esse, é possível que a aplicação do novo dispositivo, constitua razão suficiente para a inaplicabilidade do verbete ou acórdão de repetitivo. Embora essa situação seja suficientemente tratada no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC, não é elaborada no dispositivo em comento.

Outra crítica possível é que é viável que tribunais, com jurisdição não coincidentes, disponham de teses jurídicas absolutamente conflitantes, consagradas tanto em sua súmula como em sede de IRDR. Em face da unidade do direito, seria possível falar em rescisão de uma decisão que ofendesse a tese jurídica de um tribunal, mas que estivesse em harmonia com a de outro? Não seria essa questão naturalmente idêntica à tratada pelos enunciados 83 e 343 do TST e STF, respectivamente? Pensamos que não haja qualquer diferença, se não para tornar a questão mais tormentosa.

No que tange os acórdãos de IRDR, à exceção dos proferido pelo STF, todos demais, isto é, os proferidos por tribunais locais ou mesmo superiores, serão passíveis de impugnação por meio do recurso cabível (REsp, RR, RE, etc.)⁸³⁶, e, sendo o recurso conhecido, haverá natural substituição do acórdão de repetitivo pelo proferido em sede de recurso, o que é um dos mais naturais efeitos dos recursos. Não se trata de algo de menor importância, pois ao mesmo tempo em que a substituição implica no desaparecimento da decisão substituída, no caso específico do recurso em IRDR, há uma ampliação da vinculação desse precedente. É assim que, exemplificativamente falando, um acórdão regional de repetitivo que, em princípio, vincularia apenas aquele tribunal e os juízes constituintes de seu quadro, quando substituídos pelo acórdão do TST ou STF, passam a vincular todos os demais órgãos da jurisdição nacional (CPC/2015, art. 987, § 2º). Embora o acórdão substitutivo seja referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas, com ele não se confunde, o que se percebe claramente de seu processamento⁸³⁷. O § 5º do art. 966 não faz alusão a esse acórdão substitutivo, mas é

⁸³⁶ Cassio Scarpinella Bueno apresenta questionamento à constitucionalidade do art. 987 que afirmar caber recurso especial ou extraordinário do acórdão que julga o repetitivo, pois a seu sentir, não haveria a causa decidida em única ou última instância (BUENO, 2021a, p. 530).

⁸³⁷ Uma ressalva merece ser feita, pois o art. 256-H do RISTJ determina que o recurso especial interposto para a impugnação de acórdão proferido em sede de IRDR deve ser processado sob o rito dos repetitivos, nesse caso o acórdão proferido em IRDR é substituído por um proferido em IRR (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1729.593-SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellize, 27 de setembro de 2019), o RITST e RISTF, entretanto, não trazem previsão equivalente. Wambier e Talamini, sustentam que, admitido o recurso, este se submeterá ao

evidente o cabimento da ação rescisória em caso de sua inobservância.

Outra crítica possível, é o fato de que a redação legal, como construída, se lida de maneira literal, conduz à equivocada ideia de que a rescindibilidade estaria restrita à decisão “baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”, e, nessa medida, apenas a aplicação canhestra do enunciado ou da tese jurídica é que dariam vez ao cabimento da ação rescisória.

Sérgio Rizzi, no entanto, leciona que a transgressão de uma norma jurídica, para além de sua aplicação de modo errôneo, pode se dar quando o juiz simplesmente a omite⁸³⁸. Concordam com isso Tereza Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição⁸³⁹. A própria conjugação dos arts. 927, III, 985, *caput* e 987, § 2º do CPC demonstra que a tese jurídica vertida nos repetitivos pode ser desacatada de modo amplo, e, nessa medida, é censurável a redação aprovada, mas que pode ser corrigida, inclusive pela via jurisprudencial.

4.3.2 Eficácia vinculante das súmulas de jurisprudência

Frequentemente a doutrina tem feito distinção entre as espécies de súmula, a uma, frequentemente taxada de inconstitucional, se tem chamado de súmula vinculante, ao passo que a segunda tem sido mencionada como súmula persuasiva⁸⁴⁰, certamente na tentativa de induzir à conclusão de que não seriam capazes de vincular o julgamento de questões que se amoldassem às premissas tratadas no verbete⁸⁴¹.

Parte da crítica à força vinculante das teses uniformizadoras, objeta uma suposta contenção da evolução na interpretação do direito⁸⁴², o que na verdade corresponderia à própria evolução do direito, visto que é o processo de interpretação/aplicação que lhe dão existência real⁸⁴³. Essa concepção, no entanto, se ouvida que o conservadorismo está na essência do

procedimento dos repetitivos (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 736). Embora pareça ser adequada a proposta, em relação ao STF e TST, não há norma regimental a ampará-la.

⁸³⁸ RIZZI, S. **Ação rescisória**. São Paulo: RT, 1979, p. 107.

⁸³⁹ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 344.

⁸⁴⁰ Ibid., p. 345.

⁸⁴¹ A tentativa de aplicação autônoma dos enunciados de súmula, isto é, como normas gerais e abstratas, para fora do cotejo com os precedentes que lhe deram origem, é uma das fontes da antipatia e desconfiança que se abateu sobre as súmulas de jurisprudência (MARINONI, 2022, p. 311).

⁸⁴² ALVIM, T. A. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 40, out./dez. 1985, p. 227.

⁸⁴³ A absoluta instabilidade com que se comporta a jurisprudência brasileira acaba por gerar um mercado à parte. As flutuações inspiram a edição e reedição livros; a produção de teses que animam a movimentação da máquina

direito, pois a segurança exige certa medida de estabilidade contrária às revoluções⁸⁴⁴ e qualquer outra forma de mudança abrupta, seja ela progressista ou reacionária⁸⁴⁵. Esse receio, entretanto, é improcedente na medida em que não há qualquer processo de fossilização interpretativa do direito; a própria lei prevê os mecanismos possíveis para que a tese jurídica exposta em súmula, IRDR ou IAC seja revisitada, seja para confirmação, cancelamento ou alteração.

Cássio Scarpinella Bueno é das vozes mais ativas em negar a possibilidade de um verbete sumular, diverso daquele consagrado como vinculante pela EC/45, exarar força vinculante, sustentando que até mesmo a súmula vinculante, para que dispusesse dessa condição, requereu intervenção constitucional, não sendo lícito ao legislador infraconstitucional fazê-lo por lei ordinária⁸⁴⁶.

Essa posição é resistida por Rennan Thamay, sob dois argumentos. O primeiro deles, essencialmente pragmático, opera no sentido de que, se em favor da lei milita a presunção de constitucionalidade, essa seria a postura a ser adotada até que, eventualmente o STF entendesse de modo contrário⁸⁴⁷. O segundo argumento, esse sim materialmente contrário, indica os infortúnios causados pelo sistema anterior e aponta que a uniformização da jurisprudência, longe de violar a CF/88, acaba por lhe dar concretude à ordem jurídica em corretivo da “absurda avalanche de processos idênticos e que, infelizmente, são decididos de forma diversa”⁸⁴⁸.

Rennan Thamay, não chega a descartar peremptoriamente a afirmada inconstitucionalidade, mas bem observa que rechaçar o sistema desenhado no CPC não implica em repor à ordem constitucional, já ofendida pela forma desigual com que se tem tratado cidadãos em idêntica condição, sendo sugerido parcimônia e empenho pelo aperfeiçoamento do sistema e não sua sumária reprovação⁸⁴⁹. De fato, ainda que se pudesse sustentar a inconstitucionalidade do sistema de precedentes brasileiro, dificilmente se poderia alcançar os inconvenientes do sistema deposto. A ampla e deliberada desarmonia jurisprudencial que marca

judiciária; geram demanda dos serviços especializados no setor; implicam na necessidade de frequente reciclagem profissional e outras tantas variações. Enfim, enquanto uns choram, outros vedem lenços, e assim fica fácil compreender que a instabilidade na interpretação do direito passa a ser um grande negócio e, como tal, possui seus mecanismos de fomento.

⁸⁴⁴ STUTCHKA, 2023, p. 201.

⁸⁴⁵ Marinoni destaca que a estabilidade necessária à segurança jurídica, se faz, não apenas pela “continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às decisões judiciais, ou melhor, aos precedentes” (MARINONI, 2022, p. 99).

⁸⁴⁶ BUENO, 2021a, p. 387.

⁸⁴⁷ THAMAY, 2023, p. 459.

⁸⁴⁸ THAMAY, 2023, p. 459.

⁸⁴⁹ Ibid., p. 459.

a atividade jurisdicional no Brasil, instaura um cenário de acentuada insegurança jurídica e aprofundamento do problema da desigualdade, que consiste no fenômeno tratado por Carolina Noura como “estado de coisas inconstitucional”⁸⁵⁰ e que deve ser combatido.

Mas, haveria de fato uma súmula de tipo meramente persuasiva e outra do tipo vinculante ou ambas as espécies seriam vinculantes com distinção de grau?

Há setor da doutrina que critica a própria expressão “vinculação” por considerar-lhe autoritária⁸⁵¹, mas é exatamente disso que se trata, de autoridade, não de uma pessoa individualmente considerada, mas de um órgão revestido constitucionalmente para dizer o direito. Os arts. 21 a 25 do CPC falam em “autoridade judiciária”, sem receber qualquer censura, o que é natural. A autoridade das decisões de um tribunal é, inclusive, hipótese capaz de deflagrar o cabimento de reclamação (CPC, art. 988, II). A única diferença sensível é que a vinculação dos precedentes, no contexto em que exposto, dirige-se a coatar a própria autoridade judicial, mas inclusive os juízes estão sob vinculação, ou melhor, autoridade do Estado.

Bueno afirma que “é certo que o Código de Processo Civil evita o emprego da palavra ‘vinculante’ para se referir ao fenômeno”⁸⁵² que pretendia estabelecer, mas se de fato isso se deu de modo deliberado, o legislador deixou passar uma considerável oportunidade de recordar aos juízes em geral, seu compromisso com a sociedade contribuinte.

A ideia de “indexadores jurisprudenciais”⁸⁵³ e vinculação às espécies que constam do art. 927 do CPC não é do tipo física. Ninguém constrangerá fisicamente o juiz para que julgue de determinada maneira e, sob essa perspectiva, nem mesmo súmulas vinculantes, o que se demonstra pela existência do instituto da reclamação. A vinculação resulta das consequências processuais de se decidir em contrariedade a um determinado verbete da súmula de jurisprudência.

Tomando como exemplo a súmula do STF, decidir em contrariedade a seus termos, implica na viabilidade do processamento do recurso extraordinário. Comprovada a ofensa, o provimento do recurso poderá reformar ou invalidar a decisão. Nunca o STF – ressalvada a hipótese de superação – viu um verbete de sua súmula ser transgredido, isto é, desconsiderado, sem que a consequência fosse a invalidação ou reforma da decisão, e isso comprova que o juízo de grau inferior sempre esteve vinculado ao conteúdo do verbete. Nunca houve qualquer

⁸⁵⁰ RÊGO, C. N. M. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 51.

⁸⁵¹ BUENO, 2021a, p. 390.

⁸⁵² Ibid., p. 391.

⁸⁵³ BUENO, 2021a, p. 386.

diferença substancial entre a súmula de Vitor Nunes Leal e aquela imposta pela EC/45⁸⁵⁴, pois:

[...] diante da função do Supremo Tribunal Federal, é impossível entender que as suas decisões, ainda que proferidas em sede de controle difuso, possam não ter eficácia vinculante obrigatória, isso pelo motivo de que não há como se ter unidade do direito, por meio da Constituição, quando os precedentes da Suprema corte podem ser desrespeitados pelos tribunais. Por ser assim, não há como pensar que as súmulas, quando vistas como enunciados dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. A verdade é que o ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal têm eficácia vinculante. Elas têm esta eficácia pela simples razão de enunciarem o entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte, cuja missão é dar sentido único ao direito mediante a afirmação da Constituição⁸⁵⁵.

Jamais o STF, verificando que se tratava de ataque à autoridade de sua jurisprudência, manteve hígida uma decisão, em homenagem à independência do magistrado prolator da decisão recorrida. Isso faz exalar, até mesmo, o caráter normativo dos verbetes sumulares, pois são dotados de imperatividade e autorizamento, o que significa dizer que, uma vez transgredidos, abrem a via extraordinária para a reposição da autoridade substancial da súmula de jurisprudência uniforme. O inegável fato de que esses verbetes são cotidianamente ignorados, quando das decisões judiciais, não altera essa conclusão; a própria CF é frequentemente transgredida sem que isso implique no esvaziamento de sua imperatividade e autorizamento.

Na égide do CPC/73, a inexistência de súmula impeditiva de recurso era pressuposto intrínseco de admissibilidade, porém, superado o juízo de prelibação, importava no julgamento monocrático do mérito⁸⁵⁶. O recurso constitui-se, por sua natureza, em extensão do direito de ação, assim considerado em sua natureza bilateral⁸⁵⁷. Se o enunciado se prestava à obstar o prosseguimento do direito de ação, seria razoável negar seu caráter vinculante?

No diploma atual, a existência de enunciado de súmula de jurisprudência sobre determinada matéria permite: i) o julgamento liminar de improcedência (art. 332, I); ii) a dispensa de remessa necessária (art. 496, § 4º, I); iii) a dispensa de caução em cumprimento provisório de sentença (art. 322, iv); o desprovimento de recurso por decisão monocrática (art. 932, IV, “a”); v) o provimento de recurso por decisão monocrática (art. 932, V, “a”); vi) o julgamento, por decisão monocrática, de conflito de competência (art. 955, I); vii) a presunção de repercussão geral, dispensando a tomada de votos (art. 1035, § 3º, I); a arguição da nulidade da decisão em caso de negativa de aplicação do verbete sem o apontamento de “distinção no

⁸⁵⁴ MARINONI, 2022, p. 312.

⁸⁵⁵ Ibid., p. 313.

⁸⁵⁶ BEBBER, 2011, p. 117.

⁸⁵⁷ MOREIRA, 2008, p. 236.

caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, §1º, VI).

A vinculação mais explícita das instâncias inferiores ao conteúdo dos verbetes sumulares restou agora patente na nova redação do § 5º do art. 966 do CPC, pois que, doravante, a transgressão ao enunciado, sem qualquer necessidade de digressão ao texto legal que lhe deu causa, abre a via da ação rescisória por violação de norma jurídica; o mais grave instrumento processual da ordem jurídica brasileira.

Em tempos pretéritos, a construção doutrinária era a de que a ofensa ao conteúdo do enunciado de súmula era ofensa, em verdade, e quando no muito, ao texto de lei cujo verbete pretendia dar interpretação uniforme. Esse paradigma, entretanto, se vê superado, já que o próprio verbete se demonstra como espécie normativa, com conteúdo, por vezes, absolutamente ausente do texto de lei, como, por exemplo, as modulações propostas. Não raro, o conteúdo do enunciado coincidirá com o do texto legal, mas isso significa que haverá dois dispositivos sobre o mesmo tema, um de ordem legal e outro de ordem jurisprudencial.

Nem toda transgressão ao texto de lei é transgressão ao enunciado de súmula, mas toda transgressão ao enunciado de súmula é transgressão ao texto de lei ou à soma deles considerados para a construção da norma jurídica transposta de modo objetivo na forma enunciativa. Dito de outra maneira, se a norma jurídica é o resultado da interpretação e o enunciado corporifica esse processo, o enunciado acaba por apresentar a própria norma jurídica que “não é algo ontologicamente diferente das disposições: é simplesmente a disposição interpretada, e, portanto, reformulada ou, sob outro ponto de vista, uma enunciado (interpretante) do qual o intérprete assume a sinonímia com o enunciado interpretado (o dispositivo)”⁸⁵⁸.

Ao contrário da CLT que prevê no art. 896, “a”, a violação de enunciado de súmula como hipótese de cabimento de recurso de revista, nesse caso excepcionando até mesmo a regra da irrecorribilidade em apartado das interlocutórias⁸⁵⁹, a redação originária da CF/88 não mencionou a violação da súmula do STJ ou do STF como passíveis de viabilizar o cabimento do recurso especial ou extraordinário, mas isso é inequívoco. Se a súmula plasma as interpretações dos tribunais e as interpretações são as normas jurídicas extraíveis dos textos normativos utilizados como base, a ofensa à súmula era ofensa à norma jurídica, e, nessa perspectiva, admitir os recursos excepcionais por violação da súmula, consistia apenas de um atalho.

Entre os recursos de natureza extraordinária e a ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica, além da vocação de uniformização da jurisprudência presente na primeira

⁸⁵⁸ GUASTINI, 2022, p. 65.

⁸⁵⁹ Súmula 214 do TST.

espécie, não há entre eles distinção objetivo-finalística, ambos são instrumentos de tutela do direito objetivo. Mas se a ofensa à sumula é ofensa à norma jurídica, qual seria então a razão de o legislador ter feito o reforço no qual se consubstancia o § 5º do art. 966 do CPC? Três argumentos parecem explicar.

O primeiro deles é o de que a resistência em se submeterem à vinculação das súmulas levavam os tribunais a rejeitar o cabimento da ação rescisória pela violação da súmula de jurisprudência, sendo necessário solucionar essa recalcitrância por meio da legislação. O segundo ponto é que, as súmulas são instrumentos de eficiência judiciária, por vezes, conjugando diversos dispositivos para a composição da norma jurídica, o que significa dizer que, nem sempre coincidirá com um texto de lei apenas, e desse modo, o enunciado se converte em um facilitador, inclusive de tutela do direito objetivo. O terceiro argumento, e a nosso sentir, um dos mais relevantes, é que o enunciado poderá conter mais do que a lei, a exemplo de uma eventual modulação.

É possível que o desacato contido na decisão rescindenda se dê em relação à modulação proposta e não à tese jurídica em si. A modulação não consta do texto de lei e se o enunciado não fosse o parâmetro para o corte, a rescisória seria inviável.

Tanto a súmula chamada por setores da doutrina de persuasiva como a vinculante, em última análise, são vinculantes. A distinção está no grau e forma com que essa vinculatividade se opera. No caso da súmula vinculante resultante da EC/45, sua eficácia se espraia, também, sobre atos administrativos que, a rigor, sequer precisam estar sob sindicância jurisdicional, ao passo que a súmula persuasiva só tem eficácia contra a Administração Pública em juízo. Outro distintivo, é que a súmula dita persuasiva do STJ, por exemplo, não tem o condão de vincular outros ramos especializados, como a Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho, ao passo que a súmula vinculante, abarca toda a jurisdição nacional.

Ainda nesse tema, o aresto eleito afirma que “atribuir efeito vinculante e aptidão rescisória às súmulas editadas anteriormente ao CPC/2015 usurpa a competência da União para legislar sobre processo (CF, 22, I), viola a separação dos poderes (CF/1988, 2º, I) e afronta a legalidade (CF, 5º, II c/c 37, *caput*)”.

A data em que o verbete sumular foi editado não implica qualquer distinção no tratamento que acima apresentamos⁸⁶⁰. Desde sempre, por serem dotados de imperatividade e

⁸⁶⁰ Cassio Scarpinella Bueno afirma que “para o devido alcance do inciso V e do § 5º do art. 966, é indiferente o momento de formação do indexador jurisprudencial que fundamenta a ação rescisória” (BUENO, 2021a, p. 487). Receamos ser inexata essa lição, pois a ofensa a norma jurídica infraconstitucional há de ser a uma norma jurídica existente à época do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

autorizamento, os enunciados de súmula sempre foram normas jurídicas e, por reflexo imediato da missão uniformizadora dos tribunais; vinculantes, não havendo alteração dessa perspectiva pela vigência do novo CPC⁸⁶¹. Para fins de aferição do cabimento da ação rescisória não há qualquer relevância na data em que o verbete tenha sido editado, se antes ou depois do CPC, pois não é o diploma que o constituiu como norma jurídica e o dotou de vinculação; sempre foram normas jurídicas vinculativas.

A depender da compreensão sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória, poderá ter relevância a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, pois para quem, a exemplo do TST, entende não ser possível o cabimento de ação rescisória por violação de enunciado de súmula na vigência do CPC/73, o § 5º do art. 966 do CPC, representa uma expansão das hipóteses de rescindibilidade, portanto uma ampliação de natureza material, que se deve disciplinar à luz do direito intertemporal⁸⁶². Para essa corrente, se o trânsito em julgado da decisão que violou o enunciado de súmula se deu na vigência do CPC/73, não haveria direito subjetivo à rescisão, e isso se vê plasmado na nova redação da OJ 25 da SBDI-2 do TST.

Uma questão bastante distinta e que a decisão que nos utilizamos para estudo de caso baralhou, é o trânsito em julgado na vigência do CPC de 2015 de decisão contrária a enunciado de súmula editado antes da entrada em vigor do novo diploma. Nesse caso, não haverá qualquer óbice à rescisão da decisão contrária ao verbete tido por violado.

Entendemos que, mesmo antes do atual CPC trazer ao mundo jurídico o § 5º do art. 966, o desacato ao verbete de súmula de jurisprudência, exceto se por questões próprias do verbete tais como a modulação, abria a via da ação rescisória, pois que desacatar o verbete é desacatar a lei cuja interpretação, dele resulta⁸⁶³, por isso, não haveria qualquer usurpação da “competência da União para legislar sobre processo”. Com relação à separação de Poderes, parece aconselhável nos determos um pouco mais no assunto, pois embora um tema eminentemente jurídico, não deixa de ser político e social, mas o problema é que o tratamento dado ao assunto pela literatura jurídica, sequer permite compreender as razões e as dimensões dessa separação.

4.3.4 A eficácia normativa das súmulas e a separação de poderes

⁸⁶¹ MARINONI, 2022, p. 318.

⁸⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR 944-RJ**. Relator: Min. Soares Munoz, 5 de março de 1980.

⁸⁶³ Nesse mesmo sentido: GOMES, T. M. C. **Ação rescisória com fundamento na violação de sumula vinculante e persuasiva**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, pp. 134-135.

Nosso aresto paradigma afirma que, entender pela rescindibilidade de decisões judiciais contrárias a conteúdo de enunciados de súmulas editadas antes do CPC de 2015, violaria a separação de poderes. Essa afirmação leva-nos a considerar que ação rescisória pela violação de verbetes editados em momento posterior à vigência do atual CPC não violaria a separação de poderes. Mas o que seria isso, senão a solene afirmação de que uma lei ordinária estaria a reconfigurar a *separação de poderes*, matéria nuclear de qualquer constituição moderna?

Esse equívoco, por mais sério que possa parecer, dilui-se de modo rápido, com reflexões não muito engenhosas; a gravidade reside no fato de que a decisão revela um total desconhecimento das razões sócio-políticas que ditam a separação dos poderes e o conteúdo moderno dessa proposição.

Num processo essencialmente dialético, o real produz o ideal, sendo que esse, se refundindo a novas concretudes, tem o potencial de produzir uma nova realidade. Os institutos jurídicos têm uma gênese filosófica resultante de condições materiais que a antecedem. Após um grande processo de maturação, fluxos e influxos, encontrando condições materiais favoráveis, o instituto filosoficamente construído, eclode na realidade. Foi assim em relação à subjetividade jurídica e é também em relação à distinção de funções de estado⁸⁶⁴.

A subjetividade jurídica, gestada filosoficamente por Guilherme de Ockahan no século XIV⁸⁶⁵, adquire existência concreta apenas quando da emergência da burguesia como classe social dominante e da generalização das relações de troca⁸⁶⁶. Na mesma medida, a distinção de funções de Estado pensada por Aristóteles⁸⁶⁷, só alcançou condições de implementação nessa mesma época. Não é possível compreender o conteúdo distinção das funções estatais, sem antes compreender o surgimento do Estado moderno e este, a partir da emergência da sociedade de classes.

De início é importante recordar que “o Estado nem sempre existiu” e que a impressão do contrário, nada mais é do que a decorrência natural da confusão que se faz entre o conceito de Estado e de comunidade, sem se atentar para o fato de que o Estado se especifica em relação à comunidade justamente por monopolizar nas mãos de um número restrito de pessoas, determinadas atividades que, outrora, competiam à comunidade indistintamente, como, por exemplo, o porte de armas e a administração da justiça⁸⁶⁸. O Estado é um órgão temporal,

⁸⁶⁴ Retenha-se a importante afirmação de que Aristóteles e Montesquieu jamais falaram em separação de poderes, mas sim em distinção de funções estatais.

⁸⁶⁵ VILLEY, 2008, p. 251.

⁸⁶⁶ PACHUCANIS, 2017, p. 125.

⁸⁶⁷ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2017, pp. 164-173.

⁸⁶⁸ MANDEL, E. **Teoria Marxista do Estado**. Lisboa: Antídoto, 1977, pp. 9-16.

gestado para um fim específico que é a contenção da luta de classes; tão logo dissolvido esse antagonismo pela supressão das classes em conflito, terá fim o próprio Estado⁸⁶⁹.

Num determinado período da história, antes que as relações sociais ganhassem complexidade, os poderes econômico e político centravam-se nas mãos do senhor feudal, único com o direito a portar armas, organizar-se militarmente, exercer autoridade e cunhar moedas, tarefas essas que se desenvolviam sem qualquer grau de dificuldades, dado ao número restrito de súditos e diminuta circunscrição territorial⁸⁷⁰. A alteração desse cenário, isto é, o aumento demográfico e a expansão territorial, tornaram esse mando direito impossível, forçando o senhor feudal a delegar parte de suas funções, mas, não podendo fazê-lo em prol de homens igualmente livres, teve de se valer de seus domésticos, já que os outros homens livres tinham interesses, naturalmente contrapostos aos do senhor feudal e, assim procedendo, o domínio era, em alguma medida, preservado⁸⁷¹.

A ampliação demográfica e territorial do acervo a ser administrado acarretou imediato incremento nos custos de manutenção da ordem, e, não dispondo de recursos suficientes, o embrião estatal imediatamente é capturado pelos detentores do capital que o financiavam. Instituída a lógica dos impostos, imediatamente a burguesia inglesa bradou: “*No taxation without representation!*”⁸⁷², ou como nos recorda Ernest Mandel: “Nem um chavo receberás de nós enquanto nada tivermos a dizer sobre a maneira como irás gastar”⁸⁷³.

Se o Estado era financiado pela burguesia, nada mais natural que esta nova classe o colocasse imediatamente a seu serviço⁸⁷⁴. Eis aí a gênese do parlamentarismo e de sua primeira função precípua, que era a de fiscalização dos gastos públicos, e não legislativa⁸⁷⁵. Nessa lógica parlamentarista, cuja representação nada mais era do que o preço pago pelo senhor feudal pelo financiamento de seu Estado, naturalmente apenas quem pagava impostos votava.

Nessa mesma toada, sendo altamente dispendioso o custo da estrutura estatal para que pudesse ser financiado exclusivamente pela burguesia, se fez necessário a tributação universal e seu correlato, sufrágio universal, pois se todos pagam, todos votam. Num primeiro momento, para excluir do controle do Estado as classes de menor envergadura econômica, foi suficiente

⁸⁶⁹ ENGELS. F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 218.

⁸⁷⁰ MANDEL, 1977, p. 13.

⁸⁷¹ MANDEL, 1977, p.14.

⁸⁷² “Nada de impostos sem a nossa representação!”

⁸⁷³ MANDEL, 1977, p. 16.

⁸⁷⁴ Ibid., p. 17

⁸⁷⁵ Ibid., p. 17

condicionar o direito ao voto a uma certa quantia de impostos pagos⁸⁷⁶, porém, com o decorrer dos anos, o parlamento vê sua primazia sendo esvaziada.

O Estado, então vocacionado à manutenção da ordem capitalista se vê na contingência de ter de transferir os reais poderes de mando, do poder legislativo para o poder executivo, que, à época, encapava as forças de segurança, altos magistrados e juízes em geral, e essa classe de servidores do Estado têm uma coisa em comum: estão “todos livres da influência do sufrágio universal”⁸⁷⁷⁻⁸⁷⁸. Para que o Estado inglês continuasse a ser burguês, ao mesmo modo com que a burguesia francesa se comportou durante o golpe de Luiz Bonaparte⁸⁷⁹, a burguesia perde o controle imediato do Estado exercido pelo parlamento, permitindo até mesmo uma sobreposição do judiciário ao legislativo⁸⁸⁰.

Logicamente, a burguesia liberal, sem compreender o Estado como entidade posta para salvaguarda do capitalismo da atividade predatória dos próprios capitalistas, contra-ataca na Revolução Francesa e, além do papel de legislar, reserva ao parlamento o papel de exclusivo interprete das leis, o que histórica e naturalmente era papel reservado aos juízes⁸⁸¹. É essa perspectiva, ou melhor dizendo, essa ditadura de classe, que converte distinção de funções de Estado em separação de poderes, mas, em tempos modernos, se há supremacia da constituição, não pode haver separação de poderes, pois isso conduz, de modo irremediável, à supremacia do parlamento (e da lei), que é a base teórica e veículo material de esvaziamento da supremacia da Constituição, à esta altura indefesa em face do parlamento⁸⁸².

As concepções modernas não aceitam, de modo algum, falar em *separação de poderes*. Os poderes, todos eles, são pertencentes ao Estado e não podem ser diluídos ou separados. O que se separam são funções estatais, com a possibilidade de criação de órgãos específicos para o exercício em maior parcela dessa ou daquela atribuição, o que se tem chamado de atribuições típicas. Na organização proposta pela CF/88, a atribuição precípua do parlamento é a de legislar e fiscalizar as contas públicas, porém, atipicamente, exerce funções administrativas e

⁸⁷⁶ Ibid., pp. 18-19.

⁸⁷⁷ Ibid., p. 20.

⁸⁷⁸ No capitalismo financeirizado, o ápice dessa racionalidade é a dita autonomia do Banco Central que, em última análise, subtrai dos poderes políticos o controle sobre a política monetária do país. Mesmo que rejeitada nas urnas, a política de financeirização da economia brasileira persiste.

⁸⁷⁹ Essa é a tese central apresentada por Marx em seu 18 Brumário. A obra demonstra de modo irretorquível a opção da burguesia francesa pela ditadura de Luís Bonaparte como alternativa ao risco de uma revolução proletária (MARX, 2008, p. 14).

⁸⁸⁰ Marinoni reconhece essa sobreposição, contudo considera-a como sendo expressão de um processo democrático e de salvaguarda de direitos individuais (MARINONI, 2022, p. 29).

⁸⁸¹ MENDES; BRANCO, 2022, p. 49.

⁸⁸² Ibid., p. 48.

jurisdicionais; o Poder Executivo, atipicamente, julga e normatiza, ao passo que o Poder Judiciário recebe atribuições administrativas e normativas, e, nessa medida, a distinção de funções estatais não comporta uma separação estanque, fala-se, por isso, em divisão de funções típicas, exercidas por órgãos independentes e harmônicos⁸⁸³.

A CF/88, embora tenha conferido a primazia da produção legislativa ao parlamento⁸⁸⁴, não afasta a possibilidade de que normas jurídicas, portanto dotadas de imperatividade de autorização, sejam produzidas por outros canais ou vias institucionais, tais como as negociadas (pactos privados e coletivos) ou as jurisdicionais, dentre as quais, destacamos os verbetes de súmula, que ontologicamente, não são mais que interpretações enunciadas. A alegação de que a vinculação a normas jurídicas produzidas pelo processo interpretativo e plasmadas em enunciado de súmula viola a “separação de poderes”, é, sobretudo, irretorquível confusão entre o texto legal e a norma jurídica; o parlamento produz textos de lei, normas jurídicas resultam de processos de interpretação/aplicação do direito⁸⁸⁵.

O papel de legislar, em nada se confunde com o de interpretar as leis sufragadas no parlamento. Criar norma jurídica é processo interpretativo próprio da atividade jurisdicional, não podendo ser confundido com o papel do legislador, e, nessa medida, a edição de enunciados de súmula de jurisprudência, com caráter vinculativo, em nada ofende a distribuição das funções de Estado. A segurança jurídica, como direito fundamental, é compromisso de todos os Poderes da República que não podem poupar esforços para sua implementação.

Não se ignora que, em decorrência de falha na construção de um determinado verbe de sumular, formulado a partir de expressões indeterminadas, vagas ou genéricas, típicas das modernas formas legislativas, o enunciado acabe se desvirtuando e desviado para regular circunstâncias diversas das quais motivaram sua edição. Mesmo que a forma seja de verbe de súmula, o conteúdo será próprio de lei. Nesse caso, é evidente o desvio, não na forma, mas no conteúdo. Essa é a razão pela qual o § 2º do art. 926 do CPC, apela ao juiz para que, ao formular verbetes de súmula, atenham-se “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Para além disso, a edição desses enunciados racionaliza a prestação jurisdicional e, embora não sejam soluções definitivas, em muito contribuem para que se alcance uma prestação jurisdicional mais célere, menos dispendiosa, e mais próxima da uniformidade esperada. Mas

⁸⁸³ Ibid., pp. 1039;1094-1095; 1125-1127.

⁸⁸⁴ Ibid., p. 1061.

⁸⁸⁵ GRAU, 2021a, p. 45.

não é só. Adoção de verbetes reduz “consideravelmente o ônus argumentativo dos magistrados”⁸⁸⁶ e, também, das partes, o que, certamente permite uma prestação jurisdicional mais fluida e simplificada, desde que não se confunda a redução ônus argumentativo e a simplicidade com a dispensa de fundamentação da decisão judicial, que deverá conter o mínimo necessário “a convencer as partes e a opinião pública, se não do acerto do juiz, pelo menos da honestidade e retidão do julgamento”⁸⁸⁷.

Não há dúvidas de que, assim como os textos normativos, os enunciados de súmula de jurisprudência uniforme também pendem de interpretação⁸⁸⁸, contudo, das poucas vezes que restam controvérsias em torno da interpretação, o dissenso tende a se instalar num grau de menor complexidade, e sempre com a possibilidade de interpretação autêntica e a partir dos precedentes que lhe deram origem⁸⁸⁹.

Marinoni afirma que, antes da súmula vinculante, não se falava na necessidade de, em nome da segurança jurídica, se “impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual”⁸⁹⁰, mas isso é confundir a seriedade com que o debate era tratado com a inexistência de debate. Desde sempre se enxergou o inconveniente de decisões discrepantes para casos idênticos, o fato concreto é que o capitalismo artesanal, não tornava tão grave esse inconveniente, porém, sobrevivendo a massificação das relações sociais, especialmente pela emergência do capitalismo de multidão⁸⁹¹, o debate ganhou foros de maior seriedade, sendo a necessidade de uniformização da jurisprudência e solução de controvérsias idênticas de modo idênticos, uma ordem direta do capital aos seus administradores, bastando ver o que proclamado no Documento técnico 319 do Banco Mundial, no já distante ano de 1994:

O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitária aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado. Não obstante, em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos. [...]

⁸⁸⁶ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. Limites constitucionais à edição de súmula por tribunal superior: análise da súmula 331, I, do TST. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 7, 2011, p. 479.

⁸⁸⁷ HERKENHOFF, 1988, p. 191.

⁸⁸⁸ Para se ter a dimensão do que se tem dito, o TRT da 24ª região, que conta com duas turmas, contendia em torno da interpretação a ser dada ao enunciado 362 da súmula do TST, chegando a instaurar incidente de uniformização de jurisprudência sobre a adequada interpretação do verbete (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Plenário Pleno). **IUJ 0024288-57.2019.5.24.0000**. Relator: Juiz Convocado Leonardo Ely, 18 de junho de 2020).

⁸⁸⁹ MARINONI, 2022, p. 310.

⁸⁹⁰ Ibid., p. 310.

⁸⁹¹ Capitalismo de multidão é a expressão cunhada por Arun Sundararajan para designar a revolução industrial em curso, por muitos denominada como 4ª revolução industrial ou indústria 4.0 (MORAES, P. D. A. **O capitalismo de multidão e a ressignificação do trabalho**: desafios e soluções no contexto da neocolonização tecnológica imposta pela indústria 4.0. Brasília: Venturioli, 2022, p. 34).

O presente trabalho propõe um programa para a reforma do judiciário remetendo-se especificamente aos principais fatores que afetam a qualidade desses serviços, sua morosidade e natureza monopolística. O programa de reforma também relaciona os aspectos econômicos e legais, como as raízes da ineficiência e injustiça do sistema⁸⁹².

A simples redação do inciso V do art. 966 do CPC seria suficiente para apagar o dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da viabilidade da propositura de ação rescisória calcada na ofensa do conteúdo de verbete sumular, pois esses enunciados são dotados de normatividade a toda prova. Antevendo, entretanto, a possibilidade de prolongamento desse debate, o legislador avançou e, ainda no período de vacância da Lei n. 13.015/2015, editou a Lei n. 13.256/2016, que acresceu os §§ 5º e 6º ao art. 966 do CPC, esterilizando por completo o debate. Doravante, não se pode mais debater. O CPC autoriza o ajuizamento de ação rescisória pela violação do conteúdo de verbete de súmula; isso comprova não só o seu caráter normativo, mas, sobretudo, vinculante.

Uma última nota sobre esse assunto. O § 6º do art. 966 do CPC, após viabilizar o ajuizamento de ação rescisória calcada na violação de enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, acresce um requisito para a aptidão da petição inicial, ao afirmar que “caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

A leitura desse dispositivo conduz a duas conclusões possíveis, das quais, uma é inafastável: ou estamos diante de uma espécie de ação rescisória por violação de norma jurídica que não interdita o revolvimento de matéria fática, ou então, diante de uma hipótese em que o prequestionamento será fundamental para seu processamento e, nesse caso, apenas se o quadro fático estiver estabelecido na decisão rescindenda, será possível avançar no mérito da ação rescisória.

4.4 A ação rescisória calcada na violação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos

É fundamental para a compreensão do raciocínio que pretendemos desenvolver, ter-se em mente que o propósito do direito moderno é a manutenção da ordem capitalista, favorecendo e conferindo segurança às relações de troca⁸⁹³. Feito esse lembrete, para ficarmos apenas no

⁸⁹² DAKOLIAS, 1996, s.p.

⁸⁹³ MASCARO, 2015, p. 5.

exemplo do Poder Legislativo Federal, imaginemos se cada um de seus 594 componentes⁸⁹⁴, em sua função precípua, tivesse poder e decidisse legislar sobre uma determinada matéria, como, por exemplo, um crime. Nesse cenário, uma simples conduta poderia render 594 textos de lei. Avancemos no exemplo, e imaginemos um cenário em que cada um desses parlamentares decidisse legislar sobre uma determinada matéria, de modo específico, para cada um dos 215.782.968⁸⁹⁵ brasileiros.

Esse cenário absurdo, criado pelo exemplo acima, seria rechaçado de imediato por qualquer ator social, entretanto, embora em menor escala, semelhante inconveniente sempre foi tolerado, e até certo ponto, legitimado no plano da construção/aplicação da norma jurídica em que, nada obstante, analisando a mesma premissa fática e em momentos idênticos, tribunais e juízes, Brasil a fora, desaguam em entendimentos diversos e, por vezes, opostos, transformado o sucesso da litigância muito mais produto da sorte e casuísmo do que da razão jurídica⁸⁹⁶.

Inúmeros exemplos de divergências podem ser elencados; entre juízes de 1º grau, entre turmas de um mesmo tribunal, entre tribunais diversos e, até mesmo, divergência em relação ao destinatário da prestação, como ocorre em casos em que um mesmo juiz ou órgão fracionário julgando duas vezes a mesma matéria decide de modo distinto. É evidente que tal circunstância, tolerada, e por vezes legitimada, acaba por representar afronta a valores constitucionais como a isonomia e razoável duração do processo, resultando em descrédito para o Poder Judiciário, comprometendo de modo direto a circulação do capital, que vê na segurança jurídica, um suporte imprescindível⁸⁹⁷. Essa é a indubitosa mostra que o juiz de *bouche de la loi* se converteu em *roi de la loi*, o que, por algum tempo se tolerou, até que a circulação do capital, pela incerteza jurídica, se visse ameaçada e até mesmo comprometida.

Quanto a esse evento, Eros Grau advertia que o capital certamente retaliaria, retrocedendo o juiz ao papel de boca da lei⁸⁹⁸. Esse retrocesso, não seria procedido sem que antes se fizesse uma advertência final e se estabelecesse uma etapa transitória. Nessa derradeira advertência, o juiz é concitado a ressoar o que dizem os tribunais de sobreposição, sob cominação de que sua recalitrância, notadamente em relação aos precedentes os produzidos

⁸⁹⁴ 513 deputados federais (LC 78/1993, art. 1º) e mais 81 senadores, correspondentes, atualmente ao número de três por cada Estado federado e o Distrito federal (CF/88, art. 46, § 1º).

⁸⁹⁵ Segundo o IBGE, esse era o número de brasileiros quando pesquisávamos às 11:28 h, do dia 27.03.2023 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População**. [S.l.:s.n.], [202-]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 27 mar. 2023).

⁸⁹⁶ WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 716.

⁸⁹⁷ MASCARO, 2015, p. 5.

⁸⁹⁸ GRAU, 2021, p. 26.

em sede de casos repetitivos⁸⁹⁹, demande o emprego de uma força maior por parte do capital, nada incompatível com um processo dialético e não inédito⁹⁰⁰.

Em 1994, a pedido do Banco Mundial, Maria Daikolias, produziu o documento técnico n. 319, denominado “O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para a reforma”, e que consistia em diagnosticar em que medida e por quais razões, o judiciário da latino americano e caribenho emperravam o desenvolvimento do mercado na região, diagnosticando as disfuncionalidades e apresentando as alternativas para sua superação⁹⁰¹. O documento apontou que os principais fatores da ineficiência dos sistemas de justiça, seriam a morosidade e natureza monopolística da jurisdição. Depois de tecer sérias críticas à formação jurídica de advogados, promotores e magistrados⁹⁰²⁻⁹⁰³, o estudo deu destaque para a total indisciplina em relação às teses jurídicas vertidas nos órgãos de cúpula, afirmando que:

Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados. Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados⁹⁰⁴⁻⁹⁰⁵.

Segue-se um longo e meticuloso arrazoadado e, então, o documento aponta que:

Os elementos básicos da reforma do judiciário devem incluir medidas visando assegurar a independência do judiciário através de alterações no seu orçamento,

⁸⁹⁹ Lenio Streck reconhece esse movimento e protesta (STRECK, L. L. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 19).

⁹⁰⁰ É claro que a desconfiança revolucionária em torno da figura do juiz se prestou à redução de sua importância na aplicação do direito, contudo, mesmo que se falasse em uma total confiança, o destino não seria diferente. A atualidade aí está para demonstrar que não se trata de um receio de classe, mas sim na forma com que os juízes modernos enxergam sua função.

⁹⁰¹ DAKOLIAS, 1996, s.p.

⁹⁰² Um trecho do documento textualiza: “O ensino jurídico e o treinamento são fundamentais para a reforma do judiciário, incluindo treinamento para estudantes, educação continuada para advogados, treinamento jurídico para magistrados e informações legais para a população em geral. A qualidade dos cursos de direito tem se deteriorado e, conseqüentemente, existe a necessidade de aperfeiçoar o nível educacional universitário, bem como promover treinamento continuado para profissionais. Na maioria dos países da América Latina as universidades públicas não exigem requisitos para admissão onde cada estabelecimento educacional fixa seus próprios critérios. Devido a baixos salários, os professores de direito não trabalham em dedicação integral, e conseqüentemente, tem pouco tempo para se dedicar a pesquisa. Como resultado, freqüentemente os juízes não estão preparados para a magistratura” (DAKOLIAS, 1996, s.p.).

⁹⁰³ Criticar a formação jurídica brasileira, a partir da ausência de dedicação dos professores de direito, parece corresponder a um ataque direito à própria doutrina nacional e assim, insinuar desautorização frente ao realismo jurídico imposto pelas decisões judiciais dos órgãos de cúpula. Nesse documento, não há ponto se nó. Luiz Fux converte essa difamação em testemunho doutrinário, ao apontar que, no Brasil, a formação jurídica é “desnívelada e calcada no estudo de textos legais e manuais” (FUX, 2022, p. 915).

⁹⁰⁴ DAKOLIAS, 1996, s.p.

⁹⁰⁵ Dentre as preocupações do Banco Mundial, apenas as delineadas no item “a” e “c”, se revestem de um caráter verdadeiro, pois se inscrevem na vertente da segurança jurídica.

nomeações de juízes, sistema disciplinar que aprimore a administração das cortes de justiça através do gerenciamento adequado de processos e reformas na administração das unidades judiciárias; adoção de reformas processuais; mecanismos alternativos de resolução de conflitos; ampliação do acesso da população a justiça; incorporação de questões de gênero no processo da reforma; redefinição e/ou expansão do ensino jurídico e programas de treinamento para estudantes, advogados e juízes⁹⁰⁶⁻⁹⁰⁷.

Não parece ser coincidência que, tão logo esse documento passe a frequentar os debates em torno da necessidade de reforma do Judiciário brasileiro, a EC/45, no ano de 2004, implemente a súmula vinculante, a repercussão geral e o Conselho Nacional de Justiça, com competência para disciplinar, dentre outras questões administrativas, os critérios para a promoção de magistrados, naturalmente estabelecendo como pontos promocionais a frequência aos cursos promovidos pelas escolas de magistratura e a disciplina judicial, medida essencialmente pela aplicação da jurisprudência sumulada pelos tribunais (CNJ, Res. 106/2010, art. 10, parágrafo único e art. 11, IV)⁹⁰⁸. Também não parece ser coincidência que, em 2006, por meio da Lei n. 11.276, se acresça o § 1º ao art. 518 do CPC/73 para estabelecer aquela que ficou conhecida como súmula impeditiva de recurso⁹⁰⁹, ou que, no mesmo ano, a Lei n. 11.418, acresça dispositivos ao CPC/73 para instituir o recurso extraordinário repetitivo, sistemática que também atingiu o recurso especial, quando a Lei 11.672/2008 acresceu ao CPC/73 o art. 543-C.

Não é, igualmente, fortuito o convite à assim denominada justiça multiportas⁹¹⁰ e o julgamento com perspectiva de gênero⁹¹¹, até que se alcance o estágio intermediário da reforma, que é denominado, sistema brasileiro de precedentes⁹¹², e que alguns juristas persistem em negar a existência⁹¹³. Não podendo ser coincidência, é plenamente aferível que as reformas judiciais e judiciárias concluídas e em curso no Brasil, seguem à risca a cartilha do Banco Mundial.

Lenio Streck, consagra trecho de uma das várias obras que dedicou ao tema dos precedentes a impugnar a posição doutrinária de Luiz Roberto Barroso e Patrícia Mello sobre precedentes, demonstrando, a não mais poder, as “diversas inconsistências teóricas” daquela

⁹⁰⁶ DAKOLIAS, 1996, s.p.

⁹⁰⁷ Todas essas sugestões são seguidas de uma oferta de financiamento para sua implementação.

⁹⁰⁸ Resolução n. 106/2010.

⁹⁰⁹ BEBBER, 2011, p. 117.

⁹¹⁰ CUNHA, L. C. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 637.

⁹¹¹ A partir da publicação da Resolução/CNJ n. 492 de 17 de 2023, o julgamento com perspectiva de gênero, deixou de ser uma opção do juiz brasileiro.

⁹¹² THAMAY, 2023, p. 458.

⁹¹³ STRECK, 2021, p. 17.

doutrina⁹¹⁴. Lenio Streck dá a entender que os autores da tese impugnada – a ambos doutores em direito – estariam a operar em equívoco, imaginando, talvez, que as advertências doutrinárias poderiam levá-los à reconsideração, e quem sabe, até mesmo uma retratação. O que parece escapar a Lenio Streck é que, notadamente Luiz Roberto Barroso, há muito ocupa uma posição de intelectual orgânico⁹¹⁵, comprometido com a cartilha do Banco Mundial, o que, certamente, contribuiu decisivamente para sua chegada ao posto de ministro da mais alta Corte brasileira.

Se há dúvidas sobre o fato de que o Banco Mundial tem ditado os rumos do direito brasileiro, o leitor poderá consultar o Curso de direito processual civil de outro ministro do STF⁹¹⁶. Não parece ser coincidência, inclusive, que o CPC de 2015, também possa ser mencionado como “Código Fux”. Isso tudo demonstra que há algo sofisticado em curso; atores políticos comprometidos previamente com algumas pautas são introduzidos nas estruturas judiciárias, para, de lá, levarem a cabo os projetos de seus fiadores⁹¹⁷.

Sem tecer qualquer consideração a respeito desse documento, Georges Abboud compreende, que há uma tentativa de simples alteração de paradigma em que, “o que outrora era creditado à lei, agora, a crença depositada nas decisões judiciais”⁹¹⁸. Prossegue Georges Abboud em buscar distinguir texto de lei de norma jurídica, na intenção de prevenir a conclusão de que, nem mesmo os precedentes judiciais seriam normas jurídicas, mas apenas um programa destas, e que o pós-positivismo não toleraria essa crença⁹¹⁹.

Essa doutrina, entretanto, deixa de considerar a dimensão mais óbvia do direito que é a de instrumento de legitimação do poder⁹²⁰, e que o poder, nessa medida, é antecedente às formas jurídicas. Eis aqui mais um inconveniente da falsa ciência do direito, que o destaca das demais relações sociais, tentando entendê-lo a partir de si mesmo, como se isso fosse possível.

Reduzir o direito à letra da lei ou à letra do precedente, ou qualquer outra concepção, não é produto do desconhecimento a respeito da filosofia do direito ou mesmo um equívoco epistemológico, senão o exercício concreto do poder que se legitimará pelo direito por ele

⁹¹⁴ Ibid., pp. 91-111.

⁹¹⁵ O intelectual orgânico, na concepção de Gramsci, é o preposto “que cada nova classe cria consigo e elabora em seu desenvolvimento”, estando, por isso, comprometido no desenvolvimento de teorias para progresso dessa classe (GRAMSCI, A. **Cadernos do cárcere**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v. 2, pp. 15-16).

⁹¹⁶ FUX, 2022, pp. 915-919.

⁹¹⁷ COUTINHO, G. F. **Justiça política do capital: a desconstrução do Direito do Trabalho por meio de decisões judiciais**. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021, p. 635.

⁹¹⁸ ABOUD, 2020, pp. 239-240.

⁹¹⁹ Ibid., p. 240.

⁹²⁰ ACKERMAN, B. **Constituições revolucionárias: liderança carismática e estado de direito**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 25.

proclamado. A doutrina positivista (legalista ou normativista), opera muito mais como distração científica do que qualquer outra coisa. Desde que a generalização das relações de troca e circulação de mercadoria se estabeleceram, o direito é e será o que o capital quiser que ele seja, pois não é mais do que sua forma jurídica⁹²¹.

Por vezes, o capital se disporá a debates científicos em torno de um tema ou outro, desde que isso não impacte na circulação da mercadoria, esse é o teor do Documento técnico n. 319 do Banco Mundial. Isso, entretanto, tem um limite e, sendo necessário, não havendo qualquer outra saída, o capital é capaz de ir para além do formalismo jurídico, acionando seus botões de emergência, dentre os quais se inscreve o próprio fascismo, onde o Estado, dentre tantas anomalias, adota a “representação corporativa em vez da parlamentar”⁹²².

Embora dissonante da compreensão pós-positivista do direito, é disso que se trata; de uma deliberada tentativa de converter o juiz moderno em um proclamador mecanicista das teses jurídicas vertidas pelas instâncias superiores⁹²³. Num choque entre os interesses do capital e as concepções do pós-positivismo jurídico, ou este último haverá de se remodelar ou será apagado enquanto teoria jurídica válida, como, aliás, a história tem demonstrado ser frequente.

A perplexidade doutrinária em torno da melhor concepção (formalista [legalista ou normativista] ou pós-positivista) decorre, em última análise, da tentativa de aproximar o direito moderno de uma ideal de justiça, o que Villey e Pachukanis demonstraram não ser o caso⁹²⁴. A preocupação do direito moderno é com a segurança para a circulação desembaraçada do capital, sendo imprescindível, para a avaliação dos riscos e precificação das mercadorias, a previsibilidade das consequências. Nesse aspecto, converter o Juiz em boca-do-precedente⁹²⁵, como apontou Streck, reveste-se de uma dupla astúcia.

A forma escrita substituiu a consuetudinária, se não pela eliminação, pela melhor possibilidade de controle de subjetividades no tratamento do direito. O tempo mostrou que a forma escrita era insuficiente, pois mesmo diante de textos escritos, independente da qualidade de sua redação, interpretações dissonantes mantinham-se no horizonte das possibilidades. Ao apelar para a vinculação do juiz às teses vertidas nos tribunais de cúpula, a previsibilidade do direito passa por duplo filtro. O primeiro é o da lei, o segundo é o de precedente. Não há nenhum trabalho científico a demonstrar, mas é possível imaginar que se um texto de lei, eventualmente,

⁹²¹ MASCARO, 2015, p. 13.

⁹²² PACHUCANIS, E. B. **Fascismo**. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 59.

⁹²³ STRECK, 2021, p. 15.

⁹²⁴ MASCARO, A. L. “Prefácio”. In MAGALHÃES, J. P. **Crítica à subjetividade jurídica**: reflexões a partir de Michel Villey. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 15.

⁹²⁵ STRECK, 2021, p. 19.

tivesse rendido cinco interpretações diversas, a tendência é que o precedente reduza tais possibilidades a duas. A razão de decidir, por ser vinculante e estar detalhada no corpo do documento jurídico, é que possibilita essa redução, sem embargos de que sempre haverá possibilidade de que o órgão prolator da decisão se pronuncie sobre seu conteúdo, funcionando, assim, como intérprete autêntico.

Tendencialmente, as teses jurídicas procuram seguir a intenção do legislador quando da criação de um enunciado de lei, não por outra razão que não a compreensão do papel dos poderes na constituição do direito⁹²⁶. Sendo, porém, o caso de que o precedente, de alguma forma se desapegue da intenção legislativa, o que não raro pode ocorrer, o precedente, ainda que de modo sutil, já balizado pela lei, a substituirá para fins de cálculo dos riscos do capital.

Esse é o contexto material em que se tem dito que as súmulas de jurisprudência e os acórdãos de casos repetitivos, têm vinculado a aplicação do direito⁹²⁷, abrindo, inclusive, a possibilidade de rescisão do julgado que afrontar a tese deles constantes.

4.4.1 Casos repetitivos no direito processual brasileiro

Não é o escopo desse estudo, dissertar sobre os casos repetitivos no direito processual brasileiro, entretanto, julgamos pertinente tecer algumas considerações para melhor compreender, inclusive, as razões pelas quais, a violação da tese jurídica consagrada em sede casos de repetitivos poderá dar ensejo à propositura da ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada.

4.4.1.1 Espécies de casos repetitivos no direito brasileiro

O § 5º do art. 966 do CPC faz alusão a “casos repetitivos” e não a recursos repetitivos. A razão dessa expressão é bastante simples; as causas repetitivas em que os acórdãos ditos vinculantes serão prolatados, poderão decorrer tanto de causas de competência originária como

⁹²⁶ Numa certa medida, a competência para a votação do orçamento, auxilia nessa compreensão. No processo legislativo que redundou na edição da lei n. 1.255/2016, que estimou a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016, operou-se um corte de 50% nas verbas de custeio e 90% nas verbas de investimento da Justiça do Trabalho, sob a desbragada afirmação de que “a justiça do trabalho não tem se apresentado mais cooperativa” razão pela qual o parlamento deveria “apresentar um corte mais significativo para eles, para que reflitam um pouco de que não tem cabimento o Brasil ter 3 milhões de processos por mês” [...] (SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. “Prefácio”. In: SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. (orgs.). **Resistência 2: defesa e crítica da justiça do trabalho**. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p. 20).

⁹²⁷ Se a aplicação do direito não se dissocia da interpretação, segue-se que a interpretação também sofre a mesma coerção.

derivadas dos tribunais, e assim, podemos dizer que as demandas repetitivas, são gêneros das quais, causas originárias repetitivas e os recursos repetitivos, são espécies, sendo que, ainda em relação a estes últimos, o método para julgamento poderá se dar, tanto pela via do IRDR, previsto nos arts. 976-987 do CPC, como por meio do julgamento do IRR, tratado no art. 1.036 do mesmo diploma.

De acordo com o art. 928 e seus incisos, apenas as decisões proferidas em sede de IRDR e IRR, atinentes a questões de direito material ou instrumental, se enquadrariam na definição de casos repetitivos. Isso, no entanto, não subtrai o fato de que outras tantas decisões recebem o mesmo tratamento pelo direito brasileiro, bastando para essa demonstração o recurso de revista e de embargos repetitivos (CLT, art. 896-C). Em relação a esses últimos – os embargos em recurso de revista – Júlio Bebbber, observa que, embora o art. 896-C limite-se a mencionar o recurso de revista, seu § 1º, atribui ao presidente da SBDI-1 a competência para a submissão do recurso ao rito do repetitivo, estando nisso implícita a possibilidade de julgamento de embargos em recurso de revista por tal rito, já que essa é a competência da SBDI-1, pela qual uniformiza a jurisprudência das turmas do TST⁹²⁸.

Há, por fim, que se destacar que, por força dos art. 15 do CPC e 769 da CLT, o IRDR é aplicável, subsidiariamente⁹²⁹, ao processo do trabalho, logicamente com as adaptações necessárias e que estão tratadas no capítulo V do RITST.

4.4.1.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos

A primeira indagação que se deve fazer é se o incidente de resolução de demandas repetitivas é compatível com a jurisdição prestada pelas cortes superiores, isto porque, para essas Cortes, o ordenamento jurídico prevê, como ferramenta, o rito dos repetitivos (CPC, art. 1.036; CLT, art. 896-C). Seria possível imaginar que, sendo o incidente cabível tanto em sede de competência originária como derivada, não haveria dúvidas do cabimento na primeira hipótese, mas persistiria dúvidas em relação à segunda, já que, para os julgamentos de recurso de natureza excepcional⁹³⁰, a solução jurídica dada pelo sistema seria da submissão ao rito dos repetitivos, não da instauração de IRDR.

Não há dúvidas de que esses tribunais (TST, STJ e STF), ainda que de cúpula, possuem

⁹²⁸ BEBBER, 2020, pp. 414-415.

⁹²⁹ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 756.

⁹³⁰ A expressão é empregada para abranger todos os recursos de natureza extraordinária, isto é, que não estejam à disposição da tutela de interesses subjetivos das partes, mas tão somente o direito objetivo.

competência para julgamento de recursos de natureza ordinária. O TST, por exemplo, julga, em sede ordinária, recursos em mandado de segurança, habeas corpus, habeas data e ação rescisória, sendo essa, inclusive, a competência precípua da SBDI-2 daquela Corte⁹³¹.

Também o STJ, processa e julga, em sede ordinária, recursos contra decisões proferidas em mandado de segurança “decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão” e “as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País” (CF/88, art. 105, II, “b” e “c”); o mesmo se dando em relação ao STF, que possui competência para processar e julgar em sede de recurso ordinário “o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão” (CF/88, art. 102, II, “a”). Nada impede que, julgando em sede de recurso ordinário, esses tribunais promovam a instauração de IRDR e, aplicando a técnica, decidam a questão posta⁹³². A controvérsia, porém, persiste em relação aos recursos excepcionais⁹³³.

Fredie Didier e Leonardo Cunha afirmam que nada há nos arts. 976-987 do CPC que impeça os tribunais superiores de instaurar o incidente, quando do julgamento de recursos de natureza extraordinária⁹³⁴, entretanto, não se observa que a vedação se encontra expressa no art. 1.036 do mesmo diploma que, de modo imperativo, determina que “sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção”. Se sempre que “houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito” o IRR tiver de ser instaurado, não haverá espaço para a instauração do IRDR. Não seria razoável supor a instauração de dois incidentes sobre a mesma

⁹³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**: aprovado pela Resolução Administrativa n. 1.937, de 20 de novembro de 2017. Brasília: TST, 2017, p. 32.

⁹³² FUX, 2022, p. 1017.

⁹³³ Há registro de que o ministro Dias Toffoli, na presidência do STF, monocraticamente se negou a instaurar um IRDR com a seguinte fundamentação: “Esse importante incidente de realização da isonomia processual e formação de pauta de conduta é da competência originária do tribunal estadual ou federal a que o juiz da causa estiver vinculado, pois em razão do regime de direito estrito, as hipóteses de ações, recursos e incidentes da competência da Suprema Corte estão taxativamente disciplinadas no art. 102 da Lei Maior. [...] Depreende-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um incidente a ser suscitado perante os tribunais de segundo grau. Essa orientação igualmente é revelada ao longo da própria memória do processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015. Em momento algum as Comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados fizeram constar em seus relatórios a possibilidade de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar esse relevante instrumento de formação de padrão decisório. [...] Assim, consideradas as hipóteses estritas versadas no art. 102 da Lei Maior, essa Suprema Corte não detém competência originária para processar e julgar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Presidência). **Pet 8.245-MA**. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de outubro de 2019).

⁹³⁴ DIDIER JR.; CUNHA, p. 806.

matéria, objetivando a mesma finalidade, que é a produção de uma decisão vinculante⁹³⁵.

Sobre esse tema, aliás, o RITST, art. 305, *caput*, disciplina o IRDR, e parece aderir a essa conclusão, pois afirma que o incidente será cabível, “nos termos da legislação processual aplicável”, restringindo o cabimento às “causas de sua competência originária” e “recursal ordinária”⁹³⁶.

De se notar que, enquanto a instauração do IRDR reclama a presença simultânea de dois requisitos, quais sejam, a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (CPC, art. 976, *caput*, I e II), o IRR se conforma com a simples “multiplicidade de recursos”⁹³⁷, sendo, por isso, mais amplo, já que, em última análise, se presta, até mesmo a prevenir o dissenso jurisprudencial, ao passo que, segundo a literalidade do texto de lei e setores da doutrina, o IRDR não poderia ser instaurado preventivamente⁹³⁸.

A doutrina de Fredie Didier e Leonardo Cunha diverge nesse tema. Esses autores afirmam que, em se tratando de processos originários, a potencialidade de ofensa à isonomia e à segurança jurídica já estariam presentes, e que, nesse caso, “seria conveniente prevenir a divergência jurisprudencial, com o que se atende aos deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de que trata o art. 926 do CPC”⁹³⁹. Isso mostra ser precipitada a afirmação de que a instauração do IRDR não poderia se dar de forma preventiva, como meio de se obstar o dissenso jurisprudencial.

A própria legitimidade conferida ao juiz de primeiro grau para suscitar a instauração do incidente, faz duvidar da vedação ao caráter preventivo do IRDR. Verificando este que sob sua presidência se encontra um feito que verse sobre questão, exclusivamente de direito, mas que repetida em primeiro grau, e que, na instância superior (não necessariamente imediata) penda julgamento de recurso sobre o tema, o incidente poderá ser suscitado⁹⁴⁰. Vejam que não há necessidade de que o tribunal de sobreposição já tenha julgados dissonantes, isso comprova a

⁹³⁵ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 753.

⁹³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2017, p. 88.

⁹³⁷ É necessário maior vagar em relação a esse assunto, pois a lei não aponta qual seria o número de recursos necessários para que se possa empregar adjetivo “múltiplo”, embora se possa intuir um número considerável, especialmente diante do tráfego de recursos no judiciário brasileiro. Essa falta de objetividade não acanhou a doutrina de Manoel Antonio Teixeira Filho, que, buscando na etimologia da palavra, encontrou que o adjetivo em nossa língua materna tem nascedouro no latim *múltiplice*, isto é, maior que três, de modo que, a partir de quatro recursos já se poderia falar em multiplicidade para fins de adoção do rito dos repetitivos (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 83).

⁹³⁸ FUX, 2022, p. 1017.

⁹³⁹ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 800.

⁹⁴⁰ THEODORO JR., 2022, pp. 784-785.

possibilidade de se prevenir o inconveniente por meio do IRDR⁹⁴¹. Em verdade, o que se dá, é que a lógica preventiva do IRDR, nesse caso, operará de modo diverso daquela sob a qual gravita o IAC, mas nem de longe se pode negar o caráter preventivo da medida.

Por fim, dentre outros elementos, a amplitude do IRR em relação ao IRDR se reflete na vedação à instauração desse último, quando o primeiro já tiver sido instaurado em tribunal de sobreposição⁹⁴². Não se aborda na doutrina, mas parece evidente que a instauração de IRDR em tribunal local não impede que o tribunal superior submeta a mesma questão ao rito dos repetitivos e, nesse caso, quer parecer-nos que o IRDR instaurado perca seu objeto.

4.4.1.2 A força vinculante das decisões proferidas em sede de causas repetitivas

Embora haja questionamentos a respeito da constitucionalidade da vinculação às decisões proferidas em sede de causas repetitivas, não há dúvidas de que a pretensão legislativa, ao intencional criar um *microsistema* de precedentes é, exatamente, a de conferir eficácia obrigatória da aplicação dos precedentes formados, tanto no âmbito do tribunal que o constituiu como em relação aos demais juízes a ele subordinados⁹⁴³. Cuida-se, com isso, uma prestação jurisdicional mais barata, célere, previsível e, sobretudo, mais igualitária⁹⁴⁴, com vista a favorecer as relações entre agentes econômicos⁹⁴⁵. É nessa exata medida que Fredie Didier e Leonardo Cunha têm falado na existência de um microsistema, destinado à gestão, formação e aplicação de precedentes obrigatórios, que incluiria o IRDR o IRR⁹⁴⁶.

Ao fim dos trabalhos, quando percorridos os ritos procedimentais estabelecidos em lei, a Corte processante há de produzir um acórdão, que, no caso do IRDR, em regra⁹⁴⁷, “limita-se a fixar a tese de direito aplicável a todas as causas repetidas atuais e futuras”⁹⁴⁸, sejam elas individuais ou coletivas, observados, em princípio, os limites territoriais da jurisdição da Corte (CPC, art. 985, I e II). O art. 987 do CPC fala na possibilidade de impugnação do acórdão

⁹⁴¹ Ao final do seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, promovido em 2015 pela ENFAM, foram aprovados diversos enunciados interpretativos do CPC/2015, sendo que o de n. 22 proclama que “a instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

⁹⁴² WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 728.

⁹⁴³ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. – 5. ed. Rio de Janeiro: forense, 2022, p. 916.

⁹⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**; v. 2. – 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 726.

⁹⁴⁵ FUX, 2022, p. 918.

⁹⁴⁶ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 755-756.

⁹⁴⁷ Poderá ser o caso avançar no julgamento da causa ou causas que deram origem ao incidente, desde que a jurisdição da corte tenha sido alcançada.

⁹⁴⁸ THEODORO JR., 2022, p. 791.

proferido por meio de “recurso extraordinário ou especial, conforme o caso”⁹⁴⁹, e cuja dimensão, faz presumir a repercussão geral”⁹⁵⁰, ocasião em que, “apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” (CPC, art. 987, §§ 1º e 2º).

Em relação ao acórdão proferido em sede de IRR, a solução é bem semelhante. Nos termos do CPC:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Wambier e Talamini, considerando que, em alguma medida, todas as decisões judiciais são dotadas de eficácia vinculante, propõe classificar essa eficácia em três grupos, a partir de sua intensidade (fraca, média e forte)⁹⁵¹. No primeiro grupo estariam agrupadas apenas aquelas decisões judiciais dotadas de força persuasiva; no segundo grupo, estariam aquelas decisões que “a lei autoriza aos órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo”, o que seria exemplo das súmulas comuns dos tribunais⁹⁵², que autorizam, dentre outras medidas de abreviação, a solução monocrática de recursos, e entre os precedentes dotados de vinculação

⁹⁴⁹ Ao editar a IN 39/2016, o TST, notadamente no art. 8º do documento textualizou que “aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)” e que “do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho” (art. 8º, § 2º). Considerando que a competência do TST abrange matérias constitucionais, não terá vez o recurso extraordinário, senão em face do que decidido pelo TST em sede de revista.

⁹⁵⁰ À época em que sancionado e publicado do CPC/2015, o art. 105, III, não contava com o parágrafo 2º, inserido pela EC/125 de 2022, que incluiu entre os pressupostos de admissibilidade do recurso especial a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. Não há, por ora, qualquer lei regulamentando a emenda constitucional, porém parece, incontornável que a relevância esteja implícita em casos como o do recurso em IRDR.

⁹⁵¹ WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp. 695-696.

⁹⁵² Essa construção, entretanto, não resiste um encontro com a realidade, vez que a ofensa a teses jurídicas vertidas em súmulas diversas das vinculantes do STF, que para Wambier e Talamini seriam dotados de eficácia fraca e média, ensejam o uso de um instrumento processual muito mais grave, que nem mesmo a coisa julgada prestará a oferecer blindagem adequada: a ação rescisória fundada na violação de norma jurídica (CPC/2015, art. 966, § 5º).

forte, ou “força vinculante em sentido estrito”, estariam aqueles cuja inobservância ensejaria o uso da reclamação como medida de imposição dos efeitos⁹⁵³⁻⁹⁵⁴.

Tanto em um como em outro caso, a vinculação forte resta evidenciada, pois o art. 988 do CPC, confere a possibilidade de propositura de reclamação para “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas” e de recursos repetitivos⁹⁵⁵, a qual, julgada procedente, ensejará, a cassação da “decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia”⁹⁵⁶, sendo possível, até mesmo, que o juízo que, programadamente, seria de cassação, se converta em juízo rescindente, no caso de sobrevir o trânsito em julgado, quando pender o julgamento da reclamação⁹⁵⁷. Já no que diz respeito ao IRR, a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória de decisão que não tenha dado ao caso a solução prevista, não deixa dúvidas da vinculação máxima.

De se notar, outrossim, que, as soluções obtidas em causas repetitivas⁹⁵⁸ têm dupla finalidade; resolver as causas iguais, individuais ou coletivas, pendentes ou futuras, abrangidas pela decisão e oferecer solução prévia a causas atuais ou futuras, que, mesmo não sendo idênticas, envolvam a mesma questão de direito⁹⁵⁹, sendo essa a razão pela qual a redação dos arts. 976, I, 985, I e 1.036, *caput*, todos do CPC, aludem a “mesma” ou “idêntica” questão de direito, tanto para a instauração do incidente como da aplicação da tese.

Não há dúvidas, sobre a possibilidade de que a tese vertida em sede de repetitivos possa ser aplicada legitimamente em questões de direito análogas, entretanto, por ser a identidade de questões jurídicas o pressuposto para a instauração e aplicação obrigatória do precedente, em casos analógicos não haverá vinculatividade, pois essa se dá, não essencialmente ao acórdão do repetitivo, mas sim em relação aos “fundamentos determinantes” e aos “dispositivos normativos” a eles relacionados (CPC, art. 979, § 2º), exigindo-se, por isso, que o acórdão

⁹⁵³ WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp.696-698 .

⁹⁵⁴ Os precedentes de vinculação forte teriam, naturalmente, eficácia média e fraca, pois além de persuadir, autorizariam a abreviação procedimental.

⁹⁵⁵ Na redação original do CPC/2015, o inciso IV, fazia menção a “casos repetitivos”, o que certamente incluiria o IRR. Quando da edição da Lei n. 13.256/2016, substituiu-se a expressão “casos repetitivos” por “incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”. Cuidou-se com isso que estaria excluída a reclamação no caso de IRR, sem se atentar para o fato de que o inciso II, do § 5º, do art. 988, continuou a fazer menção aos “recursos extraordinário ou especial repetitivos”, tão somente condicionando a propositura da reclamação ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

⁹⁵⁶ CPC/2015, art. 932.

⁹⁵⁷ YARSHELL, 2005, pp. 44-47.

⁹⁵⁸ Para Wambier e Talamini, o IRDR e o IRR seriam faces distintas da mesma moeda, isto é, seriam equivalentes em fundamentos e objetivos (WAMBIER; TALAMINI, 2016, pp. 804-805).

⁹⁵⁹ THEODORO JR., 2022, p. 793.

abranja a “a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida”, “favoráveis ou contrários” (CPC, art. 984, § 2º).

Se a questão de direito é análoga, é natural haja distinções não consideradas na construção da tese, por isso, a impossibilidade de vinculação⁹⁶⁰. Em sintonia com isso, a doutrina de Humberto Theodoro Jr. atesta que “não importa se as demandas são as mesmas, o que é decisivo é o esforço de identificar ou diversificar as questões de direito objeto do precedente e da nova causa”⁹⁶¹.

Sobre esse ponto, remanesce um problema a ser resolvido, pois, enquanto, o texto de lei fala em “fundamentos determinantes” como sendo os reais vinculadores, sendo nesse aspecto acompanhado pela doutrina⁹⁶², a jurisprudência do STF é recalcitrante⁹⁶³, já que, frequentemente tem rechaçado o cabimento de reclamações pela inobservância do acórdão repetitivo, se não em casos de aderência estrita⁹⁶⁴, não sendo suficiente a idêntica na questão de direito.

Se a reclamação, dentre outras funções, tutela da obrigatoriedade de aplicação do precedente, mas a autoridade da qual emana a tese jurídica proclama ser “incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante”⁹⁶⁵⁻⁹⁶⁶, resta aparente que a tese vertida em sede de repetitivo deveria se aplicar de

⁹⁶⁰ Em sentido contrário Fredie Didier e Leonardo da Cunha, entendem ser cabível reclamação para que se aplique o precedente a casos análogos, estando implícita nessa ideia, a afirmação de que o precedente vincularia questões análogas (DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 701). Aparenta concordar com essa tese o voto apresentado pelo ministro Gilmar Mendes na Rcl 3014-SP: [...] “parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal [...] Com essas considerações, voto pelo conhecimento e procedência da reclamação para” [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Rcl: 3014 SP**. Relator: Min. Ayres Britto, 20 de maior de 2010).

⁹⁶¹ THEODORO JR., 2022, pp. 791-792.

⁹⁶² DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 705.

⁹⁶³ Em artigo publicado em 2015, Patrícia Campos Mello aborda essa questão: “A jurisprudência do STF, em sede de controle concentrado, rejeita a ideia de que “os motivos determinantes” da decisão também produzem efeitos normativos. Recusa-se, portanto, a atribuir efeitos normativos à própria *ratio decidendi* dos julgados proferidos em ação direta” (MELLO, P. P. C. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o novo código de processo civil. **Universitas Jus**, v. 26, n. 2, 2015, p.47).

⁹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Rcl. 43426**. Relator: Min. Dias Toffoli, 20 de maio de 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Rcl. 48335**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de novembro de 2021.

⁹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Rcl. 8168**. Relator: Min. Ellen Gracie, 26 de fevereiro de 2016.

⁹⁶⁶ Logicamente que, como denunciado por Gijalbo Coutinho Fernandes, para o STF, o que vale para a tutela dos interesses do capital, não vale para a tutela do trabalho humano subordinado. Se a reclamação proposta for tendente a negar vigência aos direitos sociais do trabalhador, pouco importa a adesão, que nesse caso, não precisará ser estrita, basta que seja remota; ainda que inexistente qualquer semelhança, essa poderá ser construída pela articulação de vários precedentes. Essa foi a solução dada pelo ministro Alexandre de Moraes para cassar uma decisão em que se houvera declarado a existência de uma relação de emprego em face de fraude à legislação

modo obrigatório apenas em causas idênticas. Como bem advertiu Patrícia Campos Mello, “a se manter a redação do CPC/2015 tal como se encontra hoje, o STF precisará repensar a eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão”⁹⁶⁷.

Essa postura do STF, entretanto, tem se revelado meramente consequencialista, tendo, por finalidade, tão somente impedir que a Corte seja provocada a todo tempo para o julgamento de reclamações⁹⁶⁸. No caso brasileiro, sendo um fato notório, que as instâncias ordinárias se rebelam contra as decisões de cúpula, o raciocínio que se fez foi o de que admitir a reclamação para fora das causas com aderência estrita, acabaria por inviabilizar o trabalho da Corte.

Essa preocupação também é a causa pela qual, ainda em fase de vacância, o CPC sofreu infringência da Lei n. 13.256/2016, para excluir a possibilidade de cabimento de reclamação pela inobservância de súmula tradicional⁹⁶⁹ do STF e condicionar o cabimento da reclamação para o caso de descumprimento de “acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos” ao prévio esgotamento de instância (CPC, art. 988, III e § 5º, II).

Também sob influência dos cálculos, o STJ radicalizou e, sem qualquer respaldo legal, pelo contrário, violando a lógica que permeia o microssistema de precedentes⁹⁷⁰, fixou tese no sentido de que apenas as reclamações em que se pretendesse o cumprimento de acórdãos proferidos em IRDR e IAC é que poderiam ser admitidas, excluindo, com isso, a possibilidade de reclamação para a decisão proferida em IRR se visse cumprida por essa via⁹⁷¹, que antes disso, já havia sido restringida aos que tivessem sido parte no recurso repetitivo⁹⁷². Essa tese é a consagração de que vinculação que anima a reclamação – ao menos para o STJ – é ao acórdão proferido e não ao precedente nele veiculado.

Não é possível, entretanto, confundir os pressupostos de cabimento da reclamação com a vinculação ao precedente gerado em sede de repetitivo, tampouco com a sua violação. Mesmo que, em clima de retransa, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tenha desenvolvido teses de enxugamento das possibilidades de reclamação, é evidente que as teses jurídicas

laboral. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 57.957-RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de março de 2023).

⁹⁶⁷ MELLO, 2015, p. 48.

⁹⁶⁸ No julgamento da Rcl 3.014-SP, onde se julgou improcedente a reclamação por ausência de adesão estrita, essa preocupação resta nítida no voto do ministro Ricardo Lewandowski: “Eu temo que nós soframos uma avalanche muito grande de reclamações” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), 2010).

⁹⁶⁹ A expressão é empregada para distinguir a súmula tradicional da súmula vinculante criada pela EC 45/2004.

⁹⁷⁰ Resumidamente: Ofertar solução de questão jurídica para causas individuais ou coletivas, pendentes ou futuras.

⁹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Rcl 36.476-SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 6 e março de 2020.

⁹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Rcl 3637-PE**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 12 de dezembro de 2018.

proclamadas em casos repetitivos, qualquer que seja a espécie, são vinculantes, o que se comprova pelo cabimento de ação rescisória calcada no inciso V do art. 966 do CPC: a manifesta violação de norma jurídica. Em que um direito, centrado na segurança jurídica, não há prova de vinculação maior do que essa: a negativa de se dar abrigo forte a uma decisão transitada em julgado.

4.4.1.2 A publicidade ampla e força vinculante das decisões proferidas em sede de causas repetitivas

A vinculação às normas jurídicas, sejam elas de origem negocial, legislativa, consuetudinária, pressupõe, ainda que no plano da ficção, que os atores vinculados conheçam o teor das disposições tendentes a constranger suas atuações⁹⁷³. No caso das fontes negociais, o conhecimento de seu teor, normalmente se faz saber por meio de instrumento escrito, ao passo que o direito legislado, segue um processo legislativo que prevê, dentre outras coisas, a publicação do texto em imprensa oficial. Par além dessas modalidades de fontes normativas temos, inequivocamente, que o Poder Judiciário, de modo legítimo, atua na produção do direito, sendo possível falar em um “momento jurisprudencial”⁹⁷⁴.

Tendo em vista que a instauração do IRDR e do IRR tem por finalidade a produção de teses jurídicas vinculantes⁹⁷⁵, natural seria que essa vinculação tivesse por pressuposto o conhecimento prévio, ainda que de modo ficto, de todos os destinatários da norma jurídica; aplicadores e sociedade em geral. Em razão da necessidade de conhecimento prévio das normas jurídicas produzidas no processo jurisdicional que o art. 979 do CPC impõe a necessidade de uma publicização qualificada desses incidentes, que abrangerá desde a fase de instauração até a publicação da decisão, inclusive “os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados”:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da

⁹⁷³ THEODORO JR.; ANDRADE, 2021, pp. 123,170.

⁹⁷⁴ Ibid., pp. 43-44.

⁹⁷⁵ Ibid., p. 142.

repercussão geral em recurso extraordinário.

Não há dúvidas de que a falha na publicização de uma norma legislada, pode desobrigar sua observação, contudo, nada há em lei, nem mesmo a doutrina trata das consequências jurídicas advindas do vício de publicização dos casos repetitivos. Havendo falha na publicidade da tese, haveria escusa para a não aplicação?

Havendo publicação da decisão, ainda que não seja nos moldes preconizados no art. 979 do CPC, não haverá escusas para a aplicação/observação do precedente⁹⁷⁶. A razão de ser do art. 979 do CPC, encontra-se operacionalizada na Resolução/CNJ n. 444/2022, instituiu o Banco Nacional de Precedentes, que, segundo Luiz Fux, tem:

O objetivo de ampliar e facilitar o acesso aos precedentes firmados em todos os tribunais brasileiros, bem como o acompanhamento do andamento de procedimentos voltados para a criação dos precedentes, com as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, os recursos extraordinários e especiais repetitivos, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e os incidentes de assunção de competência⁹⁷⁷.

O sistema judicial brasileiro conta com quatro Tribunais de cúpula com competência de natureza cível (STF, STJ, TST e TSE); seis Tribunais Regionais Federais; vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho; vinte e sete Tribunais de Justiça e vinte e sete Tribunais Regionais Eleitorais, todos eles com capacidade para a instauração de incidentes tendentes à produção de teses vinculantes, de modo que a ausência de centralização das informações pode gerar incidentes inadmissíveis, suspensões indevidas etc. Não se presta a norma a conferir eficácia vinculante à tese jurídica. Concluído o julgamento, cessam-se as suspensões e a tese deve ser aplicada de modo obrigatório.

4.4.1.2 A possibilidade de rescisão do julgado pela transgressão ao verbete de súmula e do precedente vertido causas repetitivas

A norma jurídica é um ente pertencente ao mundo da ideologia⁹⁷⁸, mas, nem por isso, de existência ficta⁹⁷⁹, revelando-se também no plano real. Nesse segundo plano – o da realidade

⁹⁷⁶ A jurisprudência do STJ valia para dizer que a aplicação da tese conferida pelo STF deve se dar “independente da publicação ou trânsito em julgado do julgado” do acórdão (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **EDcl no REsp: 1126106 PR**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 31 de agosto de 2018).

⁹⁷⁷ FUX, 2022, p. 918.

⁹⁷⁸ DINIZ, 2019, p. 58.

⁹⁷⁹ Sobre os objetos ideais, Miguel Reale afirma que “embora não existindo senão no espírito humano, as objetividades ideais possuem, no entanto, uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares” (REALE, 1965, p. 165).

– a norma jurídica consiste no “significado de um enunciado com função prescritiva, reconstruído por meio da interpretação de enunciados contidos nas fontes”⁹⁸⁰. Repita-se: a norma jurídica preexiste em potência ao processo interpretativo, não sendo literal a alusão à sua criação⁹⁸¹ por meio do processo interpretativo⁹⁸². Seja como for, por mais que se controverta se o texto normativo seria ou não uma norma jurídica, não se debate mais sobre a “roupagem normativa”⁹⁸³ da qual se reveste o produto do processo interpretativo.

Identificando a norma jurídica a partir de sua principal função, que é a de prescrever condutas, concitando ou proibindo ações humanas, mas, sobretudo, conferindo “competência ou poder de agir de certa maneira”⁹⁸⁴, é inafastável concluir pelo caráter normativo dos precedentes judiciais formados no julgamento das causas repetitivas, notadamente diante da deliberada tentativa de criação de um microsistema em que as decisões judiciais, proferidas em determinadas instâncias e sob determinados ritos processuais, adquirem caráter de obrigatoriedade.

Se os precedentes judiciais são normas jurídicas – especialmente aqueles dotados do poder de vincular –, a simples leitura do inciso V do art. CPC, seria suficiente para que se consagrasse a lição, segundo a qual, a decisão transgressora da tese jurídica contida no precedente abriria a via da ação rescisória para o caso de decisões transitadas em julgado em sentido contrário à tese, pois dele se lê: “violar manifestamente norma jurídica”.

Perceba-se, entretanto, que, tão logo publicada a redação do CPC, antes dos acréscimos feitos pela Lei n. 13.256/2016, Flavio Yarshell defendeu ser inviável a propositura de ação rescisória pela violação de precedentes obrigatórios:

Muito embora tenham papel relevante no diploma, os precedentes judiciais [...] não poderão, em princípio, subsidiar pura e simplesmente o pedido formulado em ação rescisória; ainda que eles possam servir de reforço na argumentação e atuar de forma persuasiva quanto à violação manifesta de uma (autêntica) norma jurídica⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ ÁVILA, H. **Competências tributárias**: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018a, p. 17.

⁹⁸¹ GRAU, 2021, p. 46.

⁹⁸² Para defender a substância normativa dos princípios jurídicos Norberto Bobbio diz que: “para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: em primeiro lugar, se não normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivos para que eles não sejam normas: se extraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas (BOBBIO, 2014, p. 66). Nessa medida a interpretação é norma jurídica porque também derivada de uma norma jurídica, “a norma não é algo ontologicamente diferente das disposições: é simplesmente a disposição interpretada, e, portanto, reformulada ou, sob outro ponto de vista, uma enunciado (interpretante) do qual o intérprete assume a sinóníma com o enunciado interpretado (o dispositivo)” (GUASTINI, 2022, p. 65).

⁹⁸³ THEODORO JR.; ANDRADE, 2021, p. 159.

⁹⁸⁴ KELSEN, 2009, p. 6.

⁹⁸⁵ YARSHELL, 2015, pp. 165-166.

Diante da notoriedade e influência da doutrina de Flávio Yarshell, professor titular da mais importante universidade pública do Brasil⁹⁸⁶, pareceu adequado ao legislador esterilizar a controvérsia, pois uma jurisprudência de retranca, com amparo em uma doutrina de relevo⁹⁸⁷, certamente acabaria por restringir o cabimento da ação rescisória, agredindo a própria lógica de um microsistema de precedentes vinculantes. Após a publicação da Lei n. 13.256/2016, o próprio Flávio Yarshell teve de concordar que a medida se dava em reforço ao microsistema de precedentes vinculantes⁹⁸⁸.

Operada a alteração legislativa, respeitáveis doutrinadores passaram a sustentar o cabimento de ação rescisória calcada na violação de precedentes⁹⁸⁹, mas há uma possível imprecisão nessa afirmação. Embora não se duvide que a norma jurídica consiste justamente no precedente contido no acórdão de causas repetitivas⁹⁹⁰, o texto de lei alude a “acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos” (CPC, art. 966, § 5º), de modo que, nem todo precedente, mesmo que seja vinculante, como é o caso do precedente formado em IAC, abria a possibilidade de rescisão da sentença contrária a seus termos.

É de se destacar, entretanto, que o texto jurídico encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, fazia menção expressa e indistinta a todos os precedentes previstos no art. 927 do CPC, portanto, além de abarcar a expressão “precedentes” encampava as decisões proferidas em sede de IAC. No Senado, a redação foi alterada com a exclusão da expressão “precedentes” e da possibilidade de ação rescisória calcada na ofensa à tese jurídica produzida em sede de IAC, sem retorno do texto à Câmara dos Deputados, conforme determina a Constituição (CF/88, art. 65, parágrafo único)⁹⁹¹. Em razão desse desarranjo no processo legislativo, voltou-se a sustentar que seria possível, a partir desse histórico, falar em violação de precedentes⁹⁹², e da aplicação analógica do art. 966, § 5º ao para os casos de assunção de competência⁹⁹³.

⁹⁸⁶ No ano de 2004, justamente com o trabalho intitulado “Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório”, Flávio Yarshell, obteve o título de Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁹⁸⁷ Comentando o art. 966, V do CPC/2015 e, contrapondo-o à redação do inciso V do art. 485 do CPC/73, Cássio Scarpinella Bueno, afirma que “a despeito da alteração textual, contudo, a interpretação e, consequentemente, o alcance da norma jurídica são idênticos” (BUENO, 2021a, p. 484). Portanto, estavam lançadas as bases teóricas para a manutenção da compreensão de ser incabível a ação rescisória calcada em violação de enunciado de súmula e acórdão de casos repetitivos, pois essa era a tese dominante (YARSHELL, 2005, p. 324).

⁹⁸⁸ YARSHELL, 2017, p. 172.

⁹⁸⁹ ASSIS, 2021, p. 280.

⁹⁹⁰ A prova determinante de que a vinculação se dá ao precedente e não ao acórdão em si, está retratada nos próprios §§ 5º e 6º do art. 966, que aludem à necessidade de identidade fática ou de questão jurídica para a sua aplicação ou de distinção para o afastamento.

⁹⁹¹ Welder Queiroz dos Santos detalha a tramitação do processo legislativo (SANTOS, 2021, pp. 181).

⁹⁹² ASSIS, 2021, p. 228.

⁹⁹³ DIDIER JR.; CUNHA, 2022, p. 637.

Em nossa percepção, a despeito de parecer-nos inviável o uso de analogia em matéria sensível, como é o caso da desconstituição da coisa julgada, o IRDR e o IRR não guardam similitudes com o IAC ao ponto de determinar uma aplicação analógica do disposto no art. 966, § 5º do CPC. Até mesmo em situações absolutamente idênticas – como é o caso das ações processadas pelo rito da Lei 9.099/95 –, tem o legislador optado por vedar a via rescisória, tudo a demonstrar que a analogia não é um argumento sustentável para esse fim, estando a vedação dentro da margem de conformação do legislador.

Parece-nos, entretanto, viável a rescisória pela violação de precedentes formados em incidentes de assunção de competência, mas por outra razão: a inconstitucionalidade formal dos §§ 5º e 6º do art. 966 do CPC, já que não se atentou para a necessária devolução do texto à Câmara dos Deputados, na forma prevista na Constituição⁹⁹⁴. Seria possível, e até correto, afirmar que a solução da inconstitucionalidade formal atingiria de modo direto a integralidade do § 5º, do art. 966, o fazendo nulo em face da Constituição⁹⁹⁵. Mesmo neste caso, seria viável a ação rescisória pela incidência direta do art. 966, V do CPC, sem a necessária digressão ao referido parágrafo que, como já detalhado, surgiu em reação ao conservadorismo doutrinário e à retranca jurisprudencial. Se os precedentes são normas jurídicas, já estariam abarcados na previsão do inciso V do art. 966 do CPC⁹⁹⁶.

De todo modo, ainda que se entendesse que o ordenamento jurídico não contempla o cabimento de ação rescisória pela violação da tese jurídica vertida no IAC, ou melhor dizendo, que esta possibilidade não estivesse inserida na redação do § 5º do art. 966 do CPC, haveria inequívoco cabimento da ação, seja por que a tese vertida se conforma na definição de norma jurídica, seja porque, nesse caso, haveria aberto desacato aos arts. 927, II e 947, § 3º, ambos do CPC⁹⁹⁷.

Embora já tenhamos concluído pelo cabimento de ação rescisória pela violação de precedentes judiciais vinculantes, inclusive o formado no julgamento de IAC, é necessário ainda identificar de que forma essa se operaria essa violação.

Embora esse assunto pareça ser relativamente simples, a redação do § 5º do art. 966 do CPC, rende disputas, pois de sua literalidade, o que se extrai é que, apenas as decisões proferidas sem que se “tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo

⁹⁹⁴ TAVARES, 2021, p. 1070.

⁹⁹⁵ Ibid., p. 300.

⁹⁹⁶ SANTOS, 2021, p.181.

⁹⁹⁷ Destaque-se o fato de que é exclusivamente em relação à tese vertida em IAC que o CPC faz menção expressa à vinculação.

e o padrão decisório que lhe deu fundamento” é que seriam capazes de violar a norma jurídica. Não é disso que se trata, e a interpretação sistemática do dispositivo, em cotejo com o inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC, permite essa conclusão.

Diversamente do que textualizado, o precedente pode ser violado nos mesmos moldes que qualquer outra norma jurídica, e não há “critério suficientemente seguro”⁹⁹⁸ para elencá-los. Em geral, quando se fala em violação da norma jurídica, indicam-se situações em que se nega validade a uma norma válida; se dá validade a uma norma inválida; se dá vigência a uma norma que ainda não vige ou deixou de vigorar; se nega o que a norma afirma ou se afirmar o que ela nega⁹⁹⁹.

Todas essas formas de violação podem se dar em relação aos precedentes vinculantes, mas devemos acrescentar que é possível violá-lo deixando de se observar eventual modulação proposta¹⁰⁰⁰. Deixar de aplicar a tese aos caso em que a questão de direito for idêntica ou aplicando-a à solução de controvérsia de direito totalmente distinta¹⁰⁰¹ daquela considerada para a formação do padrão decisório, haverá violação da norma jurídica.

Sobre a violação pela não aplicação do precedente quando deveria ter sido aplicado, a doutrina de Fredie Didier e Leonardo da Cunha demanda esclarecimentos. Esses autores, no que se refere ao instituto da reclamação, negam peremptoriamente o cabimento da ação quando a inobservância do precedente se der por omissão, sustentando que, nesse caso, não haveria inobservância do precedente, mas sim ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022 parágrafo único, II, ambos do CPC/2015¹⁰⁰²⁻¹⁰⁰³.

A autoridade de uma Corte é desafiada na medida em que sua decisão é desacatada, portanto, a reclamação pressupõe, a não mais poder, que o precedente jurisprudencial tenha sido violado e, nessa medida, omissão em se aplicar o precedente não seria uma violação ao precedente.

⁹⁹⁸ BEBBER, 2020, p. 358.

Bebber 358.

⁹⁹⁹ Ibid., p. 358.

¹⁰⁰⁰ Essa é uma das principais razões para se distinguir a rescisória calcada na ofensa da norma contida no texto de lei e a norma vertida no precedente; a lei não trata da modulação, nos mesmos termos do precedente. Por vezes, a violação se dará, não em relação ao conteúdo da interpretação, mas sim em relação à modulação proposta, nesse caso, se não houvesse possibilidade de ajuizar a ação rescisória calcada na violação do precedente, a transgressão não teria remédio.

¹⁰⁰¹ A aplicação analógica do precedente a uma questão de direito análoga não viola o precedente, como, aliás, não violaria nenhuma outra norma; tão somente retira sua obrigatoriedade.

¹⁰⁰² DIDIER JR.; CUNHA, 2022, pp. 707-708.

¹⁰⁰³ Essa opinião não é isolada, Flavio Yarshel vai além, para dizer que todas as supostas violações aos precedentes formados em repetitivos, são, em verdade, ofensa ao art. 489, § 1º, V e VI do CPC/2015, e que a ação rescisória, nesses casos, se daria pelo *error in procedendo* (YARSHELL, 2017, p. 172).

Não podemos concordar. O fato de a decisão incorrer em omissão, passível de impugnação por via dos embargos de declaração, não afasta o seu caráter transgressor. Difícil crer que essa doutrina sustentaria que a inaplicabilidade de um dispositivo de lei aplicável, não consubstanciaria ofensa à norma jurídica¹⁰⁰⁴. Do ponto de vista ontológico, a transgressão ao dispositivo de Lei ou à tese vertida em casos repetitivos, é idêntica.

De todo modo, a mais frequente forma de transgressão à tese jurídica vinculantes estará na incapacidade de se compreender a *ratio decidendi*¹⁰⁰⁵ empregada, por vezes conferindo tal dignidade a elementos que, segundo a doutrina, seriam meros *obiter dictum*¹⁰⁰⁶. Essa dificuldade em identificar o precedente judicial é que poderá, por vezes, impedir que se faça o necessário *distinguishing*¹⁰⁰⁷ ou mesmo se identifique eventual *overruling*¹⁰⁰⁸.

Esses anglicismos não são aqui utilizados como tentativa de demonstração de erudição¹⁰⁰⁹, nem seria possível, diante da vulgarização do idioma inglês¹⁰¹⁰. Em verdade o uso dessas expressões alienígenas se dá na perspectiva de se fazer notar que, embora não se tenha logrado instituir no Brasil a *common law*¹⁰¹¹, típica dos Estados Unidos, que a legara da Inglaterra¹⁰¹², o microssistema de precedentes vinculantes desenhado na legislação brasileira tem esse modelo como ponto de partida, sendo imprescindível, para a mais adequada

¹⁰⁰⁴ Em consulta à obra em questão, verifica-se que o assunto não é abordado de modo específico.

¹⁰⁰⁵ [...] “é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada” (MARINONI, 2022, p. 205).

¹⁰⁰⁶ [...] “a expressão vem de ‘dito para morrer’, ou seja, trata-se de coisas ditas na decisão, mas que não têm efeito vinculante em relação às decisões posteriores, só persuasivo” (ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: RT, 2009, p. 19).

¹⁰⁰⁷ [...] “é uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela (ANDREWS, 2009, pp. 17-18).

¹⁰⁰⁸ De modo bastante sintético, mas com o conteúdo necessário, Marinoni define o *overruling*, como sendo “os critérios que justificam a revogação do precedente” (MARINONI, 2022, p. 257). Patrícia Campos Mello acresce que “a superação de precedentes geralmente ocorre quando estes são *socialmente incongruentes* (e, portanto, não refletem a compreensão social sobre o que é justo) ou, ainda, quando são *sistemicamente inconsistentes* (porque conflita com outras normas, com outras decisões do órgão vinculante ou, ainda, com outras decisões reiteradamente proferidas pelas instâncias inferiores). A sistemática rejeição de um precedente normativo e as distinções inconsistentes entre casos pelas instâncias vinculadas (atitude estratégia para tentar evitar a sua aplicação) podem levar o tribunal vinculante a rever ou moderar sua decisão, a fim de viabilizar a adesão dos órgãos vinculados” (MELLO, 2015, p. 50).

¹⁰⁰⁹ A respeito do frequente uso de expressões alienígenas em textos jurídicos, o que tentamos a todo custo evitar, é de se recordar a fina ironia de Erasmo de Rotterdam. Erasmo, personificando a loucura, se ria desse recurso pelo qual o escritor se valia de duas ou três palavras em grego, rindo mais ainda do leitor: “Assim, quem mais consegue entender fica satisfeito consigo mesmo, e, quem não entende, tanto mais admira quanto menos entende” (ROTTERDAM, E. **Elogio da loucura**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, pp.16-17).

¹⁰¹⁰ Há um conto que diz que quem fala dois idiomas é bilíngue; quem fala três idiomas é trilingue e que quem fala um idioma é americano.

¹⁰¹¹ THEODORO JR.; ANDRADE, 2021, p. 157.

¹⁰¹² Embora herdado do direito inglês e, por isso, membro da família da *common law*, o direito americano é distinto do direito inglês, ao ponto de o jurista inglês demonstrar dificuldades profissionais para atuar perante o direito americano, sendo curioso que o inverso não se verifique (DAVID, 2002, pp. 457-458).

manipulação das tecnologias que daí decorrem, que o jurista brasileiro se valha do “instrumental técnico já gestado ou elaborado no direito anglo-americano¹⁰¹³, como, por exemplo: adequação completa ao fato jurídico, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*”¹⁰¹⁴.

É só afastando a “poluição semântica”¹⁰¹⁵ em torno do que seja um precedente¹⁰¹⁶, e das tecnologias acima apontadas, é que se poderá manipular, adequadamente, o novo sistema jurídico brasileiro, em que a jurisprudência, notadamente aquela vertida nos enunciados de súmula e nos precedentes vinculantes, é guindada a uma nova dignidade¹⁰¹⁷. Nesse novo sistema, o jurista moderno deve conhecer, para além da lei – aqui tomada em sentido lato –, a jurisprudência dos órgãos responsáveis por sua aplicação¹⁰¹⁸ e o instrumental desenvolvido. Essa amálgama formada pela lei e jurisprudência, é que se concebe como direito na modernidade¹⁰¹⁹.

Violado o precedente vinculante – e este identificado com o motivo determinante para

¹⁰¹³ René David chama a atenção para o fato de que, quando da colonização da América do Norte, embora a *common law*, fosse, em princípio aplicável nos Estados Unidos, pois seguia os súditos da coroa inglesa onde quer que fossem, sua aplicação, em princípio não foi possível, diante da inexistência de juristas versados na *common law* para que ela pudesse ser aplicada, e nessa medida, a ignorância é, de alguma maneira, constituinte do direito americano; apenas depois da independência, quando as condições propiciaram um número de juizes versados na *common law*, é que se pode, ao modo americano, dar início a esse modelo sistema de justiça (DAVID, 2002, pp. 449-453).

¹⁰¹⁴ THEODORO JR.; ANDRADE, 2021, p. 161.

¹⁰¹⁵ Expressão utilizada por Lenio Streck e Georges Abboud, para denunciar a imprecisão com que o termo tem sido utilizado (STRECK, L. L.; ABOUD, G. Art. 927: In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.230).

¹⁰¹⁶ Dentre as diversas críticas que Lenio Streck e Georges Abboud ao conceito de precedente que se tem empregado, supõe que no direito inglês (*commom law*), o precedente não nasce precedente, vai adquirindo essa autoridade: “o genuíno precedente – aquele oriundo da *common law* – não possui estrutura textual delimitada ou previamente definida, daí ser um enorme equívoco equiparar precedente a súmula ou decisão paradigma [...], porque essas já possuem sua estrutura textual claramente delimitada. Observe-se: precedente é um status que uma decisão adquire ao ser aplicada subsequentemente. O precedente, assim, terá dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida/seguída pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos/similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem ‘obediência hermenêutica’” (STRECK; ABOUD, 2017, p. 1232). Essa lição, contudo, é eivada de imprecisões. Primeiro é de se salientar ser falsa a afirmação de que, na *common law*, um precedente não nasce precedente (voltaremos a isso). O que os autores não percebem é que, num direito consuetudinário, não poderia ser diferente, pois não foi inventado, ainda hoje, hermenêutica de costumes. Sucede que, da mesma forma que o direito brasileiro tem se valido maciçamente de precedentes como fonte do direito, o direito inglês tem feito o caminho inverso, isto é, cada vez mais, apelando para o direito escrito, como, aliás, é primaz em seu direito processual (ANDREWS, 2009, p. 41). Quando a questão jurídica diz respeito à interpretação que se deva dar a um determinado dispositivo de lei, a solução inglesa é idêntica à brasileira; “a interpretação judiciária das leis escritas [...] também podem gerar precedentes vinculantes” (ANDREWS, 2009, p. 40). Se servir de alento aos críticos, em consulta ao BNP, não se verificou nenhuma tese firmada em sede de direito costumeiro.

¹⁰¹⁷ FUX, 2022, p. 915.

¹⁰¹⁸ AZEVEDO NETO, P. T. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 34.

¹⁰¹⁹ DWORKIN, 2010, p. 4.

a tomada da decisão¹⁰²⁰ – ou, omitida sua aplicação para a solução jurídica de uma questão de direito por ele abarcada¹⁰²¹, vindo essa decisão a transitar em julgado, via de regra¹⁰²², estará aberta a via da ação rescisória, que deverá ser manejada nos prazos aludidos nos arts. 525, § 15 e 975 do CPC, conforme o caso.

Semelhantemente ao que tratamos no caso de ação rescisória por violação de verbete sumular, § 6º do art. 966 do CPC, acresce um requisito para a aptidão da petição inicial da ação rescisória, para além dos requisitos ordinários da petição inicial, “caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”. Como já pudemos afirmar, a leitura desse dispositivo conduz a duas conclusões possíveis, sendo que, das quais, uma é inafastável: ou estamos diante de uma espécie de ação rescisória por violação de norma jurídica que não interdita o revolvimento de matéria fática, ou então, diante de uma hipótese em que o prequestionamento será fundamental para seu processamento. Nesse caso, apenas se o quadro fático estiver estabelecido na decisão rescindenda, será possível avançar no mérito da ação rescisória.

O direito moderno é em essência segurança jurídica para a circulação do capital. Quando o capital era essencialmente nacional, o direito nacional se mostrava suficiente para sua salvaguarda, por isso, desde sempre se fez possível o isolamento de um sistema jurídico, alguns filiados à *common law* e outros à *civil law*. Sobrevindo, porém a massificação das trocas internacionais, o capitalista dos países da *common law* não se via confortável diante das fórmulas e métodos aplicados nos sistemas da *civil law*, sendo que o inverso também se mostra verdadeiro.

Foi necessário alcançar um centro. Tanto dos países filiados à *civil law*, são concitados e, de certo modo, coagidos a dar prestígio às decisões judiciais, como também os países da *common law*, paulatinamente vão adotando a fórmula do direito escrito, sobretudo no que tange

¹⁰²⁰ “O precedente pode ser conceituado de forma geral como decisão judicial anterior que vem considerada a partir do seu valor orientativo em relação à atuação judicial futura, relativamente à mesma questão decidida” (THEODORO JR.; ANDRADE, 2021, p. 157), porém no caso brasileiro, é compreendido como sendo de aplicação compulsória em casos presentes ou futuros (WAMBIER; TALAMINI, , 2016, p.731), mas não é só. O precedente equivale à própria razão pela qual uma decisão foi tomada. O acórdão em repetitivo é, nessa medida, invólucro do precedente e não o precedente em si. “Dentro da fundamentação estão presentes os motivos determinantes da decisão. Mediante a análise da fundamentação é possível isolar os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*. [...] Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Esse motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*” (MARINONI, , p. 205).

¹⁰²¹ ALMEIDA, 2021, p. 88.

¹⁰²² Há diversas excludentes do cabimento de ação rescisória. Disso tratamos nas linhas acima.

às regras de direito processual.

A universalização das tecnologias disponíveis, faz com que a produtividade seja potencializada, dando ocasião para que se unifique a medida de trabalho social necessário no processo de produção, fazendo com que o mercado tenda a uma unificação. A confluência dos mercados desafia, na mesma medida, uma confluência de ordens jurídicas. É isso que José Arthur Giannotti, aponta ao dizer que “a grande crise pela qual estamos passando coloca na pauta a alienação do capital, em particular do capital financeiro, e a necessidade de alguma regulamentação internacional dos mercados”¹⁰²³.

Cumprindo sua parte nesse ajuste tácito, o direito brasileiro procura estabelecer um microsistema de precedentes vinculantes, que impacta na aceleração da mudança de uma racionalidade, onde as decisões judiciais, notadamente as vinculantes, são concebidas como fonte do direito, diante da notória carga normativa que ostentam. Os primeiros passos dessa sistematização passam pela necessidade de criação de tecnologias processuais adequadas à observância dos precedentes formados, pois todo sistema “assume a responsabilidade de comprovar seus enunciados com a realidade”¹⁰²⁴. Uma das tecnologias desenvolvidas pelo sistema para demonstrar sua concretude é a ação rescisória pela violação de precedentes obrigatórios, máxima demonstração de que a eficácia obrigatória desses precedentes, é literal.

Em prefácio à primeira edição de *O capital*, Marx busca alentar seu leitor, dizendo que “todo começo é difícil, e isso vale para toda ciência”¹⁰²⁵. Isso se aplica à questão dos precedentes. Aos poucos, as vozes contrárias à vinculação aos precedentes judiciais vão sendo silenciadas, seja pelo convencimento no sentido do contrário ou mesmo pelo perecimento físico de seus vocalizadores.

Nessa mesma quadra de tempo, os novos operadores do direito são formados, desde já, sob a premissa de que o direito brasileiro assumiu um compromisso de uniformizar sua jurisprudência, fazendo com que o direito se aplique de modo uniforme a todos os seus destinatários. A frequente reação de alguns setores, tanto da doutrina como da jurisprudência, não pode desencorajar essa empreitada. A visão da história não só descortina a realidade concreta, mas permite uma dose adicional de perseverança:

No famoso apólogo de Bertolt Brecht, intitulado *O alfaiate de Ulm*, O artesão, obcecado com a ideia de construir um aparelho de permitisse ao homem voar, um dia, convencido de ter alcançado seu objetivo, apresentou-se ao bispo e disse: ‘Aqui está:

¹⁰²³ GIANNOTTI, J. A. Considerações sobre o método. In: **O capital**: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 73.

¹⁰²⁴ LUHMANN, N. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 29.

¹⁰²⁵ MARX, 2017, p. 77.

posso voar’. O bispo conduzi-o até a janela do alto palácio e desafiou-o a demonstra. O alfaiate lançou-se e, obviamente, espatifou-se nos ladrilhos. Todavia, comenta Brecht, alguns séculos depois os homens realmente conseguiram voar¹⁰²⁶.

4.5 A ação rescisória calcada na violação de princípios jurídicos

Tratando da interpretação do direito, Eros Grau busca dividi-la em antes e depois da década de 1970, sendo que o momento anterior estaria marcado por um método mecanicista de subsunção dos fatos ao texto normativo, reflexo da própria lógica do positivismo legalista que supunha haver no direito posto, a completude necessária para a resolução de todas os conflitos sociais que virtualmente ocorressem¹⁰²⁷, ao passo que o momento posterior, isto é, pós 1970, teria havido um aumento de complexidade e amplitude em que o processo de interpretação se converte em compreensão de signos linguísticos¹⁰²⁸.

Embora Eros Grau não faça menção direta às causas dessa mudança de método, e até mesmo de paradigmas, não há dúvidas de que tal mudança, no plano da teoria da interpretação, representa injunção concreta da teoria de Dworkin a respeito da integridade do direito como parâmetro para a interpretação judicial¹⁰²⁹. De acordo com essa perspectiva a composição do direito não estaria adstrita a regras jurídicas e, diante de as lacunas, quaisquer que fossem, estas deveriam ser colmatadas por outra espécie normativa – os princípios jurídicos – estando vedada a possibilidade de discricionariedade judicial – já que tais princípios, por refletirem os juízos de moralidade política por de trás da própria produção das regras jurídicas¹⁰³⁰, incidiriam diretamente, estando a solução judicial da controvérsia situada no âmbito do próprio sistema jurídico, de modo que haveria uma solução construída e respostas moralmente dadas para quaisquer controvérsias a partir de princípios jurídicos, que operariam até mesmo na forma de validação das regras jurídicas¹⁰³¹.

Essa visão do direito como integridade, como afirma Claudio Ari Mello, seria uma

¹⁰²⁶ MAGRI, L. **O alfaiate de Ulm**. São Paulo, Boitempo, 2014, p. 19.

¹⁰²⁷ A própria dissidência doutrinária que deu origem ao positivismo normativista demonstra que a teoria legalista já não subsistia (ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 230-231).

¹⁰²⁸ GRAU, 2021, p. 31.

¹⁰²⁹ Em momento posterior da obra, o autor confessa a influência de Dworkin (Ibid., p. 99).

¹⁰³⁰ É dizer que, regras jurídicas, são moralidade processada, porém, os juízos de moralidade são, em última análise, um juízo de bom ou mau, bem ou mal. Nietzsche, tratando da genealogia da moral, aponta que os próprios conceitos sobre essas expressões gramaticais, revelariam um domínio de classe, pois “foram os próprios ‘bons’, os homens nobres, os poderosos, aqueles que ocupam uma posição de destaque e têm a alma enlevada que fixaram a si e a seu agir como ‘bom’, ou seja, ‘de primeira ordem’, em oposição a tudo o que é baixo, mesquinho, comum e plebeu” (NIETZSCHE, F. W. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2020, pp. 22-23).

¹⁰³¹ MELLO, C. A. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**; São Paulo, v. 255, maio 2016, s.p.

contribuição original de Dworkin¹⁰³², porém não há absolutamente nada de novo. A integridade proposta como teoria, já respondia pelo nome de materialismo dialético, o qual Marx lança mão como método de investigação da realidade social¹⁰³³, que não poderia ser apreendida, senão em sua totalidade¹⁰³⁴.

Não se pode dizer nem mesmo que Dworkin tenha feito a primeira transposição desse método para o estudo e compreensão do fenômeno jurídico. Pashukanis, Althusser, Polantzas e Edelman, para ficarmos apenas nesses exemplos, já haviam formulado uma compreensão do direito a partir da totalização dos fenômenos sociais, sendo essa, inclusive, a base de toda a crítica marxista do direito¹⁰³⁵. Nem mesmo entre os juristas burgueses, a primazia seria de Dworkin. Disso nos dá nota a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale¹⁰³⁶ que, sem mencionar a crítica marxista do direito, como costuma acontecer, bebe dessa fonte a não mais poder¹⁰³⁷.

O que fez Dworkin foi intuir o óbvio. O método dialético se ajusta a qualquer área do saber humano e se assim o é, aplica-se ao direito. A grande contribuição de Dworkin para o direito burguês foi o de burocratizar ainda mais a farsa da submissão da atividade interpretativa aos contornos democráticos, fazendo parecer que o juiz, quando se vale de princípios jurídicos, decide para fora de sua discricionariedade. O mérito de Dworkin foi o de se valer do mais importante método de pesquisa social em seu trabalho, sem nunca ter anunciado como inventor dessa teoria; fê-lo o leitor inculto.

O que Dworkin parece não perceber é que o afastamento do direito de uma moral e de uma ética que não a moral jurídica e a ética da legalidade¹⁰³⁸, é engendrado como condição para que as relações de troca se tornem possíveis entre judeus e árabes; protestantes e católicos; veganos e carnívoros, pois esta é a função precípua do direito moderno. Se o direito moderno é espelho jurídico da forma capital, não pode, portando consigo a moral judaica, querer se estabelecer em relações que envolvam árabes.

¹⁰³² Ibid., s.p.

¹⁰³³ Embora a dialética já ocupasse centralidade nas formulações de Hegel e esse tenha exercido grande influência no pensamento de Marx, há uma distinção importante a ser ressaltada. Enquanto Hegel compreende que no movimento dialético a ideia mova a realidade, Marx propõe o inverso, de modo que a própria ideologia seria produto da materialidade das relações sociais. (MARX, 2017, p. 90). A dialética foi herdade de Hegel, mas a influência materialista, deve-se a Feuerbach. (PAULO NETTO, 2011, p. 16).

¹⁰³⁴ MARX, 2017, p. 90.

¹⁰³⁵ MASCARO, 2021, pp. 278-279.

¹⁰³⁶ REALE, 1965, p. 445.

¹⁰³⁷ Os compromissos de Reale com o fascismo brasileiro e a exposição de Dworkin aos perigos do Macarthismo, justificam essa omissão.

¹⁰³⁸ GRAU, 2021, p. 20.

Pois bem, mas se a teoria da integridade já se fazia presente na literatura jurídica anterior a Dworkin, o que explicaria o sucesso de seus escritos? A resposta está nas relações materiais e na própria crise de reprodução do capital, experimentada, não por acaso, na mesma década de 1970. Nesse contexto, a doutrina de Dworkin ganha terreno fértil e passa a dar respostas possíveis a um novo tipo de direito, firmado em um padrão de linguagem dotado de uma indeterminação nunca visto¹⁰³⁹.

É na década de 1970 que a “superprodução, sobreacumulação e subconsumo”, mergulham o capital em crise de reprodução¹⁰⁴⁰, cuja saída estratégica já havia sido desenhada por Marx e Engels em 1848, quando da edição do manifesto comunista, e consistia, além de um processo de destruição de parte das “forças produtivas”, na “conquista de novos mercados e pela exploração mais intensa dos antigos”¹⁰⁴¹. A estratégia de conquista de novos mercados, fez com que o capital migrasse, em partes para, para países de capitalismo periférico, em busca de um novo mercado consumidor ou mesmo em busca de condições mais favoráveis ao barateamento do custo de produção pela via da busca de mão-de-obra mais barata do que os preços praticados nos países de capitalismo central¹⁰⁴².

Com relação à estratégia de exploração mais completa dos antigos mercados, a primeira medida adotada para que “a roda do consumo” pudesse girar, foi a produção intencional de itens consumo que entrassem em rápida obsolescência tecnológica, ou cuja qualidade ou sazonalidade da moda, tornasse-os imediatamente em produtos indesejáveis, forçando sempre uma nova aquisição que fosse capaz de aquecer a já mencionada roda do consumo¹⁰⁴³.

O resultado dessa estratégia foi positivo, mas havia possibilidades de ampliação, na medida em que a pluralidade da sociedade também fosse incrementada e, sob aparência democrática, inclusiva, o Estado Burguês, para criar mercados consumidores a fim de favorecer a reprodução do capital, se proclamou como plural, de liberdades civis, religiosas e outras¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ Já na década de 1970, se apontava a indeterminação da linguagem como fenômeno próprio daqueles dias e dos vindouros, refletindo outro fenômeno, o da desreferencialização, que daria vez à semioinflação em que mais signos seriam necessários para a aquisição de menos sentidos (BERARDI, F. **Axfixia**: capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020, p. 79).

¹⁰⁴⁰ ALVES, G. A crise estrutural do capital e sua fenomenologia histórica. In: **Blog da Boitempo**. [S.l.:s.n.], 2012, s.p.

¹⁰⁴¹ MARX; ENGELS, 2017, p. 27.

¹⁰⁴² A estratégia funcionou em duas direções. Com a exportação da indústria para os países subdesenvolvidos, não só a mão-de-obra mais barata poderia ser contratada, mas também a fuga dos empregos no setor de indústria acabou por causar um achatamento no padrão de renda nos países de capitalismo central, o que tem permitido até mesmo um regresso da indústria a seus países de origem.

¹⁰⁴³ SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, p. 24.

¹⁰⁴⁴ SILVA, 2022, s.p.

Essa pluralidade gera, minorias e essas minorias, para que possam consumir ou vender-se como força de trabalho, também demandam proteção do Estado¹⁰⁴⁵. Se os agentes políticos não detêm condições de apresentar soluções legislativas com a adequação e rapidez reclamadas, ou mesmo não estão dispostos a legislar em defesa dessas minorias, o Estado precisa agir¹⁰⁴⁶.

No primeiro caso, o ritmo frenético com que a evolução tecnológica se impõe, implicando em uma enormidade de alterações na cena social, o legislador não tem condições de atender de modo tempestivo às mudanças experimentadas, levando-o à adoção de um método legislativo, pensado como próprio para a resolução dos conflitos, consistente na edição de “normas gerais e abstratas com elevado grau de indeterminação”¹⁰⁴⁷.

No segundo caso, isto é, diante da indisposição dos atores políticos em legislar em prol de determinadas minorias, imediatamente o capital aciona seu segundo braço, fazendo com que essa “proteção” se implemente pela atuação do Estado-Juiz¹⁰⁴⁸ que, por não encontrar sua legitimidade – ao menos no Brasil – no sufrágio direto e universal¹⁰⁴⁹, não se vê coagido quando decide contra as tendências das majorias conservadoras¹⁰⁵⁰. As cláusulas abertas e o alto grau de indeterminação das normas produzidas pelo processo legislativo *statocentrico*, possibilitam essa ação e, mesmo diante da ausência completa de qualquer referência legislativa, é possível se valer dos “princípios de direito”.

Nessa toada, não apenas os juízes são seduzidos a uma participação mais ativa na cena política¹⁰⁵¹; há algo mais sofisticado, pois nesse modelo, atores políticos comprometidos

¹⁰⁴⁵ Sérgio Lessa e Ivo Tonet, partindo das lições de Lukács, trabalham algumas tendências das sociedades modernas, das quais destacamos duas: i) são sociedades baseadas em relações cada vez mais genéricas, tendentes à globalização em que “os indivíduos compartilham de uma mesma história”; ii) existe tendência a uma maior heterogeneidade e complexidade das relações sociais (LESSA, S.; TONET, I. **Introdução à filosofia de Marx**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 71-72).

¹⁰⁴⁶ SILVA, 2022, s.p.

¹⁰⁴⁷ ÁVILA, 2021, p. 62.

¹⁰⁴⁸ “Essa expansão da forma jurídica, e consequentemente do Poder Judiciário, é dissimulada na promessa de ‘acesso à justiça’, como uma espécie de preocupação do Estado em fazer valer ‘direitos civis’, ‘direitos humanos’, ‘garantias individuais’ e qualquer outra nomenclatura contida no glossário do direito burguês. O que não se esclarece, todavia, é que o poder econômico, além da coordenação do processo político, também captura instituições como o Poder Judiciário, fazendo com que estas também operem sob sua lógica” (SILVA, 2022, s.p.).

¹⁰⁴⁹ Eis uma tendência organizativa do Estado Moderno, o deslocamento do poder efetivo do parlamento para as instituições permanentes, “todos quantos estão livres da influência do sufrágio universal” (MANDEL, 1977, p. 20).

¹⁰⁵⁰ Falando sobre as possíveis causas de judicialização da política pura, Hirschl se refere aos casos em que o mandatário, a fim de não se indispor com seus eleitores em pautas sensíveis, especialmente no âmbito dos costumes, como é o caso da união homoafetiva, do aborto e da criminalização da homofobia, transfere essas questões aos tribunais, justamente por representar um poder não vinculado de modo direto ao voto popular, provocando, com isso, um “redirecionamento da culpa” (HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006, p. 165).

¹⁰⁵¹ No Manifesto Comunista, há uma solene denúncia de que os juristas, e outros tantos profissionais, haviam sido convertidos em servidores assalariados do capital (MARX; ENGELS, 2017, p. 24).

previamente com algumas pautas são introduzidos nas estruturas judiciárias, para, de lá, levarem a cabo os projetos de seus fiadores¹⁰⁵².

Essas são as bases materiais pelas quais uma teoria já secular (o método dialético), aplicada à teoria da interpretação ganha sucesso, mas seja como for, o protagonismo dos princípios jurídicos no contexto da moderna teoria da interpretação, acaba por fazer com que especial interesse se atrele ao tema, conduzindo nossa pesquisa, ainda que de modo superficial, à busca de sua conceituação e aplicação. Tudo a fim de responder se uma decisão judicial transitada em julgado que, eventualmente, tenha sido proferida em violação a um princípio jurídico pode ser objeto de ação rescisória.

4.5.1 A conceituação dos princípios jurídicos

Dissertando sobre os princípios jurídicos, Miguel Reale afirma que “princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*”¹⁰⁵³:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc¹⁰⁵⁴.

Dessa definição, Mauricio Godinho Delgado parece compartilhar quando diz que:

Princípios são proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento Jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito. Podem os princípios ser comuns a todo o fenômeno jurídico ou especiais a um ou alguns de seus segmentos particularizados. Desse modo, os princípios jurídicos gerais são proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito, ao passo que os princípios especiais de determinado ramo do Direito são proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essencial de certo ramo jurídico. São os princípios jurídicos diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do Direito; proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito, São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito. Sabe-se, o claro, que a palavra princípios traduz,

¹⁰⁵² COUTINHO, 2021, p. 635.

¹⁰⁵³ REALE, 2002, p.303.

¹⁰⁵⁴ REALE, 2002, pp. 304-305.

de maneira mais ampla (não apenas no campo do Direito), a noção de proposições ideais que se gestam na consciência de pessoas e grupos sociais a partir de certa realidade e que, após gestadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade¹⁰⁵⁵.

Ainda a título de conceituação, é oportuno, pela peculiaridade, a trazida por Dworkin, quando diz “denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁰⁵⁶.

Com relação à conceituação de princípios jurídicos, sem embargos da advertência de Guastini, no sentido de se tratar de tema acentuadamente controvertido¹⁰⁵⁷, é possível traçar linhas gerais que permitem conceituá-lo como sendo “normas fundamentais”¹⁰⁵⁸ e constitutivas da ordem jurídica¹⁰⁵⁹, que plasmam posturas “assumidas, na seara política, com vistas à harmonização do tecido social”¹⁰⁶⁰ dotadas de “peculiar forma de indeterminação”¹⁰⁶¹. Em suma, “os princípios são [...] normas ‘fundamentais’ enquanto *fundam*, mas não são *fundadas*: ou seja, dão fundamento e são, por sua vez, desprovidas de fundamento”¹⁰⁶².

4.4.2 A função dos princípios jurídicos

Da própria conceituação que empregamos aos princípios é possível extrair as suas funções perante o ordenamento jurídico. Segundo Mauricio Godinho Delgado essas funções seriam a de construir o direito e realizá-lo no plano social e nessa perspectiva, os princípios jurídicos atuariam em uma fase pré-jurídica, servindo de dirigismo ao legislador, no sentido de constrangê-lo na tarefa de elaboração de regras jurídicas, subordinando-o à sua ideologia¹⁰⁶³.

No que cerne à fase posterior, isto é, a fase jurídica, os princípios atuariam sob diversas modalidades, integrando o direito, ofertando balizas para a interpretação jurídica e normas de decisão, e aquilo que é mais marcante na atual compreensão das funções dos princípios jurídicos que é o de irradiar normatividade jurídica, seja de modo supletivo, subsidiário e até mesmo de

¹⁰⁵⁵ DELGADO, M. G. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 14.

¹⁰⁵⁶ DWORKIN, 2010, p. 36

¹⁰⁵⁷ GUASTINI, 2022, p. 158.

¹⁰⁵⁸ BOBBIO, 2014, p. 148.

¹⁰⁵⁹ RODRIGUES, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 39.

¹⁰⁶⁰ CARVALHO, A. C. L. **Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2018, p. 11.

¹⁰⁶¹ GUASTINI, 2022, p.158.

¹⁰⁶² Ibid., p.159.

¹⁰⁶³ DELGADO, 2013, p. 15.

forma autônoma, isto é, em concorrência com as demais normas jurídicas¹⁰⁶⁴.

Essa normatividade, que é a marca mais relevante dos princípios na compreensão moderna, nem sempre foi evidente, sendo a denúncia de Paulo Bonavides, no sentido de que a “velha hermenêutica” tendia a negar-lhe esse caráter, ou quando, no muito, conferir-lhe um papel de normatividade secundária, isto é, de norma programática¹⁰⁶⁵, não podendo ser aplicada diretamente na solução de contendas concretas, o que já era impugnado por Américo Plá Rodriguez o qual defende, desde sempre, a incidência normativa dos princípios como critérios para a tomada de decisões¹⁰⁶⁶.

Vejam que a conceituação dos princípios como normas jurídicas, em verdade nos conduz ao meio do caminho, já que considerados como normas jurídicas, caberia ainda distinguir dentre as espécies de normas jurídicas qual delas melhor acomodaria os princípios jurídicos. Dentro da classificação moderna que, sob influência de Alexy, distingue as normas jurídicas como sendo “ou uma regra ou um princípio”¹⁰⁶⁷, qual seria a posição dos princípios?

O leitor precipitado poderia afirmar que se as normas jurídicas comportam apenas duas espécies. Se uma delas é denominada de *princípios* e a outra de *regras*, segue-se, com natural inferência, que princípios não são regras, mas é possível acrescer uma dose de dificuldade nessa controvérsia. Eros Grau, por exemplo, é enfático ao ponto de dizer que a síntese de sua obra é a de afirmar que “os princípios são regras”, pois nada é capaz de distinguir princípios de regras e que, em verdade, as regras jurídicas seriam um “gênero do qual são espécies os *princípios explícitos e implícitos* e as *regras strito senso*”¹⁰⁶⁸.

De modo sintético, parece que o autor não pretende uma nova classificação, – se detém na dicotomia–, mas tão somente afirmar, como o fez, que princípios jurídicos, por condicionarem a própria interpretação jurídica e a construção da norma de decisão, acabam por ditar procedimentos e, portanto, também são regras. O equívoco em distinguir os princípios das regras, pelos critérios normalmente expostos, estaria na equivocada formulação de que as regras de direito teriam como objeto apenas condutas e, sendo essa conclusão falsa, não seria possível, por essa razão, distinguir entre regras e princípios que, nessa perspectiva, seria também uma regra, especial em relação à regra que denominou regras em senso estrito.

O que caracteriza os *princípios* como *espécie de regra* é (i) o seu grau de generalidade - isto é, seu caráter mais amplo e largo de generalidade - e (ii) certa proximidade aos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Ainda assim, contudo, os

¹⁰⁶⁴ Ibid., pp. 16-21.

¹⁰⁶⁵ BONAVIDES, 2018, p. 264.

¹⁰⁶⁶ RODRIGUES, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015, 41.

¹⁰⁶⁷ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

¹⁰⁶⁸ GRAU, 2021, pp. 100, 106.

princípios são regras de direito. Essa maior proximidade aos valores não lhes retira o caráter de regra. Esse ponto deve ser vivamente enfatizado: faz-se alusão, aí, a proximidade enquanto projeção dos valores tidos como inspiradores do direito positivo. Cogita-se de proximidade que não confunde valores (*teleológicos*) com princípios (*deontológicos*), que não compromete o caráter normativo das regras da espécie *princípio*. Os conflitos e as oposições entre princípios são conflitos e oposições entre normas. A superposição entre regra e norma, de um lado, e princípio, de outro, só pode resultar de uma contestação do positivismo à moda de Dworkin, de incompreensão ou do desiderato de confundir. A tensão entre regras é própria ao sistema jurídico. Sempre, desde sempre, tendo sido assim. O que torna complexa a compreensão dessa circunstância é o fato de o pensamento tradicional ensinar que o direito é dotado de uma universalidade plena (ele é abstrato e geral), na qual não cabem exceções. Mas é precisamente o inverso disso o que se dá. A inserção do direito no mundo da vida, mediante sua interpretação/aplicação, opera-se caso a caso. Há, evidentemente, em cada direito positivo regras cuja *generalidade* é maior, ou menor, que a inerente a outras. Exemplifico mencionando o § 4º do art. 60 da CF do Brasil, de onde é extraída a verificação de que o direito brasileiro atribui grau mais elevado de generalidade às regras que afirmam (i) a forma federativa de Estado, (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico, (iii) a separação dos Poderes e (iv) os direitos e garantias individuais.

Outras doutrinas de relevância fazem menção a uma terceira espécie normativa. André Ramos Tavares, salientando a incipiência do debate, aponta que denominados *preceitos fundamentais*, conforme locução constitucional, não podem ser tratados como sendo expressão sinônima às regras ou aos princípios constitucionais, embora pudessem ser uma ou outra espécie qualificada pelo caráter de fundamental¹⁰⁶⁹.

Sendo manifesto que toda norma constitucional é, por essência fundamental, André Ramos Tavares procura qualificar a fundamentalidade dentro da fundamentalidade, dizendo que, por fundamental, estaria o legislador originário a qualificar, como tal, a norma jurídica constitucional, fosse ela regra ou um princípio, que desempenhasse uma “conotação de essenciais”¹⁰⁷⁰. Mas a abordagem para por aí, não havendo esclarecimento do que seria a conotação de essencialidade, nem mesmo os parâmetros para alcance dessa adjetivação. Qual a dimensão axiológica a ser empregada? Se os direitos sociais não são fundamentais para os detentores do capital, a mesma percepção não parece ser a dos que dependem da intervenção estatal para a sobrevivência. É dizer: essencial para quem?

Admitir que apenas algumas normas jurídicas insertas na CF/88 possuem um caráter de essencialidade, representa inequívoca afirmação de que outras tantas normas seriam despiciendas, o que, do ponto de vista da dogmática constitucional não se pode admitir. Em verdade, a sustentação da essencialidade de uma determinada norma constitucional em relação a outra, revela uma concepção liberal surgida a duzentos anos e há muito superada no debate

¹⁰⁶⁹ TAVARES, 2021, p. 225.

¹⁰⁷⁰ Ibid., p. 231.

constitucional que distinguia entre constituição em sentido material e em sentido formal, como se apenas “o conjunto de regras relativas à estruturação e dinâmica do Estado” é que fossem matérias essencialmente constitucionais¹⁰⁷¹. Toda e qualquer norma constitucional é fundamental, por isso, integrante do documento fundante da ordem jurídica positiva. Aliás, constar de uma carta constitucional é o que permite classificar determinados direitos humanos como fundamentais¹⁰⁷².

Sustentar que o caráter de essencial qualifica os preceitos como fundamentais, não explica a razão pela qual o constituinte tivesse feito opção para que a tutela desses preceitos por meio da ADPF, com legitimidade, processamento e competência para julgamento distintos de outros remédios. Isso aponta que, além de haver substancial diversidade em relação a regras e princípios constitucionais, não se trata de mera desatenção do constituinte. Fosse o conceito de preceitos fundamentais coincidente com o de regras ou princípios constitucionais, simplesmente qualificado pela essencialidade, poderiam ser tutelados pela ADC ou ADI¹⁰⁷³.

Humberto Ávila, por seu turno, sem mencionar os preceitos fundamentais como um *tertium genus* normativo, faz menção aos *postulados normativos*¹⁰⁷⁴, que, seriam normas de *segundo grau* “imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação [...] qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas”¹⁰⁷⁵.

Em posição intermediária e que permite o enquadramento de um princípio como entidade diversa de uma regra ou então como uma regra, Guastini afirma que a classificação não se faz possível sem que antes o intérprete tenha encerrado o seu trabalho, e que essa atividade envolve discricionariedades que vão da escolha da doutrina ao método empregado, de modo que qualquer princípio pode ser considerado uma regra e qualquer regra um princípio¹⁰⁷⁶. De todo modo, haveria uma única característica distintiva entre os princípios jurídicos e as regras, que seria o seu “caráter fundamental”, capaz de dar suporte a outras normas jurídicas, fossem elas regras ou princípios¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹ DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 143.

¹⁰⁷² BONAVIDES, 2018, p. 575.

¹⁰⁷³ TAVARES, 2021, pp. 225-230.

¹⁰⁷⁴ Também André Ramos Tavares não faz qualquer menção aos supostos “postulados normativos”.

¹⁰⁷⁵ ÁVILA, H. **Teoria geral dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018b, p. 164.

¹⁰⁷⁶ GUASTINI, 2022, pp. 163-164.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, 2022, p.163.

4.5.2 A aplicação dos princípios jurídicos

A literatura jurídica registra alguns debates cujo resultado é inteiramente estéril. Há vezes, entretanto, que as disputas entorno da concepção de determinada entidade jurídica é determinante para ditar as consequências jurídicas advindas de sua inobservância. Tomemos por exemplo, a natureza de um determinado vício que acomete determinado ato jurídico. Se a mácula operar no plano da validade, a consequência jurídica é uma, mas se a mácula for capaz de comprometer o ato no plano de sua existência jurídica, as consequências não de ser outras. No caso dos princípios jurídicos, a distinção ou equiparação dos princípios às regras jurídicas é determinante para que se apontem os contornos da aplicação dos princípios jurídicos no plano da concretude das relações sociais, por isso é imperiosa a abordagem do debate.

Dentre os que distinguem os princípios das regras jurídicas, iniciemos pela leitura de Robert Alexy e de Ronald Dworkin. O primeiro que proclama que:

O ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio¹⁰⁷⁸.

Dworkin, por sua vez afirma que:

A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vier resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um¹⁰⁷⁹.

As doutrinas acima expostas não registram qualquer distinção e podem ser sintetizadas

¹⁰⁷⁸ ALEXY, 2011, p. 90.

¹⁰⁷⁹ DWORKIN, 2010, pp. 39, 42.

como indicativas de que *toda norma é ou uma regra ou um princípio*; de que as regras devem ser aplicadas ou não, do tipo, *tudo ou nada*; que a aplicação de princípios comportaria um sopesamento verificável diante da concretude; que os princípios teriam uma *dimensão de peso ou importância* que, de qualquer forma, sobressaem à das regras jurídicas.

Humberto Ávila registra que essas e outras doutrinas buscam distinguir as regras jurídicas dos princípios em razão do grau de abstração de uma e outra espécie; da função de fundante dos princípios em relação às regras; do conteúdo axiológico; e da forma de resolução de conflitos, isto é, em razão do “caráter hipotético-condicional” do “modo final de aplicação”, do “relacionamento normativo” e do “fundamento axiológico”¹⁰⁸⁰.

4.5.2.1 A distinção a partir do caráter hipotético-condicional

Humberto Ávila afirma que o critério de distinção entre regras e princípios a partir do caráter hipotético-condicional, embora relevante, por permitir a verificação de que as regras são substancialmente descritivas, comporta críticas igualmente relevantes.

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo *caráter hipotético-condicional*, pois, para eles as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*: os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto¹⁰⁸¹.

Dito de outro modo, as regras conteriam soluções jurídicas prontas de antemão, ao passo que os princípios operariam em dimensão orientativa, na formação ideológica do intérprete. Humberto Ávila aponta para quatro imprecisões nessa lição. A primeira consiste em fazer inferir que os princípios seriam orientações preliminares, isto é, “o primeiro passo” para que o intérprete alcance o objetivo de alcançar a regra jurídica aplicável na solução da controvérsia, as regras jurídicas seriam “o último passo”, quando, entretanto, é evidente que a obtenção do “significado preliminar da norma” não é a última etapa no processo de interpretação e aplicação do direito¹⁰⁸².

Nem mesmo a questão da hipótese de incidência poderia ser utilizada como distinção entre as regras e os princípios, pois que isso não iria para além de uma questão de “formulação linguística”, não faltando exemplos em que princípios são formulados, desde sempre, com essa estrutura hipotética-condicional, o que relega à distinção a pecha de confundir entre dispositivo

¹⁰⁸⁰ ÁVILA, 2018b, pp. 55-60.

¹⁰⁸¹ ÁVILA, 2018b, p. 60.

¹⁰⁸² Ibid., p. 61.

e norma.

O próprio Poder Legislativo, pretendendo inserir uma regra no ordenamento jurídico pode acabar por fazer com que um princípio se insira, isto é, seja captado como tal no processo de interpretação¹⁰⁸³, não havendo qualquer possibilidade de que determinada figura jurídica seja concebida e etiquetada como regra ou princípio antes que as conexões axiológicas do intérprete – discricionárias, portanto –, se revelem no processo de interpretação¹⁰⁸⁴.

Se princípios podem ser concebidos como regras e regras podem ser captadas como princípios, é forçoso concluir que os princípios, assim como as regras, possuem tanto normatividade como também são portadores de descrição dos fatos que podem demandar a sua aplicação, se há alguma distinção que se possa fazer em relação à prescrição de condutas entre as regras e os princípios não é pela negação de tal feição em relação ao segundo, mas sim na forma com que tais prescrições são formuladas e quais as consequências seriam possíveis diante do desatendimento dessa prescrição¹⁰⁸⁵.

4.5.2.2 A distinção a partir do modo final de aplicação e do conflito normativo

Ao distinguir os princípios jurídicos das regras jurídicas quanto ao modo final de aplicação, o que pretendem os autores dessa tese é a afirmação de que as regras jurídicas devem ser aplicadas ou não, isto é, na base do “tudo ou nada”¹⁰⁸⁶. Se uma regra é válida, é aplicável em sua integralidade, se não, afastada também em sua integridade. A aplicação dos princípios, por outro lado, comportariam uma aplicação gradual, “maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”¹⁰⁸⁷ com emprego de sopesamento para que se determinasse a preponderância concreta de um ou de outro princípio.

Humberto Ávila, também depois de se referir a aspectos positivos da proposição, pugna pela sua reformulação, principiando por advertir que o modo de aplicação de determinada norma jurídica se subordina a “conexões axiológicas” construídas no curso da interpretação¹⁰⁸⁸. Em seguida, Ávila faz demonstração de que há situações em que o suporte fático-formal para a aplicação de uma determinada regra se mostra perfeito, sendo essa regra também, nessa medida, válida, entretanto, diante de aspectos materiais dos fatos, a regra jurídica, a priori válida, é

¹⁰⁸³ Ibid., p. 62.

¹⁰⁸⁴ GUASTINI, 2022, p. 164.

¹⁰⁸⁵ ÁVILA, 2018b, p. 65.

¹⁰⁸⁶ DWORKIN, 2010, pp. 39.

¹⁰⁸⁷ ALEXY, 2011, p. 90.

¹⁰⁸⁸ ÁVILA, 2018b, p. 66.

afastada, o mesmo ocorrendo no sentido inverso, isto é, mesmo faltando algumas condições, a regra é integralmente aplicável, como se dá no caso da aplicação analógica¹⁰⁸⁹.

Também a aplicação gradual ou integral das regras e princípios não os distingue, sendo, a rigor, falsa a afirmação de que a aplicação de um princípio em detrimento de outro não afastaria por completo a aplicação do princípio preterido. Não só as regras podem ser ponderadas, sem a necessária invalidação de uma delas, como também os princípios são ou não são aplicados, nos exatos termos do que se dá com as regras¹⁰⁹⁰.

A suposta ponderação de princípios ou regras operada pelo intérprete quando da produção da norma jurídica, em verdade, consiste em “esterilizar o caráter jurídico-normativo que os definiria como normas jurídicas”¹⁰⁹¹. Mais precisamente, no caso dos princípios, “quando o aplicador atribui uma dimensão de peso maior a um dos princípios, ele se decide pela existência de razões maiores para a aplicação de um princípio em detrimento de outro, que, então, pode deixar de irradiar efeitos sobre o caso objeto da decisão”¹⁰⁹². É dizer: havendo conflito na aplicação de princípios, quando da norma de decisão, apenas um subsiste, não sendo possível que ambos se apliquem ao caso concreto, um será integralmente sacrificado.

Duas regras jurídicas, igualmente válidas, podem conflitar em um caso concreto e esse conflito pode ser real, não havendo solução legislativa previamente produzida para a solução da controvérsia, ocasião em que o intérprete haverá de sopesar entre “argumentos e contra-argumentos”¹⁰⁹³.

Toda a cortesia da doutrina de Humberto Ávila não é suficiente para escamotear sua demonstração precisa de que as doutrinas que procuraram distinguir princípios de regras jurídicas, não lograram, ao menos com os argumentos que trouxemos, apresentar uma distinção precisa entre uma e outra entidade jurídica. Humberto Ávila prossegue e passa a demonstrar traços efetivamente distintivos entre uma e outra espécie:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da

¹⁰⁸⁹ Ibid., p. 71.

¹⁰⁹⁰ ÁVILA, 2018b, p. 72.

¹⁰⁹¹ GRAU, 2021, p. 119.

¹⁰⁹² ÁVILA, 2018b, p. 77.

¹⁰⁹³ Ibid., p. 77.

conduta havida como necessária à sua promoção¹⁰⁹⁴.

Em suma, de acordo com Guastini, o conteúdo indeterminado, o antecedente aberto, a defectibilidade e a generalidade, embora sejam marcas mais precisas dos princípios, não os pode distinguir das regras, pois uma série de regras podem ser dotadas das mesmas características, “de modo que, de fato, a única peculiaridade dos princípios, enquanto normas distintas das regras, diz respeito à posição deles no ordenamento: o seu caráter fundamental, a sua capacidade de justificar outras normas (que por sua vez podem ser regras, mas também princípios, por assim dizer, de nível inferior)”.¹⁰⁹⁵

4.5.3 A (im)possibilidade do uso de ação rescisória para a desconstituição de decisão judicial havida em violência de princípio jurídico

O que é o direito? Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição tratam-no como sendo a amálgama formada a partir de três elementos; a lei, da doutrina e da jurisprudência¹⁰⁹⁶. Não concordamos de modo preciso com essa lição, pois, como já pudemos adiantar, na linha do que propõe Dworkin, a doutrina pode ser resumida como sendo a exteriorização da forma com que o jurista percebe o fenômeno jurídico, mas isso, sempre a partir de dois elementos, quais sejam, a lei e a jurisprudência¹⁰⁹⁷. Que papel jurídico exerceu a doutrina unanime quando do julgamento das ADC's 58 e 59, além de serem ignoradas? Quem não se recorda das linhas do Humberto Gomes de Barros? Esse ministro, quando acossado pela doutrina de Barbosa Moreira e Athos Carneiro disse:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode

¹⁰⁹⁴ Ibid., p. 102.

¹⁰⁹⁵ GUASTINI, 2022, p. 163.

¹⁰⁹⁶ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 294.

¹⁰⁹⁷ DWORKIN, 2010, p. 4.

não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja¹⁰⁹⁸.

Há onze anos Humberto Gomes de Barros nos deixou e, pouco-a-pouco, a memória de seus feitos é suplantada, não sendo o mesmo em relação às sempre vivas doutrinas de Barbosa Moreira ou Athos Gusmão Carneiro, presentes no cotidiano do direito brasileiro. Contudo, quando do julgamento do aludido feito, o que prevaleceu foi o voto do ministro.

Não há dúvidas do papel exercido pela doutrina na formação de magistrados e assim, de modo indireto, na própria ordem jurídica¹⁰⁹⁹. Quem poderia falar em direito processual no Brasil, mais especificamente sobre ação rescisória, sem que a obra Pontes de Miranda fosse trazia a colação?

Pontes de Miranda, sem qualquer embaraço, vai diretamente ao ponto afirma que decisões judiciais proferidas contra “algum princípio de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis”¹¹⁰⁰, sendo seguido nessa conclusão pela mais destacada doutrina sobre o tema, mas não só, também parte da jurisprudência brasileira envereda por essa mesma conclusão. Se a doutrina e até mesmo a posição de setores da jurisprudência fossem terminativas na concepção do direito e de suas tecnologias, o assunto estaria encerrado, pois que poderia desautorizar a doutrina prevalente¹¹⁰¹?

Uma maior aproximação de todas essas doutrinas permite extrair a síntese de seus argumentos: i) que a ação rescisória é um instrumento de defesa da ordem jurídica¹¹⁰² e os princípios são normas jurídicas mais importantes do que regras¹¹⁰³; ii) que o inciso V do art. 966 do CPC faz menção a norma jurídica e não mais literal disposição de lei, como fazia o diploma revogado¹¹⁰⁴; iii) que é irracional que se conceba a ação rescisória pela violação de uma regra jurídica e não de um princípio jurídico, já que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp: 279889-AL**. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 28 de outubro de 2003.

¹⁰⁹⁹ “As diferentes escolas e correntes de pensamento jurídico não foram e, certamente, não têm sido enunciadas somente pelo diletantismo cultural daqueles que as defendem. Ao contrário, sua repercussão prática é efetiva, dependendo a solução de problemas jurídicos concretos da eleição de uma orientação filosófica mais geral, muito embora, nem sempre, haja uma consciência clara a esse respeito” (KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 14).

¹¹⁰⁰ MIRANDA, 1976, p. 259.

¹¹⁰¹ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 295; BEBBER, 2021, p. 91; CÂMARA, 2012, p.; FUX, 2022, p. 1027; MOREIRA, 2008, p. 131; PORTO, 2009, p. 216; YARSHELL, 2005, p. 323.

¹¹⁰² PORTO, 2009, p. 6.

¹¹⁰³ MELLO, C A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 808.

¹¹⁰⁴ FUX, 2022, p. 1028.

¹¹⁰⁵ MELLO, 2002, p. 808.

Nenhuma dessas doutrinas – retenha-se essa informação – faz além de afirmar o cabimento da ação rescisória pela violação de princípios, sem que qualquer delas problematize a afirmação. Qualquer princípio? Como definir e aplicar um princípio? Qual o conteúdo jurídico de um princípio? Nada disso é avaliado em detalhes, do contrário, imaginamos nós, as conclusões seriam bastante diversas e parece que a obsessão pela árvore tem impedido que se veja o bosque, aqui empregado como metáfora de nosso escopo máximo do direito: a segurança jurídica promotora da circulação mercantil.

Principiamos por apontar que o inciso V do art. CPC não pode comportar uma interpretação literal. Se a norma jurídica equivale ao produto da interpretação, não a precedendo¹¹⁰⁶, abstraindo a violação da coisa julgada, não haveria qualquer possibilidade de violação de norma jurídica, vez que não seria possível que o mesmo processo de criação fosse também o de sua violação. Mais do que isso, se a norma jurídica só se manifesta após o processo interpretativo, nem mesmo ela seria manifesta e, com redobrada razão, a sua violação¹¹⁰⁷.

A própria redação do texto de lei dá margem para debates. Juliane Bizarria, tecendo comentários a respeito do processo legislativo que culminou no CPC, aponta que Teresa Arruda Alvim e Elpídio Donizetti haviam sugerido que o dispositivo se externasse com a redação “violar disposição de lei ou de princípio jurídico”, mas que, após debates e a aberta objeção de Humberto Theodoro Junior, José Medina, procurou um termo que fosse mais abrangente que a “violar literal disposição de lei”, sendo então que a “manifesta violação à norma jurídica” sagrou-se a redação aceita, pois que “a locução, compreenderia a lei e os princípios jurídicos”¹¹⁰⁸, muito embora, saibamos que nem a lei e nem os princípios jurídicos são, em si mesmo, normas jurídicas, embora continentes destas em estado ideal.

A nosso sentir, longe de representar uma abrangência, de modo a capturar as decisões violadoras de princípios jurídicos com o sujeitas à ação rescisória, a rejeição à primeira redação aponta o contrário. Só foi aceita, ao que parece, porque José Medina, sentindo-se contemplado, viu um abandono do paradigma da literalidade. Esse argumento, entretanto, é secundário. A norma jurídica, tão logo posta no mundo, desapega-se dos elementos que a animaram seguindo os fluxos e influxos das relações sociais¹¹⁰⁹. A atividade legislativa ordinária se sujeita às

¹¹⁰⁶ GUASTINI, 2022, p. 63.

¹¹⁰⁷ Marinoni e Mitidiero sustentam que ao fazer utilizar o adjetivo manifesto, quis o legislador acentuar “a impossibilidade de reexame de prova e de produção de nova proa para fundar o juízo rescindente e o juízo rescisório” (MARINONI; MITIDIERO, 2021, pp. 180-181), mas se tal lição fosse plenamente válida, que razão teria o STF e o TST em seus enunciados 343 e 83? É evidente que a ação de rescisória por violação de norma jurídica tem, por regra, interdição do exame de fatos, contudo a razão que aí reside é a impossibilidade de impugnação da justiça da decisão e não o óbice em si.

¹¹⁰⁸ BIZARRIA, 2021, pp. 183-184.

¹¹⁰⁹ REALE, 2002, p. 282.

balizas constitucionais, de modo que, mesmo que o legislador tivesse dito com todas as letras “violação de princípios jurídicos”, seria necessário avaliar se tal disposição seria compatível com o direito fundamental à segurança jurídica e a garantia da coisa julgada estampada na CF/88 e sobre a qual Ingo Sarlet disse:

A segurança jurídica é direito fundamental, portanto, qualquer norma jurídica voltada para sua efetivação, deve ser vista como dotada de normatividade superior à das demais normas jurídicas do sistema, reclamando, por isso, proteção qualificada para que se impeça seu aviltamento¹¹¹⁰.

A segurança jurídica, enquanto princípio, é “norma das normas” e condição estruturante do edifício normativo, por isso, “uma metanorma de interpretação e aplicação de outras normas”¹¹¹¹ não podendo ser desacatada por uma medida que, se implementada, acabaria por fulminá-la.

A mesma investigação a respeito da vontade do legislador havia se procedido quando da tentativa de elastecer as hipóteses de cabimento da ação rescisória na égide do CPC/73, sendo então demonstrado, a não mais poder, que a expressão “violar literal disposição de lei” era uma medida deliberada do legislador a fim de prestigiar a coisa julgada em detrimento da possibilidade de rescisão¹¹¹², no entanto essa opção, com algumas exceções, era frequentemente desacatada, demonstrando que, em verdade, o método histórico-teleológico tem sido utilizado de acordo com conveniências.

Ainda é possível objetar que sequer é possível dizer se uma norma jurídica consubstancia uma regra ou um princípio jurídico antes de encerradas as conexões valorativas empregadas no processo de interpretação¹¹¹³, mas mesmo que superada essa questão, qual o conteúdo jurídico do suposto princípio? Retrocedendo, um pouco, seria a entidade jurídica indicada de fato um princípio jurídico?

De algum tempo, é frequente a menção ao “princípio da proporcionalidade e da razoabilidade”, os quais, Humberto Ávila e Eros Grau têm denunciado não serem princípios jurídicos, mas sim postulados normativos¹¹¹⁴, pautas normativas¹¹¹⁵. Celso Antônio Bandeira de

¹¹¹⁰ SARLET, I. W. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. In: DELGADO, M. G; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: RT, 2012. v. 1, p. 105.

¹¹¹¹ ÁVILA, 2021, pp. 720, 722.

¹¹¹² TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 204.

¹¹¹³ ÁVILA, 2018b, p. 47.

¹¹¹⁴ Ibid., p. 194.

¹¹¹⁵ GRAU, 2021, p. 135.

Mello fala em “princípio da igualdade”¹¹¹⁶ ao passo que Humberto Ávila rechaça essa classificação, dizendo que a igualdade é uma norma jurídica de segundo grau, isto é, um “postulado normativo”, podendo, em algumas outras situações, obter forma de princípio ou regra¹¹¹⁷. Então, que sugere a doutrina? Que admitamos a rescisão de uma decisão pela violação de um princípio que não é princípio, pelo menos para a mais destacada doutrina do tema?

Há diversos princípios cuja existência é controvertida. Mauricio Godinho Delgado, como, aliás, o fazem a unanimidade dos juslaboralistas, discursam amplamente sobre o princípio da proteção¹¹¹⁸. Segundo Orlando Gomes, o princípio da proteção “constitui a síntese de todos os outros” princípios aplicáveis ao direito do trabalho, razão de ser do direito do trabalho que teria nascido “com apoio nesse fundamento cardeal”¹¹¹⁹.

Sobre esse mesmo *princípio da proteção*, Arion Sayão Romita é enfático em dizer que “não existe e nem pode ser afirmado sem desconhecer os fundamentos históricos e sociopolíticos do ordenamento trabalhista brasileiro”¹¹²⁰, já que um Estado autoritário, como o da época, não se preocupa com nada além dos “superiores interesses da produção nacional”, mas se é possível falar em proteção, essa seria, em última análise, dos “detentores do poder estatal”¹¹²¹, ou seja, da burguesia.

Tem cabimento falar com propriedade, no campo do direito do trabalho brasileiro, em princípio da proteção? O direito “protege”? não constitui função do direito – de qualquer natureza – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça¹¹²².

Prevaleceu, na doutrina a existência do princípio protetor. Mas qual o seu conteúdo? Plá Rodriguez, afirma que ele se desdobra em três subprincípios, dos quais, queremos destacar o da norma mais favorável¹¹²³, de modo que, havendo pluralidade de normas jurídicas regulando uma determinada situação, a mais favorável ao trabalhador seria a aplicável. A essa formulação, a marcha do tempo logrou desmentir. O STF, ao julgar a ADPF 323, firmou entendimento no

¹¹¹⁶ MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 12.

¹¹¹⁷ ÁVILA, 2018b, p. 192.

¹¹¹⁸ DELGADO, M. G. Princípios especiais do direito individual do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: RT, 2012. v. 1, p. 616.

¹¹¹⁹ COSTA, O. T. Os princípios do direito do trabalho e sua aplicação pelo juiz. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: RT, 2012. v. 1, pp. 644-645.

¹¹²⁰ ROMITA, A. S. Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional**. São Paulo: RT, 2012a. v. 3, p. 68.

¹¹²¹ Ibid., p. 69.

¹¹²² Ibid., p. 69.

¹¹²³ RODRIGUES, 2015, p. 107.

sentido de que a norma jurídica decorrente de convenção coletiva de trabalho sobrepõe a legislação estatal, ainda que em prejuízo do trabalhador.

Arion Sayão Romita não logrou vitória no campo doutrinário; prevaleceu a tese de que haveria um princípio protetor, porém o esvaziamento de seu conteúdo acabou por repor a verdade. Que diríamos? Seria admissível a ação rescisória de julgado que violou o princípio da proteção? Esse princípio realmente existe? Se sim, qual o seu conteúdo?

Ainda em termos de conteúdo jurídico, falemos um pouco sobre dignidade da pessoa humana. Flávia Piovesan, notável pesquisadora do tema, em artigo publicado, afirma que a dignidade da pessoa humana seria um “superprincípio” que “unifica e centraliza o sistema normativo” agindo em “reaproximação da ética e do direito”, sendo “fonte e sentido de toda experiência jurídica”¹¹²⁴, mas sobre o conteúdo desse princípio, o artigo nada diz.

Há também um celebrado estudo de autoria de Maurício Godinho Delgado sobre o mesmo tema. Da mesma forma, o autor fala em princípio da dignidade da pessoa humana, dá elementos históricos, sustenta sua centralidade no ordenamento, mas não ingressa em seu conteúdo¹¹²⁵. A razão dessa indefinição não está em uma incapacidade teórica desses autores, é que princípios jurídicos são normas desprovidas de conteúdo jurídico abstrato¹¹²⁶.

E então, aceitaremos, mesmo assim, o uso da ação rescisória para desconstituição de uma decisão que supostamente violar um princípio que nas vezes em que sabemos existir, não somos capazes de dimensionar em termos de conteúdo? Mesmo que se trate de princípios escritos, portanto de existência incontroversa, com são aqueles constantes do art. 1º da CF/88 (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), não conhecemos de modo abstrato o seu conteúdo. A propósito, quantos princípios jurídicos existem no ordenamento jurídico brasileiro?

A atualidade do direito brasileiro tem sido marcada por um cenário de profunda insegurança jurídica, e uma das mais evidentes causas apontadas, tem sido a prodigalidade com que a doutrina e a jurisprudência têm inventado princípios jurídicos e com isso criado uma regulação paralela ao direito, quando não objetivamente contrárias às disposições constitucionais¹¹²⁷. A invenção de um princípio ou a subjetividade na delimitação de seu conteúdo, permite que juízes promovam formulações que tornam regras jurídicas válidas,

¹¹²⁴ PIOVESAN, F. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: RT, 2012. v. 1, pp. 524-528.

¹¹²⁵ DELGADO, 2012, p. 576.

¹¹²⁶ GRAU, 2021, p. 118.

¹¹²⁷ SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015, p. 108.

inválidas, criando com isso uma lacuna axiológica preenchida exatamente pelo princípio recém inventado.

É possível que nesse exato momento em que nos dedicamos a essa crítica, em algum gabinete judicial, um princípio acaba de ser inventado, seja com um novo nome ou ocupando de forma parasitária um princípio jurídico existente, e, com isso, o que se está a dizer é que criar um princípio ou alterar o conteúdo jurídico de um existente é, no plano da ontologia, a mesma coisa. A inserção de um veneno num frasco preparado para acondicionar leite, não torna veneno em leite.

Mas se a violação a princípios jurídicos viabiliza o uso da ação rescisória, segue-se que qualquer decisão, em tese injusta, é rescindível, já que a mesma doutrina que tem proclamado o cabimento de ação rescisória para violação de princípios jurídicos não renuncia a alegação de que a equidade seria um princípio de direito; nem mesmo os positivistas não ousam renunciar a alegação de que a equidade e justiça seriam princípios orientadores do direito¹¹²⁸.

Se esse fato é concreto, qualquer sentença iníqua ou injusta viola tais princípios e, portanto, é rescindível. E se todas as decisões podem ser qualificadas assim, a depender do ideário adotado¹¹²⁹, todas as decisões judiciais são, em tese, rescindíveis e a coisa julgada, outrora concebida como um cajado forte da segurança jurídica, é convertido em um bordão de cana quebrada, cuja tentativa de apoio pode levar à queda.

Relevante também destacar os casos em que os princípios jurídicos colidam. Nesse caso, segundo proposição doutrinária, o aplicador¹¹³⁰ do direito deverá ponderar entre os princípios jurídicos¹¹³¹, mas o que é a ponderação se não o estabelecimento de uma hierarquia axiológica móvel entre eles¹¹³²? Esse procedimento, segundo Eros Grau é “inicialmente, um *juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva entre indiferentes jurídicos*”¹¹³³, isto é um completo afastamento do caráter jurídico-normativo dos princípios jurídicos, que são sopesados apenas a partir, literalmente de escolhas, isto é, preferências subjetivas do aplicador¹¹³⁴, mas se isso é capaz de violar um princípio jurídico, é uma conclusão que só se

¹¹²⁸ LIMA, F. M. M. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997b, p. 7.

¹¹²⁹ “Quando se assalta um banco, também se diz que não se está agindo em conformidade com o direito. Mas também, para muitos, a atividade bancária de emprestar a juros não é considerada correta, e, para alguns outros, fundar um banco é um ato de muito mais crime do que assaltar um banco” (MASCARO, 2015, p. 1).

¹¹³⁰ Não se fala mais em interpretação, pois que a ponderação não consiste em extrair significados dos princípios, mas em valorá-los, operação essa que se dá na fase de aplicação do direito.

¹¹³¹ DWORKIN, 2010, p. 42-43.

¹¹³² GUASTINI, 2022, p. 185.

¹¹³³ GRAU, 2021, p.118.

¹¹³⁴ GUASTINI, 2022, p. 187.

pode alcançar pelo movimento contrário da carga axiológica. Mas o que seria isso senão um exercício igualmente discricionário?

O conflito entre princípios há de ser decidido “em relação a um caso concreto referindo-se à infraestrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infraestrutura”¹¹³⁵, mas ainda isso tende converter-se em tirania judicial, dando ocasião para que axiomas privados de juízes sejam impostos à sociedade em substituição do direito e, tudo isso, sob as escamas de uma suposta ponderação¹¹³⁶.

No julgamento da ADPF 324, em que se decidiu pela constitucionalidade da terceirização irrestrita nas relações de trabalho, em que se discutia justamente uma suposta tensão entre os princípios da livre iniciativa, do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da justiça social, o ministro Barroso, que naquela oportunidade funcionava como relator, disse:

Eu estive recentemente no aeroporto de Guarulhos, um funcionário me atendeu e me contou a vida dele, e disse: ‘Eu trabalhava para a empresa tal, que passou por uma crise financeira. Eu tive sorte e fui contratado por uma empresa terceirizada do aeroporto. E agora a minha antiga empresa está em dificuldade, mas eu presto serviço a diferentes empresas. E, portanto, para mim, foi melhor estar numa terceirizada e poder circular em diferentes empresas do que ter permanecido na minha empresa antiga e ter sido demitido. Agora eu estaria sem emprego algum’. Portanto, acho que esta lógica de que a terceirização vai prejudicar a empregabilidade é uma lógica que não tem sustentação econômica¹¹³⁷.

É exatamente o que o leitor observou. O destino da classe trabalhadora foi decida a partir de uma conversa informal de um ministro do STF e um trabalhador precarizado que sequer o nome é mencionado, em detrimento da opinião de diversos juízes, procuradores, ministros e pesquisadores do mundo do trabalho que, em julho de 2017, publicaram a Carta Aberta em Defesa do Direito do Trabalho e Contra a Justiça Política¹¹³⁸, valendo destacar que a razão mais determinante para a tomada de decisão, foi o fato de que o ministro *achava* o que decidiu. Quanto ao acerto ou desacerto dessa decisão, deixemos que as recentes denúncias comprovadas de trabalho escravo, dissimulado em contrato de terceirização, falem por nós.

¹¹³⁵ GRAU, 2021, p. 123.

¹¹³⁶ Sobre a centralidade do julgamento por princípios, isto é, por juízos de moralidade, Nietzsche, há muito disse que todas as ciências “deveriam preparar a tarefa do futuro filósofo”, e que a consistência dessa tarefa seria a de “resolver o *problema do valor*, em determinar a *hierarquia dos valores*” (NIETZSCHE, 2020, p. 47).

¹¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 de setembro de 2019.

¹¹³⁸ Dentre os signatários da carta, destacamos: Delaíde Arantes e Maria Helena Mallmann, ministras do TST; Fábio Konder Comparato e Gilberto Bercovici, o primeiro, professor emérito da USP e o segundo, professor titular de direito econômico na mesma casa; Grijalbo Fernandes Coutinho, desembargador e pesquisador da UFMG, Magda Barros Biavaschi, desembargadora aposentada e pesquisadora do CESIT/IE/UNICAMP; Ricardo Antunes-professor titular da UNICAMP/ IFCH; Rodrigo Ricupero, professor do departamento de História da FFLCH-USP e Ruy Braga, pesquisador, professor de sociologia da FFLCH-USP.

Mas então, o que é isso senão a mais comprovada demonstração de discricionariedade?

A defesa da ação rescisória pela suposta violação a princípios jurídicos parece esquecer que nada constrange de modo objetivo o aplicador desses princípios, que os processa sempre de acordo com concepções privadas, ministrando-os sempre de modo “ponderado”, “razoável” e “proporcional”, sem se atentar para o fato de que ponderação, razoabilidade e proporcionalidade nada mais são do que os nomes modernos da equidade proclamada por Aristóteles como padrão de *superjustiça* que “estava inicialmente no princípio da lei. Mas, ao fim do processo da elaboração do direito, vemo-la preenchendo a função de corretivo da lei escrita”¹¹³⁹.

A equidade é o modelo de justiça artesanal e adaptado a circunstâncias de estrita peculiaridade¹¹⁴⁰. Defender o cabimento de rescisão da sentença, por suposta ofensa princípios jurídicos, não é possível se que se desconheça que o papel do direito moderno é justamente o de substituir a equidade enquanto padrão regulatório das relações sociais, visto que essa espécie de normatividade não é capaz de assegurar a previsibilidade e calculabilidade necessárias para que a troca mercantil flua com a segurança reclamada pelos detentores de capital. O capitalismo de multidão não pode funcionar sobre as rodas da equidade, por isso “o direito posto pelo Estado, que a rejeita e substitui”¹¹⁴¹.

A aplicação de princípios jurídicos é sempre, em última análise, o exercício de um juízo de equidade¹¹⁴², especialmente porque princípios são ideais normativos¹¹⁴³ que não podem ser definidos e aplicados quando alijados dos fatos concretamente considerados e da valoração emprestada pelo intérprete/aplicador, de modo que, não apenas sua hierarquia é volátil em relação a outros princípios, mas seu próprio conteúdo comporta essa característica de unidade móvel¹¹⁴⁴; “seria um mau hermeneuta aquele que imaginasse poder ou dever ter a última palavra”¹¹⁴⁵.

Não é sabido se essa circunstância influenciou o legislador que, ao prever as hipóteses de cabimento de todos os recursos de natureza extraordinária de nosso ordenamento, deixou de

¹¹³⁹ VILLEY, 2008, p. 62.-

¹¹⁴⁰ Ibid., p. 62

¹¹⁴¹ GRAU, 2021, p. 136.

¹¹⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

¹¹⁴³ ÁVILA, 2021, p. 747

¹¹⁴⁴ Ibid., p. 131.

¹¹⁴⁵ GADAMER, H-G. **Verdade e Método II**: complementos e índices. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 544.

lado a violação de princípios jurídicos¹¹⁴⁶⁻¹¹⁴⁷, mas é certo que a via excepcional não se compatibiliza com tal hipótese, já que a análise do conteúdo e aplicabilidade dos princípios jurídicos é eminentemente fático-probatória-axiológica¹¹⁴⁸.

Como advertia Villey, “no final das contas, é a equidade que tem a última palavra. Essa teoria parece-nos hoje escandalosa. Contudo, é assim que as coisas acontecem na realidade: até sob o regime do positivismo jurídico, o juiz não cessa de eludir a lei a pretexto de ‘interpretá-la’; e muitas leis caíram em desuso”¹¹⁴⁹.

Tanto os recursos de natureza extraordinária como a ação rescisória por violação de norma jurídica têm em comum o objetivo de promover o controle da ofensa à norma jurídica e ambos os instrumentos expungem a possibilidade de reanálise de matéria fático-probatória, mas as razões de tal vedação é diversa para cada um desses meios.

O recurso extraordinário procura a tutela do direito objetivo e unidade do ordenamento jurídico¹¹⁵⁰, por isso a impossibilidade de revisitação dos fatos e prova, inclusive sendo imprescindível o prequestionamento da matéria, o que não se exige em caso de ação rescisória¹¹⁵¹; a ação rescisória interdita essa possibilidade por outra razão.

Permitir a rediscussão sobre essas premissas implica na possibilidade última de rediscussão a respeito da justiça da decisão e, como não há vedação à propositura de rescisória de rescisória, sempre seria possível a impugnação da decisão proferida, sem que, com isso, o processo encontrasse um fim.

Ao final do trecho em que defendem a tese do cabimento de ação rescisória por violação de princípios jurídicos, quando as reflexões sobre o tema já se haviam adensado, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, afirmam que a “decisão que desrespeita princípio jurídico, apesar das dificuldades que o autor venha, às vezes, contar para demonstrar essa ofensa, é rescindível com base no art. 966, V do CPC/2015”¹¹⁵². Mas isso é assim para todas as

¹¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 826592**. Relator: Min. Marco Buzzi, 13 de junho de 2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no AREsp 2.061.995**. Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de dezembro de 2022.

¹¹⁴⁷ Júlio Bebbber faz entusiástica defesa do cabimento do recurso de revista pela violação de princípios jurídicos, entretanto, em trecho diverso da obra, ao tratar do cabimento de recurso de revista, diz não ser possível “a referência genérica de [...] princípio”, como “a alegação de que houve violação do princípio da boa-fé objetiva, ou que houve violação à vedação ao enriquecimento ilícito”, isto é, “desacompanhada do dispositivo legal específico em que está previsto” (BEBBER, 2020, p. 361). Em verdade, o que defende o autor é o cabimento do recurso de revista pela violação de uma regra jurídica e não de um princípio, não sendo demais recordar que dispositivos construídos para cumprir o papel de regra, podem conter princípios.

¹¹⁴⁸ ÁVILA, 2021, p. 131.

¹¹⁴⁹ VILLEY, 2008, p. 62.

¹¹⁵⁰ BEBBER, 2020, pp. 47- 48.

¹¹⁵¹ FUX, 2022, p. 1028.

¹¹⁵² ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 302.

coisas do mundo, até mesmo quem puder vencer a gravidade, poderá voar.

Por ter uma existência objetiva, a existência do objeto “independe da consciência do pesquisador”¹¹⁵³, que, por mais que não ocupe posição passiva ou neutra, não está autorizado a torcer o objeto ao ponto de que este se converta na forma idealizada¹¹⁵⁴. O processo há de ser distinto. O pesquisador “reproduz em seu pensamento a estrutura e a dinâmica do objeto que pesquisa. Esta reprodução [...] será mais correta e verdadeira quanto mais fiel o sujeito for ao objeto”¹¹⁵⁵.

O início dessa pesquisa se deu sob a suspeição de que a substituição da expressão “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente norma jurídica”, havia terminado por contemplar a possibilidade de ação rescisória em face de violação de norma jurídica que supostamente violasse um princípio jurídico, porém essa hipótese, a nosso sentir não se confirmou. Admitir a ação rescisória pela violação de princípios jurídicos é admitir a rescisão de vontades, mas não pela vontade da lei e sim a de quem julga a ação rescisória.

A defesa da perspectiva do cabimento de ação rescisória de decisões ditas violadoras de princípios jurídicos não é inofensiva, servindo, isto sim, de aporte teórico e prático de ofensa à segurança jurídica. O próprio cabimento de ação rescisória por violação de princípios jurídicos, acabaria por conduzir o julgador à necessária situação de ter de ponderar entre o princípio supostamente agredido e o princípio da segurança jurídica que dá suporte à coisa julgada cuja ação rescisória busca rescindir.

Mas há aqui um dado importante; “o princípio da segurança jurídica funda a validade e instrumentaliza a eficácia das outras normas jurídicas. Ele á, por essa razão, a norma das normas – a sua condição estrutural”¹¹⁵⁶. A rigor, não é a constituição quem institui a ideia de segurança jurídica. A constituição opera a constitucionalização desse direito, mas a segurança jurídica preexiste a qualquer constituição. É exatamente por isso que, em nome da segurança jurídica, até mesmo a constituição é sacrificada, sendo essa a essência da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de qualquer ato normativo¹¹⁵⁷.

Se a função do direito moderno é conferir segurança, o princípio da segurança jurídica se confunde com a própria noção de direito. Dito de outra forma: a segurança jurídica é o direito personificado, ao passo que os demais princípios, regras e postulados, embora dignitários, são

¹¹⁵³ PAULO NETTO, 2011, p. 22

¹¹⁵⁴ Ibid., p. 23

¹¹⁵⁵ Ibid., p. 21

¹¹⁵⁶ ÁVILA, 2021, p. 722.

¹¹⁵⁷ Essa é a essência dos votos dos ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio nas ADIs 2.154 e 2.258, em que se questiona a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n. 9.868/1999.

apenas componentes de seu séquito.

A segurança jurídica é valor que não pode ser implementado senão de forma integral, do contrário, não será segurança¹¹⁵⁸. Ao admitir a rescisão do julgado em caso de ofensa manifesta de norma jurídica, o ordenamento não coteja entre a segurança jurídica e o ideal de justiça, como defende um setor da doutrina. As hipóteses legais admissibilidade da ação rescisória não pretendem sacrificar a segurança jurídica, mas tão somente dar relevância, em alguns casos, à sua dimensão material, isto é, aquela obtida por meio do cumprimento do direito posto pelo Estado. Nessa perspectiva, a coisa julgada operaria como promotora da dimensão processual da segurança jurídica, ao passo que a possibilidade de rescisão com a substituição da decisão rescindenda por uma adequada, funcionaria como repositora da ordem jurídica.

Apenas a segurança jurídica pode conter a segurança jurídica, isso descarta a possibilidade de ação rescisória pela violação de princípios jurídicos, especialmente pelo fato de que a efetiva violação de tal princípio, para que ocorra, se transgredida a vedação incursão nos fatos e provas do processo matriz, de dependerá da mais simples discricionariedade de quem julgará a ação rescisória.

Um último ponto merece consideração. Como, de fato, os princípios jurídicos são extraídos do ordenamento jurídico e esse, no caso brasileiro, é essencialmente positivado, é possível que um determinado princípio jurídico seja extraível de um texto criado sob pretensão de consistir em regra jurídica, mas a aparente violação de um princípio, nesse caso, será, em verdade, violação de uma regra jurídica.

4.6 A ação rescisória calcada na violação de convenções coletivas de trabalho

O contratualismo de Hobbes vindica a tese de que os homens, em seu estado de natureza, são tão idênticos uns aos outros e que essa igualdade se reflete até mesmo nas suas paixões, todas as coisas são comuns e bastantes, mas sobrevivendo o drama da escassez, têm origem todos os conflitos da humanidade que, mais adiante, se tentará resolver por meio da instituição de um Estado¹¹⁵⁹. O marxismo assimila esse movimento histórico e acresce que “a história de todas as sociedades até hoje existentes é a história da luta de classes”, e que essa luta travada entre operários e capitalistas, como as outras, terminaria “por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em conflito”¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁸ ÁVILA, 2021, p. 719.

¹¹⁵⁹ HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014, pp. 106-110.

¹¹⁶⁰ MARX, K.; ENGELS, F. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 22.

A história que sempre testemunhou intensa luta de classes, agora se prepara para aquela que talvez fosse a maior de todas, tendo de um lado os detentores do capital financeiro e industrial e do outro, aqueles que por não possuírem nada, senão filhos e força de trabalho, passaram ser denominados "proletariado"¹¹⁶¹. É na luta pela superação das péssimas condições de trabalho que surge a classe operária, antes como massa de trabalhadores, mas agora como classe social¹¹⁶².

Essa classe, posteriormente apoiada por intelectuais e agitadores de orientação socialista, passa a se organizar de forma associativa em *trade unions* (precursores dos sindicatos) e partidos operários com a reivindicação, primeiro de melhoria nas condições de trabalho, mas em paralelo, pela tomada do poder político, uma vez que, nesse estágio da história, estão excluídos da condução dos rumos políticos do Estado¹¹⁶³.

Inicia-se um acirrado e progressivo processo de pressão da classe trabalhadora organizada contra os detentores dos meios de produção e dos detentores de poder político, sendo um dos meios utilizados o de exercício de greve, duramente repelidas pelos industriais, gerando, com isso, por conta do estado de empatia dos trabalhadores, exponencial aumento na pressão das lutas sociais travadas pelos operários em face de seus empregadores¹¹⁶⁴.

Um fato de grande importância resulta dessa circunstância: a revolução socialista russa de outubro de 1917, resultante da concepção de que, mais do que melhorias nas condições de trabalho, era necessário tomar o controle do Estado e os meios de produção, isto é, a implantação de uma ditadura do proletariado, o que de fato se dá pela tomada do Estado russo pelo partido Bolchevique, consequência material da luta operária que levava, entre os anos de 1903 até 1917, ano da revolução, mais de 6.411.000 trabalhadores à adesões de greves políticas¹¹⁶⁵.

Em 1919 a burguesia internacional responde com a criação da OIT. Segundo Lafer “o objetivo dessa organização internacional especializada voltou-se para a padronização e harmonização em nível adequado das condições de trabalho, mediante a celebração de convenções internacionais”¹¹⁶⁶. Esses objetivos parecem altruístas, mas esperem até a

¹¹⁶¹ SILVA, 1990, p. 470.

¹¹⁶² SOUTO MAIOR, 2011, p. 22.

¹¹⁶³ CESARIANO JR., A. F. **Direito social brasileiro: teoria geral do direito social – direito da segurança social (direito assistencial e direito previdencial) – direito coletivo do trabalho (direito corporativo)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 1, p. 52.

¹¹⁶⁴ Ibid., p. 52.

¹¹⁶⁵ TROTSKY, L. **História da revolução Russa**. São Paulo: Sundermann, 2007, pp. 49-50.

¹¹⁶⁶ LAFER, C. Declaração universal dos direitos humanos (1948). In: MAGNOLI, D. (org.). **História da paz: os tratados que desenham o planeta**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 301.

conclusão do raciocínio de Lafer para a constatação de que a proteção do trabalhador em si, não estava na ordem dia:

São fontes materiais que levam à OIT e às suas atividades do pacifismo social, a inquietação operaria, a importância de dar uma resposta política ao desafio da Revolução Russa e o problema do assim chamado “dumping social”, ou seja, o impacto das condições de trabalho no mundo e suas consequências para a concorrência entre os países, em matéria de comércio internacional¹¹⁶⁷.

Se o desfecho da luta de classes, consoante demonstrava a história, só poderia resultar na completa transformação dos contornos sociais ou na própria supressão das classes conflituosas, não restava ao Estado outra resposta que não a domesticação da luta do operariado por meio da forma mais convencional, a intervenção do direito, concebido, forjado e desenvolvido como instrumento de amparo e manutenção do modo de produção capitalista¹¹⁶⁸.

O direito civil, no entanto, não se mostrou eficiente para a total regulação do fenômeno, pois que se operava pela lógica do contrato de locação, sem se dar conta, pelo menos em princípio, do inconveniente de que, diferente de todas as mercadorias disponíveis nas prateleiras do comércio, o trabalho humano não se desvencilha do corpo de seu portador e, nesse contexto, que tem surgimento uma nova espécie de tutela jurídica: o direito do trabalho, ou simplesmente um direito civil vocacionado à domesticação da classe trabalhadora, de modo que não existiria um direito do trabalho, e sim, “um direito burguês que se ajusta ao trabalho”¹¹⁶⁹.

Mesmo essa solução não foi suficiente, pois o conflito que se tentava resolver por meio do direito civil era um conflito essencialmente coletivo e que não podia encontrar respostas no direito civil da época, pesando e perpassado pela lógica do privado, do individual e do liberal¹¹⁷⁰.

Nem mesmo o dissídio entre um empregador e um trabalhador, assim considerados individualmente, deixa de espriar efeitos sobre a coletividade, havendo, inclusive dissenso doutrinário sobre sua posição no panteão do direito, alguns defendendo sua natureza privada¹¹⁷¹, outros sua natureza pública¹¹⁷² e outros afirmando que se trataria de um direito novo, de tipo

¹¹⁶⁷ Ibid., pp. 301-302.

¹¹⁶⁸ GRAU, 2021, p. 15.

¹¹⁶⁹ EDELMAN, 2016, p. 19.

¹¹⁷⁰ SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de direito do trabalho**: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2012. v. 1, pp. 22-23.

¹¹⁷¹ DELGADO. 2011, p. 76.

¹¹⁷² SOUTO MAIOR, 2011, p. 625.

próprio e irredutível à dicotomia público/privada¹¹⁷³⁻¹¹⁷⁴.

O conflito que se estabelece entre capital e trabalho é essencialmente coletivo. Antes que houvesse leis, a classe trabalhadora já havia se organizado coletivamente como alternativa à sua real debilidade econômica e essa união permitia que a massa organizada em classe se opusesse aos interesses do capital. Seus movimentos de autotutela, enquanto simples fatos sociais a levaram ao progresso, primeiro físico e depois político¹¹⁷⁵. Isso apresenta reflexos diretos na própria forma com que a normatização jurídica cerca o proletariado, primeiramente os considerando como classe e só depois na forma individual¹¹⁷⁶.

Nunca houve normatividade heterônoma que desse fim a esse conflito concretamente estabelecido entre as forças produtivas. A redução nas tensões, quando alcançadas, se operaram apenas pela via da negociação coletiva que, embora coibida em determinados momentos históricos, sempre se impôs, passando pela tolerância até alcançar a estatura de normatividade consagrada pelos diversos ordenamentos jurídicos, tanto no internacional como nos ordenamentos internos¹¹⁷⁷. No caso brasileiro, a vitória jurídica¹¹⁷⁸ da classe trabalhadora se vê proclamada no art. 7º da CF/88, que após textualizar que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, destaca em seu inciso XXVI: “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

Há um claro e insofismável convite para que as partes em conflito encontrem, por via de uma convenção, as disposições aplicáveis à solução de conflitos, inclusive com a possibilidade de que o teor dessas convenções se sobreponha à legislação estatal naquilo que não se contraponha “direitos absolutamente indisponíveis”¹¹⁷⁹⁻¹¹⁸⁰.

De que as convenções e acordos coletivos de trabalho correspondem a fontes formais

¹¹⁷³ CESARIANO JR., 1970, p. 68.

¹¹⁷⁴ A sonegação de direitos sociais por parte do empregador, especialmente no caso brasileiro, acaba por funcionar como estratégia para incremento de lucro ao custo do barateamento artificial dos custos de produção, causando desarranjos nos ajustes da ordem capitalista e atingindo diretamente as fontes de custeio da Seguridade Social, sabotando a concretização do projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, portanto, não apenas o trabalhador, individualmente considerado é vítima dessas mazelas (SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S.; MENDES, R. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 9-10).

¹¹⁷⁵ CESARIANO JR., 1970, p. 32.

¹¹⁷⁶ Ibid., p. 33.

¹¹⁷⁷ SANTOS, R. L. **Teoria das normas coletivas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 144.

¹¹⁷⁸ As vitórias jurídicas da classe trabalhadora sempre são representadas por derrotas políticas, pois o preço a se pagar no contexto da contratualização do conflito é a desmobilização, convertendo a oposição entre capital/trabalho em uma aliança entre capital e trabalho e, assim, sendo declarada sua falência na perspectiva revolucionária e perda do caráter de classe (EDELMAN, 2016, p. 8).

¹¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1121633**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2 de junho de 2022.

¹¹⁸⁰ Essa diretriz política decorre de comando da Convenção 98 da OIT, que em seu art. 4º concita trabalhadores e empregadoras a celebrarem convenções coletivas como forma de resolver suas disputas (SANTOS, C. C. C. M. Breves comentários às convenções ns. 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho. In: ALVARENGA, R. Z.; REZENDE, L. M. C. (coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 415).

do direito do trabalho no Brasil não há mais debates. Queremos, entretanto, percorrer algumas questões respondendo: i) quem é o poder que opera a celebração das convenções e acordos coletivos de trabalho?; ii) qual a natureza jurídica desse poder?; iii) qual o conceito e natureza jurídica das convenções e acordos coletivos de trabalho?; iv) qual o fundamento das convenções e acordos coletivos de trabalho?; v) como incidem as convenções e acordos coletivos de trabalho?; vi) como se opera a interpretação das convenções e acordos coletivos de trabalho?

Essa etapa da investigação é imprescindível para a resposta de uma última pergunta: sendo certo que as convenções e acordos coletivos de trabalho possuem normatividade jurídica, a ofensa às normas nelas veiculadas, daria ensejo à propositura de uma ação rescisória?

4.6.1 O poder atuante na celebração de convenções coletivas de trabalho

Normatizar determinadas condutas é, por certo, o exercício de uma liberdade. A primeira e mais básica forma de exercício dessa liberdade percebida pelas ciências humanas é a autonomia¹¹⁸¹, inerente ao ser humano, tratando-se de uma faculdade que possibilita ao seu detentor portar-se dessa ou daquela maneira, suportando “as consequências do seu comportamento, sejam elas vantajosas ou onerosas”¹¹⁸².

Quando o assunto é exercício de autonomia, o conceito de parte em nada pode se confundir com o de pessoa singularmente imaginada. Uma pessoa pode representar a autonomia de duas ou mais partes, ao passo que uma só parte, pode ser composta de diversas pessoas. A expressão partes, então, é aqui utilizada como sinônimo de “centro de interesses”¹¹⁸³.

A autonomia da vontade¹¹⁸⁴ também pode se revelar tanto no plano individual como coletivo, que em nada se confunde com a autonomia plurima, resultante da soma de diversas

¹¹⁸¹ A palavra autonomia deriva do grego: autonomia = autos + nomos, que do ponto de vista privado, representa uma capacidade da parte de dar regulação aos seus atos de forma a atingir seus interesses (FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio Século XXI**: O dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 236).

¹¹⁸² SANTOS, R., 2014, pp. 103, 121.

¹¹⁸³ GOMES, O. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 10.

¹¹⁸⁴ Parte da doutrina sustenta que a expressão “autonomia da vontade” é sinônima a “autonomia privada”, havendo, contudo, quem faça distinção, pontuando que a autonomia da vontade apresenta uma conotação subjetivas ao passo que a segunda serviria para o apontamento de um poder concreto (SILVA, W. L. R. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: RT, 2012. v. 3, p. 355).

autonomias¹¹⁸⁵. Para que seja considerada coletiva, a autonomia deve ser aferida a partir de uma coletividade de interesses em movimento de escolha. “A autonomia privada individual diferencia-se da autonomia privada coletiva por fazer referência a pretensões concretas, divisíveis e determinadas, circunscritas ao círculo de atributividade jurídica de seus titulares”¹¹⁸⁶.

Para que se tenha uma autonomia de vontade coletiva é necessário, antes de tudo, que esse ente social (a coletividade) tenha se desenvolvido e adquirido a capacidade/liberdade de dar regulamentação aos seus rumos. Com relação à autonomia da vontade coletiva dos trabalhadores, essa só foi possível depois que a massa de trabalhadores, preocupada cada qual com seu interesse individualmente considerado, se reconheceu como classe trabalhadora, detentora de consciência e aspirações coletivas. É apenas após o florescimento dessa classe social e do desenvolvimento de suas armas de guerra (sabotagem, greve, paredes) que se fez possível o surgimento de uma autonomia coletiva. Significa dizer que a classe trabalhadora, superada a fase de simples massa, se desenvolveu primeiramente em um poder físico e só em momento posterior alcançou poder político.

A CLT (art. 8º, § 3º), ao traçar parâmetros para a atuação da Justiça do Trabalho no controle de conteúdo das convenções coletivas de trabalho, acaba por dar a entender que o poder original que atua na celebração de convenções coletivas seria a autonomia da vontade coletiva. Essa asserção é precipitada, na medida em que a autonomia da vontade é um poder derivado de um poder real que é a mobilização das massas trabalhadoras organizadas como classe. A fim, entretanto de darmos contornos mais concretos às nossas investigações, adotemos como premissa que a autonomia da vontade coletiva é o poder atuante na celebração de convenções coletivas de trabalho, nunca sem perder de vista que se trata de um poder derivado, não do Estado, mas sim do proletariado organizado em classe.

Esse poder – a autonomia da vontade coletiva – é definido como sendo o “poder jurídico conferido a determinados grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas. Insere-se num contexto em que se verifica a disparidade de poder contratual entre categorias socioeconômicas contrapostas”¹¹⁸⁷.

Uma nota final sobre a autonomia coletiva. A dimensão do exercício desse poder é

¹¹⁸⁵ Walküre Lopes Ribeiro da Silva, destaca que essa autonomia da vontade tem origem privada e foi estendida à esfera coletiva (SILVA, 2012, p. 355).

¹¹⁸⁶ SANTOS, 2014, p. 128.

¹¹⁸⁷ SANTOS, 2014, p. 125.

ampla e se revela na perspectiva institucional, organizacional e negocial, donde resultam as normas coletivas aplicáveis a determinados contextos. Essa é a lição de Ronaldo Lima dos Santos quando diz que:

Por seus aspectos essenciais, um modelo de ampla autonomia privada coletiva pressupõe a observância dos seguintes princípios fundamentais: a) liberdade de fundar sindicatos; b) liberdade de constituição de órgãos não associativos, como os órgãos tripartites, as representações de trabalhadores na empresa; c) liberdade de elaboração dos estatutos sindicais, salvo a presença de uma legislação de princípios gerais para fomentar a democracia sindical e impedir estatutos antidemocráticos ou a perpetuação de grupos no poder ou atos contrários à liberdade sindical; d) exercício da concertação social; e) direito de participação na elaboração do regulamento interno das empresas; f) liberdade de negociação coletiva, da qual surgem os convênios coletivos, quanto ao procedimento, ao conteúdo, aos níveis em que é praticada¹¹⁸⁸.

4.6.2 A natureza jurídica do poder que atua na celebração de normas coletivas de trabalho

Responder a natureza jurídica da autonomia coletiva é, em verdade, responder se tal poder seria originário ou se, do contrário, derivaria de concessão estatal. Seria a autonomia coletiva produto direto de relações sociais genéricas ou jurídicas?¹¹⁸⁹

Ronaldo dos Santos Lima sustenta que há predomínio doutrinário no sentido de que a autonomia individual consistiria de um fenômeno externo ao direito e que, posteriormente, teria sido reconhecido por este, não havendo distinção, nesse particular, entre a autonomia individual e a coletiva, de modo que ambas teriam a mesma natureza jurídica e seriam um poder normativo originário e anterior ao próprio Estado¹¹⁹⁰. Isso, contudo, não apaga o debate, havendo quem sustente ser a autonomia privada – e por extensão a coletiva – concessões estatais, sendo expoente dessa posição, Otávio Bueno Magano, para quem a:

Autonomia é o poder de autorregulamentação dos próprios interesses. A sua caracterização supõe, antes de tudo, um sistema de normas ao qual se submete a própria entidade donde nasceram. Ademais, é preciso sublinhar tratar-se de poder derivado, limitado pelo poder estatal¹¹⁹¹.

O comércio não interdita o roubo e nem o direito elimina o arbítrio. Isso significa dizer que, a materialidade das relações se sobrepõe às ficções jurídicas. Magano confunde a capacidade estatal de coagir os atores sociais com a outorga de poder. O poder é uma relação

¹¹⁸⁸ Ibid., p. 151.

¹¹⁸⁹ Ibid., p. 139.

¹¹⁹⁰ Ibid., pp. 139, 141.

¹¹⁹¹ MAGANO, O. B. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972, p. 14.

que não se submete docilmente a fórmulas jurídicas; as revoluções o testemunham. Quem seria capaz de sustentar que as leis do império Tzarista vigiam na Rússia quando as formações operárias marchavam rumo ao Kremlin? Qual disposição legal foi eficazmente oposta por Nicolau contra as hordas operárias?

A existência das normas jurídicas se subordina à existência de um arranjo social e as relações materiais precedem o fenômeno normativo. O fenômeno normativo não existe para fora das relações sociais que lhe dão causa; sem as relações, “o direito, enquanto conjunto de normas, não é nada além de uma abstração sem vida”¹¹⁹².

Se esses dados não são suficientes, um breve retrospecto permitirá verificar que as leis antioperárias da Inglaterra, da França, da Alemanha e da Rússia, nunca impediram que os movimentos obreiros imprimissem terror nos donos dos modos de produção, levando-os ao atendimento de diversas reivindicações. As muralhas jurídicas do Estado russo, comitê gestor dos interesses burgueses¹¹⁹³, tremeram ao primeiro impacto do aríete operário, no segundo golpe, as paredes abriram fissuras, e no terceiro, todo o muro da estrutura legal caiu diante da força operária e da manifestação de sua autonomia coletiva¹¹⁹⁴.

4.6.3 Convenções e acordos coletivos de trabalho: denominação, conceito e natureza jurídica

É necessário um ajuste de premissas a fim de darmos maior agilidade à compreensão de nosso objeto. Apenas o direito brasileiro distingue entre convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, reservando a primeira denominação para os pactos que envolvam em sua elaboração dois ou mais sindicatos representantes de categorias econômicas e profissionais, ao passo que o acordo coletivo de trabalho consistiria da avença entre o sindicato de trabalhadores e uma ou mais empresas empregadoras¹¹⁹⁵.

Essas disposições constam do art. 611, *caput* e § 1º da CLT, que assim dispõe que a convenção coletiva de trabalho é “o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de

¹¹⁹² PACHUCANIS, 2017, p. 97.

¹¹⁹³ MARX; ENGELS, 2017, p. 24.

¹¹⁹⁴ STUTCHKA, 2023, p. 91.

¹¹⁹⁵ Nem sempre foi assim, há registro de que antes de 1967, a CLT se valia da expressão contrato coletivo para abarcar as duas figuras, apenas pelo Decreto-Lei n. 229/1967 é que sobreveio a distinção, eliminando a figura do contrato coletivo com sua substituição pelas convenções coletivas de trabalho e pelos acordos coletivos de trabalho (ROMITA, A. S. Contrato coletivo de trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional; v. 3. São Paulo: RT, 2012b, p. 53).

trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho” e que “é facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho”¹¹⁹⁶.

Outros ordenamentos jurídicos, não distinguem entre os instrumentos e se valem de diversas outras expressões para designar o mesmo fenômeno, tais como, contrato coletivo, pacto social, normas coletivas de trabalho, convenção sindical e outros. A OIT, ao tratar da recomendação 91, que versa sobre contratos coletivos de trabalho, aplica indistintamente as expressões, convenção coletiva de trabalho como contrato coletivo de trabalho:

A los efectos de la presente Recomendación, la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional¹¹⁹⁷.

Em vista de que, no caso brasileiro, a distinção se dá apenas em relação aos signatários e abrangência¹¹⁹⁸, ambos os instrumentos serão tratados de forma sinônima sob a expressão convenções coletivas de trabalho.

No que tange a natureza jurídica das convenções coletivas, a doutrina se tem dividido em três correntes preponderantes: teoria contratualista, teoria normativa e teoria mista¹¹⁹⁹. A respeito da primeira corrente, registra-se que:

Sendo o que realmente o são, as teorias *contratualistas* ou *civilistas* as primeiras formuladas, logo com o aparecimento histórico da convenção coletiva, trazem consigo aparelhada a desvantagem conceitual que os espíritos filoneistas emprestam ao *velho*, ao *sedição*, ao *arcaico*, seduzidos como estão, normalmente, pelo brilho das novas construções teóricas. De fato, tanto as *teorias civilistas* quanto as *regulamentares* surgiram antes da Primeira Grande Guerra, na Alemanha, França e Itália, como uma necessidade de dar explicação à convenção coletiva que vinha sendo praticada em *linha de fato*, nos meios operários e patronais, com reflexos nos tribunais e na jurisprudência. Como é óbvio, não existia, então, nenhuma, *regulamentação legal* do novo fenômeno jurídico, e sua aparição no mundo industrial deixou atônitos os civilistas, e, em seguida, os publicistas: os primeiros, tentando uma construção dogmática da convenção coletiva segundo os cânones tradicionais; os segundos, elaborando uma nova doutrina com fundamento no Direito Público e que exprimia um

¹¹⁹⁶ BARROS, M. A. **Curso de direito do trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 994.

¹¹⁹⁷ OIT. **Recomendación sobre los contratos colectivos**.

¹¹⁹⁸ Mauricio Godinho Delgado registra e arrosta uma tese no sentido de que os acordos coletivos de trabalho, por não contarem com a presença do sindicato representante do capital, não seriam fontes normativas, mas sim cláusulas contratuais que adeririam ao contrato de trabalho permanentemente (DELGADO, 2011, p. 159).

¹¹⁹⁹ GOMES, O; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 578.

anelo, uma *tendência* de seu desenvolvimento histórico, sem contrapartida no Direito Positivo¹²⁰⁰.

Essa teoria, no entanto, a exemplo do que já se dava com a relação de emprego, jamais conseguiu, de modo pacífico, enquadrar as convenções coletivas de trabalho em nenhum dos modelos clássicos dos contratos civil conhecidos. Para cada uma de suas formulações, é possível um ataque direto da teoria jurídica para seu afastamento. Esse estudo não comporta a impugnação de cada uma dessas vertentes do contratualismo, porém é de se registrar que Ronaldo Lima dos Santos trata da questão em detalhes¹²⁰¹.

A impossibilidade de enquadramento da relação individual de emprego nas fórmulas contratuais tradicionais, reflete-se também aqui no campo das relações coletivas de trabalho, não sendo possível tal enquadramento por uma razão bastante simples. O vínculo que june um empregado a um empregador é do tipo relacional-objetivo, não contratual, por isso é que, num esforço de se livrar das dificuldades impostas pelos fatos, os contratualistas fazem menção a um contrato *sui generis*, no entanto:

A relação de emprego, com ênfase no ser humano, esta sim, é o alvo principal do Direito do Trabalho e a formação desta relação jurídica está completamente fora do âmbito dos pressupostos do direito privado. Sua origem, portanto, não é o contrato de trabalho, muito embora, por trazer regulações específicas, o contrato de trabalho seja um instituto jurídico que existe e mereça também ser estudado. Genericamente, podemos até continuar falando em contrato de trabalho para nos referirmos à relação de emprego, porque isto já se incorporou à nossa tradição. Mas, valerá sempre a lembrança, do ponto de vista da compreensão do nosso objeto de estudo, o Direito do Trabalho, que não se estará lidando com um contrato como outro qualquer e que por detrás dele haverá uma relação de emprego, instituto que merece uma avaliação jurídica, quanto ao conteúdo obrigacional, ditado pelo espírito do Direito Social¹²⁰².

Em antagonismo à concepção contratualista, e especialmente animada pelo fato de que o anacronismo contratual não refletiria a realidade das convenções coletivas, desenvolveu-se a corrente normativista que, diante do fato de que as convenções criavam normas gerais e abstratas, passou a defender a ideia de leis profissionais confeccionadas por delegação, ou seja, essa corrente passou a sustentar que as convenções coletivas de trabalho possuíam natureza jurídica de leis delegadas¹²⁰³.

Contra essa corrente, objetou-se que não poderia se tratar de lei delegada pelo simples fato de que o sindicato signatário não seria pessoa jurídica de direito público, o que

¹²⁰⁰ Ibid., pp. 578-579.

¹²⁰¹ SANTOS, 2014, pp. 157-163.

¹²⁰² SOUTO MAIOR, 2012, p. 40.

¹²⁰³ SÜSSEKIND, A. L. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 1162.

impossibilitaria a delegação¹²⁰⁴. Ronaldo Lima dos Santos, desprezando essa contenda, firma-se no sentido de que não poderia se tratar de lei delegada pelo fato, agora já sedimentado, de que a autonomia coletiva por de trás das convenções coletivas é originária e não delegada¹²⁰⁵. É a autonomia privada coletiva que subtrai das convenções coletivas a feição de lei, em qualquer de suas espécies.

A terceira e última corrente da qual nos ocuparemos, antes de tecermos nossas próprias formulações, é a corrente mista, a qual predomina na doutrina e se reflete em nossa legislação interna¹²⁰⁶. Para esse corrente, a convecção coletiva seria uma lei vivendo em corpo de contrato; “possui corpo de contrato, porque aperfeiçoa como um acordo de declaração de vontades; tem alma de lei, porque em seu conteúdo, regula relações jurídicas em princípio abstratas, que se concretizam *ad futurum* com a sua aplicação”¹²⁰⁷.

Não há dúvidas de que as correntes contratualistas e normativistas apresentam aqui e ali alguns acertos, assim como equívocos. Há uma tendência na doutrina jurídica de que, na dificuldade de lidar com proposições conflitantes e sendo seduzida por aspectos de ambas, se proponha uma terceira corrente que frequentemente é denominada corrente mista ou híbrida.

Essa tendência decorre, em parte, de compromissos orgânicos, já que o cientista do direito é também ator na concretização de suas proposições. Importa para o químico descobrir e definir determinadas substâncias, catalogando-as e dispondo-as na tabela periódica de elemento químicos. Uma molécula a mais desse ou daquele elemento químico, não altera sua remuneração e nem mesmo os rumos das relações sociais. Não é isso que se dá em relação às ciências sociais aplicadas. Seu artífice, quase sempre é comprometido com resultados, o que implica em compromisso com postulados, por vezes, manifestamente equivocados.

A corrente mista, por exemplo, se contrapõe a formulação contratualista por razões que tornam aquela corrente nula, fazendo o mesmo em relação à corrente normativista. Sucede que para essa corrente a soma de zero mais zero, que deveria ser zero, é igual a um: a corrente mista¹²⁰⁸.

A solução para esse problema passa pela disposição de se identificar uma espécie nova e, a partir desse pressuposto, procurar pela sua anatomia. Quando do surgimento do direito do

¹²⁰⁴ É preciso uma melhor investigação sobre o acerto dessa proposição que limita a delegação legislativa a pessoas jurídicas de direito público. Nem mesmo a atividade arrecadatória, menina dos olhos do Estado, está restrita a pessoas jurídicas de direito público, bastando para isso o exemplo da parafiscalidade.

¹²⁰⁵ SANTOS, 2014, pp. 157-169.

¹²⁰⁶ Essa é a noção que se quer transmitir pela redação do art. 611 da CLT, quando se diz que se trata de um acordo normativo.

¹²⁰⁷ SANTOS, 2014, pp. 157-163.

¹²⁰⁸ SANTOS, 2014, p.170.

trabalho, cientistas sociais debatiam sobre sua natureza. Privada? Pública? Mista?

Cesarino Jr. não se contentou com essas simplificações e disse. Nem público, nem privado e nem misto. Tratava-se, ao seu sentir, de uma nova espécie de direito a qual, por não se enquadrar em nenhuma das três proposições, denominou-a como direito social¹²⁰⁹.

As convenções coletivas não possuem natureza contratual por uma questão bastante simples, a contratualidade como disposta naquela doutrina, é do tipo liberal e que encontra no contrato a sua expressão mais emblemática. O direito do trabalho se opõe à lógica liberal, esse foi o caminho de seu desenvolvimento¹²¹⁰. Reduzir o direito individual do trabalho a relações contratuais é um grave equívoco, fazê-lo em sua feição coletiva e proclamar seu perecimento.

Também emprestar-lhe feição legislativa é se segar para dois fatos: o primeiro é o de que a autonomia coletiva da classe trabalhadora não é concessão do Estado, é produto de desenvolvimento sociológico e obtido por meio de lutas pluriseculares iniciadas ainda quando do processo de acumulação primitiva do capital¹²¹¹. O direito Estatal, notadamente no caso brasileiro, reconhece a existência concreta dessa autonomia e, sob a aparência de favorecê-lo, tenta sua aniquilação. Testemunho desse fato é a redação do art. 8º da CF/88 que instrumentaliza um intervencionismo constitucional na autonomia sindical, de maneira a impedir aos sindicatos que funcionem na plenitude delineada pela Convenção 87 da OIT, esta, aliás, jamais ratificada pelo governo brasileiro.

A constitucionalização das convenções coletivas de trabalho são grades jurídicas da autonomia coletiva¹²¹². As investidas contra essa autonomia se veem também na legislação infraconstitucional, onde, por meio da Lei n. 13.467/2017, se eliminou as fontes de custeio dos sindicatos obreiros com a chancela do Judiciário¹²¹³, reduzindo-os apenas a uma representação coletiva da fraqueza econômica, como se a palha pudesse se sentar para negociar com o fogo.

Também a legalização do direito de greve acabou por torná-la contratual. O exercício

¹²⁰⁹ CESARIANO JR., 1970. v. 1., p. 68.

¹²¹⁰ SOUTO MAIOR, 2011. v. 1., p. 27.

¹²¹¹ A existência do capitalismo pressupõe o acúmulo prévio dessa força social. De modo pueril, os economistas políticos buscavam creditar esse acúmulo à existência de uma elite trabalhadora e austera que trabalhava enquanto um setor perdulário da sociedade se divertia; a história se conta até os dias atuais. Quando menos se percebe, como numa peça de fábula, os austeros poupadores se enriqueceram e a súcia de perdulários, passou a dispor apenas de sua força de trabalho como meio de vida. Essa falsificação é combatida por Marx que demonstra ser a “assim chamada acumulação primitiva”, nada mais do que o produto de pilhas, latrocínios, exploração e toda sorte de violência (MARX, 2017, pp. 785-786).

¹²¹² Luiz Moreira e Antonio Carlos Bigonha questionam se o constitucionalismo moderno não seria uma forma mais sofisticada de positivismo jurídico, que submete as demais disciplinas jurídicas às grades formais (MOREIRA, L.; BIGONHA, A. C. “Prefácio”. In: ACKERMAN, B. **Constituições revolucionárias**: liderança carismática e estado de direito. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 21). Eles perguntam; nós afirmamos.

¹²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5794-DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de abril de 2019.

de um direito pressupõe a existência de um abuso desse direito. Tornar a greve legal, nada mais foi do que uma estratégia desenvolvida para que o direito pudesse contê-la quando contrária aos interesses do capital. O judiciário ao cancelar a legitimidade do desconto salarial para os trabalhadores grevistas, nada mais fez do que aniquilar a greve enquanto direito, não no sentido de que estaria fora das fórmulas jurídicas, mas sim no sentido de que nenhum proveito jurídico se confere a trabalhador pelo direito de greve¹²¹⁴.

A natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho, que em nada se confunde com as consequências jurídicas se sua observância ou inobservância, não é contratual, não é legislativa e nem mista. Sendo as convenções coletivas exteriorização da autonomia coletiva, sua natureza sequer seria jurídica, talvez política ou sociológica. Compreendê-la como um instrumento jurídico, convida o Poder Judiciário a dirimir os conflitos que dela resultam, esvaziando todo o seu potencial. As convenções coletivas existem e se desenvolvem no plano dos fatos, sendo que o titular da cobrança de seu descumprimento deveria ser tão somente a classe trabalhadora, por meio do exercício de greve, vista como um fato social e não pelas lentes jurídicas, nada além disso.

Feitas estas pontuações, falar sobre ação rescisória, que é nosso propósito macro, nos desafia à adoção de uma perspectiva positivista, sem a qual não é possível avançar¹²¹⁵. Mesmo que o as convenções coletivas não tenham natureza jurídica, o direito do Estado diverge e tornando-as jurídicas e, como tal, detentoras de eficácia normativa geral e abstrata, não se esquecendo também de sua natureza consensual, diante do que, parece que para nossos propósitos, a adoção da terceira corrente, a mista, nos favorece na exposição.

4.6.4 Posição das convenções coletivas de trabalho frente ao ordenamento jurídico brasileiro

Esse tópico se propõe a identificar o local ocupado pelas convenções coletivas de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro que, como sabemos, tem por ápice a CF/88¹²¹⁶. Se as convenções coletivas são expressões materiais da autonomia coletiva e essa, por sua vez, é originária e externa até mesmo ao direito, seria natural concluir que as convenções coletivas não ocupam nenhum espaço no edifício normativo.

Não se trata mais de encontrar sua natureza e fundamento, pois esses, além de não se confundirem, já foram expostos. O fundamento da convenção coletiva é a própria autonomia

¹²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 693.456**. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de outubro de 2017.

¹²¹⁵ Positivismo enquanto método.

¹²¹⁶ FERRAZ JR., 2018, p. 186.

privada coletiva, ao passo que sua natureza, a nosso sentir, está para além dos domínios do fenômeno jurídico. Não é disso que se trata; o que se investiga é qual espécie normativa, daquelas constantes do ordenamento jurídico brasileiro, daria aspecto positivo e regencial às convenções coletivas de trabalho.

Não há dúvidas de que a espécie normativa que dá aspecto positivo e regencial às convenções coletivas é a própria CF/88, no entanto, como qualquer negócio jurídico, é na lei ordinária que se encontram inscritos os seus requisitos de existência, validade e eficácia, tais como os legitimados a negociar, a forma de exteriorização, prazo de vigência, local de depósito¹²¹⁷.

No que se refere ao titular da negociação coletiva, muito embora o sindicato da categoria atue como facilitador da interlocução, o interesse em disputa é da coletividade de trabalhadores e não do sindicato representante. É em razão disso que o art. 612 da CLT estabelece a necessidade da convocação da assembleia de trabalhadores¹²¹⁸ e quóruns específicos para celebração de convenções coletivas de trabalho, sem o que, o ato seria nulo por faltar-lhe um elemento indispensável que é a manifestação da vontade coletiva¹²¹⁹.

O Art. 613 da CLT impõe forma escrita para as convenções coletivas de trabalho, não só para a prova da negociação e seu teor, mas também como condição substancial de validade¹²²⁰. Parece-nos, entretanto, que a forma escrita das convenções coletivas opera no plano de sua existência e é isso que a distingue das negociações preparatórias do ato, sendo que essa forma se aplica tanto para a sua celebração, adição, prorrogação e até mesmo para sua revogação antecipada, valendo destacar que os instrumentos não poderão conter emendas, rasuras, espaço físico para enxertos tanto laterais com entre as linhas, devendo ser impressas e assinadas em número correspondente ao das entidades pactuantes e mais uma via destinada ao depósito¹²²¹.

¹²¹⁷ Ronaldo Lima dos Santos nos adverte que como qualquer negócio jurídico, seu exame se sujeita ao plano da existência, da validade e da eficácia (SANTOS, 2014, p. 233).

¹²¹⁸ Não há qualquer óbice para que os sindicatos envolvidos promovam debates e até mesmo confeccionem minutas de normas coletivas, pendentes de aprovação em assembleia, contudo, essa negociação prévia pode gerar nulidades às normas coletivas, já que o TST tem firme posicionamento (vide OJ 8 da SDC) no sentido de que a participação da categoria na confecção da pauta reivindicatória é condição de legitimidade da atuação sindical.

¹²¹⁹ Há posição doutrinária no sentido de que a autonomia atribuída aos sindicatos para a representação dos trabalhadores afastaria a cogência do art. 612 da CLT (PINTO, J. A. R. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 217). A jurisprudência, no entanto, tem entendido pela compatibilidade do dispositivo com a norma constitucional (BRASIL. Tribunal superior do trabalho. **E-RR-261500-19.1999.5.09.0010, SBDI-1**. Relator: Min. Augusto Cesar Leite De Carvalho, 1 de abril 2011).

¹²²⁰ OLIVEIRA, P. E. V. **Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro**: setor privado. São Paulo LTr, 1996, p. 100.

¹²²¹ SANTOS, 2014, p. 238.

As convenções coletivas de trabalho não se submetem à homologação do Poder Público, valem independente de qualquer chancela estatal que, a rigor, sequer poderá se opor ao seu conteúdo, entretanto, porque criam normas gerais e abstratas, devem ser depositadas na sede do Ministério competente que dará publicidade ao documento¹²²². É apenas após três dias do depósito que a norma coletiva passará a ter vigências nas relações de trabalho que visa regular, sem isso, são existentes e válidas, porém sem eficácia.

Não há prazo mínimo para a vigência de uma convenção coletiva, entretanto, há vigência máxima de dois anos¹²²³, sendo vedada a celebração por tempo indeterminado, nos exatos termos da OJ 322 da SBDI-1 do TST que dispõe:

Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado¹²²⁴.

Vale destacar que essa orientação jurisprudencial se viu superada durante determinado período, pois que o TST, revendo o teor do enunciado 277 de sua súmula de jurisprudência uniforme, passou a adotar a tese da aderência limitada pela revogação, de modo que as convenções coletivas conservariam vigência até que nova negociação coletiva as substituíssem. Esse entendimento, no entanto, se vê superado. No julgamento da ADPF 323, o STF fixou tese no sentido de que o enunciado 277 da súmula do TST era inconstitucional¹²²⁵, embora a constituição dissesse o contrário¹²²⁶.

O art. 615 da CLT acaba por prever a possibilidade de revisão das convenções coletivas ao afirmar que “o processo de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial de Convenção ou Acôrdo ficará subordinado, em qualquer caso, à aprovação de Assembléia Geral dos Sindicatos convenientes ou partes acordantes, com observância do disposto no art. 612”, mas essa leitura gramatical conduz à obviedade de que as partes podem repactuar a qualquer momento.

Não é disso que se trata. Só há razão de ser num processo de revisão, quando a

¹²²² Tradicionalmente o Ministério competente foi o do Trabalho e Emprego, porém o governo Bolsonaro extinguiu tanto o ministério do trabalho e emprego e o ministério da previdência social, convertendo-os em simples pastas do Ministério da Economia. Posteriormente ambos os ministérios foram recriados, agora como Ministério do Trabalho e Ministério da Previdência, sem qualquer menção ao emprego e ao social.

¹²²³ Não há vedação para que se pactue vigência de dois anos para as normas coletivas e que depois disso de pactuem diversas e sucessivas prorrogações pelo mesmo período.

¹²²⁴ Orientação jurisprudencial 322 da SBDI-1.

¹²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de setembro de 2022.

¹²²⁶ Parece ser o caso de repristinação da OJ 322 da SBDI-1 do TST.

pretendida alteração se dá em descompasso com a vontade da parte contrária, e sendo assim, é necessário que razões de ordem material e imprevisíveis¹²²⁷ tenham tornado impossível o cumprimento do pactuado. Essa interpretação pode ser obtida da leitura conjunta do art. 615 da CLT e do inciso II do art. 14 da Lei n. 7.783/1989 (Lei de Greve) que dispõe a possibilidade de revisão “motivada pela superveniência de fato novo ou de acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho”. Trata-se de aplicação da teoria da imprevisão, que no direito do trabalho tem contornos especiais¹²²⁸.

Nessa ordem de ideias, a convenção coletiva de trabalho teria respaldo positivo na própria CF/88, entretanto, por se tratar de um negócio jurídico, sujeita-se a todas as prescrições de lei ordinária para existir, valer e se fazer eficaz.

4.6.5 Incidência das convenções coletivas de trabalho

A essa altura de nossa pesquisa já é fácil perceber que o direito do trabalho brasileiro admite uma pluralidade de fontes que vão desde a CF/88 a tratados internacionais, passando pela legislação estatal, convenções coletivas e contratos individuais de trabalho¹²²⁹.

O que se pretende com esse subtópico é responder de quem seria a prevalência em um confronto de conteúdo entre convenções coletivas ou entre essas e a legislação do Estado.

Ronaldo Lima dos Santos faz recordação de quatro espécies possíveis de relação entre convenções coletivas e a legislação estatal, sendo a da exclusividade, a da concorrência a da complementariedade e a suplementariedade, acrescentando que a história “demonstra que a maioria dos Estados não se limita à adoção de apenas um modelo” sempre fazendo combinações¹²³⁰.

No Brasil, os intensos debates sobre o assunto, jamais pacificaram a controvérsia que se seguiu bastante acirrada até o julgamento ADPF 323, onde o STF acabou por proclamar a prevalência do negociado sobre o legislado, “desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”, e se assim o fosse, seria possível negociar mesmo que em prejuízo da classe

¹²²⁷ Na imprevisibilidade está inserida a noção de superveniência.

¹²²⁸ SANTOS, 2014, p. 246.

¹²²⁹ Cássio Barros Mesquita, afirma que o direito dos trabalhadores é proveniente “ou das leis ou fora das coleções de leis, do jogo das forças sociais, que elaboram as suas próprias leis profissionais” (BARROS JR., C. M. Convenção coletiva: análise e perspectivas no Brasil. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional**. São Paulo: RT, 2012. v. 3, p. 85).

¹²³⁰ SANTOS, 2014, pp. 276-277.

trabalhadora¹²³¹.

Antes desse julgamento, por maior que fosse a cizânia doutrinária, prevalecia que, a norma jurídica mais benéfica é a que seria aplicável ao caso concreto e, considerando o teor do art. 7º da CF/88, que cataloga a negociação coletiva como um direito voltado à promoção das melhorias de sua condição social, seria certo que o confronto de normas se resolveria sempre de acordo com a adoção da norma jurídica mais benéfica ao trabalhador, fosse ela coletiva ou estatal. O debate se deslocava para outro plano, onde o que se pretendia era então a fixação de qual seria a norma jurídica mais benéfica, sendo então desenvolvidas as teorias da acumulação e do conglobamento¹²³².

Pela primeira teoria, a da acumulação, o trabalhador poderia reunir diversos diplomas legais ou coletivos e, cotejando-os, extrair casuisticamente as que melhor atendesse ao seu interesse¹²³³. Já a segunda corrente, a do conglobamento, embora adotasse a perspectiva de aplicação da norma mais favorável, propõe que essa vantagem seja aferida pela adoção integral desse ou daquele documento, sem possibilidade de cisão¹²³⁴. Mauricio Godinho Delgado, além de defender a teoria do conglobamento como sendo a mais adequada, sustenta que essa posição foi a que melhor agradou o legislador brasileiro que, inclusive a pôs em curso quando da edição da Lei n. 7.064/82¹²³⁵.

No confronto de leis e convenções coletivas, exceto naquilo que se referir a direito absolutamente indisponível, há de se sobressair a convenção coletiva e, no confronto de convenções coletivas (convenção coletiva vs acordo coletivo), a solução dada pelo legislador de 2017, ao dar nova redação ao art. 620 da CLT, é o da prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva de trabalho¹²³⁶.

Em trabalho publicado no ano 2000, Walküre Lopes Ribeiro da Silva, concluía que o avanço das negociações coletivas não marcava o fim do direito do trabalho e nem a extinção do poder estatal na solução dos conflitos trabalhistas¹²³⁷. Não é preciso um estudo profundo para alcançar essa conclusão. Enquanto prevalecer o modo de produção capitalista, não podendo o capital se valorizar sem que esse valor seja extraído do trabalho humano subordinado, haverá

¹²³¹ O desafio agora é a definição do que seria um direito absolutamente indisponível no contexto da exploração do trabalho humano subordinado. Espera-se, que por coerência, essa definição fique a cargo do Tribunal Superior do Trabalho, vocacionado constitucionalmente para esse mister.

¹²³² Há variantes dessas concepções como o conglobamento mitigado e o conglombamento por institutos, mas nossa investigação não comporta verificá-los em detalhes.

¹²³³ DELGADO, 2011, p. 1234.

¹²³⁴ Ibid., p. 1325.

¹²³⁵ Ibid., p. 1325.

¹²³⁶ SILVA, H. B. **Curso de direito do trabalho aplicado**: teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical. São Paulo: RT, 2021b. v. 1, p. 422.

¹²³⁷ SILVA, 2012, p. 363.

direito do trabalho porque o Estado e o direito existem para isso. O que não considerou Walküre Lopes Ribeiro da Silva foram os efeitos desse novo modelo e seus impactos nas relações de trabalho. Passados 23 anos, talvez seja um bom momento de dar essas respostas.

4.6.6 Interpretação das convenções coletivas de trabalho

Depois de termos percorrido diversos aspectos da anatomia das convenções coletivas, alcançamos o momento em que devemos tratar de sua interpretação. Não de qualquer interpretação, mas aquela produzida pelo Poder Judiciário na resolução de contendas judiciais, o que implica na compreensão de que a interpretação do texto normativo e a aplicação da norma se dão de modo indissociável e por posposição¹²³⁸.

Nosso propósito não consiste em percorrer a teoria, métodos e técnicas de interpretação em si, mas apenas, diante da diferença de métodos e técnicas utilizadas para a interpretação legal e contratual, determinar de que modo as convenções coletivas de trabalho devem ser interpretadas e qual a implicação em nossa investigação sobre a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória pela violação dessas convenções.

Mesmo reconhecendo a uniformidade substancial no processo interpretativo, a própria lei trata de distinguir o método de interpretação que se deva aplicar a esse e aquele caso, notadamente pelo fato de que na interpretação de disposições contratuais o desafio do intérprete é o de reconstruir a intenção das partes contratantes, não podendo transgredir esse escopo sob pena de substituir a vontade dos contratantes, transmutando o ajuste de vontades em ato volitivo de terceiro, alheio à relação material que a norma contratual pretende regular¹²³⁹.

No caso da interpretação legal, pelo contrário, a norma jurídica, tão logo posta no mudo fenomênico, procura se livrar dos elementos anímicos de quem a produziu e passa a integrar o ordenamento jurídico em todos os seus fluxos e influxos¹²⁴⁰, de modo que se houver uma vontade a se perquirir, essa vontade há de ser a da própria norma jurídica e não a de seu artífice. É isso o que Silvio Rodrigues nos transmite quando diz que “através da hermenêutica procura

¹²³⁸ GRAU, 2021, p. 49.

¹²³⁹ RODRIGUES, S. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 51.

¹²⁴⁰ REALE, 2002, p. 282.

o intérprete não apenas descobrir qual a vontade do legislador, mas a vontade concreta da lei”¹²⁴¹.

Ronaldo Lima dos Santos afirma que unidade em torno da interpretação jurídica não apaga as diferenças fundamentais que se estabelece no processo de interpretação de textos legais e de convenções coletivas de trabalho, destacando que:

a) a interpretação legal é primeira e principalmente compromissada com o justo político, enquanto que a interpretação contratual tem por objeto direto o justo comutativo e, somente indireto, o justo político; b) a norma legal, uma vez vigente, independe, em grande medida, do seu autor; já o negócio jurídico vincula-se à subjetividade das partes; c) na seara contratual, as questões interpretativas decorrem dos dissensos de seus autores, com repercussão em direitos e deveres; em relação à lei, o problema hermenêutico apresenta-se num caso concreto, cuja solução requer a interpretação do texto normativo geral e abstrato; d) na interpretação legal não tem tanta relevância os comportamentos dos seus elaboradores, ao passo que nos negócios jurídicos eles cumprem um papel revelador, e) a interpretação contratual pode ter por objeto a retificação da norma, sendo que esta tarefa não é própria do intérprete da lei.

Tratando da interpretação de disposições contratuais, que são naturalmente exteriorização da vontade das partes, a primeira tarefa do intérprete é a identificação do intensão das partes pactuantes. É por isso que o art. 112 do CC dispõe que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” e essa é a grande distinção que se opõe ao processo de interpretação de um texto legal, cujo escopo magno é o de eliminar ambiguidades e distorções eventualmente constantes do texto. Dito de outra forma, a interpretação de um texto contratual opera em uma lógica de subjetivismo, ao passo que a interpretação de um texto legal, até mesmo por imperativos de igualdade, impõe uma lógica predominantemente objetiva¹²⁴².

Enquanto a atividade do intérprete legal consiste em buscar a solução pensada pelo ordenamento jurídico para determinada situação, o intérprete de disposições contratuais busca essa solução na intenção das partes. Por isso, deve se atentar para o comportamento das partes antes, durante e depois da avença buscando a extração da intensão, reduzir o apego a preciosismos da linguagem escrita, buscando contextualizá-la do ponto de vista concreto, tudo isso, sem jamais descurar que as cláusulas de um contrato guardam relação de existência e não podendo ser interpretadas de modo isolado, desprezando o fato de que o contrato possui uma unidade¹²⁴³. Isso é de grande importância, na medida em que a justiça contratual é do tipo

¹²⁴¹ RODRIGUES, 2003, p. 49.

¹²⁴² Falamos em predominância porque tanto em um como em outro caso as dimensões se encontram.

¹²⁴³ VIGO, L. R. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: RT, 2005, pp. 162-163.

comutativa¹²⁴⁴. O desprezo de um determinado fragmento do contrato que dava razão de ser ao outro, pode ferir de modo irremediável essa lógica.

No item 4.7.3, quando tratamos da natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho, destacamos correntes que a reputam como sendo de natureza contratual, de natureza legislativa e uma terceira corrente que, vendo-a como uma lei a viver em um corpo de contrato, se firma como sendo uma corrente mista. Após recusar essas três concepções, acabamos por adotar a terceira, não por outra razão que não a metodológica, pois o direito do Estado a torna jurídica e uma espécie jurídica que, além de conter eficácia normativa geral e abstrata, se revela como uma manifestação de vontade autônoma.

Essas três correntes também se refletem na postulação pelo método interpretativo de uma convenção coletiva de trabalho, os contratualistas pretendem que a interpretação se dê nos mesmos moldes de um contrato (predominância subjetiva), ao passo que a corrente normativa, apregoa que o método deva corresponder ao mesmo empregado para a interpretação de leis em geral (predominância objetiva) e por fim, a corrente mista, distinguindo entre cláusulas e cláusulas, pretende uma interpretação particularizada para cada dispositivo a depender se sua carga obrigacional ou normativa.

Ronaldo Lima dos Santos, após destacar inconvenientes das três correntes, propõe uma terceira possibilidade a qual ele denomina *tertium genus* interpretativo e diz:

O caráter híbrido das normas coletivas exige que o intérprete adote um *tertium genus* interpretativo, não podendo se desconsiderar que na norma coletiva estão presentes, concomitantemente, o aspecto contratual e o normativo, portanto, o subjetivo e o objetivo. [...] Por esse prisma, a interpretação das normas coletivas deve observar tanto o caráter subjetivo – que cerca as vontades coletivas –, quanto o elemento objetivo – a norma em si mesma considerada como abstrata e genericamente aplicada a uma coletividade –, devendo ser interpretada como “norma subjetivada”, tal como se apresenta no mundo jurídico¹²⁴⁵.

Por norma subjetivada, o autor quer transmitir a ideia de reunião dos elementos objetivos e subjetivos, ao que também poderia se referir a “subjetividade normada”. Isso não distingue a norma coletiva de qualquer instrumento de contrato ou redação de legislação estatal. A predominância de um prisma (objetivo ou subjetivo) não exclui o outro.

A objetivação da interpretação legislativa não ignora circunstâncias subjetivas tais como a vontade do legislador, apenas a distingue da vontade da lei. Também uma disposição subjetiva contratual expressada em instrumento escrito não despreza a objetividade do texto, buscar por

¹²⁴⁴ SANTOS, 2014, p. 329.

¹²⁴⁵ SANTOS, 2014, pp. 334-335.

objetividade é, inclusive, a razão de ser de um instrumento escrito, “pois do contrário, a interpretação poderia constituir um elemento capaz de infirmar o contrato, semeando um elemento de insegurança, funesto às relações contratuais”¹²⁴⁶.

Para aquilo que nos importa, vale reter que as convenções coletivas são expressão de uma autonomia da vontade privada coletiva e, como tal, esta não pode ser desprezada quando da interpretação do texto resultante:

A própria natureza privada e contingencial das normas coletivas exige que na sua aplicação sejam considerados os elementos que influenciaram a sua elaboração. A aplicação rigorosa das regras de interpretação das leis retiraria a equanimidade das normas coletivas, pela desconsideração das condições fáticas, jurídicas, sociais, políticas e econômicas que influenciaram no comportamento dos grupos sociais e determinaram o conteúdo da norma coletiva¹²⁴⁷.

Interpretar uma convenção coletiva implica na necessária busca pelos seus antecedentes materiais e volitivos, sem os quais, seus sentidos não podem ser apreendidos. Ainda que se objete que toda norma jurídica é produzida pelo cotejo da norma em potência com a realidade concreta, há substancial diferença no processo interpretativo das convenções coletivas, pois que, para além da realidade do momento, diversos outros fatores merecem relevo, até mesmo circunstâncias que a antecederam.

Uma nota final merece destaque em relação à interpretação das convenções coletivas; dando-se o caso de “que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”¹²⁴⁸. A razão de ser das convenções coletivas, nas palavras insertas no *caput* do art. 7º da CF/88, é a melhoria das condições sociais do trabalhador, isso a distingue também de qualquer outra espécie que frequente o ordenamento jurídico brasileiro.

4.6.7 A (im)possibilidade do cabimento da ação rescisória calcada na violação de convenção coletiva de trabalho

Encerrado o processo de consolidação das leis trabalhistas vigentes no Brasil, a redação dada ao art. 830 da CLT dispunha ser “vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste título”, dando origem ao debate sobre a compatibilidade da ação rescisória com o processo do trabalho, sagrando-se

¹²⁴⁶ RODRIGUES, 2003, p. 52.

¹²⁴⁷ SANTOS, 2014, p. 335.

¹²⁴⁸ RODRIGUES, 2015, p. 107.

vitoriosa a corrente que negava a compatibilidade por não haver qualquer omissão na CLT, redundando até mesmo na edição do enunciado 338 do STF que dispunha não caber “ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho”¹²⁴⁹.

Apenas em 1967, por via do Decreto-Lei n. 229 é que se alterou a redação do art. 836 da CLT para dispor que seria “vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida, no prazo de 2 (dois) anos, nos termos dos arts. 798 a 800 do Código de Processo Civil”¹²⁵⁰.

Reinou paz na jurisprudência trabalhista, contudo, não de forma duradoura, pois seis anos depois, sobrevindo a revogação do CPC/39, por obra do CPC/73, que acresceu hipóteses ao cabimento de ação rescisória, novas disputas doutrinárias e jurisprudenciais surgiram. A primeira corrente, defendendo que a revogação do CPC/39 pelo CPC/73 impunha a aplicação desse segundo diploma, sustentando ter havido alargamento nas hipóteses de cabimento da ação rescisória. A segunda corrente, sustentava que, por ter o art. 836 da CLT feito menção expressa aos arts. 798 a 800 do CPC/39, teria integrado essa redação às disposições da CLT, de modo que a revogação do CPC/39, não alterava as hipóteses de cabimento, sendo inaplicáveis as novidades do diploma de 73, inclusive com a edição do prejudgado 49 por parte do TST¹²⁵¹.

Esse entendimento se sedimentou e, apenas em 1985, por força da Lei n. 7.351 que se modificou o art. 836 da CLT para fazer constar que “é vedado aos órgãos de Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida, na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973” [...], com alteração posterior pela Lei. 11.495/2007, para sujeitar seu exercício ao depósito prévio de 20% do valor da causa¹²⁵².

O que não se percebeu, ao menos não houve maiores debates na doutrina e na jurisprudência, é que, embora o CPC de 2015 tenha revogado expressamente o CPC/73, o art. 836 da CLT, mesmo após a “reforma trabalhista” operada em 2017, permanece com a seguinte redação:

Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade

¹²⁴⁹ ROCHA, O. Direito do trabalho. In: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 285-286.

¹²⁵⁰ COSTA, 1978, p. 418.

¹²⁵¹ ROCHA, 1980, p. 285-286.

¹²⁵² SAAD, 2013, p. 1114.

jurídica do autor.

Se na redação do art. 836 da CLT há também expressa incorporação do “Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973”, não seria o caso de se encerrar a investigação por aqui e, apelando para a coerência da jurisprudência do TST, sustentar que a rescindibilidade de decisões judiciais na seara trabalhista continuam submetidas ao regramento do CPC/73?

O TST, sem traçar qualquer consideração sobre o fato de que o art. 836 da CLT também acresceu ao texto consolidado o “Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973”, dispôs na instrução normativa n. 39/2016 que:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: [...] XXVI - arts. 966 a 975 (ação rescisória)¹²⁵³.

Se esse é o posicionamento da mais alta Corte Trabalhista, não há dúvidas de que a ação rescisória no processo do trabalho é regida pelas disposições do CPC de 2015, notadamente porque o STF já se posicionou no sentido de que “a discussão que envolve o cabimento de ação rescisória enquadra-se no âmbito infraconstitucional”¹²⁵⁴.

Essa digressão é necessária para enfrentarmos uma seguinte questão. Na vigência do CPC/73, o TST, por meio de sua SBDI-2, editou a OJ 25 e pacificou o entendimento de que a expressão “lei”, contida no inciso V do art. 485 do CPC/73 impedia o cabimento de ação rescisória por “contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho”.

Vindo, porém a vigência do novo CPC, notadamente diante da redação do inciso V do art. 966 que substituiu a expressão “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente norma jurídica”, o TST, ao invés de promover o cancelamento da orientação, viu por bem alterá-la para dizer que “não procede pedido de rescisão fundado no art. 485, V, do CPC de 1973 quando se aponta contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho”¹²⁵⁵.

Interpretando o texto da orientação, é inequívoca a ideia de que, a contrário senso, não se tratando de ação rescisória fundada no art. 485, V do CPC/73, seria possível o cabimento de ação rescisória fundada no art. 966, V do CPC, em que se apontasse ofensa à convenção coletiva

¹²⁵³ Instrução normativa n. 39/2016.

¹²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 671.351**. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de abril de 2017.

¹²⁵⁵ Orientação Jurisprudencial n. 25 da SBDI-2.

de trabalho.

Também, imediatamente setores da jurisprudência trabalhista se movimentaram no sentido de que a substituição de uma expressão por outra acabava por abarcar o cabimento de ação rescisória fundada em violação de convenções coletivas de trabalho, diante de sua clara feição normativa, como ilustra o seguinte julgado proveniente do TRT fluminense:

AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 966, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. CABIMENTO. Certo que o trânsito em julgado do acórdão regional deu-se já na vigência do CPC/15, tem-se que o fundamento do pedido rescisório dá-se sob o inciso V do seu art. 966, cuja ampliação legislativa passou a abarcar a hipótese de violação a convenção coletiva de trabalho, por esta ostentar as características da norma jurídica: generalidade, abstração, imperatividade e coercitividade. Assim, inaplicável ao caso o óbice retratado na Orientação Jurisprudencial n. 25, da SDI-II do C. TST. Pedido rescisório julgado procedente¹²⁵⁶.

Analisando, porém, o sítio do TST, em busca de julgados que pudessem contribuir na compreensão dos rumos de sua jurisprudência, não foi possível identificar nenhum julgado no sentido de que, decisões judiciais transitadas em julgado na vigência do CPC de 2015, pudessem ser impugnadas por meio de ação rescisória sob a alegação de “manifesta violação de norma jurídica” operada no processo interpretativo de convenções coletivas de trabalho e ignoramos se o debate ronda aquela corte.

Isso, no entanto, não nos impede de concluir pela impossibilidade de cabimento de ação rescisória por violação de convenções coletivas de trabalho. Embora não se possa negar o caráter normativo dos instrumentos de negociação coletiva, mais do que isso, uma normatividade que se aproxima daquela extraída da lei estatal, dotada de generalidade e abstração, não se pode olvidar de que sua forma contratual impõe, inelutavelmente, uma abordagem subjetivista, fundada nos elementos fáticos, jurídicos, sociais, políticos e econômicos que orientaram a autonomia coletiva nas negociações.

Também, no que tange ao aspecto objetivo, a forma contratual impede uma interpretação isolada desse ou daquele dispositivo, sob pena de grave ofensa à justiça comutativa que se buscava estabelecer quando da negociação que redundou no texto. Interpretar uma convenção coletiva só é possível em sua integralidade. O que se está a dizer é que um instrumento voltado para o controle de ofensas à norma jurídica, como é o caso da ação rescisória por violação de normas jurídicas não pode operar sob uma perspectiva fática, sob pena de conversão da ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica em algo para

¹²⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. **AR 0102438-91.2019.5.01.0000**. Relator: Des. Maria Aparecida Coutinho Magalhães, 21 de outubro de 2021.

além de um recurso, isto é, um recurso ordinário.

Esse é o comando que se extrai do enunciado 410 da súmula de jurisprudência uniforme do TST quando exprime que “a ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda”. Permitir a análise dos fatos e das provas consideradas quando da decisão que outorgou essa ou aquela interpretação a uma convenção coletiva de trabalho, quando do julgamento da ação rescisória, implica na possibilidade de se discutir a justiça da decisão em uma total banalização do instrumento mais grave do processo brasileiro. Nem mesmo no julgamento de recursos de natureza excepcional, a análise de cláusulas contratuais, exatamente por demandar ampla análise fático-probatória, é viável, conforme se extrai dos enunciados 7 e 454 das súmulas de jurisprudência do STJ e do STF, respectivamente.

Se na interpretação de cláusulas contratuais o elemento volitivo das partes sobrepuja até mesmo a literalidade das disposições escritas, é consequência natural que a interpretação se desenvolva essencialmente no mundo dos fatos, pois é só nesse plano que se pode intentar a reconstrução da vontade expressa na letra fria de uma cláusula¹²⁵⁷, sendo, por isso, necessário um escrupuloso processo de investigação das vontades, o que acabaria por transformar a ação rescisória em uma espécie de quarta instância recursal.

Mais grave que isso é que, se é cabível ação rescisória de acórdãos proferidos em ação rescisória e os fatos pudessem compor o julgamento e controle da ofensa, a própria noção de coisa julgada estaria comprometida. Sempre se poderia questionar os acórdãos proferidos em sede de ação rescisória por violação de convenção coletiva de trabalho, sempre sob acusação de a convenção não ter sido interpretada de modo adequado.

Embora as convenções coletivas de trabalho sejam dotadas de densidade normativa semelhante, senão mais importante do que as próprias leis, podendo sobrepô-las, a análise de sua violação não se dissocia da análise dos fatos, por isso a inviabilidade de ação rescisória por violação de convenções coletivas de trabalho.

A ordem jurídica é um sistema que para manter essa característica demanda integridade e coerência¹²⁵⁸. Não é possível imaginar que o sistema tenha fechado a via dos recursos extraordinários para os fatos, para abrir a via da ação rescisória. Menor seria o inconveniente do contrário. As convenções coletivas apresentam feição normativa própria das leis e se veiculam por meio de textos normativos, porém sua interpretação se dá eminentemente no

¹²⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 4223-77.2011.5.04.0000**. Relator: Min. Luiz José Dezena da Silva, 17 de maio de 2019.

¹²⁵⁸ Essa é a lógica que permeia o art. 926 do CPC/2015.

mundo dos fatos o que impede o cabimento de ação rescisória em caso de eventual violação.

4.7 A ação rescisória calcada na violação de disposições contratuais individuais

Neste instante da pesquisa, nosso propósito é o de investigar se existe viabilidade no manejo de ação rescisória para a desconstituição de uma decisão judicial transitada em julgado que, eventualmente, tenha violado uma disposição contratual. O alcance desse propósito passa pela verificação panorâmica do fenômeno da contratualidade, perscrutando suas origens, poder que atua em sua celebração, conceituação na modernidade, função social e, sobretudo, se essa entidade é fonte de normatividade jurídica, já que, apenas a violação de normas jurídicas é que pode dar sustentáculo à ação rescisória de que tratamos nesse trabalho.

Com relação ao poder que atua na celebração de disposições contratuais, não há dúvidas de que se trata da autonomia privada individual, autonomia essa, que não se distingue substancialmente da autonomia privada coletiva, já tratada no item anterior, pelo que o leitor é reconduzido àquelas linhas para a compreensão. Sobre a autonomia da vontade privada vale, para este momento, apenas recordar que sua natureza jurídica é de poder normativo originário e anterior ao próprio Estado¹²⁵⁹.

4.7.1 Origens do fenômeno da contratualidade

A origem do fenômeno da contratualidade, assim compreendida como um congresso de vontades, tem início coincidente com o da própria história das civilizações que, segundo algumas vertentes, nada mais são do que um grande contrato social¹²⁶⁰. É inegável que a vida em sociedade pressupõe um determinado grau de avença entre seus membros, de modo a tornar possível a própria convivência. É isso que Amós pretendia demonstrar ao indagar: “andarão dois juntos, se não estiverem de acordo”¹²⁶¹?

Antes do florescimento de qualquer das formas sociais modernas, gregos e varegues já mercanciavam amparados por disposições contratuais¹²⁶² expressas ou tácitas que regeram essa importante relação comercial dando origem aos eslavos. Hebreus, egípcios, gregos, todos contrataram ao longo de sua existência histórica e desenvolvimento como sociedade, até que

¹²⁵⁹ SANTOS, 2014, pp. 139, 141.

¹²⁶⁰ ROUSSEAU, J-J. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 20-23.

¹²⁶¹ THOMPSON, 2007, p. 828.

¹²⁶² PACHUCANIS, 2017, p. 97.

essa tecnologia é alcançada pelo “gênio jurídico dos romanos”¹²⁶³ que, a partir do gênero convenção, o distinguia as espécies em contrato e pacto, afirmando que o primeiro tipo “consistia em relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações civis, enquanto o pacto era protegido, apenas, por uma *exceptio*”¹²⁶⁴.

Além disso, os romanos teriam classificado os contratos em quatro categorias, quais sejam, consensuais, reais, verbais e literais, essa última, caracterizada pela forma escrita, teria sido desconhecida do direito de Justiniano¹²⁶⁵. Caio Mário ensina que, ato contínuo, o direito canônico assimilou o contrato como sendo instrumento pelo qual as partes poderiam criar direitos e obrigações, de modo que seu descumprimento equivaleria ao próprio pecado da mentira, sujeitando o transgressor a penas divinas, dando, assim, origem à lógica de que o contratado deve ser cumprido¹²⁶⁶.

Embora os contratos existissem e fossem utilizados, sua penetração nas relações sociais, nem de longe alcançava aquilo que em breve viria ocorrer quando do florescimento do modo de produção capitalista. Em tempos pretéritos à generalização da forma mercantil, os fatores econômicos e políticos se agregavam em um só centro que era o senhor de escravo ou o senhor feudal, a depender do período. Essa concentração de poder político e econômico nas mãos de uma determinada estrutura de mando, era facilitadora das relações sociais e do controle da vida nas sociedades pré-capitalistas¹²⁶⁷.

Sobrevindo o capitalismo, marcado pelo predomínio da divisão social do trabalho e da circulação mercantil, o controle social cresce em complexidade, as relações sociais passam ser, de modo generalizado, relações contratuais¹²⁶⁸ e, na multidão dos desdobramentos dessa nova sociabilidade, o uso do contrato como fonte de produção do direito se prolifera até alcançar seu ápice na etapa seguinte da revolução burguesa, a revolução industrial¹²⁶⁹. Sobre esse episódio da história Arnaldo Wald registra que:

Constituiu, assim, contrato o instrumento eficaz da economia capitalista na sua primeira fase, permitindo em seguida a estrutura das sociedades anônimas as grandes concentrações de capitais necessários para o desenvolvimento da nossa economia em virtude do grande progresso técnico, que não admite concorrência de esforços individuais e exige a criação de grandes unidades financeiras (*holdings, trusts* e

¹²⁶³ RIZZARDO, A. **Contratos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 7-8.

¹²⁶⁴ GOMES, O. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 20.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹²⁶⁶ PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil: fontes das obrigações, contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3, p. 19.

¹²⁶⁷ MASCARO, 2013, p. 17

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 17

¹²⁶⁹ RIZZARDO, 2014, p. 8.

conglomerados)¹²⁷⁰.

O impulso da forma contratual, elemento característico do liberalismo econômico foi tão intenso que o art. 1.134 do código civil francês fez constar que “as convenções têm valor de lei entre as partes”, o que se converteu em verdadeira máxima das sociedades rebocadas pela cultura francesa, ao ponto de Orlando Gomes afirmar que “o princípio da força obrigatória consubstancia na regra de que o contrato faz lei entre as partes”, “como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”¹²⁷¹.

Miguel Reale vê no contratualismo “a alavanca do Direito na época moderna”, “da idéia do indivíduo em estado de natureza, sem leis, sem normas, surge a idéia da possibilidade de contratar. Da possibilidade de contratar deriva o fato do contrato; e do contrato, a norma”¹²⁷².

4.7.2 A moderna conceituação do contrato e sua função social

O significado da expressão contrato não é linear na história, sendo registrado haver cizânia sobre corresponder ao vínculo jurídico ou ao acordo de vontades e ainda se registra debate sobre ser o contrato “o acordo de vontades necessária ao nascimento da relação jurídica obrigacional” ou “a própria relação”, prevalecendo, no entanto, que o “acordo e relação se apresentam respectivamente como aspectos subjetivo e objetivo da mesma entidade jurídica”¹²⁷³.

Sem embargos do interesse que o assunto desperta, a pretensão de nossa pesquisa se satisfaz com a moderna conceituação de contrato, formada da junção de diversos pensamentos, dentre os quais, o pensamento dos canonistas e da escola do direito natural, e que, segundo Orlando Gomes é o “negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes [...] é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral” e que assume duas acepções, sendo a primeira em sentido amplo, o negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades” e no sentido mais restrito, “o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”, mas não somente criar obrigações, podendo, outrossim, modifica-las ou extingui-las, que não se confunde com o instrumento que o reduz a termo, podendo ser celebrado de modo verbal ou escrito, não estando sua existência ligada à sua

¹²⁷⁰ WALD, A. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972, p. 154.

¹²⁷¹ GOMES, 2022, p. 32.

¹²⁷² REALE, 1965, p. 557.

¹²⁷³ GOMES, 2022, p. 18.

instrumentalização, desde que haja o “encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua”¹²⁷⁴.

No que tange a sua função social, Orlando Gomes afirma que, “a regra da autonomia da vontade representa menos um princípio do que uma política negativa, de abstenção, de não intervenção. Corresponde, no plano jurídico, à concepção liberal do Estado”¹²⁷⁵. Essa foi a lógica sob a qual o contrato, como fonte de direitos e obrigações havia sido forjado: a forja da liberdade de contratar nos moldes do pensamento liberal, contudo, como mais uma vez observado por Orlando Gomes:

Mas, de tal modo se abusou dessa liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais, que a reação cobrou forças, inspirando medidas legislativas tendentes a limitá-las energicamente. O pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta¹²⁷⁶.

A esse movimento de reação e restrição da liberdade de contratar, denominou-se dirigismo contratual, em que a política do Estado moderno é a de se abster de interferir nas relações contratuais, exceto se houver transbordamento das funções sociais¹²⁷⁷ e, sendo o contrato nada mais do que forma reflexa do próprio direito de propriedade privada¹²⁷⁸, todas as lições aplicáveis à função social da propriedade lhe são aplicáveis, devendo ser “ser socialmente útil”¹²⁷⁹, o que para Silvio Rodrigues, corresponde à “indispensável circulação de bens”, portanto, a função social dos contratos seria a própria realização garantida da troca mercantil¹²⁸⁰.

4.7.3 A normatividade jurídica das disposições contratuais

Na 4ª edição de sua obra, datada de 1973, Orlando Gomes afirma que “sob o aspecto material, o contrato apresenta-se como sendo um conjunto de proposições”, isto é, “o *contexto* de um contrato constitui-se de série ordenada de proposições, que se chamam *cláusulas*”¹²⁸¹. Uma leitura desatenta desse ponto poderia levar o leitor à inadequada conclusão de que o

¹²⁷⁴ Ibid., pp. 4, 5, 9 e 10.

¹²⁷⁵ GOMES, 1973, p. 30.

¹²⁷⁶ GOMES, 2022, p. 25.

¹²⁷⁷ RIZZARDO, A. **Contratos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 31-32.

¹²⁷⁸ RODRIGUES, 2003, p. 11.

¹²⁷⁹ GOMES, 2022, p. 20.

¹²⁸⁰ RODRIGUES, 2003, p. 11.

¹²⁸¹ GOMES, 1973, p. 27.

contrato não teria força normativa, pois conforme bem explicita Kelsen, proposições jurídicas e normas jurídicas são inconfundíveis:

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são – como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma – instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência - não "ensina" nada. Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos¹²⁸².

Embora Orlando Gomes faça uso da expressão “aspecto material”, da leitura do texto se extrai a referência à forma de exteriorização da avença. Essa advertência é importante para que não se confunda a expressão “material” com “substância”. A forma contratual pode ser propositiva, mas o seu conteúdo é normativo. Na 28ª edição da mesma obra, há uma sutil correção que apaga a confusão, já que nessa nova publicação, fala-se em “conjunto de disposições”¹²⁸³.

Atento para a disputa acerca de qual seria a causa eficiente que daria contornos jurídicos aos contratos, Orlando Gomes aponta para três correntes, a corrente subjetiva, que aponta como causa suficiente a própria autonomia da vontade privada, a objetiva que subordinam a eficiência ao direito objetivo e a corrente eclética, que afirma que, tanto a vontade sem a lei e a lei sem a vontade são insuficientes para a formação de efeitos jurídicos¹²⁸⁴.

O autor adere à terceira corrente e diz que, “o próprio mecanismo da vontade contraria a afirmação de que possa, por si só, determinar os efeitos jurídicos que tende a suscitar”¹²⁸⁵. Dito de outra forma, Orlando Gomes afirma que o simples ato de querer é insuficiente para

¹²⁸² Kelsen, 2009, pp. 80-81.

¹²⁸³ Gomes, 2022, p. 16.

¹²⁸⁴ Gomes, 1973, p. 24.

¹²⁸⁵ Ibid., p. 24.

gerar normatividade, contudo, o autor parece ignorar que o contrato não diz respeito à vontade de uma só parte, mas de duas ou mais. Não é a lei quem impulsiona as consequências jurídicas da contratação, fazendo com que a disposição de vontades se transporte de plano abstrato para o concreto¹²⁸⁶.

A postura constitucional que tutela a livre iniciativa (CF/88, art. 1º, IV) e o parágrafo único do art. 421 do CCB ao dispor que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, enunciam que as disposições contratuais irradiam efeitos jurídicos que podem ser esterilizados pela lei¹²⁸⁷, não constituídos por ela. As consequências normativas da contratação privada, se lastreiam na “concepção moderna da autonomia da vontade com expressão social de tudo aquilo que vem inserido na lei, conceito certo de onde se origina a fonte criadora de todos os direitos subjetivos, pelo simples acordo das vontades humanas, quando livremente manifestadas”¹²⁸⁸.

O contrato, enquanto ajuste de vontades, nada mais faz do que exteriorizar autonomia privada que “é o poder de autorregulamentação dos próprios interesses”¹²⁸⁹ e que tem como natureza jurídica ser um poder normativo originário e anterior ao próprio Estado¹²⁹⁰.

Se o contrato pode ser conceituado como um negócio jurídico consistente na reciprocidade da declaração de vontades para que, por meio delas, se produzam efeitos jurídicos específicos, não há como negar a sua natureza normativa, pois que presentes tanto a imperatividade como o autorizamento que caracterizam as normas jurídicas em geral, dando-lhes especificidade em relação às demais espécies normativas¹²⁹¹.

A corrente capitaneada por Carriota Ferrara, considera exagerado atribuir carga normativa às cláusulas contratuais, uma vez que são desprovidos de generalidade e abstração, restringindo-se aos contratantes e divergindo das normas jurídicas quanto ao método de interpretação¹²⁹².

Esse pensamento, entretanto, peca por conceber que natureza normativa de determinada

¹²⁸⁶ Kelsen trabalha a ideia de normas jurídicas não-autônomas, que ocorre quando uma norma prescreve uma conduta, mas a sanção para seu descumprimento encontra-se numa segunda norma. Esse processo torna as duas normas interligadas com subtração da autonomia da primeira, mas não sua feição normativa. Na verdade, se bem compreendido o exemplo de Kelsen a referência é à coercibilidade e não à sanção, esta estará presente nos ajustes contratuais. Kelsen aponta que “são ainda normas não-autônomas as normas jurídicas que conferem competência para realizar uma determinada conduta desde que por ‘conferir competência’ estejamos a conferir a um indivíduo um poder jurídico, ou seja, conferir-lhe o poder de produzir normas jurídicas” (KELSEN, 2009, p. 60-62).

¹²⁸⁷ KELSEN, 2009, p. 62.

¹²⁸⁸ RIZZARDO, 2014, pp. 31-32.

¹²⁸⁹ MAGANO, 1972, p. 14.

¹²⁹⁰ SANTOS, 2014, pp. 139, 141.

¹²⁹¹ DINIZ, 2019, p. 154.

¹²⁹² GOMES, 2022, p. 14.

disposição depende de generalidade e abstração. Essas características não são determinantes para caracterizar determinada disposição como norma jurídica, bastando como exemplo, a sentença judicial, que é norma jurídica concreta e individual, proferida para determinada situação posta em juízo. Há normas jurídicas que são dotadas de generalidade e abstração, como as leis do Estado, mas há também normas jurídicas concretas e individuais, como as decisões judiciais e as disposições contratuais, ainda que não sejam normas jurídicas autônomas.

A caracterização de uma norma como jurídica, reclama apenas a presença de duas características: a imperatividade e o autorizamento¹²⁹³. A imperatividade do contrato resulta de sua força obrigatória que o converte, metaforicamente, em “lei entre as partes [...] como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”¹²⁹⁴, o que fica bastante claro da redação do art. 427 do CCB, que impõe sujeição dos contratantes até mesmo na fase de formação do contrato¹²⁹⁵.

Também da força obrigatória dos contratos resulta autorizamento, que é uma permissão para que o prejudicado pelo descumprimento do contrato exija o seu cumprimento ou a reparação correspondente, isto é, “após a ação violadora da norma jurídica, a própria norma violada autoriza a reação competente”¹²⁹⁶. Presentes a imperatividade e o autorizamento, não há como negar força normativa aos contratos.

4.7.4 A (im)possibilidade do cabimento da ação rescisória calcada na violação de disposições contratuais individuais

Temos afirmado que as disposições contratuais individuais, por serem dotadas de imperatividade e autorizamento, são fontes normativas e, nessa medida, são passíveis de violação, já que a ideia de norma pressupõe sua transgressão¹²⁹⁷. Descumprida a avença, surge para o prejudicado a autorização de pleitear junto ao Poder Judiciário as providências necessárias para compelir o transgressor ao cumprimento do contrato, ou então, à recomposição patrimonial da parte lesada¹²⁹⁸.

É possível que ao submeter-se a controvérsia ao crivo do juiz, este, em sua atividade cognitiva, acabe por dar ao contrato interpretação diversa daquela resultante das vontades em ajuste, acabando por violar os termos do contrato.

¹²⁹³ DINIZ, 2019, p. 154.

¹²⁹⁴ GOMES, 2022, p. 32.

¹²⁹⁵ RODRIGUES, 2003, p. 71.

¹²⁹⁶ DINIZ, 2019, p. 133.

¹²⁹⁷ PACHUCANIS, 2017, p. 166.

¹²⁹⁸ DINIZ, 2019, p. 133.

Considerando que o art. 966, V do CPC, submete à rescindibilidade a decisão judicial que “violiar manifestamente a norma jurídica”, a indagação que se põe é: a decisão judicial transitada em julgado proferida em violação do pacto privado seria passível de impugnação pela via da ação rescisória?

A primeira providência para a resposta, consiste em perquirir sobre a existência ou não de uma função social-econômica do contrato, já que sua tutela jurídica está intrinsecamente ligada a essa condição, de modo que “os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica”¹²⁹⁹. Não deviam, sequer ter sido objeto de conhecimento no processo matriz. De todo modo, havendo sido negligenciada essa circunstância, é possível fazê-la quando da análise da ação rescisória.

A segunda medida é verificar a forma com que o contrato foi celebrado, isto porque, em concordância com a lição de Marinoni e Mitidiero, no sentido de que “o que autoriza a ação rescisória é a necessidade de tutela do [...] significado normativo do texto que serve à decisão justa”¹³⁰⁰, não haveria espaço sequer para debater o cabimento de ação rescisória para controle de ofensa a normas não escritas, como seriam os contratos verbais. Se nem mesmo o contrato verbal é manifesto, não é possível uma ofensa manifesta a seus termos, seria necessário, antes de tudo provar sua existência e conteúdo.

Na vigência do CPC/39, embalado pelo aforismo de que o contrato faria lei entre as partes¹³⁰¹, houve quem cogitasse do uso da ação rescisória para a desconstituição de decisões que violassem a norma jurídica vertida de contratos escritos. Essa possibilidade, entretanto, foi expressamente rechaçada no art. 800 daquele diploma que dispunha que, “a injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória”.

Esse dispositivo não foi repetido pelo legislador do CPC/73, entretanto, jamais se cogitou de que essa alteração teria alargado o espectro de cabimento da ação rescisória. Nem mesmo os setores doutrinários que defendiam o cabimento de ação rescisória pela violação de princípios jurídicos jamais dedicou uma só linha doutrinária em defesa dessa outra possibilidade.

Mesmo se tratando de contratos escritos, eventual decisão que ofensa a normatividade que dele se extraia não poderá ser objeto de rescisão, e a razão pela qual essa operação se torna inviável está centrada no fato de que o processo de interpretação da norma contratual, o que

¹²⁹⁹ GOMES, 2022, p. 20.

¹³⁰⁰ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 21.

¹³⁰¹ GOMES, 2022, p. 32.

seria imprescindível à análise de violação ocorrida na decisão rescindenda, não se faz de divorcia da análise fática.

Interpretar uma cláusula contratual, atividade que consiste em “esclarecer o sentido das declarações e determinar o significado do acordo ou consenso¹³⁰²” para a extração da norma nela involucrada, só é possível por meio de uma abordagem subjetiva, em que o intérprete procurará reconstituir a vontade dos contratantes, o que não se revela possível sem uma detida análise dos fatos que deram movimento às vontades pactuantes. Nesse tipo de processo, em que o elemento volitivo se sobressai até mesmo às disposições escritas, a interpretação de seu conteúdo não se pode fazer de modo seccionado e sem ser precedido de uma detida análise dos fatos considerados antes, durante e depois da contratação¹³⁰³.

A própria razão pela qual a ação rescisória é politicamente conferida – a manutenção da ordem jurídica que ampara as relações de troca e circulação da mercadoria –, acaba por convertê-la em um instrumento de controle da ofensa à norma jurídica, isto é, do significado normativo do texto de um texto jurídico que embasa a decisão judicial justa¹³⁰⁴, e um instrumento com essa vocação não pode estar a serviço de revisões fáticas, sob pena de se convolar em recurso ordinário à disposição das partes para a rediscussão de fatos e da própria justiça da decisão.

Para esse momento, vale aquilo que dissemos quando da análise da possibilidade de ação rescisória pela violação de convenções e acordos coletivos de trabalho. Nem mesmo os recursos de natureza extraordinária admitem a análise de cláusulas contratuais, e a razão para isso não é outra que não o fato de que, na interpretação de cláusulas contratuais, o elemento volitivo das partes sobrepuja até mesmo a literalidade das disposições escritas, e, em consequência disso, sua interpretação não se revela possível para longe da análise fática¹³⁰⁵, sendo, por isso, necessário um escrupuloso processo de investigação das vontades, o que acabaria por transformar a ação rescisória em uma espécie de quarta instância recursal¹³⁰⁶.

Assim como as convenções e acordos coletivos de trabalho, as disposições contratuais individuais escritas se revelam como fontes de normas jurídicas, veiculadas por meio de textos normativos, porém sua interpretação se dá eminentemente no mundo dos fatos o que impede o cabimento de ação rescisória em caso de eventual violação. Discutir o acerto ou desacerto na

¹³⁰² Ibid., p. 207.

¹³⁰³ VIGO, 2005, pp. 162-163.

¹³⁰⁴ A justiça aqui é empregada no contexto do formalismo, onde justo é aquilo que é conforme a lei.

¹³⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 4223-77.2011.5.04.0000**. Relator: Min. Luiz José Dezena da Silva, 17 de maio de 2019.

¹³⁰⁶ Depois dos tribunais locais, dos tribunais superiores e do próprio STF, restaria, ainda, a ação rescisória.

análise da prova ou interpretação dos fatos equivale, em última instância, à possibilidade de impugnar a justiça da decisão, e isso não se mostra viável em sede de ação rescisória.

4.8 A ação rescisória calcada na violação de costumes jurídicos

Antes que fosse a lei, era o costume. “Historicamente, o costume é a forma primeira de elaboração da norma jurídica”¹³⁰⁷, Piotr Stutchka afirma que “as leis originárias eram, geralmente, provérbios, ditos, rimas, amplamente conhecidas das massas populares” e que se consubstanciavam em costumes transmitidos oralmente “da prática, do trabalho ou ainda dos contos maravilhosos”, geralmente “em forma poética, quase sempre em rimas”, sendo essa uma estratégia que permitia a penetração dos costumes na memória da sociedade que os concebiam como sendo herdados de Deus ou de algum ancestral¹³⁰⁸.

Por isso mesmo é que em Roma a palavra “*carmen*”, poderia traduzir a ideia de lei ou de canção; também na Grécia, a expressão “*nomos*”, que nos legou a palavra norma, significava lei ou canção, da mesma forma que as leis dos bardos eram cantadas e as “leis de Ísis, de Drácon, e Sólon, as 12 Tábuas etc. eram em versos”¹³⁰⁹.

Sob a abordagem da sociologia do direito, o costume estaria na própria base do edifício da ordem jurídica, dirigindo a maneira pela qual o direito do Estado se desenvolve e é aplicado pelos administradores da justiça¹³¹⁰. Tão poderosa é a força dos costumes no tecido do ordenamento jurídico, que o intenso ataque da Escola positivista, na tentativa de negá-lo como fonte normativa¹³¹¹, não prosperou, fazendo com que, a contragosto, fosse admitido, até mesmo, como espécie de direito posto, desde que uma determinada constituição assim o previsse¹³¹².

A concepção positivista, notadamente a dos *pandectistas*, não via sequer a possibilidade de o costume espalhar efeitos jurídicos sem a mediação da lei, pois esta é que lhe conferiria caráter de direito positivo¹³¹³.

Negar a força normativa dos costumes diante da realidade experimentada por séculos na Inglaterra, em que o direito teria como fonte preponderante os costumes, seria, minimamente, uma delinquência de cátedra. A própria experiência inglesa é demonstrativo, em um só

¹³⁰⁷ PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1, p. 57.

¹³⁰⁸ STUTCHKA, 2023, pp. 249-250.

¹³⁰⁹ Ibid., p. 251.

¹³¹⁰ DAVID, 2002, p. 143.

¹³¹¹ Ibid., p. 143.

¹³¹² Kelsen, 2009, p. 250-254.

¹³¹³ REALE, 1965, p. 368.

momento, de que as leis provêm do Direito e não o Direito das leis, que não podem abarcá-lo por completo¹³¹⁴.

Essa constatação, entretanto, não altera o fato de que a concepção adotada em decorrência da vitória da revolução burguesa – o positivismo jurídico –, acabou por relegar, ainda que de modo artificial, um papel secundário ao costume, condicionando sua incidência na regência das relações sociais à ausência de direito Estatal e de compatibilidade com o sistema jurídico, ou seja, o positivismo jurídico, ainda que não tenha logrado eliminar o costume como fonte de normatividade, retirou-lhe a majestade que ostentava em outros momentos da história. O reverso dessa posição que procura renegar a autoridade dos costumes se vê, claramente, na proposição da escola sociológica, que procura emprestar aos costumes uma autoridade que também nunca ocupou, ao menos de modo isolado¹³¹⁵.

Mesmo do ponto de vista dos ordenamentos jurídicos positivistas, o tratamento dado aos costumes pode variar. França, Itália e Áustria, por exemplo, adotam a compreensão de que a aplicação de costumes na resolução de contendas, só se viabiliza se a lei expressamente remeter os juízes a essa espécie normativa; Alemanha, Suíça e Grécia, no entanto, e em clara influência da concepção historicista do direito, acabam por dar tratamento idêntico à lei e aos costumes, situando ambas as espécies no mesmo plano de autoridade normativa¹³¹⁶.

Esta etapa de nosso trabalho é dedicada: i) à compreensão do costume jurídico e sua conceituação; ii) estudo das espécies de costume jurídico; iii) à forma de manifestação dos costumes jurídicos; iv) funções dos costumes jurídicos no ordenamento jurídico; v) posição dos costumes jurídicos no ordenamento brasileiro; vi) a prova de sua existência, vigência e conteúdo dos costumes jurídicos.

A finalidade dessas análises é a verificação da possibilidade, ou não, do uso da ação rescisória para a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado que, eventualmente, tenha ofendido a norma jurídica consuetudinária.

4.8.1 O costume jurídico e sua conceituação

Iniciemos essa abordagem pela própria expressão, pois enquanto alguns se referem a

¹³¹⁴ STUTCHKA, 2023, pp. 98-246.

¹³¹⁵ DAVID, 2002, p. 143.

¹³¹⁶ Ibid., pp. 143-144.

costumes¹³¹⁷, outros fazem uso da expressão usos e costumes¹³¹⁸, ao passo que outros distinguem entre usos e costumes¹³¹⁹.

De acordo com a doutrina que distingue usos de costumes, valendo-se da relação de emprego como ilustração, haveria nítida distinção, pois:

Por *uso* entende-se a prática habitual adotada no contexto de uma relação jurídica específica, envolvendo as específicas partes componentes dessa relação e produzindo, em consequência, efeitos exclusivamente no delimitado âmbito dessas mesmas partes. Nessa acepção, o uso não emerge como ato-regra – não sendo, portanto, norma jurídica. Tem, assim, o caráter de simples *cláusula* tacitamente ajustada na relação jurídica entre as partes envolvidas (cláusula contratual). [...] Por *costume* entende-se, em contrapartida, a prática habitual adotada no contexto mais amplo de certa empresa, categoria, região, etc., firmando um modelo ou critério de conduta geral, impessoal, aplicável *ad futurum* a todos os trabalhadores integrados no mesmo contexto. Os costumes têm, assim, caráter inquestionável de atos-regras, isto é, normas jurídicas. Essa nítida diferença de natureza em face dos usos é que responde pela circunstância de os diplomas normativos tecnicamente mais bem elaborados do que a CLT (como o CPC, art. 126; e a Lei de introdução ao Código Civil, art. 4º) referirem-se somente aos costumes como fontes jurídicas supletivas, silenciando-se no tocante à figura dos usos¹³²⁰.

Se bem pudemos compreender a doutrina acima transcrita, a distinção mais evidente entre um costume e o uso seria o âmbito de incidência dessa ou daquela figura, onde o uso, dado a sua restrição a uma relação mais diminuta, sequer se revestiria de normatividade jurídica, se equiparando a uma cláusula contratual, já que apenas a generalidade e a abstração tornariam a conduta consuetudinária normativa.

Se assim o é, temos de destacar que a doutrina padece de algumas imprecisões e a primeira delas é a de tentar fazer com que o conceito de norma jurídica se reduza a figuras dotadas de generalidade e abstração, pois assim como já ponderamos, existem normas jurídicas gerais e abstratas assim como normas jurídicas, concretas e particularizadas, como são as decisões judiciais, sendo que a natureza normativa se deflui da imperatividade e autorização e não da generalidade e abstração¹³²¹.

Ainda que o uso se caracterizasse como figura correlata a uma disposição contratual privada, haveria, por essa razão, normatividade subjacente.

Sobre esse assunto, são oportunas as letras de De Plácido e Silva, pois além dissipar a contenda em tono da existência ou não dos usos e costumes, apresenta uma conceituação bastante lúcida sobre a expressão costume:

¹³¹⁷ PEREIRA, 2022, p. 57.

¹³¹⁸ REALE, 2002, p. 149.

¹³¹⁹ BARROS, 2011, p. 130.

¹³²⁰ DELGADO, 2011, p. 162.

¹³²¹ DINIZ, 2019, p. 154.

Derivado do latim *consuetudo*, designa o vocábulo tudo que se estabelece por força do *hábito* ou do *uso*. Embora se procure fazer distinção entre uso e costume, tecnicamente, revelam-se equivalentes, aplicando-se indistintamente como sinônimos. Entanto, *costume* aplica-se mais especialmente ao procedimento particular das pessoas, em cujo sentido se dizem *bons* ou *maus costumes*, enquanto o *uso*, em acepção jurídica, mais se toma pela *norma* geral ou pela *regra* habitualmente em voga em certo local. Não obstante, na tecnologia jurídica, *costume* vem mostrar o princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo *uso*, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de determinados atos. Nesse sentido, então, afirma-se que o costume tem força de lei (*Consuetudo parem vim habet cum lege*). E, em tal circunstância, é compreendido como a lei que o uso estabeleceu, e que se conserva, sem ser escrita, por uma longa tradição: *Lex non scripta, diuturni mores consensu utentium comprobati*. A reunião de regras, derivadas dos costumes, dizem-se *Direito Costumeiro*. A eficácia do costume assenta na sua antiguidade e em não se mostrar contrário a princípio estrito. A antiguidade é decorrente de sua *constância* evidenciada, sem qualquer oposição, que indique a não aceitação dela como *regra geral*, pois que, somente se impõe, quando todos, sujeitos a ela, habitualmente, tradicionalmente, a vêm admitindo como uso. Outrora dizia-se que sua força vinha de *cem anos de uso*, e que *fosse racionável*, sem oposição à lei escrita. Era o preceito da lei de 18 de agosto de 1769, §§ 12 e 14. Nossas leis mandam que sejam admitidos, quando as regras, que impõem, se mostram o *costume do lugar* ou os *usos locais*. E, dessa forma, desde que *constante*, formando o *uso*, que todos aceitam, está firmado o *costume*, para que não somente seja um fiel intérprete da lei (*Consuetudo est optima legum interpres*), como possa valer tanto quanto a prescrição da lei (*Consuetudo potest quidquid potest praescriptio*). Mas, quando alegado, deve o *costume* ser provado. É o princípio que se firma em nossa lei processual (art. 212). E essa prova se permite por quaisquer dos meios admitidos em Direito¹³²².

Não há distinção entre usos e costumes, um significa o outro, pois são sinônimos, sendo normas jurídicas que decorrem das próprias formações sociais, do seu modo de ser e pensar o direito e a justiça.

4.8.2 As espécies de costumes jurídicos

A doutrina comumente tem classificado os costumes jurídicos em três categorias distintas, a saber: o costume jurídico *praeter legem*, o costume jurídico *secundum legem* e o costume jurídico *contra legem*¹³²³, sendo que ao lado dessas espécies, Tércio Sampaio acresce um quarto tipo que seria o costume jurisprudencial¹³²⁴.

A primeira espécie de costumes, *praeter legem*, designaria aqueles usos que, diante de deficiências ou mesmo ausência de lei estatal, se desenvolveriam no seio da sociedade como

¹³²² SILVA, 1990, p. 577.

¹³²³ DELGADO, 2011, 163.

¹³²⁴ FERRAZ JR, 2018, p. 200.

forma de integração do ordenamento jurídico, dando-lhe, por assim dizer, complemento¹³²⁵.

Com relação à segunda espécie de costume, *secundum legem*, parte da doutrina o conceitua como sendo aquele recepcionado pela lei em seu conteúdo¹³²⁶, ao passo que a segunda corrente, o aponta como uma espécie de costume estabelecido em decorrência de uma forma de compreender a lei e aplicá-la, de modo que, nessa perspectiva, não seria a lei quem assimila o costume, mas sim o contrário e seria, como nas palavras de Caio Mário, um “adminículo hermenêutico”¹³²⁷, isto é, uma auxiliar interpretativo da lei. Exatamente como anunciavam os romanos ao dizer que *consuetudo est optima legum interpres*, que em tradução livre, pode ser tido como sendo: o costume é um ótimo intérprete das leis.

Essa conceituação do costume *secundum legem* como sendo uma forma de exteriorização da compreensão da lei, dando assim os contornos de sua aplicação, parece encontrar base teórica e legitimador na doutrina de Habermas, para quem, a legitimidade da norma jurídica esta intrinsecamente associada ao seu processo de construção social, onde a norma, por pertencer à sociedade, deve ser por ela construída a partir de uma ampla participação popular¹³²⁸. O direito é um dado social, e como tal, não pode ser apropriado por esse ou aquele setor da sociedade, nem mesmo pelos juristas, que a todo tempo pretendem reduzi-lo à sua gramática, a fim torná-lo simples instrumento tecnológico.

A terceira espécie de costume seria a *contra legem*, ou como prefere René David, *adversus legis*¹³²⁹, e que se distingue de um ilícito de natureza penal pelo elemento volitivo, já que nessa espécie de conduta social, o agente, longe de estar desafiando a ordem jurídica, imagina estar dando cumprimento a ela.

Caio Mário, atento à postura destacadamente positivista do direito brasileiro, afirma que apenas o costume *praeter legem* e o costume *secundum legem* é que podem ter sua existência jurídica preservada, numa posição clara de que o costume então teria seu fundamento de validade mediado pela lei, sem o que não haveria caráter positivo¹³³⁰. Mauricio Godinho Delgado, afirma que no campo do direito do trabalho, haveria tratamento distinto para o costume *contra legem*, de modo que se fosse benéfico ao trabalhador, mesmo contrário à lei, espraiairia efeitos normativos¹³³¹.

¹³²⁵ PEREIRA, 2022, p. 59.

¹³²⁶ BARROS, 2011, p. 131.

¹³²⁷ PEREIRA, 2022, p. 59.

¹³²⁸ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 223.

¹³²⁹ DAVID, 2002, p. 144.

¹³³⁰ PEREIRA, 2022, p. 59.

¹³³¹ DELGADO, 2011, 163.

Essa lição é, contudo, equivocada, pois o costume benéfico ao trabalhador, nunca poderá ser contrário à lei estatal, já que, na dicção do art. 7º da CF/88, os direitos trabalhistas reconhecidos pelo Estado são mínimos, não afastando outros que visem a melhoria das condições sociais da classe trabalhadora. Em termos de direito do trabalho, diferenciar-se da legislação estatal não é necessariamente contrária-la. Imaginemos a hipótese de uma lei que faça previsão de pagamento de adicional de horas extras de 50% do valor da hora normal de trabalho, porém, em decorrência de um determinado costume, o adicional quitado seja na ordem de 60%. Não haverá costume contra a lei, pois leis trabalhistas servem de fixação de um mínimo existencial, não impedindo o estabelecimento de critérios mais benéficos.

Por fim, em relação ao costume jurisprudencial, próprio dos sistemas da *common law*, Tércio Sampaio, esclarece que, se trata do hábito de se julgar a partir da citação de casos e decisões precedentes e que, num primeiro momento não se via como algo vinculativo, nem de modo vertical e nem de modo horizontal, mas que, com o passar dos anos, assumiu um caráter de vinculação, ao ponto de consagrar-se por meio da doutrina do *stare deisis*¹³³². A sorte desse costume foi diversa em ordenamentos que, como o brasileiro, adotaram a tradição romanística e que, tradicionalmente, nunca constrangeu julgamentos, embora sempre se tenha utilizado do mesmo mecanismo como método de interpretação das leis e fundamentação de decisões em sentido persuasório.

Tércio Sampaio atesta que o costume jurisprudencial, sobretudo se distingue dos demais costumes, porque resulta de uso jurisprudencial e não das convicções e práticas adotadas pelos destinatários das normas jurídicas em geral, e isso seria suficiente para subtrair-lhe o caráter normativo, sendo fonte interpretativa, mas não fonte do direito¹³³³.

4.8.3 A posição e função dos costumes jurídicos no ordenamento brasileiro

Aposição e função dos costumes jurídicos não é uniforme quando tomamos por parâmetro as mais diversas ordens jurídicas mundo a fora e, como já afirmado, dependerá, rigorosamente da postura filosófica e da concepção de direito adotada pelo ordenamento jurídico em análise.

Tomemos, por exemplo, sociedade inglesa, que mais do que constituída em classes, se constitui também em castas, como o clero, a nobreza e a plebe¹³³⁴. Se o direito de determinado

¹³³² FERRAZ JR., 2018, p. 200.

¹³³³ Ibid., pp. 201-202.

¹³³⁴ Nem todas as revoluções burguesas, embora buscassem, lograram a derrubada da monarquia e tampouco a laicização da Inglaterra que mantém uma igreja oficial sob comando da coroa.

local reflete seu o modo de organização, produção e circulação de mercadorias, é plenamente compreensível que o direito inglês se expresse por meio de normas costumeiras. A segregação social dificulta, quando não impede, que os diversos círculos sociais adotem uma concepção universal sobre o modo de ser das relações sociais, criando, cada qual em seu âmbito, usos e costumes suficientes ou quase suficientes para regular conflitos internos¹³³⁵.

A revolução burguesa, triunfante na França, além de abolir a sociedade de castas, propugnava por uma liberdade, igualdade e fraternidade dos cidadãos, ideais que não se poderiam alcançar sem que as leis, igualmente, se uniformizassem perante aqueles. A liberdade propagada pela revolução, dizia respeito a liberdade comercial¹³³⁶ e, no mundo concorrencial do comércio, a igualdade jurídica funciona como niveladora da burguesia nacional, por isso, esses valores, ao modo daquela sociedade, assou a ser o “principal brado de guerra”¹³³⁷.

A natureza do processo revolucionário precisava superar todos resquícios do *ancien régime*, e mais do que superar a burguesia e o clero, era necessário o estabelecimento de um direito novo¹³³⁸. Não conforme os costumes da sociedade superada estatuído à base de privilégios estamentais e odiado pela burguesia¹³³⁹, mas um direito do tipo novo, revolucionário e que pudesse expressar a natureza desse novo processo¹³⁴⁰. Se todos são iguais, as normas jurídicas precisavam ser iguais e isso não se alcança, se não pelo processo de criação de leis estatais¹³⁴¹, em cuja noção estaria a própria feição de combate ao arbítrio¹³⁴².

Nessa medida, o positivismo jurídico é instrumental indispensável para esse objetivo, pois permite, a um só tempo, a superação de costumes tidos por indesejáveis pela via expedita da legislação estatal que, para além dessa vantagem, se mostra capaz de apresentar um direito de tipo novo, consagrado em forma escrita e de “caráter inabalável”¹³⁴³, capaz de combater a

¹³³⁵ REALE, M. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 362.

¹³³⁶ Segundo Marx e Engels, a revolução burguesa “fez da dignidade pessoal um simples valor de troca; substituiu as numerosas liberdades, conquistadas duramente, por uma única liberdade sem escrúpulos: a do comércio” (MARX; ENGELS, 2017, p. 24).

¹³³⁷ ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 19.

¹³³⁸ MARINONI, 2022, p. 45.

¹³³⁹ STUTCHKA, 2023, p. 90.

¹³⁴⁰ Captar os costumes de um determinado povo, extirpar inconvenientes para o sistema e fazer interpolações quando de sua conversão em lei escrita, não é um procedimento novo, tendo sido utilizado por Justiniano quando do seu processo de Corpo de Direito Civil (MARKY, 2021, p.29) e também no processo de consolidação dos costumes lusitanos e espanhóis que redundou nas Ordenações dos reis de Espanha ou nas Ordenações do reino de Portugal (REALE, 2002, pp. 150-151). O mesmo expediente poderia ter sido utilizado no caso francês, mas o propósito da revolução burguesa era mais profundo, era necessário superar qualquer resquício do sistema deposto. Nem mesmo a peruca dos nobres e magistrados franceses, e que lhes outorgava um traço de distinção em relação aos demais cidadãos, foi poupada. Esse foi um dos pecados imperdoáveis da revolução.

¹³⁴¹ REALE, 2002, p. 152.

¹³⁴² TAVARES, 2021, p. 537.

¹³⁴³ STUTCHKA, 2023, p. 256.

insegurança e incerteza que circundam os costumes jurídicos como meio de normatização¹³⁴⁴, razão pela qual a legislação escrita, notadamente o Código de Napoleão, se converte na “bíblia da classe burguesa”¹³⁴⁵.

O positivismo jurídico tinha – ou ainda tem – como propósito específico a eliminação dos costumes como fonte de normatividade¹³⁴⁶, porém não logrando esse intento, passou a atuar no sentido de concedê-lo uma posição de inferioridade jurídica no panteão da normatividade, relegando-o a um papel secundário, destinando o seu emprego apenas para situações em que houvesse lacuna legislativa e, desde que, compatíveis com as leis do Estado¹³⁴⁷. Todas as vezes que o costume é percebido pelo Estado, havendo nele alguma relevância para os escopos estritos do direito, o legislador entrará em ação convertendo-o em lei estatal, o que permite, inclusive, a correção de alguns inconvenientes, podendo até mesmo haver opção por sua integral vedação e até mesmo criminalização¹³⁴⁸.

A adoção dessa postura positivista que subjuga os costumes jurídicos, resulta na praticidade de converter o direito vigente nas formas jurídicas pensadas pelo Estado na consecução de seus objetivos¹³⁴⁹, o que se pode sentir de modo claro pelo teor do art. 1807 do CCB de 1916 que dizia “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.”

Sob a roupagem filosófica, a revolução francês e sua concepção positivista do direito foram exportada para os mais variados países do mundo¹³⁵⁰, alcançando de modo inequívoco o direito brasileiro, onde a própria ordem constitucional aponta que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei”¹³⁵¹. Para quem duvida dessa influência, basta a leitura da expressão “ordem e progresso”, constante da bandeira nacional, ou das inúmeras praças e logradouros, nos mais variados municípios brasileiros que recebem o nome de Benjamin Constant, prócer do positivismo e introdutor dessa concepção na Escola Militar da Praia Vermelha¹³⁵².

É assim que a posição e função dos costumes jurídicos no ordenamento brasileiro é do

¹³⁴⁴ REALE, 1965, p. 363.

¹³⁴⁵ STUTCHKA, 2023, p. 89

¹³⁴⁶ DAVID, 2002, p. 143.

¹³⁴⁷ ABBOD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 312.

¹³⁴⁸ Um bom exemplo é a adoção à brasileira que de costume, convolou-se em crime.

¹³⁴⁹ MASCARO, 2015, p. 67.

¹³⁵⁰ REALE, 1965, p. 362.

¹³⁵¹ TAVARES, 2021, p. 538.

¹³⁵² FAUSTO, 2012, p. 130.

tipo secundária, imperando a “garantia da preferência da lei”¹³⁵³, onde o costume se é destinado à colmatção de lacunas legislativas¹³⁵⁴, e apenas desse tipo de lacuna¹³⁵⁵, ou, ainda, como auxiliar no processo de interpretação de leis.

Cabe também esclarecer que “lei é toda reação necessária. De ordem causal ou funcional, estabelecida entre dois ou mais fatos, segundo a natureza que lhes é própria”¹³⁵⁶, porém, “lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito” e no contexto de nosso direito, é lei apenas o estatuto normativo advindo do monogenético parlamentar¹³⁵⁷.

Por fim, é de se destacar que os costumes jurídicos não operam de modo linear dentro do ordenamento jurídico brasileiro, havendo disciplinas que melhor o aproveitam, como é o caso do direito comercial, direito internacional¹³⁵⁸ e do trabalho que conta com diversas remissões diretas ao uso de costumes como forma de colmatar lacunas, mas não somente, também como método de compreensão da própria normatividade laboral¹³⁵⁹.

De outro lado, outros ramos como o direito penal, direito administrativo e direito tributário, que se filiam à lógica da tipicidade estrita e até mesmo da tipicidade cerrada, não há boa relação com normas consuetudinárias, embora não sejam excluídas¹³⁶⁰.

4.8.4 A prova de sua existência, vigência e conteúdo dos costumes jurídicos

Diversamente de todas as demais entidades jurídicas portadoras de normatividade (leis, decretos, medidas provisórias, disposições contratuais coletivas ou individuais, precedentes judiciais), os costumes quando nascem não recebem uma certidão de tal fato, o mesmo se dando quando do seu perecimento.

O costume não recebe um atestado de óbito, como a revogação faz as vezes no caso das

¹³⁵³ TAVARES, 2021, p. 542.

¹³⁵⁴ Maria Helena Diniz, em detalhado trabalho sobre lacunas jurídicas, as classifica em três grupos, sendo as normativas, as ontológicas e as axiológicas, onde as primeiras (lacunas normativas) se revelam “quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso”; a segunda (lacunas ontológicas) “se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o anclousamento da norma positiva” e a terceira (axiológica) é aquela que se mostra “no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta” (DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 97).

¹³⁵⁵ Bobbio classifica as lacunas como sendo próprias (reais) ou impróprias (ideológicas), sustentado que as lacunas ideológicas devem ser supridas apenas pela atividade legislativa; apenas as lacunas reais é que poderiam ser colmatadas pelo juiz (BOBBIO, 2014, p. 135).

¹³⁵⁶ REALE, 2002, p. 162.

¹³⁵⁷ Ibid., p. 163.

¹³⁵⁸ Ibid., pp. 159-160.

¹³⁵⁹ SILVA, 2021b, p. 216.

¹³⁶⁰ TAVARES, 2021, pp. 546-548.

leis. São estéreis tentativas legislativas de “revogar” os usos e costumes com o pretendeu o art. 1807 do CCB de 1916 ao dizer que “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”. O máximo que se pode alcançar com uma empresa dessa é a convalidação do costume em *adversus legem*.

Sobre o surgimento dos costumes, Miguel Reale afirma que:

[...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em um hábito jurídico, em uso jurídico. O direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde a sua origem, se reveste de segurança e de certeza. [...] Acontecerá a mesma coisa com referência aos usos e costumes? É claro que não. Os usos e costumes jurídicos aparecem na mesma sociedade da forma mais imprevista; ninguém poderia predeterminar os processos reveladores dos usos e costumes¹³⁶¹.

De fato, é justamente por essas características dos costumes, que desaparecem com a mesma fluidez com que surgem¹³⁶², é que se fala na necessidade de prova do teor e vigência do costume. Embora haja quem considere ser despropositada a produção de tais provas¹³⁶³ e outros que sustentam que ela deva se limitar ao seu teor¹³⁶⁴, a opção legislativa é clara no sentido de impor a prova do teor e da vigência do costume por quem o alegue, desde que seja determinado pelo juiz (CPC, art. 376), o que se poderá fazer por qualquer meio¹³⁶⁵.

Considerando que o costume se constitui de dois elementos, um externo e outro interno¹³⁶⁶, objetivo e subjetivo por assim dizer, a prova deverá recair na existência do comportamento reiterado cuja frequência possa gerar a “expectativa de um consenso [...] na suposição bem-sucedida de que todo concordam, o que pressupõe, na verdade, uma capacidade social limitada para conceder atenção a tudo que ocorre”¹³⁶⁷ e, diversamente do que se dava na vigência da Lei de 18 de agosto de 1769, que exigia lapso temporal de 100 anos para que o costume se mostrasse normativo, não há mais qualquer exigência temporal para que do costume se extraia força normativa.

Além da reiteração da conduta, é necessário que se faça prova de que os envolvidos na contenda tenham realizado a conduta na suposição de sua obrigatoriedade, “tal convicção deve

¹³⁶¹ REALE, 2002, pp. 55-156.

¹³⁶² ABBOD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 312.

¹³⁶³ REALE, 2002, p. 159.

¹³⁶⁴ FERRAZ JR., 2018, p. 199.

¹³⁶⁵ SILVA, 1990, p. 577.

¹³⁶⁶ PEREIRA, 2022, p. 58.

¹³⁶⁷ FERRAZ JR., 2018, p. 198.

ser geral, quer no sentido de que toda a sociedade a cultiva, quer no de que ao menos uma parcela ponderável da comunidade a observa”¹³⁶⁸ o que implica na conclusão de que não é suficiente a prova da reiteração material da conduta imputada como costume, pois é intencionalidade de produzir normatividade que qualifica um costume como sendo jurídico¹³⁶⁹.

4.8.5 A (im)possibilidade de ação rescisória calcada na violação de costumes jurídicos

Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, ao falarem sobre o que seria o direito, apontam para esse como sendo a junção da lei, da doutrina e da jurisprudência, de modo que a doutrina seria elemento constitutivo da noção de direito¹³⁷⁰. Aprofundando essa questão, em discordância implícita, Dworkin afirma que “os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais”¹³⁷¹ e se assim o é, em verdade, os componentes do direito seriam apenas as leis e a jurisprudência, pois que a doutrina nada mais seria do que a exteriorização do que o doutrinador consegue extrair daquelas fontes.

Essa percepção de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia, nessa perspectiva, operaria em um duplo equívoco, pois que, dissertando em um sistema de direito positivo, certamente ao se referirem a lei, pretendem mencionar as normas oriundas do processo legislativo estatal, excluindo, assim, as normas consuetudinárias e as decorrentes dos pactos privados da constituição da ordem jurídica, o que não se aceita nem mesmo em ordenamentos jurídicos fixados sobre a base positivista, sem embargos de que a doutrina não poderia ser componente formador da noção de direito. O segundo equívoco em que incorrem as autoras, é que não é a doutrina componente do direito, senão as opções ideológicas do Estado empregadas na constituição da ordem jurídica, que nunca se mostrará neutra, isto é, sem que essa opção ideológica fique nela explicitada.

Apreender que a opção ideológica de um Estado empregada na constituição de sua ordem jurídica é componente do próprio direito é o que permite compreender a lição de Stutchka no sentido de existir um direito burguês e um direito revolucionário¹³⁷².

Tratando do ordenamento jurídico como um sistema, Bobbio afirma que:

¹³⁶⁸ PEREIRA, 2022, p. 58.

¹³⁶⁹ REALE, 2002, p. 158.

¹³⁷⁰ ALVIM; CONCEIÇÃO, 2022, p. 294.

¹³⁷¹ DWORKIN, 2010, p. 4.

¹³⁷² STUTCHKA, 2023, p. 95.

Para que se possa falar em ordem, é necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, mas também estejam em relação de coerência entre eles. Pois bem, quando perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamos se as normas que o compõem estão em relação de coerência entre elas, bem como quais condições tornam possível essa relação¹³⁷³.

Compreender as razões pelos quais o direito se estabelece no modo de produção capitalista, e qual a corrente filosófica dominou a formação de nosso ordenamento jurídico, é determinante para a interpretação e aplicação de nosso direito. É assim que, se o direito moderno tem por finalidade conferir segurança às relações de produção e circulação de mercadorias¹³⁷⁴, a segurança jurídica ganha relevância destacada, sendo espécie de “metanorma”, “norma das normas”¹³⁷⁵, que compreende a própria razão de ser de qualquer ordenamento jurídico¹³⁷⁶.

Do ponto de vista filosófico, também é inequívoca a concepção positivista do direito brasileiro, onde o princípio da legalidade não só consta expressamente de nossas constituição, como também acaba por relegar aos costumes jurídicos um papel secundário, isto é, colmatador de lacunas legislativas, já que a superação das relações sociais normatizadas por costumes e equidade está na própria razão de ser do positivismo jurídico¹³⁷⁷, não só porque compreende que a indeterminação dos costumes e da equidade não atende o padrão de segurança necessário à garantia da ordem capitalista, mas também porque permite, por essa concepção o dirigismo estatal sobre a própria concepção de direito. Na visão positivista do direito, tolera-se o costume como alternativa à necessidade de ter de se tolerar a incompletude do direito, deixando controvérsias jurídicas sem respostas igualmente jurídicas.

Toda relação consuetudinária, considerada importante pelo direito, é imediatamente interceptada pela atividade legislativa estatal, e a ausência de normatização estatal sobre determinada relação, também deve ser entendida como reveladora de uma intensão do Estado, pois “o direito opera onde fala e onde não fala”, “a omissão do direito também é uma política jurídica”, “operando a omissão do direito na estrutura das formas jurídicas, há algo afirmado”¹³⁷⁸ que, como todo silêncio, deve ser interpretado¹³⁷⁹, e no caso dos costumes, parece

¹³⁷³ BOBBIO, 2014, p. 77.

¹³⁷⁴ STUTCHKA, 2023, p. 94.

¹³⁷⁵ ÁVILA, 2021, pp. 720, 722.

¹³⁷⁶ Ibid., p. 145.

¹³⁷⁷ GRAU, 2021, p. 17.

¹³⁷⁸ MASCARO, 2015, p. 10.

¹³⁷⁹ MAXIMILIANO, 2006, p. 170.

claro que a afirmação é de irrelevância, relevância secundária ou até mesmo terciária¹³⁸⁰.

Quem desacata um costume, seja a parte ou o próprio juiz, não agride a norma jurídica estatal, portanto, quando no muito, ataca algo, ao sentir do Estado, irrelevante, incapaz de gerar impactos na ordem jurídica, não impedindo que o direito cumpra seu papel de fazer fluir a mercadoria, tampouco ofende a autoridade do Estado, pois que este não funcionou na formação do costume, não tendo com ele qualquer compromisso de maior relevância.

A relevância da agressão à ordem jurídica e a capacidade de gerar riscos à circulação da mercadoria é tão determinante para o cabimento da ação rescisória que demandas consideradas de pequena importância, com o caso daquelas que se processam pelo rito da lei dos juizados especiais¹³⁸¹, são expressamente excluídas da possibilidade de rescisão pela via da ação rescisória, restando apenas a possibilidade de desconstituição pela via da reclamação constitucional, não pela relevância do direito ou seu conteúdo econômico, mas pelo desacato à autoridade do Estado pronunciada pelo seu braço judiciário.

O direito processual brasileiro, que espelha um direito material fundado em sua matriz filosófica positivista, nunca conferiu sequer a possibilidade de processamento de recursos de natureza extraordinária pela violação de costumes, sendo, conforme Homero Batista, um exagero interpretativo, imaginar que o legislador conceberia o uso de ação rescisória – o mais grave remédio processual brasileiro –, para a desconstituição de decisões judiciais que, eventualmente, violassem algum costume¹³⁸².

Nem mesmo o direito inglês, onde as relações de direito material dão primazia aos costumes jurídicos como fonte de normatividade, admite a desconstituição de decisão judicial proferida em eventual ofensa a um costume jurídico, limitando essa possibilidade para os casos em que a decisão consubstancie em uma real injustiça¹³⁸³, assim considerada aquela havida em decorrência de fraude ou conluio¹³⁸⁴, ou seja, razões processuais que, não por acaso, são disciplinadas no direito inglês de modo mais amplo pelo direito escrito¹³⁸⁵, ou seja, de fonte estatal, onde a fraude acabaria por “ferir a credibilidade da distribuição da justiça”¹³⁸⁶.

¹³⁸⁰ Em relação às razões da lacuna, Bobbio as distingue entre objetivas e subjetivas, sendo que as lacunas subjetivas seriam subdivididas em voluntárias e involuntárias; a primeira, produto de distração do legislador e a lacuna voluntária (proposita) seria “porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulada com regras minuciosas” (BOBBIO, 2014, p. 135).

¹³⁸¹ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 95

¹³⁸² SILVA, 2021a, p. 480.

¹³⁸³ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 83.

¹³⁸⁴ ANDREWS, 2009, p. 199.

¹³⁸⁵ Ibid., p. 41.

¹³⁸⁶ Ibid., p. 202.

Cabe, ainda, avaliar que a norma jurídica fundada em um costume, exatamente por não ser escrita, demanda, para sua compreensão objetiva e subjetiva, uma escrupulosa análise fático-probatória incompatível com o processamento da ação rescisória e que, se admitida, acabaria por convertê-la em recurso ordinário. É de extrema dificuldade a prova da existência, conteúdo e vigência de um costume, por isso, não por acaso, quando do processo de consolidação dos costumes lusitanos, no processo de sua identificação, diversas foram as tentativas de falsificação de seu conteúdo material, algumas delas arrostadas, outras, certamente não¹³⁸⁷.

Para além da prova da existência de um costume e sua vigência, no caso brasileiro, sua aplicação demanda a existência e lacuna e, como já estudado, apenas uma das três espécies – a normativa –, pode ser aferida de modo objetivo, sendo que a aferição da existência de lacuna ontológica e a axiológica, demanda alto grau de subjetivismo do julgador, que nessa medida se converte em um juízo crítico impassível de controle objetivo.

Existe aresto do STJ, ainda na vigência do CPC/73, defendendo de modo abstrato o cabimento de ação rescisória pela violação de costume jurídico, sob o argumento de que a interpretação conferida ao art. 485, V, do CPC/73, deveria “ser ampla e abarcar a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”¹³⁸⁸, contudo, em análise mais apurada do julgado não foi possível perfilar o raciocínio desenvolvido, a final de contas, o caso concreto versava sobre uma suposta violação de princípio jurídico e a ação não foi admitida em face da divergência jurisprudencial em torno da “interpretação” do princípio, sendo que a alusão a “analogia” e “costumes” funcionou no aresto como simples esforço argumentativo.

Esse julgado, entretanto, não se presta a fundamentar o cabimento de ação rescisória por violação de costumes jurídicos e, tampouco, analogia. A asserção foi feita de modo descomprometido com as consequências concretas da admissão, não sendo demais lembrar que a analogia é procedimento para a colmatação de lacuna¹³⁸⁹, mas não se pode falar em norma jurídica, a norma jurídica estará no dispositivo invocado para a comparação, por isso, é que se diz que o procedimento analógico “não cria direito novo”¹³⁹⁰.

Por fim, é da essência dos costumes jurídicos não serem escritos e isso é também razão para se rejeitar a possibilidade do uso da ação rescisória para corte de decisão proferida em

¹³⁸⁷ REALE, 1965, p. 362.

¹³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AR 822-SP**. Relatora: Min. Franciulli Netto, 28 de agosto de 2000.

¹³⁸⁹ Segundo Bobbio, “entende-se por ‘analogia’ aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira similar” (BOBBIO, 2014, p. 142).

¹³⁹⁰ MAXIMILIANO, 2006, p. 174.

desconformidade com sua essência, pois “o que autoriza a ação rescisória é a necessidade de tutela do [...] significado normativo do texto que serve à decisão justa”¹³⁹¹.

Pontes de Miranda contesta essa formulação, afirmando que a expressão “erro *contra litteram*, ou violação da regra (ou texto) literal de lei, nenhuma referência contém a ser escrito ou não escrito o direito”¹³⁹². Ainda que autorizados, poucos juristas ousam objetar as lições de Pontes de Miranda, por isso, para esse mister, nos socorreremos do próprio Pontes de Miranda que, duas páginas adiante, afirma que “a interpretação que devemos de dar a ‘literal disposição de lei’ é a que seja coerente como próprio significado de literalidade. Literal, *litteralis*, é o que é formado com letras, o que é escrito”¹³⁹³.

Essa posição sobre o cabimento da ação rescisória pela violação de costumes jurídicos, com todas as deferências devidas ao grande pioneiro, não suporta a própria leitura das proposições em que se esteiam. Na defesa dessa hipótese de cabimento, Pontes de Miranda concebe a ação rescisória por ofensa à norma jurídica com como verdadeiro instrumento de debate fático:

Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritivel ou já escrito (“literal”), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não a regra de direito consuetudinário, ou o princípio geral de direito ou regra jurídica analógica. Se o juízo rescindente se encontra diante de opiniões divergentes quanto a regra jurídica de costume, ou a interpretação por analogia, ou determinado princípio geral de direito, ele é que *tem* de dizer qual a opinião que é a verdadeira, salvo se há imposição legal da observância de alguma atitude assumida pelo Supremo Tribunal Federal, ou por outro tribunal¹³⁹⁴.

Os costumes jurídicos se revelam como fontes de normas jurídicas, contudo, seu papel secundário, sua fonte não estatal e a impossibilidade de sua apreensão para fora do debate fático impede o cabimento de ação rescisória em caso de eventual violação¹³⁹⁵.

¹³⁹¹ MARINONI; MITIDIERO, 2021, p. 21.

¹³⁹² MIRANDA, 1976, p. 260.

¹³⁹³ Ibid., p. 263.

¹³⁹⁴ Ibid., p. 259.

¹³⁹⁵ Guastini distingue entre os costumes e suas compilações; essas últimas, embora permitam conhecer o direito, não são fontes produtoras do direito. Enquanto a interpretação das compilações de costumes em nada se difere da interpretação das demais fontes-ato, ou seja, são “atividade de atribuição de significados a textos formulados em língua”, “a interpretação do costume é algo radicalmente distinto da interpretação textual: tanto é assim, que se pode duvidar da conveniência de se usar o mesmo vocábulo (‘interpretação’) para se referir a ambos”. O costume, enquanto algo distinto das normas que (em virtude de uma norma sobre a produção jurídica) se desprendem dela, não é um texto, um documento: é um comportamento social” (GUASTINI, 2022, p. 19).

5 CONCLUSÃO

Após mergulharmos na matéria disponível, isto é, na literatura (dogmática e crítica, jurídica e não-jurídica) e jurisprudência pesquisadas, é hora de retornarmos à superfície, mas desta vez, munidos daquilo que é fundamental para o nosso propósito, esperamos poder demonstrar o quanto equivocado pode ser o mundo das formas e o quanto a crítica colabora na compreensão do direito e suas tecnologias, desnudando, seu objeto e sua função nas sociedades modernas, a fim colaborar para sua melhor aplicação.

Apuramos que a congregação humana para a constituição de uma formação social demanda, inequivocamente, a necessária adoção de uma concepção pela qual possa se pautar, validando ou invalidando os acontecimentos, atos e negócios operados no contexto das relações dela decorrentes.

As primeiras formações sociais constituíram-se sob uma concepção teológica de mundo, onde o que importava era que todas as relações sociais estivessem em consonância com as proposições da religião preponderante no tempo e no espaço; primeiro a teologia greco-romana e em seguida a teologia cristã.

A marcha da história, o desenvolvimento tecnológico, as mais variadas descobertas no âmbito das ciências físicas, biológicas, mecânicas e, sobretudo, as diversas alterações havidas no modo de produção, isto é, no modo com que as pessoas produzem, trocam e consomem mercadorias, levaram a uma série contestações daquela concepção de mundo, desaguardo no seu completo abandono enquanto forma generalizada de compreensão da dinâmica social.

A concepção teológica, contudo, não deixava de representar uma espécie de segurança e o abandono desse abrigo acabou por redundar em sua perda. Não sendo possível retroceder à comodidade da concepção teológica, as sociedades avançaram em busca de uma nova concepção de mundo e de uma nova forma de segurança, que foram encontradas no direito, que passou a ser o elemento nivelador de todas as relações sociais. Não importava mais que essa ou aquela relação social estivesse sob o pálio da religião, mas sim que estivesse em fina sintonia com o direito, o que inclusive levou esta forma social a avançar sobre diversos temas, tornando-os temas jurídicos.

A esse movimento histórico de secularização das relações sociais, seguiu-se a necessária substituição do órgão sancionador dessas relações, no que a Igreja e seus clérigos, são gradualmente substituídos pelo Estado e seus magistrados. Nessa nova ordem, são esses os convocados à normatização das relações intersubjetivas e sancionamento das condutas,

contudo, não mais sob respaldo dos dogmas da religião, mas sim de acordo com o direito proveniente do Estado.

A sequência dos eventos apontou para a necessidade não só de generalização social do direito, mas também da necessidade de controle dessa nova concepção de mundo, com o desenvolvimento de diversas tecnologias que pudessem servir ao propósito de tornar previsíveis e seguras as condutas operadas sob confiança nas fórmulas jurídicas.

Entre as tecnologias desenvolvidas, destaca-se o processo judicial, findo qual, as partes receberiam do Estado uma solução adjudicada, a qual, percorridas as vias ordinárias, culminaria na formação da coisa julgada, um espécie de autoridade empregada à decisão, a qual lhe tornava imutável, interditando qualquer possibilidade de reprodução da demanda decidida. A existência da coisa julgada alcança a compreensão de ser um tributo a ser pago pela sociedade como meio de se obter a segurança por meio do direito.

Contudo, a coisa julgada, uma das primeiras tecnologias jurídicas desenvolvidas por essa concepção, não era intransponível ao poder absoluto e pessoal do governante que, dentro dessa ou daquela situação e, de acordo com interesses pessoais e concretos, frequentemente ofendia esse dique criado pelo direito. Fez-se necessário avançar para burocratizar também a desconstituição da coisa julgada, retirando as possibilidades da cesta de poderes pessoais do governante, convertendo-as em questões objetivas e subordinadas à vontade concreta da lei, tudo isso em homenagem ao bem maior buscado, a segurança jurídica.

Das tecnologias desenvolvidas para esse fim, o direito europeu se bifurcou. Parte dos ordenamentos jurídicos, reservaram à via recursal (recurso extraordinário) a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, outros, porém, adotaram a ação autônoma de impugnação. No direito brasileiro, as duas formas, dentro dessa ou daquela circunstância eram, em princípio admitidas, até que em 1939, o direito brasileiro fez opção exclusiva pela ação rescisória como meio único de desconstituição da coisa julgada.

Em assim operando, o direito brasileiro não apenas deu o destaque e relevância adequados à coisa julgada e ao valor jurídico que visava dar concretude, como também acabou por delinear as hipóteses taxativas em que admitiria a sua desconstituição. Essas hipóteses oscilaram ao longo dos anos até alcançar seu conteúdo atual, que se pode extrair da redação do art. 966 do CPC.

Dentre as hipóteses de rescisão do julgado, o direito brasileiro sempre elegeu a ofensa à literalidade do texto de lei como sendo uma delas, pouco importando se a natureza do dispositivo tido por violado fosse processual ou material, sendo isso um elemento distintivo do

ordenamento nacional quando em comparação com outros diversos ordenamentos, dos quais, inclusive, é herdeiro imediato ou mediato.

A motivação da pesquisa que se empreendeu, relaciona-se ao fato de que, ao contrário dos ordenamentos brasileiros anteriores ao atual CPC, o art. 966, V, desse novo diploma, elege como rescindível, decisões judiciais transitadas em julgado e que tivessem sido proferidas em manifesta violação à norma jurídica.

Sendo o conceito de norma jurídica distinto e, em certo sentido, mais abrangente que o de Lei, teria o legislador brasileiro acabado por alargar os horizontes de cabimento da ação rescisória para fazê-la cabível, não mais por concessão jurisprudencial, em face de decisões violadoras de outras normas jurídicas diversas das produzidas pelo processo legislativo estatal?

Em busca da solução desse problema percorremos os mais variados dados políticos, culturais e jurídicos, analisando detidamente todas as diversas espécies normativas distintas das legisladas, tais como os costumes, as disposições contratuais coletivas e privadas, enunciados de súmulas e acórdão proferidos em sede de causas repetitivas.

Um dado que alcança grande relevo é que para o caso de controle da ofensa à norma jurídica, o ordenamento jurídico, que prevê as hipóteses de cabimento da ação rescisória, exige uma ofensa qualificada pelo fato de ser manifesta, do que se extrai de imediato que não é qualquer ofensa à norma jurídica que faz incidir o cabimento da ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada e consequente vulneração dessa garantia constitucional.

Sucedendo que, se a norma jurídica em si, só se revela em sua completude após um rígido processo interpretativo, conduzido e guiado por técnicas jurídicas, é possível concluir que nem mesmo a norma jurídica é manifesta de modo automático, o que impede, inclusive, a ofensa manifesta de uma proposição que não é manifesta de antemão.

Nessa linha de compreensão, se interpretado de modo literal, a redação do art. 966, V do CPC, conduziria à conclusão de que, embora prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a ação rescisória não iria além de uma tecnologia de impossível utilização, pois repita-se, não há possibilidade de violação manifesta de algo não manifesto.

Disso, percebemos que o próprio dispositivo encerra em si uma carga normativa que não corresponde à literalidade do enunciado, não sendo infundada a tese de que a construção primitiva do art. 966, V, visava tão somente a correção de um equívoco de redação para esclarecer que, qualquer espécie normativa, fosse ela legislativa ou decorrente da construção jurisprudencial, quando contrariada em sua literalidade, isto é, negando-se algo que enunciado ou enunciando-se algo que negado, implicaria na manifesta ofensa à norma jurídica veiculada pelo texto normativo.

Para alcance dessa compreensão, podemos nos alicerçar no fato de que o legislador ordinário, de modo livre e consciente, quando ainda em período de vacância do CPC, o qual passaria a vigorar apenas em março de 2016, editou a Lei n. 13.256/2016, que entraria em vigor conjuntamente com o CPC, acrescentando ao art. 966 desse diploma um quinto parágrafo, que esclarece serem rescindíveis as decisões judiciais dadas em demandas que, sem apontar para a existência de uma distinção, deixassem de aplicar ao caso um determinado enunciado de súmula ou mesmo de um acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

Não há dúvidas de que a distinção entre texto e norma jurídica contribuíram de modo decisivo para a construção do CPC, permitindo, até mesmo, a criação de um microsistema de precedentes vinculantes, justamente por compreender que a decisão judicial proferida em casos repetitivos, teria roupagem normativa. Não é difícil, a partir de então, intuir que, no horizonte do legislador, estava que a ofensa ao precedente judicial vinculante ou mesmo à súmula de jurisprudência, eventualmente dariam azo à propositura de ação rescisória.

Essa percepção, entretanto, contrastava com a orientação das mais prestigiadas doutrinas, que sempre textualizaram, aqui e ali, a impossibilidade de cabimento de ação rescisória pela ofensa de súmulas de jurisprudência e de precedentes judiciais vinculantes.

Mesmo em momento compreendido entre a publicação do texto do CPC/2015 e os acréscimos feitos pela lei 13.256/2016, esse setor doutrinário insistiu na inviabilidade da propositura de ação rescisória pela violação de precedentes obrigatórios.

Embora a redação do inciso V do art. 966, como redigida, suficiente para assegurar o cabimento de ação rescisória pela transgressão de precedente vinculante ou súmula de jurisprudência, a influência de respeitável doutrina, associada a uma jurisprudência defensiva, certamente acabaria por restringir o cabimento da ação rescisória, sabotando, assim, a intenção legislativa, no que lhe pareceu adequado ao parlamento esterilizar a controvérsia acrescentando, por meio da Lei n. 13.256/2016, os §§ 5º e 6º ao art. 966 do CPC.

Por outro turno, fosse a intensão legislativa a indistinta ampliação desse bloco de normas jurídicas que, uma vez violadas, abririam a via da ação rescisória, não haveria razão plausível para que deixasse de se expressar em relação a outras espécies normativas, tais como princípios, especialmente diante da controvérsia que já estabelecida.

Verificamos que, embora os acórdãos proferidos em julgamento de casos repetitivos e enunciados de súmula não sejam espécies normativas legisladas, não deixam de ser provenientes do mesmo centro de poder, o Estado, dessa vez corporificado nos juízes componentes do órgão jurisdicional. Isso explica a razão pela qual a ofensa a esses enunciados,

abre a via da ação rescisória; são normas que, dada importância, passaram pelo batismo da obrigatoriedade.

Diversas são as fontes das quais emanam normas jurídicas, do privado ao público, do singular ao coletivo, no entanto, o compromisso do Estado em fazer expungir da ordem jurídica decisões manifestamente contrárias às normas jurídicas, ao ponto de subtrair a própria garantia da coisa julgada, não corresponde à tutela de qualquer norma jurídica, mas tão somente naquelas oriundas desse centro de poder, seja pela via legislativa seja pela via jurisdicional, em ambos os casos, reduzidas a um texto enunciativo, o que conduz à conclusão de que, em verdade, a ação rescisória, como se apurou é instrumento para tutela da integridade do texto normativo.

Nas ordens sociais teocráticas, as regras jurídicas e decisões judiciais eram concebidas como sendo de origem divina e desafiá-las era desafiar ao próprio Deus. A corrosão da norma jurídica capaz de lhe retirar o sentido e alcance, previstos e necessários para pautar as condutas humanas, opera idêntica corrosão na autoridade da fonte de poder da qual emana a norma. Abrir desafio à norma jurídica, é desafiar ao próprio Estado e sua capacidade de, por meio das normas jurídicas dele provenientes, regular a vida social e os rumos da sociedade, intervindo nos conflitos sociais da forma como projetou.

O art. 966, V do atual CPC, abrangeu como decisões judiciais passíveis de impugnação pela via da ação rescisória, aquelas que, transitadas em julgado, tenham sido proferidas e contrariadas as normas jurídicas estatais, veiculadas por meio de qualquer das espécies legislativas, ou mesmo aquelas que, a partir de um texto normativo, tenham sido construídas pela jurisprudência dos tribunais em sede de julgamento de causas repetitivas e na edição de enunciados de súmula, não apenas de enunciados de súmula vinculante.

A ação rescisória instrumento para controle do significado do enunciado normativo e, ao tutelar a integridade do texto normativo contido nas leis e decisões judiciais proferidas em sede de julgamento de causas repetitivas e na edição de enunciados de súmula, a pretensão Estatal é a de tutelar a integridade de sua própria autoridade enquanto centro político de decisões coletivas. Disso resulta que não há interesse do Estado na tutela de normas jurídicas vertidas de outras fontes, ao menos na intensidade necessária para fragilização da coisa julgada e abertura da via rescisória. Se a norma jurídica não é dotada de abstração e generalidade, sua transgressão não se reveste da potencialidade de comprometimento da circulação da mercadoria.

Há um momento que as energias humanas, até mesmo aquelas de natureza psicológica e econômicas, clamam por uma solução definitiva em relação aos seus conflitos, e a coisa

julgada é o instrumento dado pelo Estado em garantia dessa solução. A fragilização desmedida da coisa julgada, como alargamento das hipóteses de seu cabimento pela via doutrinária e jurisprudencial, resulta em ameaça constante à segurança pretendida e buscada pela via do direito.

A sujeição constante à possibilidade de desconstituição da coisa julgada e todas as implicações que daí decorrem, compromete a honorabilidade do direito e de todos os instrumentos empregados para o atingimento de escopo de pacificação social, notadamente do Poder Judiciário, pois que o fundamento de sua existência se radica na entrega de uma solução definitiva para os conflitos sociais.

A ofensa às normas jurídicas diversas das legisladas e das vertidas em sede de causas repetitivas, implica, quando no muito, ofensa reflexa às normas jurídicas estatais que possibilitam sua produção lhe dando fundamento e validade, é apenas na tutela de normas jurídicas estatais que terá vez o mais grave instrumento de jurídico disponibilizado pelo Estado; a ação rescisória de que temos falado.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020.
- ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.
- ACKERMAN, B. **Constituições revolucionárias: liderança carismática e estado de direito**. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, L. R. **O que significa violar uma norma jurídica?: uma perspectiva processual**. São Paulo: RT, 2021.
- ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos de Estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.
- ALVES, G. A crise estrutural do capital e sua fenomenologia histórica. In: **Blog da Boitempo**. [S.l.:s.n.], 2012. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2012/09/21/a-crise-estrutural-do-capital-e-sua-fenomenologia-historica/>. Acesso em: 8 mar. 2023.
- ALVIM, A. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo: processo de conhecimento: recursos: precedentes**. 20. ed. São Paulo: RT, 2021.
- ALVIM, T. A. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 40, out./dez. 1985.
- ALVIM, T. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 11. ed. São Paulo: RT, 2021.
- ALVIM, T. A.; CONCEIÇÃO, M. L. L. **Ação rescisória e querela nullitatis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2022.
- AMERICANO, J. **Estudo teórico e prático da ação rescisória dos julgados no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936.
- ANDERSON, P. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. São Paulo: Unesp, 2016.
- ANDREWS, N. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: RT, 2009.
- ARAGÃO, E. D. M. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2017.

ASSIS, A. **Ação Rescisória**. São Paulo: RT, 2021.

ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: RT, 2017.

ASSIS, A. **Processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2022. v. 4.

ATALIBA, G. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, H. **Competências tributárias**: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018a.

ÁVILA, H. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. São Paulo; Malheiros, 2021.

ÁVILA, H. **Teoria geral dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018b.

AZEVEDO NETO, P. T. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021.

BALARD, M.; DUCCELLIER, A. In LE GOFF, J.; SCHMITT, J-C. (orgs.). **Dicionário analítico do ocidente medieval**. São Paulo: Unesp, 2017.

BARBALHO, B. L. Limites da ação rescisória eleitoral à luz do novo código de processo civil. **Suffragium – Revista do Tribunal Eleitoral do Ceará**; v. 9, n. 15/16, p. 1, jan./dez. 2017.

BARROS JR., C. M. Convenção coletiva: análise e perspectivas no brasil. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: RT, 2012. v. 3.

BARROS, M. A. **Curso de direito do trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, R. C. S. **Direito do trabalho**: formação jurídica e a lógica do capital. Jundiaí: Paco, 2021.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. Limites constitucionais à edição de súmula por tribunal superior: análise da súmula 331, I, do TST. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 7, 2011.

BASTOS, A. W. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BATALHA, W. S. C. **Tratado de direito judiciário do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. v. 1.

BATISTA, F. R. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais**: uma contribuição materialista histórico-dialética. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BEBBER, J. C. **Ação rescisória na justiça do trabalho**. Brasília: Venturoli, 2021.

BEBBER, J. C. **Cumprimento da sentença no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BEBBER, J. C. **Mandado de segurança individual e coletivo na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BEBBER, J. C. **Recursos no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BEBBER, J. C. **Recursos no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2020.

BEDAQUE, J. R. S. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERARDI, F. **Axfixia**: capitalismo financeiro e a insurreição da linguagem. São Paulo: Ubu, 2020.

BIZARRIA, J. C. F. **Ação rescisória e precedentes**. São Paulo: RT, 2021.

BOBBIO, N. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016a.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016b.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 10 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 70, de 20 de agosto de 1947**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1947. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0070.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 1.661, de 19 de agosto de 1952**. Modifica os artigos 801, 836, 853, 871, 872 e 874, do Código do Processo Civil sobre julgamento do recurso de revista e da ação rescisória. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1952. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1661.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n., 11.232, de 22 de dezembro de 2005.** Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006.** Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR 944-RJ**. Relator: Min. Soares Munoz, 5 de março de 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR 1313**. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de novembro de 1991. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AR 822-SP**. Relatora: Min. Franciulli Netto, 28 de agosto de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1121633**. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 2 de junho de 2022. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 329.267-RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de outubro de 2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp: 279889-AL**. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 28 de outubro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR-1472-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de setembro de 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 328.812-ED**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **HC 93250**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 27 de junho de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AR 2.001-AgR-SP**. Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ: 26 de março de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Rcl: 3014 SP**. Relator: Min. Ayres Britto, 20 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal superior do trabalho. **E-RR-261500-19.1999.5.09.0010, SBDI-1**. Relator: Min. Augusto Cesar Leite De Carvalho, 1 de abril 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 592912 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, 21 de novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgRg-REsp 1.314.900-CE**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 669367-RG-RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de março de 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). **AgR-AIRR 944-61.2011.5.22.01.04**. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 26 de abril de 2013. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **RE 666.589**. Relator: Min. Marco Aurélio Melo, 3 de junho de 2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RMS 29.193-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de outubro de 2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR 82841-64.2004.5.10.0016**. Relatora: Min. Dora Maria da Costa, 7 de março de 2014. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 590809**. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de novembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **REsp 1.112.864-MG**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp: 1512227-SE**. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 25 de junho de 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp n. 1.354.225/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de março de 2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **ARE 898392 AgR**. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de outubro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt-REsp 1.172460-RJ**. Relator: Min. Marco Buzzi, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 149960.2012.5.15.0000**. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 28 de junho de 2016. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2418/DF**. Relator: Min. Teori Zavascki, 4 de maio de 2016, s.p. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310738708&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Rcl. 8168**. Relator: Min. Ellen Gracie, 26 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 826592**. Relator: Min. Marco Buzzi, 13 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**: aprovado pela Resolução Administrativa n. 1.937, de 20 de novembro de 2017. Brasília: TST, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 671.351**. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 693.456**. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **AgR-AR 2440-DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 19 de setembro de 2018, s.p. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.704.520-MT**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 5 de dezembro de 2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **EDcl no REsp: 1126106 PR**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 31 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na Rcl 3637-PE**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 12 de dezembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.770.123-SP**. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 26 de março de 2019. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **E-ED-RR-20700-78.2006.5.15.0087**. Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandão, 20 de outubro de 2019. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1729.593-SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellize, 27 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Presidência). **Pet 8.245-MA**. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 4223-77.2011.5.04.0000**. Relator: Min. Luiz José Dezena da Silva, 17 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 de setembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5794-DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 23 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal Pleno). **ArgInc 1000845-52.2016.5.02.0461**. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 35816**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 7 de fevereiro de 2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ARE 1250467-AgR**. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de junho de 2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RO 246-86.2012.5.06.0000, SBDI-2**. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva, 5 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Tribunal Pleno). **IUJ 0024288-57.2019.5.24.0000**. Relator: Juiz Convocado Leonardo Ely, 18 de junho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Rcl 36.476-SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 6 e março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **EAREsp n. 600.811/SP**. Relator: Min. Og Fernandes, 7 de fevereiro de 2020. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **AR 0011800-55.2019.5.03.0000**. Relator: Des. Taisa Maria de Lima, 13 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **AR 11414-25.2019.5.03.0000**. Relator: Juiz Convocado Paulo Emilio Vilhena da Silva, 18 de agosto de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Tribunal Pleno). **AgR-ARE nº 060002875**. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de março de 2021. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. **AR 0102438-91.2019.5.01.0000**. Relator: Des. Maria Aparecida Coutinho Magalhães, 21 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (1. Turma). **ROT 1001149-76.2020.5.02.0472**. Relator: Des. Maria Jose Bighetti Ordone, 10 de novembro de 2021. Disponível em: www.trt2.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 1101937**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de junho de 2021. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.845.542-PR**, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de maio de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no REsp 1861328**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 23 de novembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Rcl. 43426**. Relator: Min. Dias Toffoli, 20 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Rcl. 48335**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de novembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.871.477/RJ**. Relator: Min. Marco Buzzi, 13 de dezembro de 2022. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **AgInt no AREsp 2.061.995**. Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de dezembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Tribunal Pleno). **AR 0024373-72.2021.5.24.0000**. Relator: Des. João Marcelo Balssanelli, 16 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **ARE 1332413**. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1121633**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 57.957-RJ**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de março de 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ROT 11492-19.2019.5.03.0000, SBDI-2**. Relator: Min. Morgana de Almeida Richa, 9 de março de 2023.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recurso. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021a. v. 2.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021b. v. 1.

CÂMARA, A. F. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARCASSONNE, G. Société de Droit contre État de Droit. In L'État de Droit. In: **Mélanges em l'honneur de Guy Braibant**. Paris: Dalloz, 1996.

CARNEIRO, A. G. Do recurso especial e seus pressupostos de admissibilidade. **Revista Jurídica**, v. 210. Porto Alegre, 1995.

CARNEIRO, T. A. **Recurso Especial e Ação rescisória**: controle da ofensa à norma jurídica (com comentários ao PL 8046/2010). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARROLL, L. **Alice através do espelho**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2021.

CARVALHO, A. C. L. **Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2018.

CARVALHO, P. B. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CESARIANO JR., A. F. Ação rescisória na justiça do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito processual do trabalho. São Paulo: RT, 2012. v. 4

CESARIANO JR., A. F. **Direito social brasileiro**: teoria geral do direito social – direito da segurança social (direito assistencial e direito previdencial) – direito coletivo do trabalho (direito corporativo). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

CESARINO JR., A. F. Evolução do direito social brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 47, p. 86, 1952.

CHAMPLIN, R. N. **O antigo testamento interpretado**: versículo por versículo. 2. ed. São Paulo: Hagnos, 2001. v. 2.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010**. [S.l.:s.n.], 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34679/2010_res0106_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jan. 2023.

COSTA, C. **Ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982.

COSTA, C. **Direito judiciário do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, O. T. Os princípios do direito do trabalho e sua aplicação pelo juiz. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

COUTINHO, G. F. **Justiça política do capital**: a desconstrução do Direito do Trabalho por meio de decisões judiciais. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2021.

CRETELLA JR., J. **Direito romano moderno**: introdução ao direito civil brasileiro. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, L. C. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAKOLIAS, M. **Documento técnico 319**: elementos para reforma: o setor judiciário na América Latina e no Caribe. Washington, DC: Banco Mundial, 1996.

DALAZEM, J. O. **Lições de direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DALLARI, D. A. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, M. G. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, M. G. Princípios especiais do direito individual do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2015.

DIDIER JR. F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 19. ed. São Paulo: *Jus Podivm*, 2022.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2015.

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1986.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

DINAMARCO, C. R. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, C. R. **O conceito de mérito em processo civil**: fundamento do processo civil moderno; T.1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, C. R.; BADARO, G. H. R. I.; LOPES, B. V. C. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DINIZ, M. H. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, M. H. *In*: SILVA, R. B. T. (coord.). **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONADEL, A. A garantia da constitucional da coisa julgada: compreensão e alcance. *In*: PORTO, S. G. (org.). **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre a constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229.

DURKHEIM, É. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECO, U. **Idade média**: bárbaros, cristãos e muçulmanos. Alfragide: Dom Quixote, 2010.

EDELMAN, B. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016.

ENGELS, F.; KAUTSKY, K. **O socialismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

FAUSTO, B. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

FERACINE, L. “Prefácio e Comentários”. *In*: MIRANDOLA, G. P. D. **A dignidade do homem**. São Paulo: Escala, 2006. p. 33.

FERRAZ JR., T. S. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio Século XXI**: O dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FUX, L. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GADAMER, H-G. **Verdade e Método II**: complementos e índices. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GACETA OFICIAL. **Código de Procedimiento Civil**, Caracas, ano CXVII, n. 4209, mar. 1990. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_proc_civil.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

GIANNICO NETO, F. E. A possibilidade de desistência do mandado de segurança em grau recursal sem formação da coisa julgada material. *In: Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 4, n. 1, p. 107, jan./mar. 2019.

GIANNOTTI, J. A. Considerações sobre o método. *In: O capital*: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

GOMES, O. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GOMES, O. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOMES, O; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, T. M. C. **Ação rescisória com fundamento na violação de sumula vinculante e persuasiva**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

GRAMSCI, A. **Cadernos do cárcere**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GRAU, E. R. **Por que tenho medo de juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRECO FILHO, V. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRESPLAN, J. **Marx**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2022.

GRINOVER, A. P. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

GUASTINI, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GUASTINI, R. “Comentários”. *In: Teoria geral dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. ÁVILA, Humberto. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUASTINI, R. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HARVEY, D. **Para entender O capital**: livro I. São Paulo: Boitempo, 2004.

HERKENHOFF, J. B. Sentença. *In*: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 165, 2006.

HOBBS, T. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População**. [S.l.:s.n.], [202-]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 27 mar. 2023.

JOHNSTON, D. **Breve história da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

JORGE, F. C. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2017.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LAFER, C. Declaração universal dos direitos humanos (1948). *In*: MAGNOLI, D. (org.). **História da paz**: os tratados que desenham o planeta. São Paulo: Contexto, 2008.

LASSALLE, F. **O que é uma constituição**. Lisboa: Escolar Editora, 2012.

LESSA, S.; TONET, I. **Introdução à filosofia de Marx**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

LIEBMAN, E. T. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectus, 2003. v 3.

LIMA, F. M. M. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997b.

LIMA, P. R. O. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997a.

LOPES, B. V. C. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUHMANN, N. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Vozes, 2016.

LUIZ, A. F. **Curso de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MAGALHÃES, J. P. **Crítica à subjetividade jurídica**: reflexões a partir de Michel Villey. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MAGANO, O. B. **Convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1972.

MAGRI, L. **O alfaiate de Ulm**. São Paulo, Boitempo, 2014.

MANDEL, E. **Teoria Marxista do Estado**. Lisboa: Antídoto, 1977.

MANDRIOLI, C.; CARRATTA, A. **Diritto processuale civile**. 28. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2022.

MARINONI, L. G. **A coisa julgada sobre questão**. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT, 2015. v 3.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Ação Rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. 2. ed. São Paulo: RT, 2021.

MARKY, T. **Curso elementar de direito romano**. 10. ed. São Paulo: YK, 2021.

MARX, K.; ENGELS, F. **Ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto comunista**. São Paulo: Boitempo, 2017.

MARX, K. **Para a crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

MARX, K. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MARX, K. **Miséria da filosofia**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARX, K. **Grundrisse**: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, K. “Posfácio”. In: **O capital**: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 90.

MASCARO, A. L. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, A. L. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASCARO, A. L. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MASCARO, A. L. “Prefácio”. In MAGALHÃES, J. P. **Crítica à subjetividade jurídica: reflexões a partir de Michel Villey**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDINA, J. M. G. Comentários ao art. 966. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, J. M. G.; ARAÚJO, F. C. **Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009**. 3. ed. São Paulo, 2019.

MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, T. A. A. **Processo civil moderno: recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, C A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, C. A. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**; São Paulo, v. 255, maio 2016.

MELLO, P. P. C. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica sua eficácia após o novo código de processo civil. **Universitas Jus**, v. 26, n. 2, 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MÉSZAROS, I. **O poder da ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, P. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MIRANDA, P. **Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões**. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: RT, 2016.

MORAES, P. D. A. **O capitalismo de multidão e a ressignificação do trabalho**: desafios e soluções no contexto da neocolonização tecnológica imposta pela indústria 4.0. Brasília: Venturioli, 2022.

MOREIRA, J. C. B. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, n. 416, jun. p. 10, 1970.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao código de processo civil**: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

MOREIRA, L.; BIGONHA, A. C. “Prefácio”. In: ACKERMAN, B. **Constituições revolucionárias**: liderança carismática e estado de direito. São Paulo: Contracorrente, 2022.

NAVES, M. B. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

NIETZSCHE, F. W. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2020.

OLIVEIRA, F. A. **Ação rescisória**: enfoques trabalhistas: doutrina, jurisprudência, súmulas. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, F. A. **Manual de penhora**: enfoques trabalhistas e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

OLIVEIRA, P. E. V. **Convenção coletiva de trabalho no direito brasileiro**: setor privado. São Paulo LTr, 1996.

PACHUCANIS, E. B. **Fascismo**. São Paulo: Boitempo, 2020.

PACHUCANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAMPLONA FILHO, R.; SOUZA, T. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PAULO NETTO, J. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**: fontes das obrigações, contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1.

PINTO, J. A. R. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

PIOVESAN, F. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

PORTO, S. G. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 6.

PORTO, S. G. **Ação rescisória atípica**: instrumento de defesa da ordem jurídica. São Paulo: RT, 2009.

RAMOS, A. C. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (orgs.). **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: RT, 2011, pp. 209-210.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, C. N. M. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RIZZARDO, A. **Contratos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIZZI, S. **Ação rescisória**. São Paulo: RT, 1979.

ROCHA, O. Direito do trabalho. *In*: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1.

RODRIGUES, S. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

RODRIGUES, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUES, D. A.; RODRIGUES, L. F. G.; DUARTE, R. G. **Aspectos da ação rescisória no novo processo civil**: súmulas como fundamento da pretensão desconstitutiva. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 316, 2021.

ROMITA, A. S. Contrato coletivo de trabalho. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional; v. 3. São Paulo: RT, 2012b. v. 3.

ROMITA, A. S. Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: RT, 2012a. v. 3.

ROSAS, R. **Direito sumular**: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROSSETI, V. Aproximações genéticas entre humanos e outros grupos animais. *In*: **Netnature**. [S.l.:s.n.], 2018.

ROTTERDAM, E. **Elogio da loucura**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ROUSSEAU, J-J. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAAD, E. G. **CLT comentada**. 46. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SANTOS, U. P. **Teoria e prática da ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SANTOS, C. C. C. M. Breves comentários às convenções ns. 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho. *In*: ALVARENGA, R. Z.; REZENDE, L. M. C. (coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

SANTOS, R. L. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 6. ed. São Paulo: LTr, 2022.

SANTOS, R. L. **Teoria das normas coletivas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, W. Q. **Ação rescisória por violação a precedente**. São Paulo: RT, 2021.

SARLET, I. W. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

SCHIAVI, M. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SENADO FEDERAL. **Projetos de Lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em: 2 set. 2022.

SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico**: edição universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v 1.

SILVA, H. B. **Curso de direito do trabalho aplicado**: processo do trabalho. 2. São Paulo: RT, 2015. v. 9.

SILVA, H. B. **Curso de direito do trabalho aplicado**: processo do trabalho. São Paulo: RT, 2021a. v. 4.

SILVA, H. B. **Curso de direito do trabalho aplicado**: teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical. São Paulo: RT, 2021b. v. 1.

SILVA, O. A. B. **Sentença e coisa julgada**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, R. A. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2019.

SILVA, T. A. Embargos de declaração: uma análise do instituto e suas especificidades no processo civil e laboral. In: CIMARDI, C. A.; SEBEN, R. (orgs.). **Processo civil por especialistas**. Campo Grande: Life, 2021. p. 467.

SILVA, T. A. O protagonismo político judicial como movimento do capital: uma crítica marxista a partir das noções de política, Estado e direito. In: CONGRESSO INTERNACIONAL IBEROAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, 6., 2022, Espanha. **Anais [...]**. Espanha: Universidade Valladolid, 2022.

SILVA, W. L. R. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. (orgs.). **Direito do trabalho e direito da seguridade social**: direito do trabalho coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: RT, 2012.

SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de direito do trabalho**: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2012. v. 1.

SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1.

SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. “Prefácio”. In: SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. (orgs.). **Resistência 2**: defesa e crítica da justiça do trabalho. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015.

SOUTO MAIOR, J. L.; SEVERO, V. S.; MENDES, R. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA, N.; DIAS, T. C. S. O cisma na Igreja Católica Apostólica Romana e o nascimento da Igreja ortodoxa: uma releitura histórica e as tentativas de reaproximação. **Caminhos de Diálogo**, Curitiba, ano 9, n. 15, jul./dez. 2021.

SPADONI, J. F. O direito constitucional de rescisão dos julgados. *In: Processo e Constituição*. Estudos em Homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 1.073.

STEINMANN, H.; OLMO, M. J. A. D. **No tempo do feudalismo**. 10. ed. São Paulo: Ática, 2004.

STRECK, L. L. Art. 371: *In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, L. L. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

STRECK, L. L.; ABBoud, G. Art. 927: *In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STUTCHKA, P. **O papel revolucionário do direito e do Estado**: teoria geral do direito. São Paulo: Contracorrente, 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 401**. Brasília, DF: Corte Especial, 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_37_capSumula401.pdf. Acesso em: 5 set. 2022.

SÜSSEKIND, A. L. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 1997.

TALAMINI, E. Eficácia e autoridade sentença canônica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 107, jul./set. 2002.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TEIXEIRA FILHO, M. A. **Ação rescisória no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015.

TENÓRIO, O. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.

TESHEINER, J. M. R.; THAMAY, R. F. K. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TESHEINER, J. M. R. **Eficácia da sentença e da coisa julgada no processo civil**. São Paulo: RT, 2002.

THAMAY, R. F. K. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2023.

THAMAY, R. F. K.; HERANI, R. G. **Jurisdição constitucional concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016.

THEODORO JR., H. A ação rescisória no novo código de processo civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte: Fórum, n. 90, 2015.

THEODORO JR., H. Coisa julgada. In: **Digesto de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2, p. 112.

THEODORO JR., H. **Curso de direito processual civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 3.

THEODORO JR., H. **Curso de direito processual civil**. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 1.

THEODORO JR., H.; ANDRADE, É. **Precedentes do processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THOMPSON, F. C. **Bíblia de referência Thompson**: com versículos em cadeia temática; antigo e novo testamento. São Paulo: Vida, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recomendação n. 4/GCGJT, de 26 de setembro de 2018**. [S.l.]: Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/145111/2018_rec0004_cgjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jan. 2023.

TROTSKY, L. **História da revolução Russa**. São Paulo: Sundermann, 2007.

VIGO, L. R. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: RT, 2005.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, M. **Direito Romano**. Porto: Rés-Editora, 1991.

WALD, A. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 3.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: RT, 2018. v. 4.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: Unb, 2004.

YARSHELL, F. L. **Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005.

YARSHELL, F. L. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no código de processo civil 2015. *In*: YARSHELL, F. L. **O novo código de processo civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

YARSHELL, F. L. Comentários ao art. 966. *In*: BUENO, C. S. (Coord). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4.