

# EXECUÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA E SUA SUSPENSÃO

### Comentário

Em outro livro, quando vigente o CPC de 1973, dissemos que a expressão “sentença rescindenda” continha duas impropriedades, nada obstante devamos reconhecer que por ela a doutrina e a jurisprudência vinham manifestando especial afeição: a) em primeiro lugar, o substantivo **sentença** era restritivo (*minus dixit quam voluit*), pois segundo a declaração que provinha do art. 162, § 1º, do sobredito Código, identificava apenas os pronunciamentos decisórios (extintivos do processo) emanados dos órgãos de primeiro grau de jurisdição (Varas do Trabalho e Varas da Justiça Comum estadual); com vistas a isso, chegamos a dizer que se se pretendesse referir aos provimentos oriundos dos demais graus de jurisdição, melhor seria que se falasse em **decisão**, uma vez que, em seu sentido genérico, se compreendiam, igualmente, os acórdãos (CPC, art. 163); b) em segundo, o vocábulo **rescindenda** constituía criação arbitrária da doutrina, pois destituído de previsão léxica; com esse neologismo se queria exprimir a decisão que estava sendo atacada pela via rescisória, e não aquela que já havia sido desconstituída, pois, nesse caso, deveríamos empregar o adjetivo **rescindida**.

Concluíamos, escrevendo: “Em respeito a uma tradição que não chega a ser afrontosa da pureza linguística, continuaremos a fazer uso dos termos rescindenda e rescindente, sem abdicarmos, entretanto, das ressalvas exaradas; não há negar que ditos neologismos constituem profícua homenagem à síntese”(Ação rescisória no processo do trabalho, São Paulo: Ltr, 2017, 5. ed. p. 271).

Pois bem, no tocante ao uso do vocábulo **sentença**, pelo legislador de 1973 (art. 485, *caput*), para os efeitos do exercício da ação rescisória, parece que nossas ponderações foram ouvidas, pois o CPC de 2015 fala em **decisão** (art. 966, *caput*), por forma a abranger a sentença, o acórdão e a decisão interlocutória de mérito. De resto, seguiremos a fazer uso dos adjetivos **rescindenda** e **rescindente**.

Tivemos oportunidade de deixar assentado, no referido livro, que a ação rescisória não tem efeito suspensivo da execução baseada na sentença (ou acórdão)

rescindenda; essa é a regra que se irradia, cristalinamente, do art. 969 do CPC. A suspensão somente será obtível por meio de tutela provisória (*ibidem*).

Em outro trabalho, elaborado na vigência do CPC de 1973, defendemos — em opinião algo heterodoxo, na época — a possibilidade de a suspensão da execução da sentença rescindenda ser obtida por meio de medida cautelar inominada, concebida, inclusive, liminarmente<sup>(1)</sup>. Reiteremos, agora, os argumentos que, naquela ensanचा, havíamos lançados em prol dessa ideia.

Fundamentalmente, dois empecilhos legais poderiam, em tese, ser levantados em oposição ao nosso entendimento. O primeiro estaria contido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que, como sabemos, ordena à própria lei o acatamento à coisa julgada; por mais forte razão — dir-se-ia — essa obediência deveria ser exigida do Poder Judiciário, a quem compete não apenas aplicar a norma legal aos casos concretos submetidos à sua cognição, mas, acima de tudo, velar pela ordem jurídica e pela supremacia constitucional; o segundo repousava no próprio art. 489, do CPC, de 1973, que proclamava não ser a ação rescisória provida de efeito paralisante da execução.

Tais objeções eram, aparentemente, irrefutáveis; examinando, contudo, com o necessário espírito científico e zetético o alcance das normas legais citadas, demonstramos que o obstáculo que elas representam não era real.

Começamos por observar que a coisa julgada material não era, como se vinha divulgando a mãos cheias e com certo caráter retórico, algo absolutamente intangível e imutável. Os que dissentiam de nosso parecer não conseguiam se desvencilhar da dificuldade de justificar o fato de o mesmo texto constitucional — que impunha o respeito à *res iudicata* — fazer menção expressa à ação rescisória como remédio jurídico especificamente criado para desconstituí-la (art. 102, I, “j”). Ninguém, por isso, haveria de sentir-se em boa sombra para arguir de inconstitucional o art. 485 daquele CPC, que dispunha sobre a rescisória e enumerava os casos em que essa ação poderia ser exercida.

A primeira ilação a tirar-se, portanto, era esta: a coisa julgada não era imutável nem perpétua, assim como inexistia colidência do art. 485, do CPC, de 1973 com o texto da Suprema Carta.

Era provável que se viesse a redarguir que a concessão de providência acautelatória inominada, com o fito de sobrestar a execução da sentença rescindenda, equivaleria a atribuir preeminência a um simples *fumus boni iuris*, em confronto com a autoridade da coisa julgada; como se poderia, enfim, reconhecer, no processo cautelar, uma “aparência” de bom direito do autor se o réu possuía, em

---

(1) *As Ações Cautelares...* p. 128/132.

seu benefício, a certeza do direito, consubstanciada no pronunciamento jurisdicional passado em julgado e, em face disso, já convertido em título executivo?

Esse argumento, não podemos negar, era judicioso —, mas não insuperável. Por isso, dissemos:

“É dogmático, sem dúvida: a) o princípio de que a coisa julgada tem prevalência jurídica em relação a qualquer outro ato (administrativo, jurisdicional ou legislativo) que a ela se contraponha; b) o argumento de que o fenômeno da coisa julgada material encontra em motivos de ordem político-legal a sua razão de ser nos textos normativos; daí, a eficácia que, há séculos, se lhe atribui de transformar o preto em branco e o quadrado em redondo (*facit de albo nigrum et de quadratum rotundum*)”.

Não menos verdadeira, entretantes, é a descomedida exaltação, que se vem fazendo da autoridade da *res iudicata*, a ponto de conferir-lhe uma aureola quase sacrossanta, que tem sido responsável, em grande parte dos casos, não só pela adoção de atitudes exageradamente dogmáticas diante da viabilidade da outorga de medidas cautelares atípicas tendentes a sobrestar a execução calcada na sentença exequenda, como pelo entrave reacionário ao desenvolvimento dos estudos científicos acerca do instituto cautelar.

Em situações como essa, deve ser sempre aviventada a percuciente admoestação feita por Pimenta Bueno de que “É sem dúvida de mister consagrar a autoridade da coisa julgada, mas não é menos essencial consagrar o império da verdade e da justiça, quando se patenteia tal que não se pode dele duvidar”<sup>(2)</sup>.

Vetar, pois, de modo genérico e com extremada intransigência, a possibilidade de serem concedidas, em determinadas situações particulares, providências acautelatórias inominadas, com o escopo de suspender a execução da sentença rescindenda, traduz não apenas imprudente abstração da realidade prática (onde, muitas vezes, a incidência de medidas dessa natureza se faz imperativa, a fim de combater certas atitudes de má-fé, de parte de um dos contendores), como boa dose de insciência a propósito da finalidade dessas medidas.

Prosseguimos:

“À declaração enfática do art. 489 do CPC se oponha o argumento de que sendo a rescisória uma ação (em que pode haver ampla margem de conhecimento), ela enseja, como as ações em geral, a sobreposição de pretensões acautelatórias, ainda que do tipo inominado — decorrentes, por excelência, do poder geral de cautela do magistrado (CPC, art. 798). Essa discricionariedade que é própria do juiz, no terreno cautelar, representa ‘o momento mais alto e amplo

---

(2) Ob. cit., p. 194.

da criação do direito concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental, como o nosso. Claro que o juiz não cria, aí, o direito material abstrato. Mas as providências variadas e imprevisíveis, impostas pela força dos fatos, fazem com que os decretos do magistrado assumam o caráter de normas e imperativos concretos de conduta, que significam, na verdade, autêntica obra de descoberta (*sic*) e criação singular do direito, emanada do fato, colada ao fato, nascida para o fato. Nesta perspectiva, rasga-se a imagem tradicional do juiz preso e manietado do sistema continental, e dá-se ao juiz moderno dos países codificados o mesmo horizonte criador e novo do pretor romano e dos magistrados anglo-americanos. O direito cautelar, se nos permite o neologismo, a todos nivela, aos juízes de todos os tempos e lugares, acima da História e dos sistemas diversificados de elaboração jurídica, numa identidade imposta pelas necessidades permanentes e universais de proteção direta e imediata do homem contra a ameaça, o perigo, o risco, o conflito”<sup>(3)</sup>.

Não estamos a preconizar aqui — como se possa imaginar — a utilização sistemática, indiscriminada e até mesmo abusiva das providências cautelares inominadas como instrumento de investida contra a irrecusável autoridade da coisa julgada; está em nosso objetivo, isso sim, demonstrar que, em certas situações especiais, será juridicamente lícito emitir-se medidas acautelatórias dirigidas ao sobrestamento da execução, sem qualquer vilipêndio aos verdadeiros motivos que ditaram a instituição, em nosso sistema de direito codificado, da coisa julgada. Nem ignoremos a particularidade de o CPC vigente haver ampliado, numericamente, de maneira considerável, o elenco das causas de rescindibilidade dos julgados, fazendo-o “como compensação ao rigor com que semeou presunções, em especial na revelia, presunções que, como é notório, com acelerar a solução do litígio, propiciam, de outra parte, maior frequência no erro, na injustiça e na ilegalidade das sentenças”<sup>(4)</sup>.

Isso quer dizer, em termos objetivos, que o elástico dos casos que autorizam a rescisão dos julgados deve ser interpretado como um contrapeso à profusão com que o legislador deitou presunções ao longo do texto do atual Código; em outras palavras: esse fato representou, em última análise, uma implícita redução do grau de autoridade da coisa julgada material, que se tornou agora suscetível (exatamente por isso) de ataque mais amplo pela rescisória”.

E alertamos:

“Não se pense ser meramente cerebrina a necessidade de conceder-se, em determinadas situações extraordinárias, providências cautelares com a finalidade de sobre-ser a execução baseada na sentença (ou acórdão) rescindenda; essa

---

(3) Calmon de Passos, ob. cit., p. 330.

(4) *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro: <editora>, 1940. vol. II, n. 167, p. 268.

necessidade é real e palpável. Temos ainda vivo na memória um caso concreto que pode ser apontado como corolário expressivo do que acabamos de afirmar. Um empregado havia ingressado em juízo, formulando pretensões relativas a aviso prévio, indenização, férias, 13º salário, horas extras, adicional noturno e o mais; oferecida pelo réu a contestação e realizada a instrução processual, o juízo de primeiro grau rejeitou, integralmente, os pedidos formulados pelo autor. Da sentença ele não recorre; logo, esta passa em julgado. Dias depois, o mesmo empregado constitui outro advogado que, desconhecendo a existência da *res iudicata* formada contra o seu constituinte, ajuíza ação onde efetua pedidos rigorosamente idênticos aos anteriores. O réu — um pequeno estabelecimento comercial —, ao receber, pelo correio, o instrumento de citação para a nova ação, supõe tratar-se de comunicação concernente ao processo anterior, já findo (no qual fora vencedor), e, em razão disso, deixa de comparecer à audiência inicial. A Vara procede, então, ao julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, II), e como a matéria constante da inicial é toda de fato, considera o réu confesso (além de revel), acolhendo, assim, totalmente os pedidos deduzidos pelo autor. Da sentença o réu não recorre, embora intimado (CLT, art. 852): vez mais, supõe que essa comunicação diga respeito ao processo anterior.

Uma nova coisa julgada, então, se constitui, em inconciliável antagonismo com a outra, que a antecedeu; ou melhor, a segunda sentença transita em julgado em gritante desrespeito à *res iudicata* que se formara de maneira absolutamente regular.

O empregado — agora convolado para credor — promove a execução da sentença (por quantia certa) que lhe foi favorável; apenas ao ser citado para essa execução é que o réu (devedor) se dá conta de que havia uma segunda ação (onde os pedidos eram idênticos aos da primeira), uma segunda sentença — só que esta o condenara ao pagamento de certas quantias, que a anterior declara serem indevidas.

Refeito do golpe de deslealdade praticado pelo empregado, o devedor constitui advogado, que ingressa com a rescisória no tribunal; enquanto isso, era realizada a penhora de todos os seus bens, pois a ação rescisória, considerada em si mesma, não suspende a execução da sentença rescindenda (CPC, art. 489). Meses depois, o tribunal acolhe o pedido rescisório, fazendo, com isso, desaparecer do mundo jurídico o título judicial em que a execução se fundava. Apesar desse sucesso, o devedor não encontrou motivos para regozijar-se, na medida em que, àquela altura, os seus bens já haviam sido judicialmente expropriados (arrematados por terceiro), cujo produto pecuniário fora entregue ao credor, que se encontrava em lugar desconhecido.

Houvesse, todavia, o devedor ajuizado, no tribunal, concomitantemente com a rescisória (ou logo depois desta), ação cautelar inominada e o relator teria emitido, inclusive em caráter liminar, no mais alcandorado momento de

exercício do poder geral de cautela que lhe outorga a lei, medida suspensiva da execução. Para isso, seria necessário que o relator estivesse bafejado por um mínimo de bom-senso e de discernimento jurídico. O decreto cautelar, que ele expedisse (*in limine*), se justificaria não tanto pelo fato de ser imperativo para tutelar um direito do devedor (autor, na rescisória), mas, sobretudo, pela necessidade de combater uma execrável velhacada do credor (réu, na rescisória), consistente em afrontar a coisa julgada (formada contra os seus interesses), em indiscutível proveito pessoal”.

E concluímos:

“Só mesmo o espírito monolítico dos leguleios atrever-se-ia a recusar a possibilidade de ser emitida, em situações como a relatada, medida cautelar atípica destinada a suspender a execução fundada na sentença rescindenda — vinda ao mundo para tripudiar sobre a legítima coisa julgada, anteriormente constituída.”

Embora o CPC de 2015 não tenha reproduzido as disposições sobre o processo cautelar, contidas no CPC de 1973, preferindo conceber o que denominou de **tutelas provisórias** (art. 294 e seguintes), o poder geral de cautela foi preservado pelo art. 301 no novo Código, conforme revela a parte final desse preceptivo de lei: “e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Sendo assim todos os argumentemos que expendemos, na vigência de CPC de 1973, devotados à possibilidade de uso de medidas cautelares inominadas para suspender a execução da decisão rescindendas são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à tutela de urgência de que se ocupa o art. 301, do CPC, de 2015.

Algo mais deve ser dito. Ainda na vigência do CPC de 1973, quando já se admitia – máxime nos sítios do processo do trabalho –, com certa amplitude, o manejo das medidas cautelares inominadas, com o objetivo de suspender a execução da decisão que se pretendia rescindir, o art. 489, desse Código, é alterado, passando a possibilitar essa suspensão não apenas por força de medida cautelar, mas de antecipação dos efeitos da tutela (art. 273). Isso significou que a precitada suspensão poderia ser alcançada nos próprios autos da ação rescisória.

Voltemos ao CPC de 2015, para esclarecer que esse Código, após declarar que o ajuizamento da ação rescisória não suspende o cumprimento (execução, no caso da Justiça do Trabalho) da decisão rescindenda, faz expressa ressalva quanto à obtenção de tutela provisória (art. 969) – que, na espécie, é a prevista no art. 301, conforme afirmamos. A concessão dessa tutela pressupõe: a) a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) ; b) o perigo de dano (*periculum in mora*) ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300).

# RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO

### Comentário

Na vigência do CPC de 1973, legislação, doutrina e jurisprudência eram harmoniosas quanto ao entendimento de que somente poderiam ser objeto de ação rescisória as sentenças ou os acórdãos que houvessem julgado o mérito da causa.

A despeito disso, não nos desalentamos em sustentar opinião diversa, numa profunda ruptura com a dogmática tradicional. Empenhamo-nos, enfim, em demonstrar, por exemplo, a necessidade de ser consentido, embora em caráter excepcional, o uso da ação rescisória para desfazer acórdãos que não houvessem ingressado no exame do *meritum causae*. Tratava-se, pois, de uma tese, de um ensaio atrevido, cuja motivação decorria da dinâmica dos fatos da vida, dessas situações extremamente dramáticas com que a realidade prática sóia tocar a sensibilidade dos juristas e de todos aqueles que se preocupavam com as injustiças que as ocasionais imperfeições de nosso sistema processual pudessem produzir.

Argumentávamos com uma dessas situações.

Um Tribunal Regional do Trabalho não admite certo recurso (o ordinário, por exemplo), por entendê-lo intempestivo ou deserto, quando, na verdade, fora interposto no prazo legal e se encontrava regularmente preparado. Fatos como este, aliás, têm ocorrido com alguma frequência. Pois bem, se a parte interpuser recurso de revista desse acórdão, argumentando, digamos, que houve violação dos arts. 895, "a", ou 899, da CLT, e, nisso, obtiver êxito, estará corrigido o erro perpetrado pelo Tribunal Regional.

Caso, porém, a parte deixe de ingressar com o recurso de revista, o referido acórdão passará em julgado e, não sendo admissível o seu ataque pela via rescisória (por não haver tocado no mérito da causa), os danos acarretados ao seu direito se tornarão irreparáveis.

Ao contrário das opiniões doutrinárias assentes, entendíamos que, em situação como a narrada, deveria ser permitido o uso da ação rescisória, a despeito da dicção do art. 485, *caput*, daquele digesto de processo civil. Nossa

convicção se estribava, essencialmente, em um elemento ético, segundo o qual nenhuma decisão judicial equivocada,

Dir-se-á, contudo, que, diante de situações como a descrita, a parte deveria valer-se do recurso de revista, por meio do qual poderia obter a “reforma” do acórdão, e, em razão disso, fazer com o que o seu recurso ordinário fosse apreciado, no mérito, pelo Tribunal Regional. Ora, um tal argumento não só deixava de enfrentar o núcleo da questão, representado

Seguimos argumentando:

“É necessário ressaltar que a ação rescisória provoca o estabelecimento de uma nova relação jurídica processual, que não se subordina àquela que foi encerrada pelo acórdão rescindendo. Tanto é verdadeira a assertiva, que não estarão impedidos de participar do julgamento desta ação os juízes que, porventura, tenham participado do julgamento que deu origem ao acórdão rescindendo (Súmula n. 252, do Supremo Tribunal Federal).

Jamais se poderá cogitar, consequentemente, de preclusão do exercício da ação rescisória, em decorrência da não impugnação, mediante recurso, da sentença ou do acórdão, cujos efeitos se visa a desconstituir. No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como revela a sua Súmula n. 514. Cabe-nos reparar, apenas, que a *res iudicata* não traduz efeito, e, sim, qualidade do pronunciamento jurisdicional não mais sujeito a recurso.

Devemos, a esta altura de nossa exposição, fazer um esclarecimento

que houvesse causado danos de considerável monta ao direito da parte, poderia ficar imune à ação rescisória.

pela viabilidade do emprego da ação rescisória, como insinuava, contra os princípios, a ocorrência de preclusão pela não utilização do recurso de revista, além de perder o fundamento em que se apoiava, na hipótese de o recurso de revista não ser admitido, por qualquer motivo” (*Ação Rescisória no Processo do Trabalho*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora LTr, 2017 p. 277/280).

oportuno: não estamos a preconizar a possibilidade de manejo da ação rescisória em todos os casos em que a sentença ou o acórdão deixarem de investigar o mérito da demanda. O campo de nossa observação está restrito aos acórdãos que não admitirem recursos, em virtude de suposta ausência dos pressupostos legais, subjetivos ou objetivos. Não nos abalancaríamos a estender o nosso ponto de vista às sentenças que não tenham adentrado no mérito, por um motivo elementar: permite, a lei (CPC, art. 486), que o autor, nesse caso, tente outra vez a ação (sem prejuízo de preferir interpor recurso ordinário da sentença), com o que lhe devolve a oportunidade de invocar, agora sem as falhas anteriores, a prestação da tutela jurisdicional indispensável para assegurar-lhe um bem ou uma utilidade da vida. Essa reabertura de oportunidade, entretanto, não ocorre no tocante ao recurso não admitido, ou seja, o sistema processual, por motivos plenamente justificáveis, não concede

à parte a possibilidade de recorrer, novamente, da mesma decisão.

Devemos insistir neste ponto: o simples fato de a parte deixar de interpor recurso de revista do acórdão do Tribunal Regional, que não admitiu o recurso (ordinário), não pode ser invocado como razão jurídica para impedir-lhe o uso da ação rescisória, exceto se se estiver a considerar, contra os princípios e a lógica, como dissemos, que a falta de interposição daquele recurso implicaria preclusão ao exercício da rescisória. Demais, esse argumento, se admitido, deveria valer para todas as situações, de tal maneira que, mesmo no caso de o acórdão haver examinado o mérito, deveria ser inibido o uso da rescisória se a parte deixasse de impugnar aquela decisão mediante recurso de revista — o que é inconcebível. Por outro lado, o recurso de revista poderia não vir a ser admitido, tornando, com isso, irreparável o erro cometido pelo Tribunal Regional.

Se a situação-tipo de que estamos a nos ocupar não for suficiente para sensibilizar quanto à necessidade de haver uma ruptura — ainda que tópica — com a dogmática tradicional e com a irracionalidade da lei (CPC, art. 966, *caput*), de modo a permitir-se o exercício da ação rescisória de acórdãos que não tenham admitido recursos, apresentaremos uma outra, que, talvez, consiga tocar, no espírito dos juristas, aquele diminuto ponto ainda sensível. Ei-la: o Tribunal Regional nega provimento a agravo de instrumento interposto de decisão de juiz de primeiro grau, que não admitiu recurso ordinário. Tanto o juízo *a quo* quanto o *ad*

*quem* incidiram no erro de afirmar que o recurso ordinário era intempestivo ou se encontrava deserto, quando, em rigor, havia sido interposto no prazo legal ou estava devidamente preparado. Muito bem. Nesse caso, a parte prejudicada nem mesmo poderia interpor recurso de revista do acórdão proferido pelo Tribunal, pois, nos termos da Súmula n. 218, do Tribunal Superior do Trabalho: “É incabível recurso de revista interposto de acórdão regional prolatado em agravo de instrumento”. Isso significa, sem rebuços, que a parte nem sequer teria oportunidade de tentar submeter o acórdão regional à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho. Com isso, o equívoco do Tribunal Regional, ao negar provimento ao agravo de instrumento, por haver incorrido no mesmo erro do juiz de primeiro grau (de supor que o recurso ordinário não atendia aos pressupostos legais), se tornaria imutável, perpétuo, pois o art. 485, *caput*, do CPC, não permitiria que a parte se socorresse da ação rescisória, vez que o acórdão regional não penetrou o mérito.

Sejamos sensatos. E justos. A situação mencionada demonstra, com clareza e dramaticidade inegáveis, a necessidade de a doutrina e a jurisprudência trabalhistas, impulsionadas por essa vocação transformadora, zetética, que as colocou numa posição de excelência, no universo jurídico, romperem com a rigidez do art. 485, *caput*, do Estatuto de Processo Civil, para consentir o uso, em situações especiais, da ação rescisória, com a finalidade de desfazer acórdãos transitados em julgado, que, em patente equívoco, não tenham admitido recursos, e, com isso, provocado consideráveis danos à parte. Se

bem refletirmos, veremos que o uso da rescisória, na espécie, se destina a resgatar o prestígio dos pronunciamentos da jurisdição, ocasionalmente turvado por acórdãos derivantes de erros nitidamente perceptíveis. É óbvio que este é um argumento de segundo plano, pois a tudo sobreleva a necessidade de ser reparado o dano que essa decisão causou ao direito da parte.

Não há dúvida de que todos devemos acatamento às leis do país; quando, porém, por inadvertência do legislador, a norma legal figura como obstáculo à correção de um erro praticado pela magistratura, devem, doutrina e jurisprudência, encontrar, nos princípios gerais e no bom-senso, argumentos capazes de possibilitar a reparação do erro, sem, com isso, negar vigência à lei, por tratar-se de uma solução extraordinária. Pressupõe-se, dessa forma, que, se a situação dramática, socorrida pela providência da doutrina e da jurisprudência, tivesse sido imaginada pelo legislador, este, seguramente, teria redigido a norma de tal modo que situações dessa natureza não ficassem fora do alcance de suas disposições.

Certamente, não foi pela voz indolente dos leguleios que o Direito evoluiu em direção aos seus verdadeiros objetivos, e, sim, pelos ditames das consciências insopitáveis dos pensadores de bom senso, que souberam, em determinado momento, encontrar razões ponderáveis para que a lei não fosse aplicada, com a frieza de sua letra,

para impedir a reparação de erros notórios, cometidos pelos juízes.

[...]

Nos dias atuais, a propósito, imperante, ainda, a opinião dogmática — que presta subserviente homenagem ao artigo 485, *caput*, do CPC — de que a ação rescisória não pode ser empregada contra acórdão que não tenha admitido recurso, o que se tem presenciado, na realidade do foro, é uma desesperada utilização dos embargos declaratórios, com o escopo de fazer com que o recurso venha a ser admitido. Pede-se, no caso, que o próprio Tribunal (Pleno, Turma etc.) proferidor do acórdão embargado declare haver incorrido em erro ao não admitir o recurso ordinário. Ora, a impropriedade dos embargos de declaração para esse fim é gritante, pois, tirante raríssimas exceções, não se verifica nenhum dos motivos previstos nos incisos I e II, do art. 535, CPC, que justifiquem a apresentação desses embargos. De qualquer modo, o problema acarretado pelo acórdão que não admitiu o recurso ficaria sem solução se os embargos declaratórios fossem rejeitados, ou nem sequer admitidos.

O uso desses embargos, para modificar o acórdão, na situação de que estamos a cuidar, se presta, contudo, para demonstrar a compreensível angústia da parte que não teve o seu recurso admitido, conquanto seja patente o erro do Tribunal, ao assim decidir” (. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2017. págs. 277/280).

Cabe, aqui, um esclarecimento.

Diante da incerteza se a nossa tese sobre a possibilidade de utilização da ação rescisória para desfazer acórdão transitado em julgado, que não houvesse examinado o mérito, seria colhida ou não, no âmbito da doutrina e, em especial, da jurisprudência, e levando em conta as situações dramáticas que a realidade estava a revelar a todo momento (inadmissibilidade equivocada de recursos), passamos, sem renunciar àquela tese, a defender a utilização dos embargos declaratórios para corrigir os erros dos Tribunais, cometidos no exame dos pressupostos de admissibilidade dos recursos. Se é certo que os embargos de declaração não foram instituídos para finalidades que tais, não menos verdadeiro é que a doutrina estava politicamente autorizada a dar uma interpretação à norma legal sem dissociá-la da realidade e dos fins sociais a que se destina. Colocado à frente esse critério, não nos foi difícil aceitar a possibilidade de os embargos declaratórios serem utilizados para a correção de equívocos dos Tribunais, cometidos no exercício de seu inerente juízo de admissibilidade de recursos. Tão relevantes são os argumentos em que se apoia essa corrente doutrinária, que o legislador a consagrou. Referimo-nos à Lei n. 9.957, de 12-1-2000, que acrescentou à CLT o art. 897-A, cujo *caput* estabelece que os embargos declaratórios podem ser dotados de efeito modificativo, inclusive, nos casos de “manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso”. Pressupostos extrínsecos ou os objetivos compreendem: a) recorribilidade do ato; b) regularidade formal do ato; c) adequação; d) tempestividade; e) depósito pecuniário (quando exigido); f) pagamento de custas. Nada justifica, entretanto, o fato de o legislador haver restringido o uso dos embargos declaratórios, para o fim em estudo, às situações de manifesto equívoco no exame dos pressupostos objetivos dos recursos. Essa possibilidade deveria abranger, também, os pressupostos subjetivos ou extrínsecos, que abarcam: a) a legitimidade; b) o interesse; c) a capacidade; d) a representação. Ao conceber a tese, a doutrina não limitou esses embargos aos pressupostos objetivos. Destarte, embora, nos dias de hoje, *legem habemus* (CLT, art. 897-A), nada obriga a doutrina a renunciar à sua posição original.

O Direito deve estar a serviço da vida, e não esta necessariamente a serviço daquele. Sobraram razões, por isso, a Oliver Wendell, ao advertir que a vida do Direito não foi a lógica, mas a experiência (“*The Common Law*”). E, quando a experiência demonstrar que o Direito falhou, que o império seja daquela, sob pena de o Direito converter-se em um elemento monolítico, fincado na contra-mão da dinâmica dos fatos que brotam da realidade — viva, palpante, e, não raro, dramática.

É conveniente lembrar que, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, admitia-se, na doutrina e na jurisprudência, o exercício da ação rescisória tendo como objeto sentenças ou acórdãos que não se houvessem pronunciado

sobre o mérito. Em que pese ao fato incontestável de ter ocorrido significativa alteração na matriz legislativa, com o advento do Estatuto de Processo Civil de 1973, a verdade é que a vida não se modificou. As dificuldades existentes no passado persistem no presente e, de certo modo, com mais intensidade, em face, exatamente, da complexidade das relações sociais e das exigências do próprio Direito. A ninguém é dado ignorar essas transformações e a sua repercussão no plano da interpretação das leis.

Nossa luta não foi em vão.

O § 2º do art. 966, CPC de 2015, do CPC, em disposição verdadeiramente revolucionária, permite o exercício da ação rescisória de decisão transitada em julgado que, **embora não tenha resolvido o mérito**, impeça: “I – nova propositura da demanda; o II – admissibilidade do recurso correspondente”.

Em que pese ao fato de o preceptivo legal acima reproduzido haver restringido os casos que admitem a ação rescisória de decisão passada em julgada que não haja tangido o mérito, esse preceptivo representa considerável ruptura com a dogmática tradicional, avessa a essa possibilidade.

Aceita a utilização da rescisória para a finalidade que estamos a propor, é elementar que o fundamento do pedido haverá de ser um dos incisos do art. 966, do CPC. Particularmente, não vemos como possa calcar-se nos incisos I (prevaricação, concussão, corrupção); II (impedimento ou suspeição); III (dolo ou colusão); e IV (ofensa à coisa julgada), porquanto, como tantas vezes assinalamos, o que estamos a defender é o exercício da rescisória diante de acórdão que não tenha admitido recurso.

Será, todavia, algo frequente o seu ajuizamento com fulcro nos incisos V (violação manifesta de norma jurídica) e VIII (erro de fato), e, em menor intensidade, nos incisos VI (falsa prova) e VII (prova nova), do referido texto legal.

Nossa alusão ao inciso V, feita há pouco, tem especial significado, porquanto se o acórdão deixar de admitir um recurso (v.g., o ordinário), por entender ausente um dos pertinentes pressupostos, quando, na realidade, todos esses pressupostos foram satisfeitos, haverá, nisso, manifesta violação de norma jurídica, como, por exemplo, dos arts. 895, I, (tempestividade) e 899, da CLT (depósito pecuniário), segundo seja a hipótese.

Queremos deixar sublinhado, contudo, o nosso entendimento de que a norma jurídica, cuja transgressão manifesta enseja o uso da rescisória, tanto pode ser de natureza material, quanto processual. Os exemplos acima referidos, aliás, invocam normas de caráter processual.

Em outras situações, a inadmissibilidade do recurso, pelo acórdão, pode derivar de erro de fato, como quando, e.g., o Tribunal afirma que o advogado

do recorrente não possui procuração nos autos (nem se configura o mandato tácito), embora o correspondente instrumento tenha sido oportunamente juntado. Nessa hipótese, o Tribunal teria alegado a inexistência de um fato (documento), que, na verdade, existe, caracterizando, com essa falha de percepção, o erro de fato, de que trata o inciso VIII, do art. 966, do CPC. Como ficou visto no capítulo XIV, retro, para que o erro de fato possa ser apontado como fundamento para a rescindibilidade do acórdão, impõe-se a concorrência dos seguintes requisitos: a) deve ter como objeto essencial fatos da causa em que foi proferido o acórdão; b) o erro deve ser apurável por meio de exames de documentos e de outros elementos dos autos, não sendo admissível que o autor procure provar, na rescisória, a existência ou a inexistência do fato, com outros meios; c) o fato deve ter influenciado, diretamente, o resultado do julgamento; d) sobre esse fato não deve ter havido controvérsia ou pronunciamento jurisdicional.

Cumpridos esses requisitos, não há razão jurídica, nem ética, para obstar-se o uso da rescisória, ainda que dirigida a acórdão que não tenha ingressado no exame do mérito, como se dá, designadamente, com o que não admite recurso.

Enfim, as particularidades de cada situação concreta é que determinarão o inciso do art. 966, do CPC, a ser indicado como fundamento da ação rescisória. O importante é que esta possa ser exercida, sem as limitações impostas pela expressão literal do citado dispositivo de lei.

Vamos além: permitido o emprego da rescisória, com a finalidade que estamos a sugerir, nada impede que, em situações especiais, se invoque, mediante petição específica, o exercício do poder geral de cautela, que o art. 301 do CPC atribui ao magistrado, para efeito de ser suspensa a execução da sentença impugnada por meio do recurso ordinário não admitido, equivocadamente, pelo Tribunal, sempre que for o caso. Sobre a possibilidade de obtenção de um provimento acautelatório tendente a sobrestar a execução da sentença, e a indicação dos fundamentos em que se apóiam as nossas razões, pudemos discorrer, mais detidamente, no capítulo anterior (XXIII).

Em resumo, os fatos da vida estão a revelar que, muitas vezes, os Tribunais, ainda que por falha involuntária, não têm admitido recursos, fazendo com que, esgotada a possibilidade de impugnação do acórdão pelo recurso de revista (ainda assim, quando este seja admissível), fique a parte prejudicada sem qualquer instrumento jurídico dotado de aptidão para desfazer o acórdão regional, conquanto possa estar patente o erro que o contamina. É absolutamente inaceitável, em face de situações como essa, que se vede à parte o acesso à via rescisória, sob o argumento de que o acórdão não examinou o mérito da causa.

Leis mal elaboradas comprometem o prestígio do ordenamento jurídico; leis interpretadas com abstração da realidade produzem uma jurisprudência postiça e submissa a um legalismo que nada constrói.

Por isso, depositamos, neste capítulo, o nosso modesto contributo para a obra de integração da lei à realidade, e, ao mesmo tempo, a nossa esperança de que essa integração venha pela voz de uma doutrina e de uma jurisprudência de vanguarda, capazes, até mesmo, de influenciar, pela força dos seus argumentos, o próprio legislador.

Infelizmente, entretanto, a jurisprudência trabalhista parece haver preferido manter-se em cômoda atitude dogmática, dando as costas à realidade que há além dos muros escolásticos em que se confinam alguns magistrados. A Súmula n. 413, do TST, infelizmente, colocou-se em sentido contrário:

“AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE MÉRITO. VIOLAÇÃO DO ART. 896, “A”, DA CLT (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, “a”, da CLT, contra decisão transitada em julgado sob a égide do CPC de 1973 que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuidava de sentença de mérito (art. 485 do CPC de 1973). (ex-OJ nº 47 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)”.

Tendo em conta o dogmatismo dessa Súmula, consistente em subordinar o exercício da ação rescisória à existência de um pronunciamento sobre o mérito, cumpre-nos reforçar os argumentos opostos, que temos sustentado. Com vistas a isso, devemos, desde logo, formular uma indagação essencial: por que motivo o legislador teria, por exemplo, previsto o uso dessa ação quando a decisão violasse literal disposição de lei (CPC de 1973, art. 485, inciso V)? Certamente, para restabelecer a supremacia da ordem legal (e constitucional), contravinda por um pronunciamento jurisdicional. Sendo assim, fica claro que o **valor** a ser protegido, por meio da rescisória, nesta hipótese, é a mencionada supremacia da ordem constitucional. Pois bem. Sob esta perspectiva, que relevância tem o fato de alguma decisão judicial não haver ingressado no exame do mérito, embora fique evidente a violação por ela perpetrada à Lei ou à Constituição da República? Posta à frente, enfim, a finalidade da ação rescisória, na situação em exame, que importância teria a particularidade de a sentença ou o acórdão não haver solucionado o conflito de interesses, se, a despeito disso, ficou patente o espezinhamento do ordenamento legal, assim como, o prejuízo irreparável acarretado à parte (recurso não admitido)?

Se o legislador, ao redigir o *caput* do art. 485, do CPC, por falta de sensibilidade, não se deu conta de que poderia, v. g., haver violação a literal disposição de lei, mesmo sem exame da lide, é necessário que a doutrina corrija essa inadvertência legislativa, dando à norma uma interpretação compatível com a sua finalidade, que é, como se salientou, a de preservar a supremacia da ordem legal.

O fato de o art. 966, *caput*, do CPC de 2015, fazer referência à violação de **norma jurídica** em nada abala os nossos argumentos; bem ao contrário, os reforça, pois o conceito de norma jurídica é mais amplo do que o de lei.

## HONORÁRIOS DE ADVOGADO

### 1. O tema, anteriormente à Lei n. 13.467/2017

Em livro escrito anteriormente à vigência da Lei n. 13.467, de 13-7-2017, escrevemos:

“Se considerarmos o ponto de vista exclusivo do processo civil, haveremos de concluir ser plenamente possível a condenação do vencido, em sede de ação rescisória, no pagamento de honorários de advogado.

O processo do trabalho, desde as suas origens, recusou a ideia de o vencido ser condenado ao pagamento de honorários de advogado, em benefício do adversário. Não se suponha que essa atitude do legislador estaria ligada ao fato de ele próprio haver atribuído capacidade postulatória às partes, por força da qual estas podem invocar, pessoalmente, a prestação da tutela jurisdicional, vale dizer, sem a presença de advogado. Ora, o art. 791, da CLT, cujo *caput* atribui esse *ius postulandi*, prevê a possibilidade de os litigantes atuarem por meio de advogado, e, nem por isso, esse texto legal cogitou da condenação do vencido ao pagamento dos honorários correspondentes.

O princípio estabelecido no processo do trabalho, portanto, é o de que as partes responderão pelos honorários dos advogados que contratarem.

Assim tem sido, como vimos, desde o início dos tempos. Pretendeu o legislador, com isso, sem dúvida, proteger o trabalhador contra eventuais condenações no pagamento de honorários de advogado, em prol da parte contrária.

A 26 de junho de 1970, entretanto, advém a Lei n. 5.584, para dispor, pela primeira vez, sobre honorários de advogado, no processo do trabalho. Se bem verificarmos, veremos que essa norma legal não constitui exceção ao princípio vigente neste processo, há pouco referido, de que cada litigante responderá pelos honorários do seu advogado, porquanto os honorários mencionados na Lei n. 5.554/1950 não se destinam ao trabalhador, e, sim, ao sindicato que lhe estiver ministrando assistência judiciária gratuita. O titular do direito, no tocante a esses honorários, é, pois, o sindicato, não o trabalhador. Há razões jurídicas e políticas para que assim o seja. É que, exigindo a precitada norma legal que os sindicatos prestem assistência judiciária aos integrantes da categoria, que recebam salários iguais ou inferiores a duas vezes o mínimo legal, sob pena de sanções pecuniárias a serem

aplicadas aos dirigentes (art. 19), essa imposição faria com que as entidades sindicais tivessem de contratar advogados (ou ampliar o número dos já existentes) para atender a essa obrigação. Com isso, como é elementar, as despesas dessas entidades seriam consideravelmente aumentadas, motivo por que o legislador destinou a elas os honorários de advogado, pagos pelos empregadores, como uma espécie de contrapartida à obrigação de prestarem, gratuitamente, assistência judiciária.

Fique claro, assim, que a introdução dos honorários de advogado, no processo do trabalho: a) não foi em caráter geral, mas circunscrita aos casos de assistência judiciária gratuita, e compulsória, por parte das entidades

Não concordamos com nenhum desses argumentos.

Em primeiro lugar, o fato de a rescisória constituir uma ação especial não tem a mínima relevância, pois, a prevalecer esse argumento, teríamos de admitir a imposição do pagamento de honorários de advogado, também, nas ações de prestação de contas, de depósito, de consignação em pagamento, nos embargos de terceiro, e outras mais, que são, igualmente, “especiais”. Não nos consta que os defensores da opinião de que estamos a dissentir tenham sustentado o cabimento de honorários de advogado em tais ações.

Em segundo, não desconhecemos a antiga e sempre proveitosa observação de Chiovenda de que a condenação no pagamento desses honorários se justifica não só pelo fato objetivo da derrota, senão como medida necessária para evitar que o vencedor sofra uma

sindicais; b) não decorreu da aplicação do princípio da sucumbência, consagrado pelo CPC, e, sim, da necessidade de os sindicatos serem compensados pelos gastos que teriam de contrair, com a contratação de advogados, para atender à obrigação de ministrar a sobredita assistência judiciária.

Um certo setor da jurisprudência, contudo, vem entendendo que os honorários de advogado são devidos na ação rescisória, sob os argumentos de que: a) é uma ação “especial” ou *sui generis*; b) o vencedor não pode sofrer redução em seu patrimônio; c) a condenação no pagamento desses honorários tem o efeito prático de desestimular o ataque à coisa julgada material.

redução em seu patrimônio, “por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro lado, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante” .

A lição desse notável mestre peninsular teve como objeto, porém, o processo civil, onde o princípio da sucumbência recebeu larga consagração. O processo do trabalho, como ficou demonstrado, repeliu esse princípio, motivo por que, só por isso, seria de colocar-se de lado o argumento civilista que procura justificar a condenação do vencido ao pagamento de honorários como providência tendente a evitar que o vencedor sofra um desfalque patrimonial. De qualquer modo, não vemos como se possa defender a aplicação do

princípio da sucumbência, no processo do trabalho, apenas, em sede de ação rescisória e negá-lo nos demais casos, nomeadamente, nas ações características desse processo especializado. Dessa forma, quer nos parecer que, ou se aplica o mencionado princípio em todas as ações (máxime as condenatórias) apreciadas pela Justiça do Trabalho, ou não se aplica a nenhuma delas, aí incluída a rescisória, pois, afinal de contas, em nenhuma dessas situações seria concebível — segundo a doutrina de que estamos a divergir — que houvesse perda patrimonial por parte do vencedor, vale dizer, daquele com o qual o pronunciamento da jurisdição reconheceu estar o direito disputado.

Mais do que isso, a alegação de que os honorários de advogado deveriam ser admitidos, na ação rescisória trabalhista, para evitar que o vencedor tivesse um dano em seu patrimônio, não resiste à força dos próprios fatos que ela tenta explicar. Digamos, por exemplo, que o empregado tenha sido vencedor em primeiro grau de jurisdição, sendo o empregador condenado a pagar-lhe determinadas quantias. Só não houve condenação em honorários de advogado, porque o trabalhador não fazia *jus* a essa verba. Passando em julgado a sentença, o empregador ingressa com ação rescisória, fundada, e.g., no impedimento do magistrado que participou do julgamento em que foi proferida a sentença rescindenda. O Tribunal, diante das evidências, desconstitui a *res iudicata* e condena o trabalhador (réu, na ação) no pagamento de honorários de advogado. Retornando os autos ao primeiro grau, nova sentença é proferida

(desta feita, por juiz desimpedido), que, todavia, como a anterior, condena o empregador no pagamento de determinadas quantias, mas não em honorários de advogado, por entender que o trabalhador não faz *jus* a eles. Teríamos, com isso, uma situação em que o trabalhador, embora vencedor (em virtude da segunda sentença), não teria como se reembolsar dos honorários que pagou em decorrência do acórdão emitido na ação rescisória. Teríamos, em última análise, um caso em que o trabalhador, conquanto vencedor, sofreu um desfalque patrimonial, exatamente porque se entendeu que, em sede de ação rescisória, mesmo no plano do processo do trabalho, é possível a condenação do vencido ao pagamento de honorários de advogado.

Em terceiro lugar, dizer-se que os honorários de advogado, na ação rescisória, têm o escopo de desestimular o ataque à coisa julgada material, é cometer dois equívocos numa só afirmação.

Realmente, o pressuposto dessa assertiva é que o autor, na rescisória, fique vencido, e, em razão disso, deva pagar os honorários do advogado do adversário. *Data venia*, esse pressuposto é falso, pois há inúmeros casos em que o autor, na rescisória, obtém êxito, não fazendo sentido, por isso, falar-se, nesta hipótese, em desestímulo às ofensivas contra a coisa julgada material. No exemplo que formulamos há pouco, não só o trabalhador era réu na ação (logo, a iniciativa de ajuizá-la foi do empregador), como nem sequer deu causa ao vício que contaminou a sentença rescindida. A despeito disso, foi condenado ao pagamento de honorários, sem qualquer possibilidade

de ser reembolsado, futuramente, como procuramos demonstrar.

Por outro lado, o mecanismo legal instituído para desestimular o exercício infundado da ação rescisória, na Justiça do Trabalho, é a multa pecuniária, de que cuida o art. 836, *caput*, da CLT, correspondente a 20% do valor da causa.

A presença do trabalhador, na relação jurídica processual, é, designadamente, o principal motivo por que o processo do trabalho instituiu um procedimento muito menos oneroso, economicamente, do que o do processo civil, fazendo, v.g., com que as custas somente sejam pagas no final (CLT, art. 789, § 1º) e que os oficiais de justiça não cobrem pelas diligências realizadas, *ex officio* ou a requerimento do interessado.

Para que não nos lancem a pecha de intransigentes — se for equivocado não transigir em tema de princípios —, o máximo que poderíamos admitir é quanto à possibilidade de haver condenação no pagamento de honorários de advogado, em ação rescisória, nos casos de assistência judiciária regulada pela Lei n. 5.584/1970. Em rigor, não haveria, aqui, de nossa parte, transigência, mas coerência, pois se o trabalhador estiver recebendo o benefício da assistência judiciária gratuita, pelo sindicato, os honorários impostos pelo acórdão rescisório reverterão em prol da entidade sindical (art. 16).

O que não nos parece possível é sustentar, de um lado, e de modo geral, o princípio de que, no processo do trabalho, cada parte responde pelos honorários do advogado cujos serviços

contratar, e, de outro, que esse princípio não deve ser respeitado em sede de ação rescisória, de tal modo que prevaleça, aqui, a regra da sucumbência, inscrita no art. 85, do CPC. A nosso ver, são duas posições inconciliáveis, cujo antagonismo não consegue ser disfarçado pelo sofisma que se insinua na afirmação de tratar-se, a rescisória, de uma ação “especial” ou *sui generis*.

O que se deve pôr em frente, e acima de tudo, é o truísmo da presença inevitável do trabalhador na relação jurídica processual — particularidade que levou o legislador trabalhista a não consagrar a cláusula civilista da sucumbência (CPC, art. 85). Não vemos nenhuma razão relevante para que essa atitude axiológica do legislador seja desacetada em tema de ação rescisória, em que, como tantas vezes assinalamos, se aceita a condenação do vencido no pagamento de honorários de advogado, isso poderá significar não só a insensata possibilidade de o trabalhador vir a ser destinatário dessa condenação, mesmo sendo réu na ação e não havendo dado causa ao vício que contaminou a sentença rescindida, mas traduzir manifesta injustiça, como quando não lhe for possível reembolsar-se dos honorários que pagou, em situações como a que narramos anteriormente.

Menos comprometedor dos princípios que dão conteúdo ideológico ao processo do trabalho será deixar o trabalhador sem receber honorários de advogado, quando for vencedor na ação rescisória (como autor ou réu), do que lhe impor a condenação no pagamento desses honorários, toda vez em que ficar vencido. E, como não é, será