

O conteúdo do pacto de não-recorribilidade

The content of non-appeal pact

Lucas Sampaio Muniz da Cunha¹

Resumo:

ma das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil foi a possibilidade, trazida pelo art. 190 deste diploma legal, da existência de negócios jurídicos processuais atípicos, conferindo maior significância ao princípio do autorregramento da vontade no processo. Um dos negócios jurídicos possíveis, então, é o pacto de não-recorribilidade, por meio do qual as partes acordam no sentido de que prevalecerá, para a causa posta à análise do Poder Judiciário, a decisão proferida na instância originária, sem possibilidade de recurso. Este será, assim, o negócio jurídico objeto principal do presente trabalho, que tem como objetivo demonstrar pontos positivos e problemáticas deste pacto. Será analisado, com efeito, se seu conteúdo é absoluto, abrangendo todos os recursos previstos na legislação processual civil, e sua eficácia diante de sucedâneos recursais com natureza de ações autônomas, como a Ação Rescisória.

Palavras Chave:

Negócio Jurídico; Pacto de Não-Recorribilidade; Direitos Fundamentais; Recursos; Ação Rescisória.

Abstract:

One of the innovations introduced by the new Civil Procedure Code was the possibility, brought by art. 190 of this statute, of the existence of atypical procedural legal business, giving greater significance to the principle of the freedom of choice in the process. One of the possible legal business, then, is the non- appeal pact , whereby the parts agree in the sense that will prevail for the cause the judgment given in the original instance, without appeal . This legal business is the main object of our study , which aims to demonstrate positive and problematic points of the pact . It will be questioned, in fact, if

¹ Estudante da Faculdade de Direito do Recife

your content is absolute, covering all the resources provided by the civil procedural law , and its effectiveness against appellate substitutes with nature of autonomous actions , such as the reversal action .

Key Words: Legal Business; Non-appeal Pact; Fundamental Rights; Appeals; Reversal Action

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, que teve sua vigência iniciada no ano de 2016, teve como escopo principal promover a mudança de diversos paradigmas no sistema processual brasileiro. Uma das consequências desta transformação principiológica está na maior valorização da autonomia da vontade das partes, no processo. Consagra-se, assim, o Princípio do Autorregramento da Vontade no processo civil atual, por ter-se firmado a premissa de que um processo demasiadamente limitador das liberdades individuais não está em consonância com o devido processo legal, direito fundamental consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

A principal consequência dogmática da maior valorização conferida à vontade das partes no processo civil está presente, com efeito, no art. 190, do Código de Processo Civil de 2015. Neste dispositivo, está possibilitada a pactuação de negócios jurídicos processuais, desde que o objeto do feito seja passível de autocomposição, que versem sobre mudanças procedimentais ou convencionem sobre os mais variados ônus, faculdades, poderes e deveres que possam advir de uma relação jurídica processual.

Uma das hipóteses de negócio processual atípico mais debatida pela doutrina, atualmente, é a formação do pacto de não recorribilidade, pelo qual as partes renunciam, na fase pré-processual ou no curso do processo, ao direito de recorrer da decisão final proferida pelo Juízo a quem compita o julgamento da causa. Este será, com efeito, o negócio jurídico processual objeto do presente trabalho, no qual se analisará sua possibilidade, na ordem jurídica pátria, seus efeitos e conteúdo de validade.

Através do método de pesquisa dedutivo com revisão bibliográfica, serão postas diversas posições doutrinárias sobre o mencionado pacto, perquirindo-se acerca do seu conteúdo de validade, a partir de seu advento no direito processual civil brasileiro. Será debatida, assim, a possibilidade de renúncia prévia ao direito de opor Embargos de Declaração, uma das figuras recursais elencadas pela legislação processual cível, que tem como escopo básico o saneamento de determinados vícios intrínsecos à decisão proferida, como a contradição, a omissão, a obscuridade e o erro material.

Será investigada, também, a sua influência sobre a Ação Rescisória, ação autônoma de impugnação à decisão judicial transitada em julgado. Embora esta ação não possua natureza recursal, certas particularidades no procedimento de seu julgamento podem trazer dificuldades quando postas em contraposição ao pacto de não-

recorribilidade. Este trabalho, portanto, visou à compatibilização dos institutos, seguindo as regras da dogmática jurídica.

DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: A PACTUAÇÃO DA NÃO-RECORRIBILIDADE

O Novo Código de Processo Civil, em sua sistemática, trouxe diversos institutos que visam à concretização do Princípio do Autorregramento da Vontade no processo, corolário direto do princípio da Liberdade, direito fundamental constitucionalmente consagrado. Segundo aquele princípio, o processo deve ser estruturado de modo a possibilitar que os sujeitos processuais regulamentem, juridicamente, os seus interesses, adotando o modelo processual que lhes parecer mais adequado ao direito posto em juízo, desde que isso não importe restrições desproporcionais a uma das partes (ANDRADE, 2011, p. 175). Com efeito, se, via de regra, no âmbito do processo civil, discutem-se direitos que admitem autocomposição, sentido não haveria em tentar impor um modelo único e rígido de processo, que não fosse adaptável às mais variadas necessidades daqueles que litigam por um direito.

Adotando esta sistemática processual, o Novo Código de Processo Civil brasileiro trouxe uma cláusula geral de negociação processual, consubstanciada em seu artigo 190, cuja redação traz-se à colação:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Analisando-se o artigo, e aplicando as normas gerais sobre os negócios jurídicos, dispostas no art. 104 do Código Civil, podem ser depreendidos certos requisitos à formulação de negócios jurídicos processuais: a) objeto processual que admita autocomposição; b) capacidade das partes; c) objeto lícito, possível e determinável; d) forma prescrita ou não defesa em lei. Atendidos estes requisitos, portanto, é possível às partes negociar acerca do procedimento judicial que cominará na decisão judicial acerca do mérito processual.

Faz-se importante ressaltar um ponto: o CPC de 2015 não elencou as matérias que estão sujeitas à negociação processual, de modo que se pode afirmar que o seu art. 190 consagra hipótese de cláusula geral de negociação processual atípica, apenas se limitando pelo controle de validade incidente sobre os negócios jurídicos comuns, ou no caso em que reste violado o princípio da igualdade material no processo.

Após esta explanação acerca dos negócios jurídicos processuais, cabe indagar acerca da possibilidade de as partes, seja na fase pré-processual ou na fase intra-processual, pactuarem, consensualmente, a não interposição de recurso naquela relação jurídica processual. Ou seja, a primeira questão que se põe, neste trabalho, é a juridicidade de eventual pacto de não-recorribilidade das decisões proferidas no processo, de modo que a instância originária se torne instância única.

A dúvida que pode surgir quanto à legalidade do mencionado pacto possui relação com o princípio do duplo-grau de jurisdição. Afirma-se que o conteúdo do princípio do duplo-grau de jurisdição consiste na atribuição às partes da possibilidade de interposição de, ao menos, um recurso, em regra destinado a órgão jurisdicional distinto daquele que prolatou, inicialmente, a decisão recorrida, para que esta possa ser revista. Adota-se, neste trabalho, a posição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 91), no sentido de que a Constituição Federal, ao organizar o Poder Judiciário de forma hierárquica, consagrou, ainda que de modo implícito, o princípio do duplo-grau de jurisdição, até mesmo como forma de evitar o poder exacerbado dos juízes, a “tirania judicial”.

Assim, estabelece-se a premissa de que o duplo-grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito. Princípios, para Robert Alexy (1997, p. 162), são mandamentos de otimização, de modo que devem ser cumpridos na máxima medida do possível, de acordo com as contingências fáticas e jurídicas. Distinguem-se, assim, das regras, que são mandados definitivos, emergindo, assim, o “tudo ou nada”. As regras são cumpridas ou não. Já os princípios comportam maior grau de flexibilidade, em cada caso concreto, de modo que todos os princípios possuam, em cada situação fática, a máxima eficácia possível. Assim, os princípios possuem diferentes graus de satisfação.

Este meio de resolução de conflitos principiológicos é de fundamental importância para que se entenda a possibilidade do pacto de não-recorribilidade no direito brasileiro. Com efeito, estarão em conflito os seguintes princípios: autonomia da vontade e duplo-grau de jurisdição. Tem-se que este princípio (duplo-grau de jurisdição) visa à maior proteção do direito subjetivo posto em juízo pelas partes, assegurando às

partes a possibilidade de ter revista a sua decisão por outro órgão jurisdicional. Observa-se, no entanto, que a parte poderá optar pela não-interposição do recurso após a decisão, ensejando a preclusão temporal do direito de recorrer. Assim, de qualquer modo, prevaleceria a vontade da parte. Ademais, o próprio ordenamento jurídico, ao trazer diversas hipóteses de julgamento originário de demandas pelo Supremo Tribunal Federal, retirou a possibilidade de interposição de recurso para outro órgão jurisdicional brasileiro. Assim, a relatividade do princípio do duplo-grau de jurisdição é feita, até mesmo, pela ordem jurídica pátria.

Além disso, a doutrina processualista costuma elencar diversos pressupostos recursais, dentre os quais está a ausência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Com efeito, uma das hipóteses de preclusão lógica do direito de recorrer se dá com a renúncia, que significa a manifestação de vontade da parte no sentido de não recorrer de determinada decisão. A renúncia, inclusive, é trazida expressamente pelo Novo CPC, em seu art. 999, que a caracteriza como ato unilateral.

A renúncia expressa dá-se quando a parte, de modo clarividente, direto, por meio oral ou escrito, deixasse assente a vontade de não recorrer de determinada decisão. Já a renúncia tácita resta configurada quando a parte pratica ato incompatível com a vontade de recorrer, ainda que não se afirme de modo expreso que não deseja impugnar a decisão.

Deste modo, se o CPC, de modo expreso, previu a possibilidade de a parte perder o direito ao recurso, ainda que por manifestação tácita de vontade, sem que se tenha fixado marco temporal para a exteriorização desta vontade, não há porque se entender que a renúncia só estaria autorizada após o proferimento da decisão que seria objeto do recurso, sendo plenamente possível à parte a renúncia ao direito de recorrer prévia à decisão, ou no início do processo.

Esta é, indubitavelmente, a interpretação que mais se amolda ao princípio do Autorregramento da Vontade no processo, manifestação processual do princípio fundamental da liberdade. Cabe às partes analisarem o procedimento mais adequado às suas necessidades, ou ao direito posto em juízo, desde que se respeitem os direitos fundamentais de cada uma. Em determinado caso, exemplificativamente, pode ser mais vantajoso à parte uma solução rápida, ainda que negativa, do que uma solução morosa, embora positiva. Deve-se ter em conta que processos judiciais são custosos, não apenas no aspecto financeiro, mas também, e, principalmente, no aspecto cronológico. Assim, caso as partes pactuem livremente, é plenamente possível a elas a renúncia pré-

processual do direito de recorrer, se esta lhes parecer a solução mais adequada ao caso. Não haveria, desta feita, qualquer motivo para se considerar o princípio do duplo-grau de jurisdição como prevalente em relação à liberdade das partes.

Resta clara, portanto, a possibilidade do pacto de não-recorribilidade, sob a égide do Novo CPC.

DA DECISÃO OMISSA, OBSCURA, CONTRADITÓRIA OU QUE CONTENHA ERRO MATERIAL: O (DES)CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O sistema processual brasileiro, em matéria recursal, é regido pela regra da taxatividade: exige-se que haja previsão legal expressa dos recursos. O rol dos recursos, no Novo CPC, é, portanto, *numerus clausus*, havendo necessidade de edição de lei de competência privativa da União para que seja criada nova espécie recursal. Em razão disto, faz-se mister assentar que não poderão as partes, nem mesmo com fundamento no art. 190 do CPC, por meio de negócio jurídico processual, criar espécies recursais não previstas no ordenamento legal pátrio.

Dentre as várias espécies recursais previstas no art. 994, do CPC, deve-se examinar uma especificamente: os Embargos de Declaração. Sobreleva perquirir, neste ponto, a seguinte questão: a possibilidade de oposição dos Embargos de Declaração, ainda que as partes tenham celebrado o pacto de não-recorribilidade.

Os Embargos de Declaração, com efeito, são recursos que possuem fundamentação vinculada, ou seja, apenas poderão versar sobre as hipóteses trazidas pelo artigo 1022, do Novo CPC, quais sejam: necessidade de esclarecimento de obscuridade, eliminação de contradição, suprimimento de omissão ou correção de erro material. Vê-se, portanto, que o escopo principal desta espécie recursal não é, de forma imediata, a modificação do mérito decisório, mas sim a correção de eventual falha que dificulte o completo entendimento acerca das questões decididas pelo Juízo. O mérito recursal, aqui, não reside na modificação do conteúdo decisório, mas sim na existência do erro, da omissão, da contradição ou da obscuridade que tiver sido objeto do recurso. Neste sentido, é firme a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a alegação de um daqueles vícios é *conditio sine qua non* para o conhecimento do recurso, não sendo esta via recursal o meio próprio para se pleitear o pedido de

reconsideração da decisão (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 187.507/MG, rel. Min Arnaldo Esteves Lima, j.13/11/2012, Dje 23/11/2012).

O erro material está configurado quando ocorrem inexatidões materiais ou erros de cálculo na decisão, podendo ser corrigido, de ofício, pelo magistrado, nos termos do art. 494, I, do NCPC. Ocorre o erro material, por exemplo, em caso de erro de digitação, erro de premissa fática, erro de cálculo evidente, e diversas outras ocasiões. Diz-se, assim, que o erro material está configurado quando aquilo que consta, de modo escrito na decisão, não corresponde à real intenção do juiz, sendo isto perceptível pelo homem médio (WAMBIER, 2005, p. 95).

A contradição, por sua vez, está presente quando, da fundamentação exposta pelo juiz, não decorre logicamente a conclusão adotada. Com a contradição, rompe-se a coerência interna da decisão, de modo que não se sabe, ao certo, o conteúdo decisório. Atente-se, no entanto, que deve a incoerência ser interna, entre os termos da própria decisão. Não são cabíveis Embargos de Declaração, por exemplo, para se alegar contradição entre a decisão e uma prova acostada aos autos, se a fundamentação estiver de acordo com a conclusão. Nessa hipótese, a contradição será externa, relativa ao convencimento do juiz, não sendo um defeito inerente à decisão. Eventuais Embargos de Declaração opostos nestes termos não poderiam ser conhecidos, pois o mérito recursal seria a modificação do próprio conteúdo do convencimento judicial, e não o saneamento da decisão.

Outro vício da decisão elencado pelo art. 1022 do CPC é a omissão. Segundo Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 251), tal vício estará caracterizado em três hipóteses: a) quando o juiz não se manifestar sobre um dos pedidos; b) ausência de manifestação sobre fundamentos e argumentos relevantes; c) ausência de menção à questão apreciável *ex officio* pelo magistrado, independentemente de requerimento das partes. Com efeito, o art. 93, IX, da Constituição Federal expressa o dever de fundamentação das decisões judiciais, de modo que a ausência de omissão, nas decisões judiciais, constitui o principal meio de controle da atividade jurisdicional no país.

O vício da obscuridade, a seu turno, caracteriza-se pela ininteligibilidade da decisão, quando esta não atender ao requisito da clareza, não sendo, portanto, compreensível.

Tornando à hipótese inicialmente formulada, acerca da possibilidade de se impedir a parte de opor os embargos declaratórios mediante pactuação prévia à decisão, cabe agora analisá-la.

Observa-se que todos os vícios que ensejam a oposição dos Embargos de Declaração versam sobre defeitos da própria decisão, e não sobre os fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram o convencimento do juiz. Desta feita, negar à parte a possibilidade de opor o recurso legalmente destinado ao saneamento da decisão judicial contrariaria seu direito fundamental, constitucionalmente consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição. Explica-se.

Por este dispositivo, diz-se que a Constituição Federal buscou tutelar o direito de ação, através do qual se garante a todos que aleguem ter sofrido lesão ou ameaça de lesão a direito seu o livre acesso ao Poder Judiciário. No entanto, deve-se entender tal aspecto como a faceta formal do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Tal princípio possui, também uma faceta material: não basta o direito de acesso à jurisdição, englobando o referido princípio, em seu conteúdo normativo, a necessidade de um processo que respeite os trâmites legais, seja efetivo e adequado. Observe-se o seguinte excerto (DIDIER, 2015, p. 181):

O direito de ação é, ainda, qualificado com todos os atributos próprios do devido processo legal [...]. Assim, o direito de ação não apenas garante a mera provocação do Poder Judiciário. O direito de ação é o direito a uma jurisdição qualificada; direito a uma jurisdição tempestiva, adequada e efetiva.

E esse aspecto material do conteúdo do princípio da inafastabilidade da jurisdição inclui uma decisão judicial bem fundamentada, lógica, livre de vícios. Negar à parte o direito à oposição dos Embargos de Declaração, com base em cláusula de acordo privado, equivaleria a excluir da parte o seu direito de possuir seu caso devida e adequadamente analisado pelo Poder Judiciário, de modo que o pacto de não-recorribilidade é inválido no que tange à oposição dos Embargos de Declaração.

A invalidade consiste em contrariar frontalmente um princípio constitucional, erigido ao grau de direito fundamental. Como se sabe, os direitos fundamentais são dotados de eficácia horizontal. Ou seja, os direitos fundamentais não são apenas direitos oponíveis ao Estado, mas também oponíveis aos próprios particulares, na medida em que estes também são violadores daqueles. Observe-se, neste sentido, a opinião do jurista George Marmelstein (2013, p. 335):

Em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma sociedade, melhor dizendo, em um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada. É o que se pode chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Tem-se, assim, que o pacto de não-recorribilidade, realizado pelas partes, não tolhe o direito de uma delas embargar de declaração a decisão proferida, caso esteja presente um dos vícios mencionados no art. 1022. Entendimento contrário causaria situações teratológicas no direito brasileiro. Suponha-se, por exemplo, que o juiz fundamente toda a decisão em determinado sentido e, ao final, no dispositivo, profira entendimento contrário. Ou, ainda, que a argumentação da decisão seja totalmente inteligível, de modo que ambas as partes não possam identificar a quem deve ser atribuída a sucumbência.

Mencione-se, ainda, que os Embargos de Declaração serão possíveis em caso do pacto de não-recorribilidade, ainda que possuam efeitos infringentes. Com efeito, consideram-se os Embargos de Declaração com efeitos infringentes aqueles que versem sobre vícios que, constatados pelo juiz, são hábeis à modificação da decisão proferida. É certo que o escopo primeiro dos Embargos Declaratórios, como já foi posto, não deve ser a modificação do *decisum*. No entanto, casos há em que a provimento dos Embargos opostos forçam a modificação da conclusão final, sob pena de insuperável contradição.

Esta possibilidade, entretanto, não se configura como drible ao pacto firmado pelas partes. Com efeito, a infringência do recurso decorre de vício à atividade jurisdicional, não se configurando recurso contra o mérito da causa em si. No caso, o juízo de mérito do juiz insculpido na decisão teria como base um erro na atividade judicante. Neste ponto, faz-se necessário um exemplo, para melhor entendimento da questão:

Suponha-se que as partes, ainda no início da relação processual que tenha como objeto direito que admita autocomposição, pactuem que da decisão não caberá recurso. Suponha-se, ainda, que A (autor), em suas razões, pleiteie o pagamento de uma dívida. B (réu) por sua vez, trouxe, em sua defesa, a inexistência da dívida e, ainda que a dívida existisse, a sua prescrição. O juiz proferiu sentença julgando totalmente procedente o pedido autoral, argumentando, apenas, que a constituição da dívida estava provada nos autos. B, então, pode embargar de declaração a sentença, aduzindo omissão no que tange à omissão, tendo em vista que o juiz, ao não conhecer da prescrição alegada, não conheceu da lide nos exatos termos postos pelas partes. Isto é, as partes pactuaram da não-recorribilidade em caso de pleno

conhecimento da lide pelo juízo, de modo que, neste caso, a questão não poderia ser discutida. Ocorre, entretanto, que, ao não conhecer da alegada prescrição, o juiz teria violado o conteúdo material do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a se permitirem os Embargos de Declaração.

Por todo o exposto, vê-se que, no sistema jurídico brasileiro, não integra o conteúdo de validade do pacto de não-recorribilidade o caso da oposição dos Embargos de Declaração, de modo a aproximar este tipo de acordo do pacto de instância única.

O PACTO DE NÃO RECORRIBILIDADE EM FACE DA AÇÃO RESCISÓRIA

Exauridas as instâncias jurisdicionais previstas, constitucional ou legalmente, para cada tipo de procedimento, ou não tendo sido interposto, de forma válida e regular, o meio jurídico previsto para se impugnar determinada decisão, tem-se que ocorre o trânsito em julgado da decisão judicial. Em outras palavras, diz-se que a decisão jurisdicional transita em julgado quando dela não couber qualquer recurso. Isto não significa, no entanto, que a ordem jurídica não prevê qualquer forma de impugnação desta decisão.

Registram-se, na ordem jurídica pátria, três formas de impugnação da decisão judicial transitada em julgado. A primeira delas é a *querella nullitatis*, também chamada de Ação de Nulidade da Sentença. Esta será possível, com efeito, em caso de ocorrência de vício transrescisório na sentença impugnada. O vício transrescisório, por sua vez, ocorrerá em caso de inexistência de citação ou quando esta for realizada de modo defeituoso. A citação, conforme o art. 238, do Novo Código de Processo Civil, é o ato pelo qual o réu, o executado ou o interessado é convocado para integrar a relação jurídica processual. Sem o ato da citação, ou sendo este realizado de forma defeituosa, tem-se que não há a válida triangularização da relação processual, de modo que a decisão proferida no processo poderá ser impugnada a qualquer tempo, sendo competente para o julgamento da *querella nullitatis* o mesmo juízo que proferiu a decisão.

O segundo meio de impugnação da coisa julgada consagrado pela ordem jurídica pátria é previsto pelos artigos 525, §12, e 535, §5, do Novo CPC. Tal via de impugnação será utilizada em sede de impugnação ao Cumprimento de Sentença, quando o título executivo judicial fundar-se em lei, ato normativo, aplicação ou interpretação de lei reputados pelo Supremo Tribunal Federal, anteriormente ao

proferimento da decisão, como inconstitucional, em sede de controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

O terceiro meio de impugnação da decisão judicial transitada em julgada consagrada pela legislação brasileira é a Ação Rescisória, a qual será objeto de análise neste tópico. A Ação Rescisória é uma ação autônoma de impugnação, sujeita a prazo decadencial que será, via de regra, de dois anos e dotada de natureza jurídica desconstitutiva, vez que tem por objeto primeiro o desfazimento da decisão judicial anteriormente transitada em julgado.

Ressalte-se que, apesar de seu caráter constitutivo, os efeitos da decisão de rescisão serão, a priori, *ex tunc*, retroativos (PARÁ, 1973, p. 139), podendo, no entanto, esta regra geral sofrer mitigações, a depender do caso concreto. Observe-se, neste sentido, a lição de Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 135):

A idéia de que a sentença constitutiva produz efeitos *ex nunc*, salvo quando a lei dispuser de modo diverso, deve ser rechaçada, por ser – *data vênia* – uma simplificação. [...] Não é o texto da lei que decide se a eficácia da sentença constitutiva é *ex nunc* ou *ex tunc*, mas as peculiaridades do caso concreto que o fazem.

Cabe mencionar, ainda, alguns atributos referentes à Ação Rescisória. O primeiro está ligado às suas hipóteses de cabimento: apenas caberá ação rescisória nos casos expressamente previstos em lei. O art. 966 do Novo Código de Processo Civil arrolou diversas hipóteses que dão ensejo à propositura desta ação constitutiva. Não é lícito, entretanto, dispor que apenas nos casos previstos do mencionado artigo será possível a Ação Rescisória, tendo em vista haver hipóteses especiais de cabimento desta ação nos seguintes artigos: 525, §15; 535, §8; e 658, todos do CPC. Enquanto as duas primeiras hipóteses versam sobre a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da lei, do ato normativo ou da interpretação em que se fundou o título executivo, posterior ao trânsito em julgado da decisão, a hipótese do art. 658 versa sobre a desconstituição da sentença que julgou a partilha.

Outra nota essencial à Ação Rescisória, e que terá grande importância para a investigação realizada neste trabalho, é a competência para seu processamento e julgamento. A Ação Rescisória, com efeito, é ação de competência originária de tribunal, o que impede sua propositura perante juízo de primeira instância. A regra é que os tribunais julguem as ações rescisórias de seus próprios julgados e dos julgados proferidos pelos juízes a ele vinculado (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 451). Proferida, desta feita, a decisão transitada em julgado por juiz federal, a Ação Rescisória deverá ser proposta perante o Tribunal Regional Federal respectivo, enquanto que, caso o juízo

prolator da decisão transitada em julgado tenha sido juiz, a Ação Rescisória caberá ao Tribunal de Justiça a que o juiz estiver vinculado.

Por fim, mencione-se que são possíveis, no julgamento da Ação Rescisória, dois tipos de juízos distintos: o juízo rescindente (*iudicium rescindens*) e o juízo rescisório (*iudicium rescissorium*). O juízo rescindente é o mérito próprio da Ação Rescisória, tendo por objeto a pretensão de desconstituição do provimento judicial anteriormente transitado em julgado. Assim, “é no juízo rescindente que o tribunal decidirá se o pedido de rescisão deve ser acolhido ou rejeitado” (CÂMARA, 2014, p. 133), observando-se a existência concreta da hipótese legalmente estabelecida para cabimento da Ação Rescisória.

O juízo rescisório, por sua vez, ocorrerá quando, após a rescisão da decisão transitada em julgado, o tribunal rejulgar o mérito da causa originária. Mas nem sempre será possível o juízo rescisório, sendo este eventual, cabível apenas excepcionalmente. Percebe-se, assim, que há relação de preliminaridade entre o juízo rescindente e o juízo rescisório. Apenas ocorrendo aquele, e sendo possível, poderá se proceder a este.

Postas estas características relativas à Ação Rescisória, cabe a indagação acerca da possibilidade de interposição desta ação em caso de terem as partes pactuado a não-recorribilidade da decisão.

É cediço, no direito brasileiro, que a Ação Rescisória não possui natureza recursal, sendo inegável ação autônoma de impugnação da decisão judicial. O recurso, por sua vez, é mecanismo de impugnação de decisão incidente no mesmo processo em que foi prolatada a decisão. Ademais, a Ação Rescisória pressupõe, para seu cabimento, uma decisão judicial transitada em julgado. Os recursos, por sua vez, possuem o efeito obstativo, que impedem o trânsito em julgado da decisão recorrida e prostram, portanto, o estado de litispendência.

Não há, assim, falar em impedimento à propositura da Ação Rescisória, diante do pacto de não recorribilidade, sendo possível a uma das partes a rescisão da decisão judicial transitada em julgado que possua um dos vícios elencados pela lei processual.

Questão mais complexa, entretanto, é a possibilidade da ocorrência do juízo rescisório, quando este for cabível, no julgamento da Ação Rescisória eventualmente proposta, quando a ação for de competência originária da primeira instância. Isto porque, como já foi anteriormente examinado, o pacto de não-recorribilidade, na ordem jurídica brasileira, tem conteúdo equivalente ao pacto de instância única, impedindo que

o mérito *causae* seja analisado posteriormente por juízo diverso daquele, inicialmente, incumbido do julgamento.

Faz-se necessária, assim, a compatibilização entre os institutos. Para isso, devem-se analisar as hipóteses de ação rescisória no ordenamento jurídico brasileiro e identificar, em quais delas, é cabível o *iudicium rescissorium*.

Os incisos I e II do art. 966, do Novo Código de Processo Civil, trazem a rescindibilidade da sentença que foi proferida por força de “prevaricação, concussão ou corrupção do juiz” ou “foi proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”. Em ambos os casos, sendo a competência originária para julgamento da ação da primeira instância, não será possível o juízo rescisório, em razão do vício de ordem pública que maculou de forma insanável o juízo de primeiro grau. Passar-se, diretamente, ao juízo de mérito da ação acarretaria irrefutável supressão de instância, tendo em vista que o processo, por uma presunção legal absoluta, não teve condições de ser adequadamente analisado pelo juízo originário.

O inciso III do supramencionado artigo, por sua vez, consagra a hipótese de rescisão de sentença que resulte de dolo ou coação da parte vencedor, ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, com o intuito de fraudar a lei. No caso em que houver simulação, caracterizada quando “as partes não têm, verdadeiramente, a intenção de aproveitar-se do resultado do pleito [...] a não ser como simulacro para prejudicar terceiros” (MOREIRA, 2009, p.126), ou fraude, quando o processo é o único meio possível para atingir-se um fim legalmente vedado, o tribunal deverá, após rescindir a decisão transitada em julgado, passar diretamente à análise da causa principal, proferindo decisão que impeça os objetivos das partes e condenando-as por litigância de má-fé, como consequência lógica do art. 142, do CPC. Sendo o caso, entretanto, de dolo ou coação, dever-se-á analisar se o vício possui caráter material ou processual. Sendo material o vício induzido pela parte vencedora, o Tribunal estará autorizado a analisar, diretamente, o mérito da causa principal, proferindo o juízo rescisório, tendo em vista o processo já estar maduro para o julgamento. Caso o vício seja de caráter processual, será necessária a remessa do feito ao juízo no qual tenha ocorrido o vício, para que o processo siga seu *iter* a partir deste momento.

O art. 966, IV, do CPC, então, consagra a hipótese de rescisão de sentença que contrarie coisa julgada. Pode-se pensar, aqui, em duas possibilidades: a existência de duas ações idênticas, já tendo uma delas sido definitivamente julgada pelo Poder Judiciário ou a existência de duas ações, em que uma delas trate sobre questão

incidental da outra (quando, por exemplo, em uma ação, foi reconhecida a paternidade de um homem em relação ao filho, e, em outra ação posterior, foi negado o pleito de alimentos com base na inexistência de relação filial) (YARSHELL, 2005, p. 408). Em ambos os casos, no entanto, será decorrência da própria procedência da ação rescisória o rejulgamento da demanda principal. No primeiro caso, de identidade de demandas, caberá ao tribunal extinguir a ação sem resolução de mérito, sob pena de nova violação à coisa julgada, nos termos do art. 485, V, do CPC. No segundo caso, de questão incidental ter sido decidida, definitivamente, por ação autônoma, caberá ao tribunal ajustar a decisão ao que foi decidido anteriormente, para que não se configure violação à coisa julgada material. Não há, com efeito, outro caminho a ser seguido pelo tribunal, nem é necessária nova análise dos autos pelo juiz originariamente competente.

No inciso V, traz-se o caso de rescisão de decisão transitada em julgado em caso de violação manifesta à norma jurídica. Neste ponto, deve-se diferenciar se a norma violada possui caráter material ou processual. No caso de ser norma de caráter processual, em sendo o vício insanável, o processo deverá retornar ao *status quo* em que se encontrava no momento do vício, retornando, se for o caso, ao juízo originário. Se, entretanto, for de caráter substancial a norma violada, deverá o tribunal, diretamente, proferir decisão acerca do mérito da causa principal. Isto porque, com efeito, o mero reconhecimento de que a decisão transitada em julgado é contrária a norma de direito material, o que enseja sua rescisão, autoriza a imediato resolução do mérito pelo tribunal, tendo em vista não ser mais necessária a discussão de fatos na instância originária. Mais uma vez, portanto, na hipótese de violação a norma de direito material, o juízo rescisório é mera consequência da rescisão do *decisum* transitado em julgado.

O inciso VI, por sua vez, traz hipótese de rescisão de decisão de mérito que se funde em prova reconhecidamente falsa. A rigor, neste caso, reconhecida a falsidade de uma prova que embasou a decisão, o processo deveria retornar à instância originária, para que fossem, novamente, analisadas as provas dos Autos, de modo a possibilitar o rejulgamento da decisão. No entanto, a jurisprudência brasileira conferiu interpretação restritiva a este dispositivo, que também constava no CPC/73, no art. 485, VI, compreendendo que a procedência da Ação Rescisória estava condicionada à essencialidade da prova falsa para a decisão, de modo que esta teve, como único fundamento, aquela. Com esta condicionante, é decorrência lógica da procedência da Ação Rescisória o rejulgamento do feito pelo tribunal, sendo neste grau de jurisdição

desenvolvido o contraditório (CÂMARA, 2014, p. 140). Observe-se, neste sentido, entendimento jurisprudencial:

AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO CABIMENTO. PROVA FALSA. PARA RESCISÓRIA FUNDADO NO ART. 485, VI, DO CPC, NÃO BASTA A MERA ALEGAÇÃO OU MESMO A COMPROVAÇÃO DE FALSIDADE DA PROVA, MAS QUE A PROVA TENHA SIDO O FUNDAMENTO DA DECISÃO. ALÉM DO NEXO ENTRE A FALSA PROVA E A DECISÃO QUE SE PRETENDE DESCONSTITUIR, DEVE-SE PERQUIRIR SE NÃO SUBSISTIRIA A DECISÃO RESCINDENDA POR OUTROS FUNDAMENTOS E ELEMENTOS DE PROVA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(TJ-DF - ARC: 94819820128070000 DF 0009481-98.2012.807.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 21/05/2012, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/06/2012, DJ-e Pág. 66)

Por fim, temos os incisos VII e VIII, do art. 966, que consagram a rescindibilidade da decisão transitada em julgado, respectivamente, quando o autor da rescisória obtiver prova nova ou cujo uso era impossível anteriormente, “capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” e em caso de “erro de fato verificável do exame dos autos”. Vê-se que o juízo rescisório, nestes dois casos, é obrigatório, inexorável, por força de lei.

Com efeito, no caso da prova nova, a própria lei diz que esta deve ser hábil a garantir ao autor um pronunciamento favorável. Ou seja, a própria rescisão da sentença (juízo rescindente) depende da capacidade da prova de produzir, por si só, a modificação do entendimento judicial consagrado na decisão transitada em julgado.

Já no caso de erro de fato, o próprio CPC diz que este deve ser verificável do exame dos fatos. Ou seja, não há necessidade de discussão de fatos novos em primeiro grau, não há supressão de instância. Para Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 141):

Isso decorre do fato de que nesse caso, não haverá nenhuma nova atividade probatória, devendo o tribunal limitar-se a examinar o que já estiver nos autos (e não deixando passar novamente despercebido o fato que levou o erro na decisão. Por fim, é preciso assinalar que a procedência do pedido de rescisão nem sempre levará a que se rejulgue a causa original favoravelmente ao autor da ação rescisória. Pode acontecer de se desconstituir um provimento judicial e, em seu lugar, se vir a por outro de idêntico teor.

Tornando-se, então, à questão principal deste trabalho, tem-se que até mesmo o juízo rescisório será cabível quando da propositura de Ação Rescisória em face de decisão de primeiro grau irrecorrível por vontade das partes, diante do pacto de não-recorribilidade. Isto porque, nos casos em que é, eventualmente, possível o juízo rescisório, este é uma mera decorrência lógica da hipótese de rescindibilidade referida no texto legal. Tolher-se, com efeito, o direito da parte pleitear o juízo rescisório

equivaleria a retirar-lhe o direito de rescindir a sentença inquinada de vícios descritos no art. 966, hipótese que se deve rechaçar, tendo em vista a já demonstrada natureza de ação autônoma da ação rescisória. É possível, assim, na sistemática processual brasileira, a outra instância de jurisdição, avaliar o mérito *causae*, mesmo diante do pacto de não-recorribilidade.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Depreende-se, desta feita, que é possível a pactuação, pré-processual ou no curso do processo, na ordem jurídica brasileira, da não recorribilidade da decisão jurisdicional preferida pelo Juízo incumbido do julgamento da causa. Ocorre, no entanto, que o âmbito de validade deste pacto não inclui todas as figuras recursais. Não se pode pactuar, com efeito, a renúncia ao direito de opor os Embargos de Declaração, figura recursal que possui traços característicos peculiares, capazes de distingui-la, demasiadamente, das demais espécies recursais tipicamente postas pela legislação processual civil.

Restou demonstrada, neste trabalho, a íntima relação do direito de opor os Embargos de Declaração com o direito fundamental, constitucionalmente consagrado, à inafastabilidade da jurisdição, em seu sentido material. Recusar-se à parte o direito de sanar determinado vício que macule a decisão jurisdicional proferida, assim, malferiria o princípio do devido processo legal e iria de encontro à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pela qual os direitos fundamentais juridicamente sancionados irradiam sua eficácia para as relações privadas entre particulares, não devendo ser por estas violadas.

Ademais, o impedimento de as partes, por disposição particular prévia à decisão viciada, oporem os Embargos Declaratórios, instrumento recursal adequado em caso de decisão obscura, contraditória, omissa ou viciada por erro material, levaria, indubitavelmente, a certas decisões teratológicas, que não podem ser toleradas pela ordem jurídica pátria.

Conclui-se, portanto, que o pacto de não-recorribilidade, embora possível no direito brasileiro, não abarca o direito de opor os Embargos de Declaração, de modo que deve ser entendido tal negócio jurídico como o pacto de única instância, mediante o qual as partes acordam que o processo tramitará apenas perante a instância originalmente competente para o processamento e julgamento da causa, não se podendo

interpor formas recursais que conduzam ao julgamento do mérito da causa por outro grau de jurisdição. O pacto de não-recorribilidade não possui, assim, caráter absoluto.

Investigou-se, ainda, neste trabalho, a possibilidade da interposição de Ação Rescisória, meio juridicamente consagrado para a desconstituição de decisões judiciais transitadas em julgado, quando, na causa originária, houvesse sido estabelecido o pacto de não-recorribilidade. Quanto ao juízo rescindente, desconstitutivo propriamente dito e objeto primeiro da ação rescisória, restou pacífico o entendimento sobre sua possibilidade, em face da natureza de ação autônoma que possui a ação rescisória.

Questão tormentosa, no entanto, é a possibilidade de o Tribunal competente para o julgamento da Ação Rescisória interposta contra decisão transitada em julgado na primeira instância, diante do pacto de não-recorribilidade, proferir, de pronto, o juízo rescisório, ou seja, proceder ao rejuízo, diretamente, da causa. Como visto, o pacto de não-recorribilidade, no direito brasileiro, equivale ao pacto de única instância, de modo a impedir a reanálise do mérito por juízo distinto daquele originalmente incumbido do julgamento da causa. O juízo rescisório proferido pelo Tribunal é, indubitavelmente, uma forma de rejuízo da causa por órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão inicial. Há, então, um conflito entre os institutos.

Concluiu-se, neste trabalho, sobre a possibilidade de proferimento do juízo rescisório pelo tribunal, por ser este, nas hipóteses em que é cabível, uma decorrência lógica da mera hipótese legalmente sustentada para a rescisão da sentença. Não poderia, então, ser vedado diante do pacto de não-recorribilidade, que, como já se disse, tem sua eficácia restrita ao âmbito recursal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ANDRADE, Érico. **As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2011, N. 193.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação Rescisória**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **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. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PARÁ FILHO, Tomás. **Estudo sobre a sentença constitutiva.** São Paulo: A Casa, 1973.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e Embargos de Declaração.** São Paulo: RT, 2005, N. 1.6.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório.** São Paulo: Malheiros, 2005.