

NOTAS E COMENTÁRIOS DO ARTIGO 741 DO CPC E O § 5º DO ARTIGO 884 DA CLT

ALEXANDRE COSTA LIMA NETO
Advogado da União em Fortaleza na PU – CE

Sumário: 1. Introdução – 2. Embargos à Execução a título judicial –
3. Conclusão – Bibliografia

PALAVRA CHAVE: Processo Civil. Embargos à execução. Declaração de inconstitucionalidade. Inexigibilidade. Ação Rescisória.

1. Introdução

Os dispositivos legais sob exame foram introduzidos em nossa legislação a partir da Medida Provisória n. 1997-37, de 11/04/2000, com redação modificada pela MP 1984-20, de 28/07/2000, e renovados na dicção da MP 2.180-35, de 24/08/2001 (art. 10), permanecendo em vigor na conformidade do art. 2º, da EC n. 32/2001.

Cuidam de adendo às hipóteses de embargos à execução de título judicial. Vejamos:

CPC – Art. 741...

Parágrafo único – Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

CLT - Art.884...

§ 5º – Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

2. Embargos à Execução a título judicial

Na gênese das preocupações que deram origem às referidas normas, sobressaem os trabalhos do Professor Humberto Theodoro Júnior, do Ministro do STJ José Augusto Delgado e do insigne Processualista Cândido Dinamarco, tendo como fundo de pano o evento de conflito entre a coisa julgada e a Constituição.

No que diz respeito ao aspecto teleológico (*mens legis*), conquanto o prof. Eduardo Talamini entenda que *“a circunstância de o cabimento dos embargos estar subordinada a um prévio posicionamento do Supremo, não tem nada a ver com alguma meta de uniformização jurisprudencial”* (Revista de Processo, n. 106 – RT, p. 67), em nosso sentir, não está desvinculado do espírito (*ratio*) dessas normas o escopo de se inibirem decisões judiciais conflitantes, haja vista a frequência de soluções inconciliáveis para casos idênticos, verificada em nossos Juízos e Tribunais, pertinentes a questões de grande repercussão, principalmente, relacionadas aos planos econômicos de governo.

Segundo o MM. Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima:

“As alturas a que se eleva o valor da isonomia não permitem mais que o sistema jurídico, em homenagem à segurança, mantenha decisões díspares para casos iguais,

rompendo com vários cânones constitucionais, em holocausto à intangibilidade da coisa julgada.

Magoa fundo a noção de justiça, *v.g.*, que determinado contribuinte pague certa exação, porque vencido em ação onde argüiu a inconstitucionalidade do tributo, enquanto todos os demais (ou muitos, ou alguns, ou outro) venceram suas demandas e livraram-se do ônus tributário....

Os casos são numerosíssimos, deixando o Judiciário em posição absolutamente desconfortável. Até porque o resultado da demanda vai depender do momento em que foi ajuizada. Neste último lustro a comunidade jurídica assistiu surpresa e impotente a formação de coisas julgadas em processos idênticos, com soluções antagônicas. Assim, quanto ao reajuste de 147,07%, reclamada pelos aposentados em setembro de 1991; quanto ao saque do FGTS mercê da alteração do regime de emprego de celetista para estatutário; quanto ao reajuste de 84,32% reclamado por empregados particulares e servidores públicos, em março de 1990.

Nestes casos e em vários outros, as decisões judiciais, inclusive as dos tribunais superiores, ora sufragam uma tese, ora a outra, criando coisas julgadas intangíveis e garantindo direitos a uns e negando a outros, sem embargo de estarem todos na mesma e inalterada situação. Casos há, e não são poucos, onde servidores da mesma repartição e no exercício dos mesmos cargos e funções recebem re-

munerações diferentes, justo porque uns venceram e outros perderam suas demandas.

Nestes casos, olvida-se o princípio constitucional da isonomia, maltrata-se a regra magna da prevalência do interesse público sobre o privado, aniquila-se o princípio do Direito Administrativo de que todos devem, na mesma medida, contribuir para a manutenção do Estado, espanca-se o valor psicossocial da justiça, tudo em louvor à coisa julgada.

Diante dos reclamos da sociedade perplexa, o jurista responde, sem pontadas de consciência, que o Direito somente se preocupa com a formação de coisas julgadas antagônicas, quando os comandos decorrentes das decisões restam impossibilitados. Se os comandos referem-se a pessoas diferentes, há mera contradição lógica entre os julgados, sendo, no entanto, ambos perfeitamente exequíveis. Assim, no caso do exemplo, nada impede que alguns servidores recebam o reajuste de 84,32% e outros não. As duas sentenças, a que concede o reajuste e a que o nega, são exequíveis, na medida em que cada uma se refere a um servidor específico. Problema insuperável somente ocorreria se as duas sentenças se referissem ao mesmo servidor, hipótese afastada pelo instituto da coisa julgada.” (Teoria da Coisa Julgada. p. 10/11).

O assunto preocupa também Rodolfo Camargo Mancuso, em sede de divergência jurisprudencial, como expõe ao discorrer sobre a

multiplicidade de decisões divergentes:

“... a fim de que se possa, na sequência, abordar as muitas e relevantes questões que gravitam em torno daquele conceito: a) se é ou não aceitável para os jurisdicionados, que casos análogos sejam, contemporaneamente, decididos de modo diverso; b) se tal ocorrência é compatível com a função do Poder Judiciário, considerando-se a distribuição da justiça como atividade-meta, indissociável da ordem jurídica justa; c) se, em homenagem à jurisdição singular, caberia tolerar a discrepância jurisprudencial em casos análogos, num mesmo momento histórico, e, em caso positivo, se uma resposta judiciária assim aleatória, imprevisível, senão já lotérica, representaria então um preço a pagar, pela sociedade, por modo a assim socializar o prejuízo; d) se, presente o conceito de justiça retributiva, que implica em dar a cada um o que é seu, poderia o Estado dar-se por desonerado desse encargo ao outorgar aos jurisdicionados alguma justiça, precária que seja, ou, ao contrário, se atividade estatal de dirimir as lides só se pode considerar concluída, com a edição de uma resposta judiciária de boa qualidade (justa, jurídica, econômica e tempestiva).

Coroando essa pontuação, e tomando a premissa de que a função jurisdicional do Estado é um poder-dever, indissociável da idéia fundamental de promoção da justiça, poder-se-á aferir, opor-

tunamente, quais as alternativas técnicas que conduzirão à outorga de respostas judiciais qualitativamente homogêneas para determinados casos, como nas chamadas demandas múltiplas, em que se obrigam sujeitos e temas substancialmente unitários (v.g. aposentados, poupadores, contribuintes, erário público, meio ambiente etc.), e, igualmente, em relação a hipóteses outras onde a discrepância jurisprudencial não se justifica ou até se revela nefasta, seja pela singularidade da espécie, seja por não ter sobrevivido direito novo, seja, enfim, por não se haver registrado alteração relevante nas fontes substanciais do Direito (os dados culturais, econômicos, sociais, existentes ao tempo da edição da norma de regência)". (Cf. obra citada, p. 35/36).

A edição dos dispositivos legais se justifica, pois, nos reclamos de efetiva Justiça, no sentido de se dar a cada um aquilo que lhe é devido (*jus suum cuique tribuere*), *pari passu* com as exigências de segurança e da supremacia constitucional. Há de se considerar, como lembra Talamini – "*princípios constitucionais diretamente envolvidos na questão: a rigidez e supremacia da Constituição, a isonomia e a segurança jurídica.*"

Podemos alinhar algumas idéias e premissas básicas, desenvolvidas nos trabalhos dos três ilustres juristas acima mencionados (Dinamarco, Delgado e Theodoro) que,

indubiosamente, serviram de substrato e inspiração ao legislador:

Do Professor Cândido Rangel Dinamarco, extraídas de seu trabalho, Relativizar a Coisa Julgada Material:

"A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.

Impende equilibrar, no sistema do processo, as exigências conflitantes da celeridade, que favorece a certeza das relações jurídicas, e da ponderação, destinada à produção de resultados justos.

Nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de proporcionar a promessa constitucional de acesso a justiça, entendida como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa.

O conjunto das garantias constitucionais do processo civil carece da compreensão de que os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.

A garantia constitucional da coisa julgada não pode ir além dos efeitos a serem imunizados.

Deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos

conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil.

O valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema processual nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeira grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia de acesso a justiça (CF/88, art. 5º, inciso XXXV).

Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar eternização de incertezas.

Pontes de Miranda já discorria sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando três impossibilidades que conduzem a isso: impossibilidade cognoscitiva, lógica ou jurídica.

Eduardo Couture e Juan Carlos Hitters escreveram sobre a admissibilidade e meios da revisão judicial das sentenças cobertas pela coisa julgada, particularmente, em relação aos ordenamentos jurídicos que não consagram de modo expresso essa possibilidade.

Hugo Nigro Mazzilli e Carnellutti estabelecem o confronto entre o tradicional processo civil individualista dos códigos, e os modernos pilares da tutela jurisdicional coletiva, em que, institutos como os da coisa julgada restam comprometidos por sua impotente incongruência diante de fenômenos jurídicos coletivos, como aqueles que se verificam na realidade social e econômica moderna.

Jorge Miranda assinala que, assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto da Constituição.

No Direito norte-americano, os tribunais e a doutrina consagram um entendimento de consciente e equilibrada relativização da coisa julgada, cujo efeito imunizante eles condicionam à compatibilização com certos valores tão elevados quanto o da definição das decisões.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem condicionar a imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material.

Do mesmo modo, a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado.

Não menos, o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária; o zelo pela cidadania e direitos do homem, também residente na Constituição Federal; a fraude e o erro grosseiro como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada; a garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado; enfim, a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes da justiça e da equidade.

Incidindo a *autoritas rei judicatae* sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvio a constatação de que, onde esses efeitos inexistam inexistirá, também, a coisa julgada material.

É o que ocorre nas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito juridicamente impossível, não tem força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas, na realidade, não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.

Como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida, é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se.

Sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade.

É inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela seja algo absoluto, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo.

A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia.

Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e, portanto, não incidirá a autoridade da coisa julgada.

Não é lícito ao Juiz entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades.

É indispensável o estabelecimento de uma linha de equilíbrio, que tanto favoreça o Estado quando ele for o lesado por decisões absurdas, mas que também favoreça quem quer que se encontre em situação idêntica.

A relativização defendida há de se fundar em uma visão sistemática segundo critérios objetivos, despontando, sobretudo, o da prevalência de certos valores constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo a segurança das relações jurídicas.” (*in* Coisa Julgada Inconstitucional, América Jurídica, 2002, p. 33/76).

Do Ministro José Augusto Delgado, expostas no texto básico da palestra proferida em Fortaleza, no dia 20 de dezembro de 2000, no I Simpósio de Direito Público da Advocacia-Geral da União, 5ª Região, promovida pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal:

“A concretização do Direito não pode ser feita de modo que sejam

transformados fatos não-verdadeiros em fatos reais, provocando, assim, choque com o racional e com a organização natural e material dos casos vivenciados pelo ser humano e pela sociedade.

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos.

A grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania.

A coisa julgada é uma entidade definida e regradada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição.

A sentença, ato do juiz, não obstante atuar como lei entre as partes, não pode ter mais força que as regras constitucionais.

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.

Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão aci-

ma do valor da segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.

A Justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que, historicamente, se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Na fixação dos princípios que regem a coisa julgada há de se dar ênfase aos que apontam para a necessidade de império da moralidade, da legalidade e da certeza do justo nas decisões judiciais. A tanto devem se curvar a doutrina e a jurisprudência em uma homenagem maior à cidadania.”

De Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, *in*, A Coisa Julgada Inconstitucional e Os Instrumentos Processuais Para Seu Controle, publicada na Revista Ibero Americana de Direito Público, vol III, p. 77/95:

“Os estudiosos modernos do Direito vêm questionando se as decisões judiciais são ainda um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição.

Admitir, conforme aventa Paulo Otero, a insindicabilidade de de-

cisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição, o que é inaceitável. Num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um Direito Justo.

A concordância, a relação positiva da norma jurídica ou do ato com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou o ato é conforme a constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz.

Com efeito, há um princípio geral que não pode ser ignorado de que todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.

Sublinhe-se que também a atividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus atos da conformidade com a lei fundamental.

A coisa julgada não pode suplantar a lei em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

O princípio da intangibilidade do caso julgado não é um princípio absoluto, devendo ser conjugado com outros e podendo sofrer restrições. Ele tem de ser apercebido no contexto global.

A regra do art. 5º, XXXVI, da CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de “sobredireito”, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar, é interdito ao poder legiferante prejudicar a coisa julgada.

Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária. Daí que a noção de coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode ser imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

Mesmo assim, aludida sujeição do princípio da imutabilidade da coisa julgada ao princípio da constitucionalidade é verdadeiro, não só no direito brasileiro mas, também, naqueles em que ambos têm sua sede constitucional, como é a hipótese de Portugal. Os doutrinadores daquele país têm se mostrado acordes em que “a sentença violadora da vontade constituinte não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indireto, para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia na ordem jurídica como caso julgado. Na ausência de

expressa habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional”.

Na realidade, a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição.

O princípio da constitucionalidade determina que a validade de quaisquer atos do poder público depende sempre de sua conformidade com a Constituição. Por isso mesmo, as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade.

Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo, estando sujeito, em regra geral, aos princípios aplicáveis a quaisquer outros atos jurídicos inconstitucionais.

Quando há vícios maiores, vícios essenciais, estes sobrevivem à coisa julgada, afetando a eficácia de seus efeitos. Em caso de inconstitucionalidade a *res iudicata* é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico.

Nestas hipóteses, dá-se o que a doutrina denomina nulidade *ipso iure*, tal que impede à sentença passar em julgado. É por isso que em todo tempo se pode opor contra ela.

O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário.”

Em que pese o vivo interesse que o tema tem despertado em alguns ilustres Magistrados, estudiosos do direito e afeitos ao enfrentamento dos desafios renovados, que a realidade jurídica se lhes oferece, é compreensível a renitência de outros em se debruçar sobre o assunto, haja vista o receio ante a perspectiva de grande aumento dos feitos, considerando o atual acúmulo de processos nos juízos e tribunais e o inequívoco incremento da litigiosidade, inerente ao exercício crescente da cidadania nas sociedades modernas.

Faz espécie, todavia, que a questão tenha sido pouco discutida e movimentada pelos doutrinadores e demais operadores do direito, o que não passou despercebido do Professor Eduardo Talamini, em seu recente trabalho publicado na Revista do Processo nº 106 (RT), em que anota:

“O preceito tem sido pouco discutido, o que impressiona quando se considera que ele envolve três temas que têm sido objeto de marcantes debates: “a relativização da coisa julgada”; o conflito entre a adequada tutela ao executado e a busca da efetividade da execução; o tratamento conferido à Fazenda Pública em juízo.”

Preocupa-nos, na exegese das relevantes controvérsias suscitadas pelas novas normas, não se venha a interpretá-las com prévio preconceito

to restritivo, de tal modo que, afinal, pouco se modifiquem, em concreto, as tormentosas injustiças e perplexidades que, afinal, deram causa à inserção, no mundo jurídico, dos parágrafos único e quinto dos arts. 741 do CPC e 884 da CLT.

Nesse contexto, salvo melhor juízo, independentemente do brilho e da excelência invulgar do conteúdo e da forma das lições do ilustrado jurista, parece-nos seu ensaio merecer algum reparo. Senão vejamos:

Sustenta que:

“...é assente no Supremo, que a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional... A desconstituição de tais coisas julgadas dependerá de ação rescisória, cabendo observar os requisitos dessa, inclusive o prazo de interposição.”

Aduz, adiante:

“Mas, na medida em que a norma inconstitucional *existia* e, mais do que isso, estava revestida de uma presunção de legitimidade, a norma inconstitucional pode ter conduzido à prática de atos durante o período em que esteve inserida no sistema. Pela ponderação de valores, muitos desses atos deverão ser mantidos. O suporte para tal manutenção não está na norma inconstitucional em si, mas em outras normas (no mais das vezes, normas princípios): boa-fé, segurança jurídica, irrepetibilidade

dos alimentos, vedação ao enriquecimento sem causa etc. Sob esse prisma a norma inconstitucional não funcionará propriamente como fonte normativa da validade e eficácia de tais atos. Em vez disso, a existência da norma inconstitucional (e a presunção de sua legitimidade) servirá de *fato jurídico* acarretador da incidência de outras normas. Sob esse aspecto, estava correto o Min. Leitão de Abreu ao sustentar, em voto no Supremo, que a “lei inconstitucional é um *fato eficaz*” gerador de algumas conseqüências indelévels... Como se viu, o reconhecimento da invalidade *ab initio* da norma inconstitucional não é incompatível com a preservação de determinadas conseqüências da anterior aplicação da norma inconstitucional.”

Diante do quadro desenhado perscruta o renomado jurista em que medida se aplicaria, então, o parágrafo único do art. 741, do CPC, inferindo que se há de considerar, de pronto, os limites devidos ao âmbito normativo do art. 27 da Lei n. 9.868/98, haja vista a hierarquia superior desta regra, do âmbito de explicitação de valores constitucionais:

Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Prossegue, generalizando:

Vale dizer: a inviabilidade da norma inconstitucional nem sempre acarreta a nulidade do ato praticado sob sua égide e, conseqüentemente, não afeta os pressupostos de existência do processo. Portanto, distinguir-se-á o plano normativo do plano dos atos concretos, mediante análise ponderada.

Defende, na hipótese de controle difuso de inconstitucionalidade, não retirada a regra do ordenamento na forma prevista no art. 52, X, da CF, que a eficácia do reconhecimento da inconstitucionalidade opera, tão-somente, *inter partes*. Dessarte:

“Acima se viu que a decisão do Supremo que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma, não tem por si só eficácia *erga omnes* e força vinculante – o que ficará na dependência de o Senado exercer sua competência política de retirar a norma do ordenamento. Portanto, uma declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo não tem como, por si só, repercutir sobre as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, de modo a se prestar a derrubá-las. Indaga-se: essa resposta mudaria quando fossem reiterados os pronunciamentos do Supremo acerca da inconstitucionalidade de uma norma sempre em via incidental e sem que ocorresse a “suspensão de execução” pelo Senado?”

Nota-se uma tendência de ampliação da eficácia das decisões do Supremo em matéria constitucional proferidas *incidenter tantum*. Citam-se, como exemplo, a dispensa de incidente de declara-

ção de inconstitucionalidade nos tribunais, quando já tiver havido declaração pelo Plenário do Supremo (CPC, art. 481, na redação dada pela Lei 9.756/98), e a possibilidade de o relator decidir liminarmente recursos com base na jurisprudência do Supremo (CPC, art. 557, especialmente após a Lei 9.756). Mas esses casos apresentam significativas diferenças em relação à hipótese em exame. Neles, o que se busca é a economia e a celeridade processual: evitar pronunciamentos que, se fossem contrários ao do Supremo, provavelmente seriam revistos...

A grande diferença desses casos, em relação à hipótese do art. 741, parágrafo único, está em que, neles, a) o que se busca é ainda a formação de uma decisão, de modo mais expedito, e b) ficam preservadas as garantias antes vigentes. Contudo, na regra objeto do presente estudo, as coisas se passam de modo diverso. Já existe um provimento revestido da coisa julgada material, que constitui uma garantia à parte. Pretender que a jurisprudência reiterada, ainda que do Supremo, por si só, passe a se prestar ao desfazimento da coisa julgada, independentemente de ação rescisória, seria levar longe demais uma técnica que já trafega em terreno limítrofe.”

Se o fundamento das r. normas consiste na supremacia da ordem constitucional, não se pode ignorar, como exposto no início, que também decorrem de manifesta atenção à isonomia e à equidade, implementadas sob o pálio da jurisprudência do Pretório Excelso.

Admitindo, como o faz Talamini, que não se exclui a flexibilização da

coisa julgada até mesmo em casos alheios ao âmbito do art. 741, par. un., não se deve prestigiar uma compreensão restritiva da nova disciplina, na medida em que esta, simplesmente, nega eficácia jurídica ao título judicial fundado em ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Já observara, com razão:

Poderia opor-se que a coisa julgada é uma garantia constitucional, de modo que a nova previsão legal, ao pretender afastá-la em certas hipóteses, seria inconstitucional por ofensa à segurança jurídica. Mas esse argumento é respondível com a consideração de que, embora sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência, são em grande parte estabelecidos pela legislação infraconstitucional.

O legislador criou nova hipótese de inibição dos efeitos da coisa julgada, quando o título judicial nela imbricado confronta a Constituição Federal e/ou sua interpretação pacificada pelo STF, inovando na legislação processual mediante implementação de instituto jurídico, em paralelo com a ação rescisória.

Os critérios que nortearão a aplicação das novas regras pelos operadores do direito, em benefício da ordem pública e em cotejo com as garantias individuais, levarão em conta as exigências de isonomia, equidade, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, enfim, de equilíbrio e justiça.

Limitar sua aplicação aos casos em que houve pronunciamento do Supremo em processo de controle abstrato ou em que o Senado retirou a norma do ordenamento, depois da declaração incidental de inconstitucionalidade, como quer o douto jurista, *data venia*, não atende nem ao interesse público nem à vontade do legislador.

Observe-se que o novo instituto, a rigor, ao contrário do que acontece com a ação rescisória, não desconstitui, *ipso iure*, o julgado desconforme com a Constituição e/ou contrário à interpretação reiterada do STF. Apenas, reduz sua incolumidade, na medida em que permite, mediante embargos e/ou outra medida processual adequada, a inibição de seus efeitos e eficácia, desde que não exaurida sua execução.

Ou seja, liquidado e executado o *decisum*, não se há mais de cogitar de socorro aos novos dispositivos legais.

De outro lado, é indubitoso que a inexigibilidade em questão poderá ser argüida nos embargos, ou mesmo em qualquer outra fase processual, mediante agravo, simples petição nos autos, recursos em geral, mandado de segurança e/ou qualquer outro meio idôneo de irrisignação, verificando-se, tão-somente, que ainda não tenha sido concluída a execução do título judicial exequendo.

Nessa conformidade, não comungamos com a tese da exclusividade

de oposição via embargos, preconizada por Talamini, nem com as dúvidas esboçadas em face da garantia da coisa julgada:

“A tudo isso acresça-se outra consideração, não menos relevante do ponto de vista principiológico e prático. Admitir que a coisa julgada possa vir a ser desconstituída através de mera objeção no processo executivo, talvez signifique levar longe demais a “relativização” dessa garantia.”

Todavia, merece aplauso sua justificativa de tratamento diferenciado para as sentenças “condenatórias” ainda não executadas:

“Há algo que justifica, nesse caso, uma regra geral possibilitando que o combate à solução inconstitucional vá além da ação rescisória. É a circunstância de a sentença condenatória ser, em si mesma, uma “tutela incompleta”. A tutela gerada pelo provimento declaratório basta para os fins pretendidos pelo autor. O mesmo se diga da relação entre tutela e sentença constitutiva. Já a condenação é apenas um passo no caminho da solução integral de que necessita o jurisdicionado. Tal solução depende de providências práticas, concretas, materiais. Não havendo cumprimento espontâneo, o resultado almejado só se obtém com a execução. Essa diferença ajuda a justificar a regra em estudo. Se foi necessária a execução – e por isso estão cabendo embargos – é porque ainda não se tem aquela situação final consolidada que corresponderia à tutela condenatória executiva (muito embora já nossa haver coisa julgada).”

3. Conclusão

Apesar das hesitações da doutrina e do relativo silêncio que envolve o debate do tema, penso que, na *praxis*, a aplicação dos dispositivos citados, despida das filigranas teóricas que atormentam a discussão científica, não oferece muita dificuldade.

Assim, identificadas as seguintes circunstâncias: a) existência de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; b) e/ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal, o título em questão é inexigível e se faculto ao devedor provocar o reconhecimento judicial dessa inexigibilidade, mediante embargos e/ou ou outro meio processual idôneo.

Peço vênia, a título de provocação e em apertada síntese, para esboçar os lindes entre o instituto da ação rescisória e o inerente aos novos dispositivos processuais em tela:

A primeira justifica-se, exclusivamente, nas hipóteses previstas nos incisos art. 485 do CPC, deve ser proposta no lapso máximo de dois anos, após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, e, se provida, desconstitui ou substitui o julgado. Os efeitos práticos desse último, eventualmente implementados, são revertidos, e o novo comando pode ser executado.

Os segundos, somente se permitem quando o título judicial executado é fundado em lei ou ato normativo inconstitucional e/ou em aplicação ou interpretação, reconhecidamente tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Podem ser propostos em qualquer momento, desde que ainda não se tenha exaurido o processo executório, com integração definitiva do bem executado no patrimônio do credor. Não rescindem o julgado, mas inibem completamente seus efeitos, tornando-o absolutamente ineficaz. Podem ser agilizados mediante embargos e/ou qualquer outro meio processual idôneo de oposição. Não têm o condão de

reverter os efeitos práticos eventualmente consolidados e/ou já implementados do julgado depois da execução já concluída.

Respaldado pela inequívoca autoridade dos insígnis juristas mencionados, cujas idéias merecem reflexão, inclusive, pelas enormes consequências de ordem prática (jurídica, econômica e social) que advirão da predominância deste ou daquele entendimento sobre o exato significado das novas normas para o ordenamento, espero ter despertado o interesse do leitor e, quiçá, provocado seu desejo de participar do debate, enriquecendo e clarificando a apaixonante questão.

Bibliografia

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material* (Coisa Julgada Inconstitucional, América Jurídica, 2002)
- DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e Os Princípios Constitucionais* (Texto básico da palestra proferida em Fortaleza, no dia 20 de dezembro de 2001, no I Simpósio de Direito Público da Advocacia da União, 5ª Região, promovido pelo Centro de Estudos Vitor Nunes Leal)
- THEODORO Júnior, Humberto, e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A Coisa julgada Inconstitucional e Os Instrumentos Para Seu Controle* (Revista Ibero Americana de Direito Público, vol. III, p. 77/95)
- TALAMINI, Eduardo. *Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade – CPC, art. 741, parágrafo único* (Revista de Processo, n. 106, abril/junho 2002, p. 38/83)
- NASCIMENTO, Carlos Valder. Coordenador (Coisa Julgada Inconstitucional, América Jurídica, 2002)
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. (Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante, RT 2ª ed.)
- GRECO Filho, Vicente. (Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª ed.)