

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenação de Protocolo

e Unidade de Processamento

25/09/2006 16:49 142371



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.740

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Requerido(s): Presidente da República e Congresso Nacional

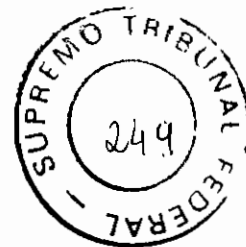
Relator: Exmo. Sr. Ministro Cezar Peluso



Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se sobre a presente ação direta de inconstitucionalidade.

I - DA AÇÃO DIRETA



Trata-se de ação direta, com pedido liminar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto o disposto nos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), nas redações conferidas pela Lei Federal nº 11.232/06 e pela Medida Provisória nº 2.180-35/01. Veja-se, a seguir, o teor das normas impugnadas:

“Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

.....

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

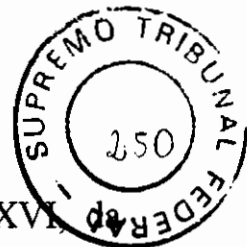
(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

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

A requerente alega que os dispositivos acima transcritos, referentes à *“perda de eficácia de decisão judicial transitada em julgado, quando fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”*, ofenderiam a garantia



constitucional da coisa julgada, prevista no art. 5º, inciso XXXVI, Constituição da República. A par disso, suscita, na espécie, suposta violação ao princípio constitucional da isonomia.

Os autos foram distribuídos ao Exmo. Ministro Cezar Peluso, o qual, em despacho de fl. 46, aplicou ao caso *sub judice* o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99.

O Presidente da República e o Congresso Nacional apresentaram as manifestações e os documentos de fls. 53/226 e 229/245, respectivamente.

Vieram os autos, assim, para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – A COISA JULGADA, A SEGURANÇA JURÍDICA E A NECESSÁRIA ESTABILIZAÇÃO DAS DEMANDAS

A coisa julgada é o instituto jurídico-processual criado com a finalidade de conferir às decisões jurisdicionais uma necessária estabilidade, consubstanciada na impossibilidade de mudança do seu conteúdo. **Trata-se, pois, de instituo jurídico-processual diretamente ligado à idéia de segurança.**

A coisa julgada se produz quando se esgotam todos os recursos contra a decisão, isto é, quando esta, no mesmo processo ou em outro a ser instaurado¹, não pode mais ser atacada. Diz-se, nessa situação,

¹ É preciso ressaltar a hipótese de propositura da ação rescisória, quando configurada uma das situações excepcionais que a ensejem, previstas no art. 485 do CPC. Mas, ultrapassado o prazo a



que houve o *trânsito em julgado* da decisão, e, conseqüentemente, ela se torna imutável, adquirindo, pois, uma estabilidade que confere segurança à relação processual.

No ordenamento jurídico pátrio, há dois conceitos legais para a coisa julgada. O primeiro deles está no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), segundo o qual “*chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*”. O segundo conceito legal de coisa julgada está no art. 467 do Código de Processo Civil, que dispõe ser ela “*a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

A Constituição Federal, por sua vez, embora não conceitue a coisa julgada, coloca-a no rol dos “*direitos e garantias individuais*” (art. 5º, XXXVI), o que a torna, em obediência ao disposto no art. 60, § 4º, também da Carta Magna, uma *cláusula pétrea*.

III – OS NOVOS PARADIGMAS DO PROCESSO CIVIL E A DOCTRINA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada sempre foi objeto de tormentosos debates entre os processualistas. Há muito tempo, Chiovenda já afirmava, em um importante escrito sobre a *res judicata*, que “*assistimos à lenta e progressiva transformação no modo de entender a eficácia, inerente à sentença do juiz, que designamos sob o nome de autoridade da coisa julgada*”.

propositura da rescisória, a imutabilidade do *decisum* atingiria seu grau máximo, razão pela qual alguns processualistas chegam a falar na formação da chamada *coisa julgada soberana* ou *coisa soberanamente julgada*.



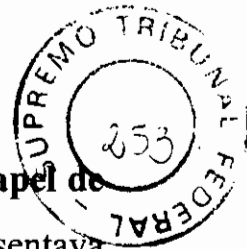
E foi com esta mesma assertiva que, em 1945, Enrico Tullio Liebman iniciou sua clássica obra “*eficácia e autoridade da sentença*”, na qual pretendia “*dar outro passo avante*” no estudo desse tão importante instituto de direito processual.

Hodiernamente, a coisa julgada voltou a ser tema de destaque para a doutrina processual, provocando intensos debates relacionados, em última análise, ao eterno conflito entre a segurança e a justiça, que sempre permeou as preocupações dos estudiosos do direito, e que hoje assume papel de relevo na teoria do processo civil, instigando acalorada discussão sobre o que se tem denominado de *relativização da res judicata*.

III.1. Juspositivismo, segurança jurídica e coisa julgada

Os valores que um determinado ordenamento jurídico privilegia são determinados, sobretudo, em função do momento histórico pelo qual passa a sociedade.

Quando a teoria do direito – seguindo a trilha pela qual caminhavam as ciências naturais –, baseada numa lógica formalista que compreendia o direito a partir de seu sistema interno, *autopoiético* por excelência, buscava a todo custo firmar-se como conhecimento científico, usou e abusou da noção de sistema, afirmando ser o direito um sistema normativo lógico e concatenado. Esta concepção caía como uma luva para os teóricos do direito de então, que buscavam, a todo custo, elevar o conhecimento jurídico à categoria de ciência.



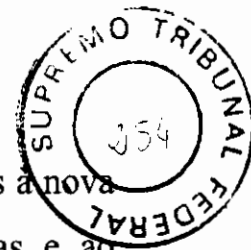
Nessa fase positivista do direito, portanto, assume papel de relevo o valor segurança jurídica. Afinal, se o direito se apresentava como ciência, precisava ostentar as características que permitissem ser reconhecido como tal: previsibilidade, certeza e, sobretudo, segurança. Os juspositivistas precisavam oferecer critérios seguros para a solução dos conflitos, assim como, por exemplo, os matemáticos – e os demais estudiosos das ciências naturais – ofereciam resultados para os seus problemas.

Foi nesse contexto de preponderância do valor segurança sobre outros valores também perseguidos e acobertados pelo direito que se estabeleceu, ao longo dos anos, a idéia de que a imutabilidade trazida pela coisa julgada era quase absoluta, somente podendo ser contestada nos estritos limites da ação rescisória. O positivismo e o seu apego ao princípio da segurança jurídica, portanto, produziram um fenômeno que alguns processualistas denominam de “santificação da coisa julgada”.²

Ocorre que, se há algum tempo se vinha dando prevalência à segurança jurídica, pensamento esse condizente, repita-se, com a idéia de modelo jurídico rígido e fechado do pensamento juspositivista, o que se vê atualmente é uma mudança de paradigma na teoria do direito. Com efeito, *“a segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e retrocesso.”*³

² É o que afirma, por exemplo, Humberto Theodoro Júnior – endossando manifestação de José Luiz Vazquez Sotelo – ao prefaciá-la conhecida obra sobre o estudo da coisa julgada: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003, pp. 07-08.

³ ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. In: Revista Jurídica. Porto Alegre, ano 50, nº 301, novembro de 2002, p. 11.



Os modernos Estados Democráticos de Direito, atentos à nova realidade social, à crescente complexidade das relações jurídicas e ao aprofundamento das funções estatais têm como característica marcante a exigência de que sua atuação, para legitimar-se, produza resultados efetivos, e não apenas siga padrões formais preestabelecidos⁴. É nesse contexto, por exemplo, que se desenvolvem entre os processualistas a noção de processo civil de resultados e a preocupação com a efetividade do processo.⁵

Por conseguinte, a coisa julgada, como instituto realizador da segurança jurídica no processo, começa ser questionada. Melhor dizendo, a **intangibilidade absoluta da coisa julgada, ou a sua “santificação”,** passa a ser alvo de críticas. Propõe-se, enfim, uma “relativização” da *res judicata*, como reflexo da necessidade de fazer prevalecer, sobre o valor segurança que lhe dá justificação, outros valores, dentre os quais se destacam a justiça e a constitucionalidade dos atos do poder público.

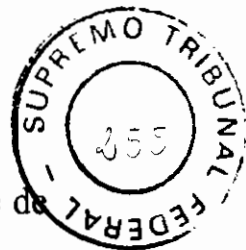
Num passado não muito distante, buscava-se prestigiar a segurança, e por isso a intangibilidade da coisa julgada era pregada como algo absoluto, *verbis*:

“En una época llena de dogmas y propensa a los mitos, el dogma de la cosa juzgada, quedaba rodeada de ‘santidad’ y se tomaba técnicamente como ‘presunción de verdad’, sólo destructible en los contados casos abiertos a la revisión. La ‘santidad’ de la cosa juzgada’ venía a ser la religión de la justicia humana.”⁶

⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005, p. 62.

⁵ FREITAS CÂMARA, Alexandre. “Relativização da coisa julgada material”. In: Revista Gênesis de Direito do Trabalho. Curitiba: Gênesis, n.º 133, janeiro de 2004, p. 21.

⁶ VAZQUEZ SOTELO, José Luiz apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003, p. 11.



Sabe-se, porém, que o direito moderno passa por uma fase de mudança de paradigma, em que a segurança jurídica vem cedendo um espaço, cada vez maior, para a preocupação com a justiça e com o respeito incondicional à Constituição. Neste sentido, *verbis*:

*“En definitiva, cuando se plantea la ‘flexibilización’ de la cosa juzgada o sus novos ‘límites’ lo que se está propugnando es un nuevo marco para las concesiones que la justicia debe hacer a la seguridad, ahora con un predominio de las exigencias de justicia para una paz social más justa”.*⁷

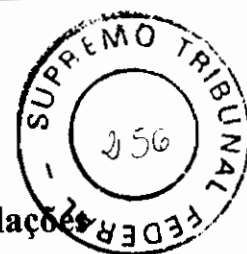
É neste contexto de mudança paradigmática que as questões polêmicas do processo civil moderno devem ser estudadas, sobretudo a doutrina da relativização da coisa julgada. O processo deve, sem dúvida, realizar a segurança jurídica, mas com o menor sacrifício possível da justiça. Para tanto, não se pode prescindir da existência de um arcabouço jurídico válido e eficaz, que sirva de sustentáculo a este trabalho doutrinário tão relevante e polêmico. **Por mais que a coisa julgada seja importante para a estabilidade das relações jurídico-processuais, “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.**⁸

III.2. A doutrina da relativização da coisa julgada

Situada a coisa julgada no novo contexto paradigmático do direito processual civil, hoje bastante preocupado com a justiça das decisões, com a efetividade da tutela jurisdicional e com o respeito à ordem constitucional vigente, **não se pode admitir que a coisa julgada, sob o**

⁷ VAZQUEZ SOTELO, José Luiz apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003, p. 11.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.



fundamento autônomo de garantir a segurança jurídica das relações processuais, deva imunizar os efeitos de todas as decisões transitadas em julgado, mesmo que elas sejam inconstitucionais.

É por isso que vários doutrinadores têm sustentado a necessidade de “relativizar” ou “flexibilizar” a coisa julgada, embora não exista, de fato, uma teoria minimamente uniforme a respeito do assunto⁹.

O que o legislador tentou, com a edição dos dispositivos ora impugnados – art. 741, parágrafo único, e art. 475-L, § 1º, ambos do CPC –, foi dar uma devida uniformidade ao tratamento do tema, com respeito ao devido processo legal.

III.3. A relativização da coisa julgada na jurisprudência brasileira

Dinamarco destaca que, desde os anos 1980, podem ser visualizados, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, alguns

⁹ Uma das primeiras obras que abordou de forma específica o problema da relativização da coisa julgada contava com textos de Carlos Valder do Nascimento (coordenador), Cândido Rangel Dinamarco, José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. A obra mereceu reedição, passando a contar com outros autores, como Sérgio Bermudes). Outras obras já haviam sido editadas, todavia, destacando a necessidade de revisão da teoria da coisa julgada, antecipando essa discussão acerca da chamada “relativização”. Destaca-se, nesse contexto, a obra de Paulo Roberto de Oliveira Lima (LIMA, Paulo Roberto Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997). Na doutrina estrangeira, pode-se destacar a já clássica obra de Paulo Otero (OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993). Posteriormente, vários outros autores de renome também defenderam a “relativização”, sem que houvesse, todavia, um pensamento uniforme. Pode-se mencionar, a título exemplificativo, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003), Alexandre Freitas Câmara (FREITAS CÂMARA, Alexandre. “Relativização da coisa julgada material”. In: Revista Gênesis de Direito do Trabalho. Curitiba: Gênesis, n.º 133, janeiro de 2004), Francisco Wildo Lacerda Dantas (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. “Considerações sobre a desconstituição e a relativização da coisa julgada”. In: Revista do TRF da 5ª Região. Ed. em homenagem ao Des. Ridalvo Costa, 2004), Ivo Dantas (DANTAS, Ivo. “Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência”. In: Fórum Administrativo (Direito Público). Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.º 15, maio de 2002, pp 588-607), Francisco Barros Dias (DIAS, Francisco Barros. “Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional”. In: Revista do Tribunais. São Paulo: RT, Ano 87, vol. 758, dez. de 1998, pp. 34-42), entre outros.



precedentes sobre a relativização do poder imunizante da coisa julgada, em alguns decisórios que analisavam a garantia do justo valor de indenizações em processos de desapropriação imobiliária^{10 11}.

O Pretório Excelso entendeu, mais de uma vez, ser possível a realização de nova perícia em imóvel desapropriado, mesmo depois de já haver transitado em julgado a sentença que fixara o valor indenizatório. Do teor dos votos, é possível assimilar a consideração dos Ministros no sentido de que, em certos casos específicos, a garantia da coisa julgada deve ser ponderada com a garantia da justa indenização, constitucionalmente assegurada.

Também se conhece a posição do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado¹², que já manifestou, em alguns julgados¹³, seu entendimento de **não atribuir caráter absoluto à garantia da coisa julgada**, sustentando que a segurança jurídica, que embasa o instituto, não pode se sobrepor a outros princípios também importantes, como a moralidade pública¹⁴, protegidos pela Constituição.

Atualmente, um dos casos em que a jurisprudência brasileira tem enfrentado de forma direta o problema da relativização da coisa

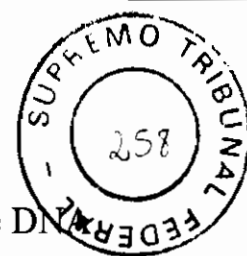
¹⁰ STF, 1ª Turma, RE 93.412-SC, j. 04/05/1982, relator Ministro Rafael Mayer.

¹¹ STF, 1ª Turma, RE 105.012-RN, j. 09/02/1988, relator Ministro Néri da Silveira.

¹² DELGADO, José Augusto. "Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais". In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 121.

¹³ STJ, 1ª Turma, REsp 240.712-SP, j. 15/02/2000, relator Ministro José Delgado.

¹⁴ DELGADO, José Augusto. "Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas". In: Revista de Processo. São Paulo: RT, n.º 103, jul.-set., 2001, pp. 21-22.



julgada é o da ação de investigação de paternidade, quando exame de DNA superveniente demonstre a incorreção da decisão.¹⁵

III.4. A doutrina estrangeira e a relativização da coisa julgada

Dinamarco menciona que em obra clássica datada de 1978, Eduardo Juan Couture já admitia a revisão de decisões passadas em julgado, mesmo não havendo no ordenamento jurídico uruguaio previsão expressa neste sentido¹⁶. Mas Couture já propunha, num ensaio clássico datado de 1940 – e não citado por Dinamarco –, a por ele denominada *acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*, destinada a atacar a coisa julgada quando a mesma for obtida mediante fraude.¹⁷

Dinamarco também destaca a posição de Juan Carlos Hitters, eminente professor da Universidade de La Plata que, em obra datada de 1977¹⁸, também defende a possibilidade de revisão da coisa julgada, ainda que o ordenamento jurídico não contemple permissão expressa. Objetivando a realização plena da justiça, Hitters admite que se afaste, em determinados casos, a autoridade da coisa julgada.

No direito norte-americano, ainda segundo Dinamarco, também haveria autores que se preocupam em estudar “*exceções à aplicação da coisa julgada*”. Destaca ele que a posição dos tribunais e dos autores norte-americanos é de uma consciente e equilibrada relativização da coisa julgada, cujo efeito imunizante eles condicionam à

¹⁵ STJ, 4ª Turma, REsp 226.436/PR, j. 07/08/2003, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; STJ, 3ª Turma, REsp 107.248/GO, j. 07/05/1998, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

¹⁶ COUTURE, Eduardo Juan. “Revocación de los atos procesales fraudulentos”. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 388.

¹⁷ COUTURE, Eduardo Juan. “La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta”. In: *Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, T. 16, 1940, pp. 05-32.

¹⁸ HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. La Plata: Platense, 1977, p. 325.



compatibilidade com certos valores tão elevados quanto o da definitividade das decisões.

Dinamarco não cita João de Castro Mendes em seu ensaio, mas suas posições se coadunam com as dos autores citados pelo professor da USP¹⁹. Nos idos de 1960, o processualista português faz uma colocação, indagando em que medida vícios da sentença, ou os “*contravalores ou valores jurídicos negativos correspondentes*”, impediriam a “*gênese e força do caso julgado*”. Para o autor, a inexistência jurídica e a nulidade absoluta afastariam o “*caso julgado*”, bem como afastariam quaisquer outros efeitos da sentença.

IV – DA NOÇÃO DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL DENTRO CONTEXTO DA DOCTRINA DE *RELATIVIZAÇÃO* DA COISA JULGADA: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA MATÉRIA

Pode-se perceber claramente que, no estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da relativização da coisa julgada, há um “*indisfarçável casuísmo*” no elenco de hipóteses em relação aos quais tem sido admitida a mitigação dos rigores da *res judicata*.

Pensando nisso, pois, é que foi idealizada a alteração do Código de Processo Civil, a fim de que se estabelecesse um tratamento sistêmico para a matéria, obediente a critérios e contornos pré-estabelecidos.

¹⁹ CASTRO MENDES, João de. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atica, 1968, p. 26.



O desenvolvimento da jurisdição constitucional e o reconhecimento da relevância do papel exercido pelo STF no controle de constitucionalidade dos atos normativos exigiram que o legislador encontrasse uma saída para o problema da coisa julgada inconstitucional.

Nesse sentido, são imprescindíveis as lições do eminente constitucionalista português Paulo Otero. Da superioridade hierárquico-normativa da Constituição, o autor extrai a formulação do “princípio da constitucionalidade”, e conclui que todo e qualquer ato emanado do poder público deve submeter-se a ele, sob pena de invalidade²⁰.

Vale frisar que o conceito de ato, aqui, é abrangente, envolvendo todo e qualquer provimento emanado do poder público, inclusive as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Esse destaque é importantíssimo, uma vez que, como observa Humberto Theodoro Júnior – citando lições de Paulo Otero –, **em tema de inconstitucionalidade, durante muito tempo, as atenções e preocupações dos juristas se voltaram para o exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos, o que contribuiu para a institucionalização do mito da impermeabilidade das decisões judiciais passadas em julgado, ainda que contivessem vícios de inconstitucionalidade.**²¹

Tornou-se necessário estabelecer, de maneira precisa, quando e como poderia ser desconstituída uma coisa julgada que cobrisse com o manto da imutabilidade uma decisão judicial que ostentasse vício de

²⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 127, set. 2005, p. 12.

inconstitucionalidade. Era imprescindível, enfim, delimitar as hipóteses excepcionais em que essas ofensas à Constituição, constantes de uma sentença transitada em julgado, poderiam ensejar a “relativização” ou “revisão atípica” da coisa julgada.

A preocupação maior se referiu, logicamente, aos casos de pronunciamento posterior do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, eventualmente aplicada ou aplicável no julgamento da decisão que veio a ser imunizada pela autoridade da *res judicata*. É aqui, pois, que reside o ponto nevrálgico de toda a discussão sobre a “relativização” da coisa julgada fundada na inconstitucionalidade da sentença.

Em suma: há casos em que a inconstitucionalidade de uma decisão judicial pode convalidar-se pelo simples fato de se ter formado a coisa julgada material. No atual contexto do processo civil moderno, todavia, em que ganha relevância extrema a preocupação com a justiça das decisões e com a compatibilidade de todos os atos do poder público, sobretudo os judiciais, com a ordem constitucional vigente, não se pode admitir tal situação.

Fez-se imprescindível, pois, a criação de um mecanismo processual que permitisse a conformação de decisões judiciais com a Constituição, sobretudo quando a sua inconstitucionalidade fosse detectada após a formação da chamada da coisa julgada soberana, em função de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

**V – UMA NOVA HIPÓTESE DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE DAS SENTENÇAS DEPOIS DE**



FORMADA A COISA JULGADA MATERIAL: OS EMBARGOS COM
BASE NO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

Através da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, foi acrescentado ao art. 741 do Código de Processo Civil um parágrafo único, *verbis*:

“Parágrafo único. Considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”²²

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria explicam, em artigo doutrinário, como surgiu o referido dispositivo normativo, *verbis*:

“Tivemos a atenção despertada para o problema do conflito entre a coisa julgada e a CF há algum tempo, quando emitimos parecer para a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a respeito de multiplicidade e superposição de sentenças transitadas em julgado condenando o poder público a indenizar a mesma área expropriada, mais de uma vez, ao mesmo proprietário. Já não cabia mais ação rescisória, e nada obstante, defendemos o cabimento de impugnação ordinária para afastar a manifesta e intolerável erro praticada pela Justiça.

O parecer foi acolhido, em recurso especial, pelo STJ²³. O Min. JOSÉ DELGADO desenvolveu em trabalho doutrinário o tema debatido no acórdão.

Voltamos à mesma cogitação, já então com maior análise da doutrina estrangeira, no estudo A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle publicado em princípios de 2001. E, por volta de junho do mesmo ano, participamos de um seminário nacional patrocinado pela Advocacia-Geral da União, onde tivemos a oportunidade de aprofundar o debate sobre a necessidade de relativizar o

²² Regra idêntica foi acrescentada à CLT, através da inserção do § 5º ao seu artigo 884, *verbis*: “§ 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.”

²³ STJ, 1ª Turma, REsp nº 240.712/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 24/04/2000, p. 38.

conceito de coisa julgada, no seu cotejo com a ordem constitucional.

*Em agosto de 2001, veio á luz a alteração legislativa operada no art. 741 do CPC, por meio de medida provisória que fez inserir parágrafo naquele dispositivo, justamente para tornar expresso o que vínhamos sustentando, ou seja, a coisa julgada não impede que, em embargos à execução de sentença, se argua a inconstitucionalidade da sentença exequenda.*²⁴

De fato, conforme relato acima transcrito, um dos momentos relevantes do histórico que antecedeu a edição da norma foi o seminário realizado pela Advocacia-Geral da União, na época sob o comando de Gilmar Ferreira Mendes, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, é interessante a observação feita por Araken de Assis, quando também aborda a origem da regra em exame, *verbis*:

“3.1 Origem da regra – Antes de o art. 741, parágrafo único, surgir na ordem jurídica brasileira, o STF estimava que, a despeito de a proclamação da inconstitucionalidade implicar o desaparecimento de todos os atos praticados sob o império da lei viciada, somente através de rescisória o vencido lograria alcançar a desconstituição do julgado. (...)

*Em sentido diverso, o § 79-2 da Lei do Bundesverfassungsgericht estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível (unzuässig) sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo autoriza a oposição do executado (Vollstreckungsgegenklage) com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado. Esta disposição inspirou o art. 741, parágrafo único, do CPC brasileiro. GILMAR FERREIRA MENDES sustentou, de lege ferenda, a introdução de norma análoga, permitindo a alegação da inconstitucionalidade através de embargos, desde que declarada ‘pelo Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas (ou após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, no caso de declaração incidental de inconstitucionalidade)’.*²⁵

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 89.

²⁵ ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 50, vol. 301, nov. de 2002, p. 21.



A introdução da norma no ordenamento pátrio, portanto, *teye* como inspiração norma semelhante da ordem jurídica alemã, e deve-se em grande parte às idéias do constitucionalista Gilmar Mendes, já lançadas antes, *de lege ferenda*, em conhecida obra sobre a jurisdição constitucional²⁶.

Já no ano de 2005, em meio às profundas reformas levadas a efeito pela Lei nº 11.232/05 ao “processo de execução”, o dispositivo foi alterado, passando a conter a seguinte redação, *verbis*:

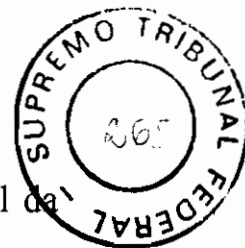
“Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo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

A mesma Lei nº 11.232/05 – que estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial – acrescentou regra idêntica no § 1º do artigo 475-L, que disciplina a impugnação do devedor, em substituição aos embargos, agora restritos às hipóteses de execução fundada em título extrajudicial, *verbis*:

“§ 1º. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.”

²⁶

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.



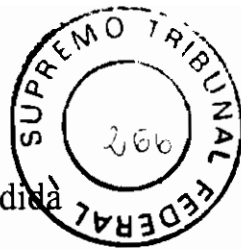
Como se vê, não houve alteração do conteúdo substancial da norma, mas apenas uma nova redação.

V.1. O alcance da norma: as decisões do STF que abrem a possibilidade de manejo dos embargos com base no art. 741, parágrafo único, do CPC

Segundo a nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 11.232/06, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, apta a fundamentar alegação de inexigibilidade do título judicial transitado em julgado, restringe-se aos pronunciamentos do Pretório Excelso em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ou também se aplica aos pronunciamentos em sede de controle difuso? A resposta a esta indagação é deveras importante, sobretudo porque se se entender que a norma se refere apenas aos pronunciamentos do STF em sede de controle abstrato, por exemplo, o alcance dela será sensivelmente afetado.

Afinal, são muitas as questões de inconstitucionalidade que chegam a ser analisadas pelo STF apenas em controle difuso. E a área em que isto mais ocorre é, por exemplo, o direito tributário, na qual os tribunais, cotidianamente, convivem com as inúmeras “brigas” judiciais entre o fisco e aqueles contribuintes chamados de “litigantes habituais”.

O anteprojeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, na sua redação original, restringia, de forma expressa e clara, a incidência da norma em análise aos casos em que a decisão do STF sobre a (in)constitucionalidade da norma fosse tomada em ação direta, ou seja, em processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. Essa



redação original do anteprojeto, lembra Humberto Theodoro, foi defendida por Athos Gusmão Carneiro, em parecer.²⁷

Poder-se-ia afirmar, em princípio, que o próprio fato de o legislador ter optado por mudar a redação original do dispositivo em exame, retirando a expressão que claramente restringia sua aplicação aos casos de julgamento do STF em sede de controle abstrato de normas²⁸, levaria necessariamente a uma interpretação mais abrangente, conforme defende Humberto Theodoro Júnior.

Não parece, todavia, seja esse o entendimento correto. Essa interpretação “histórica” da norma em exame deve ser rechaçada. Primeiro, porque a moderna hermenêutica tem dado menos relevância ao método de interpretação histórico²⁹, uma vez que, hodiernamente, tem importado conferir-se à norma um sentido objetivo, e não um sentido que a prenda à suposta vontade do órgão legiferante³⁰. Segundo, porque a interpretação abrangente do dispositivo em foco conduziria a uma situação de gravíssima insegurança jurídica.

A nova redação dada ao dispositivo em análise, determinada pela Lei nº 11.232/05, ajudou a dirimir a dúvida colocada nos parágrafos acima. É que o novo texto deixa claro que sua incidência está restrita aos

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. “A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional”. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V, nº 29, mai.-jun. de 2004, p. 06.

²⁸ O anteprojeto, na sua redação original – defendida, conforme se disse, por Athos Gusmão Carneiro –, permitia a impugnação da sentença exequenda apenas quando “fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade”.

²⁹ Esse método de interpretação busca analisar os antecedentes da norma (processo legislativo, discussões nas Casas do Congresso Nacional, razões de veto, etc.) e ajuda a encontrar o que se chama de *mens legislatoris*, ou seja, a suposta intenção do legislador. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 205.



casos em que houver prévio posicionamento do Supremo Tribunal Federal *declarando inconstitucional* a lei ou o ato normativo em que se funda a sentença, ou *considerando incompatível* com a Carta Magna a interpretação da lei ou do ato normativo feita na decisão. Em suma: **a aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC – bem como do § 1º do artigo 475-L – depende, imprescindivelmente, de manifestação prévia do Pretório Excelso acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que embasou a sentença ou da incompatibilidade com a Constituição da interpretação feita pelo julgador do *decisum* formador da *res judicata*.** Nesse sentido, *verbis*:

*“(...) não é o entendimento de qualquer juiz ou tribunal – e muito menos o da própria parte – acerca da inconstitucionalidade de uma dada interpretação que dá ensejo aos embargos ex art. 741, par. ún. É indispensável que a consideração de incompatibilidade funde-se em pronunciamento do STF. O dispositivo deveria estar redigido nos seguintes termos: ‘... título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas, por aquela mesma Corte, por incompatíveis com a Constituição Federal’”.*³¹

Ainda resta, entretanto, uma polêmica a ser enfrentada: essa prévia manifestação do STF haveria de ter ocorrido em processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade? Ou também se refere aos casos em que a Corte Suprema se pronunciar em sede de controle difuso? E mais: admitindo essa segunda situação hipotética, bastaria o julgamento do Tribunal Maior, ou seria necessária a edição de Resolução por parte do Senado Federal (art. 52, X, da CF/88)?

Deve-se fazer uma interpretação restritiva do art. 741, parágrafo único, do CPC (bem como do § 1º do artigo 475-L, que possui

³¹ TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n.º 106, abr.-jun., 2002, p. 57.



regra idêntica). Essa interpretação restritiva atende, sobretudo, a uma regra geral de hermenêutica jurídica, segundo a qual as normas excepcionais – que trazem uma exceção, como é o caso da norma em análise – devem ser interpretadas restritivamente³². Mas não é só por isso.

O direito brasileiro adota, quanto ao controle de constitucionalidade das leis, tanto o sistema de controle difuso – de inspiração norte-americana – quanto o sistema de controle concentrado – de inspiração austríaca (formulado por Hans Kelsen).

No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, permite-se que qualquer juiz ou tribunal exerça o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, mas a questão é decidida de forma incidental, produzindo efeitos, pois, apenas entre as partes³³ da relação jurídico-processual.^{34 35}

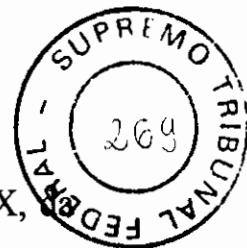
Ressalte-se, todavia, a possibilidade de ser atribuída eficácia *erga omnes* às decisões do STF tomadas no âmbito do controle difuso de

³² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 205.

³³ Não se deve esquecer que há uma tendência de que, progressivamente, as decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso tenham os mesmos efeitos das suas decisões proferidas nos processos objetivos de controle concentrado de normas. Essa tendência ganhará ainda maior efetividade quando for regulamentado o art. 102, § 3º, da CF/88, que exige, para conhecimento do recurso extraordinário, a demonstração da *repercussão geral* das questões constitucionais discutidos no apelo extremo.

³⁴ Aponta Talamini que, “nesse ponto, o modelo brasileiro de controle incidental se diferencia do americano, que o inspirou. É que nos Estados Unidos o poder judicial de controle *incidenter tantum* é conjugado com o princípio do *stare decisis*, pelo qual os precedentes tornam-se vinculantes, dentro de certos limites.” (TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial civildo de inconstitucionalidade”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n.º 106, abr.-jun., 2002, p. 54).

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001, p. 30. O autor sustenta, todavia, que alguns juristas de renome, como Rui Barbosa, Castro Nunes e Lúcio Bittencourt, já defendiam, há tempos, a necessidade de se conferir eficácia *erga omnes* – tal como ocorre desde sempre no sistema do *stare decisis* – às decisões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, ainda que tomadas na via incidental. A preocupação desses notáveis juristas era com um sério inconveniente do controle difuso, qual seja, o de permitir afronta à isonomia ao permitir a existência de decisões divergentes em casos semelhantes. Entretanto, noticia Zavascki que a falta de uma cultura de valorização dos precedentes na praxe forense brasileira impediu que a opinião de Rui, Nunes e Bittencourt prevalecesse.



constitucionalidade, quando o Senado Federal, com base no art. 52, X, Carta Magna, suspender a execução do ato normativo considerado inconstitucional. A propósito, confira-se:

“Embora se questionem, doutrinariamente, vários aspectos do instituto, há consenso quanto ao seu conteúdo essencial, que permanece o mesmo desde 1934: a suspensão da execução da norma, pelo Senado, confere eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declarou a sua inconstitucionalidade. A Resolução do Senado tem, portanto, natureza normativa, já que universaliza um determinado status jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo.”³⁶

Já no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que analisa a constitucionalidade da lei ou ato normativo de forma abstrata. As decisões do Pretório Excelso, em sede de controle concentrado, possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99)³⁷.

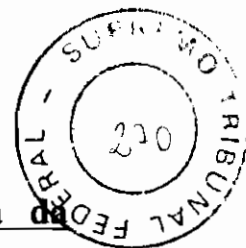
Também é importante destacar que, no âmbito do controle concentrado e abstrato de preceitos normativos, as decisões do Supremo Tribunal Federal declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, ou seja, apenas declaram a validade ou a nulidade da norma desde o seu surgimento (*ab initio*).³⁸

Portanto, a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC (bem como do § 1º, do artigo 475-L, do mesmo Codex) exige que a

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 32.

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 51.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 48-49.



prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal – acerca da
inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que embasou a sentença
exequenda ou da incompatibilidade com a Constituição da
interpretação feita pelo julgador do *decisum* formador da *res judicata* –
possua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e *ex tunc*. Nesse sentido,
verbis:

“Não é todo juízo de inconstitucionalidade que, consoante o art. 741, parágrafo único, retirará a força executiva do provimento judicial. Impõe-se julgamento definitivo do STF, de procedência na ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência na ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, a, c.c § 2º). No primeiro, de ordinário, desaparecerá a lei ou ato normativo, objeto do controle; no segundo, perderá sua vigência. Em ambas as situações, a eficácia do julgamento opera erga omnes, vinculando aos demais órgãos judiciários.

(...) Quanto ao controle incidental, ainda que resulte de reiteradas manifestações uniformes e convergentes do STF, somente a partir da resolução do Senado Federal, na forma do art. 52, X, da CF/88, suspendendo a lei ou o ato normativo, enseja-se a incidência do art. 741, parágrafo único, do CPC.”³⁹

As decisões da Suprema Corte, por exemplo, concessivas de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade não permitem a aplicação da norma em análise, uma vez que *“esse provimento apenas afasta a vigência e a eficácia legal da norma impugnada, sem invalidá-la”*, produzindo efeitos *ex nunc*. Assim sendo, *“apenas a decisão de mérito, definitiva, poderá motivar a oposição de embargos à execução na hipótese em destaque”*.⁴⁰

Essa interpretação restritiva do dispositivo ora sob exame, ressalte-se, além de prestigiar o STF como o órgão jurisdicional

³⁹ ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 50, vol. 301, nov. de 2002, p. 25.

⁴⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 02, maio de 2003, p. 102.

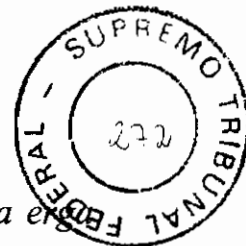


guardião da Constituição e, conseqüentemente, titular do poder-dever de afirmar, em última instância, a correta interpretação da Carta Magna, prestigia também a garantia da coisa julgada, não a submetendo a eterna possibilidade de ataque, o que conflitaria com a sua própria essência de instituto estabilizador das relações jurídico-processuais.

Saliente-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, decidiu quase no mesmo sentido das conclusões acima apresentadas, entendendo *que o parágrafo único do art. 741 do CPC “não tem caráter universal”, sendo sua aplicação “restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional” e sendo ainda indispensável “que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado)”*. Em suma: a única discordância relevante entre as posições acima defendidas e o entendimento do STJ se refere à necessidade de edição da Resolução prevista no art. 52, X, da CF/88.⁴¹

A parte final da norma, que se refere aos casos de *“aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”*, existe apenas para deixar claro que esse prévio pronunciamento do STF não precisa, necessariamente, ter sido proferido ou em ação direta de inconstitucionalidade ou em processo subjetivo seguido de Resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF/88). Afinal, como bem lembra Eduardo Talamini, *“não é apenas através da declaração direta da*

⁴¹ STJ, 1ª Turma, REsp 721.808/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19/09/2005.



*inconstitucionalidade que se pode produzir provimento com eficácia erga omnes e caráter vinculante.*⁴²

V.2. Colisão de princípios e coisa julgada

Sabe-se que, no caso de conflito jusprinciplológico, a solução correta encontra-se na ponderação dos valores ou princípios em jogo, com observância das peculiaridades do caso.

É possível imaginar situações em que a segurança jurídica seria gravemente afrontada com a desconstituição de uma coisa julgada. Daí porque se tem entendido que **os embargos do art. 741, parágrafo único, do CPC, consistem apenas num novo e excepcional instrumento de desconstituição de um título judicial acobertado pelo manto da coisa julgada material, através do qual o julgador poderá proceder ao reexame da questão constitucional que fundamentou o *decisum* embargado.**

Isso significa dizer que *“o título fundado na solução inconstitucional é em princípio eficaz e será desconstituído na medida em que o juiz constate sua incompatibilidade absoluta com a orientação do Supremo”*⁴³ proferida em julgado que possua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

⁴² TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, n.º 106, abr.-jun., 2002, p. 58. O autor cita, por exemplos, “o reconhecimento da constitucionalidade, em via direta” (Ação Declaratória de Constitucionalidade), “a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, “a interpretação conforme à Constituição”, entre outros.

⁴³ TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, n.º 106, abr.-jun., 2002, p. 66.



Ao examinar o caso concreto, caberá ao julgador analisar, considerando-se a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade⁴⁴, bem como as circunstâncias fáticas que permeiam o caso *sub judice*, se a rescisão da coisa julgada é realmente adequada, necessária e razoável (proporcional em sentido estrito), enfim, se o custo-benefício da medida é o melhor possível.

Tudo o que se expôs neste tópico, portanto, demonstra de forma clara que são descabidas as afirmações contidas na peça exordial, no sentido de que os dispositivos normativos impugnados ofendem, supostamente, a garantia de intangibilidade da coisa julgada.

Na verdade, as normas atacadas na presente ação direta apenas criam, conforme destacado, mais uma hipótese de controle de constitucionalidade da sentença, assegurando que a prestação jurisdicional entregue seja conforme a Constituição, nos termos do que decidido posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal.

Em suma, “o parágrafo único do art. 741 do CPC é mais uma positivação do princípio da proporcionalidade no subsistema processual. É uma técnica criada pelo legislador para o aplicador do direito ponderar bens e valores constitucionais casuisticamente.”⁴⁵

⁴⁴ A visão moderna do princípio da proporcionalidade, que remonta aos estudos sobre o tema levados a efeito pela doutrina alemã, reconhece-o em três dimensões: 1) *adequação*, que exige a aptidão do ato estatal para atingir os fins almejados; 2) *necessidade*, que exige a adoção da medida menos gravosa possível para a consecução do objetivo perseguido; 3) *proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade)*, que envolve a aferição da relação custo-benefício do ato sob análise. Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 90; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 66; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição, Coimbra: Almedina, p. 266.

⁴⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 02, maio de 2003, p. 100.



VI – DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS IMPUGNADAS

Além de estarem em perfeita consonância com os novos paradigmas informadores do direito processual moderno, as normas impugnadas na presente ação direta são indubitavelmente constitucionais.

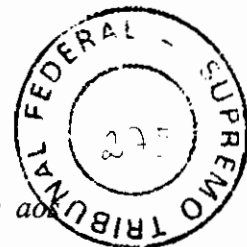
Não obstante a garantia da coisa julgada possua *status* constitucional, toda a sua disciplina processual é ditada por legislação infraconstitucional, e não pela Constituição. Enfim, o regime jurídico-processual da coisa julgada é totalmente infraconstitucional.

Com efeito, “o *Texto Magno* limitou-se a prever a possibilidade de a coisa julgada ser atingida pelo advento de nova lei, e não por outro provimento jurisdicional. A regra do art. 5º, XXXVI é de direito intertemporal, endereçada ao legislador. E só.”⁴⁶

Ninguém menos do que Pontes de Miranda já defendia esse posicionamento de que o conceito de coisa julgada não tem índole constitucional, ainda na vigência da ordem constitucional anterior, *verbis*:

“os comentadores do Código civil brasileiro tiveram de arquitetar a doutrina, de 1916 em diante, com os elementos defeituosos e contraditórios dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 3º da Introdução. Tais parágrafos constituíam as bases (bem frágeis e insuficientes) do direito intertemporal do Brasil, enquanto o legislador ordinário não desse outras, e no que não se chocasse com outras regras do direito substancial, a propósito de aquisição de direitos, de perfeição dos atos jurídicos e de coisa julgada. Não têm elas, portanto, significação no plano do direito constitucional. Nesse plano, só existe alusão a conceitos de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada, e de modo algum definições que, como definições

⁴⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n° 02, maio de 2003, p. 100.



*constitucionais, se impusessem ao legislador ordinário e aos juízes.*⁴⁷

Realmente, caso se entendesse, *ad argumentandum tantum*, que a alteração legislativa em evidência é inconstitucional, por ofensa à garantia da coisa julgada, ter-se-ia também que considerar todas as normas do CPC relativas à ação rescisória inconstitucionais.

Ora, o próprio CPC admite a desconstituição da coisa julgada por meio da ação rescisória, nas situações específicas que arrola no seu art. 485. Está claro, pois, que é possível à lei alterar o regime jurídico-processual da coisa julgada sem que haja ofensa à garantia constitucional da coisa julgada.

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, ocasião na qual firmou o entendimento de que “o tema referente aos limites objetivos da coisa julgada qualifica-se, juridicamente, como questão infraconstitucional”. Esse entendimento foi firmado no julgamento do RE nº 115.949, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello.

Além do excerto acima transcrito, deve-se destacar que nesse julgado o Pretório Excelso deixou claro que “não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a legislação infraconstitucional é a sede, por excelência, da definição formal dos limites objetivos da coisa julgada”.

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo V, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 64.



É preciso destacar ainda que as normas ora impugnadas não suprimiram a garantia da coisa julgada, tampouco permitiram sua desconstituição aleatória, desregrada. De fato, “o que ficou estabelecido foi a impossibilidade de prosseguimento da aplicação de norma inconstitucional eliminada do sistema por decisão do Pretório Excelso”.⁴⁸

Se as decisões sobre a inconstitucionalidade de normas proferidas por essa Corte Excelsa retiram a validade do ato normativo, expurgando-o do ordenamento jurídico, ele não pode mais fundamentar a validade de um comando normativo concreto e individual contido numa decisão judicial, ainda que a mesma tenha transitado materialmente em julgado.

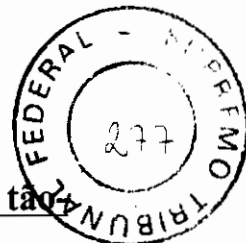
Não faz o menor sentido permitir o prosseguimento de execução de uma sentença fundada em norma retirada do sistema jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, verbis:

“A lei é fonte de cognição do direito, introduzindo no sistema, via de regra, normas gerais (atingem uma classe de sujeitos) e abstratas (prescrevem uma ação-tipo). Com base em tais normas, o juiz produz normas individuais com a sentença. A execução representa um prosseguimento desse processo de positivação do direito (mandado de citação, penhora de bens, etc.) para compelir o devedor a satisfazer o direito do credor, certificado em determinado título. Com a invalidação da norma geral, esse processo de positivação não pode continuar, sendo ilícito ao devedor contra ele se insurgir por meio dos embargos à execução.”⁴⁹



⁴⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 02, maio de 2003, p. 100.

⁴⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 02, maio de 2003, p. 101.



O que as normas impugnadas fizeram, portanto, foi tão somente preservar um mínimo de coesão do sistema jurídico, na medida em que permitiram, no curso da execução – ou da fase de cumprimento da sentença – a alegação de inconstitucionalidade do título judicial, impedindo que o mesmo continuasse a produzir efeitos no mundo jurídico.

Nem se pode dizer que as normas ora atacadas constituem verdadeiras inovações, uma vez que o art. 741, inciso I, do CPC baseia-se, em última análise, na mesma técnica delas, qual seja, alegação de nulidade do título judicial formado pelo processo cognitivo em razão de um vício de insuperável gravidade. Assim tem entendido a doutrina, *verbis*:

“Essa técnica não representa novidade em nosso ordenamento. O CPC dela se utilizou no inciso I do art. 741, que autoriza a argüição de invalidade do processo de cognição em que se formou o título exequendo, por vício de citação. Nesse caso também não se pode falar em burla à coisa julgada. Aqui o legislador também visou impedir o prosseguimento da aplicação de norma individual inserida pela sentença, por ter sido produzida em procedimento irregular. A sentença de procedência dos embargos à execução não viola a sentença de cognição, nem a coisa julgada que sobre esta se formou. Ela retira a eficácia dessa decisão.”⁵⁰

É da essência do sistema jurídico lidar com as nulidades dos atos jurídicos, estabelecendo os mecanismos para a sua correção. Foi exatamente isso o que as normas atacadas na presente ação direta fizeram: criaram mais um mecanismo processual para combater a inconstitucionalidade da decisão judicial, quando esta já foi reconhecida previamente pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à execução de decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 02, maio de 2003, p. 101.



Por fim, cumpre mencionar também a hipótese de propositura de **revisão criminal** no processo penal, a qual não se submete a nenhum prazo, ao contrário do que ocorre com a ação rescisória do processo civil. **Se se entender que a alteração do ordenamento jurídico para permitir a alegação de inexigibilidade do título judicial transitado em julgado, tal como fizeram as normas ora impugnadas, é inconstitucional, então a regra do processo penal que permite a revisão criminal em favor do réu, a qualquer tempo, é também inconstitucional.**

VI – DOS GRAVES PROBLEMAS CAUSADOS PELA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O grande problema representado pela coisa julgada inconstitucional, conforme já exposto – problema esse que tem especial relevo, por exemplo, nas demandas tributárias –, resume-se, basicamente, aos casos em que o STF decide, acerca da inconstitucionalidade de determinada norma, contrariamente ao que restou decidido em uma decisão individual acobertada pela *res judicata*.⁵¹

Nesse caso, a decisão do Pretório Excelso repercutiria sobre o caso do autor, ou prevaleceriam os efeitos da coisa julgada formada contra ele na sua ação individual? Poderia a parte, após a decisão do STF, pleitear a desconsideração da coisa julgada? Em caso positivo, como deveria proceder? A ação rescisória seria o único remédio adequado, ou mesmo depois de ultrapassado o prazo bienal para sua propositura poderia o contribuinte insurgir-se pedindo a rescisão da sentença?

⁵¹ No mesmo sentido: FISCHER, Octávio de Campos. “Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Problemas de processo judicial tributário**. 5º volume. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 278-279.



São inúmeras, enfim, as propostas de solução apresentadas. **Era preciso, pois, que o legislador enfrentasse o problema, prevendo uma forma de conformação das decisões judiciais transitadas em julgado ao que restar decidido pelo Supremo Tribunal Federal. E foi exatamente isso o que o legislador fez.**

E mais: o legislador cumpriu sua tarefa com o necessário respeito ao devido processo legal, à segurança jurídica e à garantia da coisa julgada. **Não se determinou a simples descon sideração da *res judicata*, mas foi previsto um procedimento condizente com a sistemática processual vigente, apto a permitir que decisões judiciais ainda não executadas completamente pudessem perder sua eficácia de título executivo, justamente porque a norma geral e abstrata que lhes conferia validade foi expurgada do ordenamento jurídico pelo órgão jurisdicional competente: o Supremo Tribunal Federal.**

VI.1. A coisa julgada inconstitucional e a afronta ao princípio da isonomia

A preocupação com a ofensa à isonomia em razão da existência de decisões judiciais transitadas em julgado em sentidos opostos há muito preocupa os juristas.

Essa preocupação também já foi enfrentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, há muitos anos, quando se firmaram os precedentes que deram origem à edição do enunciado nº 239 de sua súmula de jurisprudência dominante, que assim dispõe: “*decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores*”.



José Maria Tesheiner explica, com muita propriedade, que o enunciado da súmula nº 239 do Pretório Excelso teve um objetivo claro, qual seja, limitar temporalmente os efeitos da coisa julgada, visando a impedir que alguns contribuintes obtivessem, por sentença, um tratamento privilegiado por tempo indeterminado⁵². Esta preocupação dos Ministros do STF também foi percebida por Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel, que assim se manifestam:

“Nota-se claramente, na análise dos votos, que os Ministros não prestigiam a possibilidade de um único contribuinte ser desobrigado de uma exigência tributária em decorrência de decisão imutável para o fisco e mesmo para o Poder Judiciário. O “receio” seria criar uma situação extremamente antiisonômica, que colocaria em risco a competitividade de setores da economia. Valorizou-se sobremaneira o princípio da isonomia.”⁵³

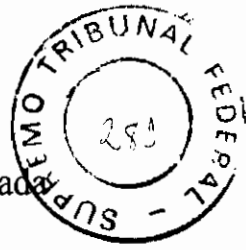
As regras processuais atacadas na presente ação direta também ajudam a solucionar o problema em enfoque, demonstrando mais uma vez que a sua manutenção no arcabouço jurídico-processual é fundamental.

VI.2. A declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal e suas repercussões nas demandas individuais dos contribuintes

Pode a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de uma lei interferir nas demandas individuais dos

⁵² TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 169.

⁵³ CARVALHO, Fábio Junqueira de; e MURGEL, Maria Inês. “Limites da coisa julgada em matéria tributária”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Problemas de processo judicial tributário*. 3º volume. São Paulo: Dialética, 1999, p. 180.



contribuintes que já estiverem acobertadas pela autoridade da coisa julgada material.

No Brasil firmou-se, desde há muito, o entendimento de que as decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produzem eficácia *ex tunc*, não obstante a própria jurisprudência pretoriana tenha mitigado o rigor desse entendimento em algumas situações específicas⁵⁴.

É bem verdade que a jurisprudência do Pretório Excelso entende que a eficácia retroativa das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não atinge, de forma automática, as coisas julgadas formadas anteriormente por sentenças que aplicaram a lei ou ato declarado inconstitucional. A desconstituição da coisa julgada, nesse caso, depende da propositura de ação rescisória, dentro do prazo bienal de decadência previsto na legislação processual (art. 495 do CPC).

Foi por essa razão que o legislador precisou estabelecer um novo mecanismo processual para a retirada de eficácia de decisões inconstitucionais já transitadas em julgado. Isso porque **assim como é grave a lei inconstitucional, também o é a sentença inconstitucional, razão pela qual não apenas os atos legislativos, mas também os provimentos do Poder Judiciário podem ser impugnados sob a alegação de vício de inconstitucionalidade.**

D

⁵⁴ Podem ser citados, por exemplos, a teoria do *funcionário de fato*, do direito administrativo (o STF entendeu ser mais prudente resguardar os interesses dos cidadãos de boa-fé que, eventualmente, se beneficiaram de atos administrativos praticados por tais 'agentes de fato', confiando na presunção de legitimidade dos atos emanados pelas autoridades públicas), bem como a questão da irrepetibilidade de verbas de caráter alimentício recebidas com base em leis posteriormente declaradas inconstitucionais.



A Constituição Federal, pilar de todo o ordenamento jurídico, assim como não tolera a inconstitucionalidade de lei, não pode tolerar a inconstitucionalidade de sentença, ainda que transitada em julgado, pois nesse caso se estaria atribuindo aos juízes poder igual ou superior ao da própria Constituição.

VII – REPENSAR OS INSTITUTOS DO PROCESSO CIVIL DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS

A relativização da *res judicata* merece realmente ser estudada com profundidade. Juristas do quilate de Cândido Rangel Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, não abraçaram esta causa por acaso, mas sim depois de perceberem que é necessário repensar alguns institutos do direito processual civil diante de novos paradigmas.

Entretanto, não se poderia jamais prescindir da existência de um arcabouço jurídico válido e eficaz, que sirva de sustentáculo a este trabalho doutrinário tão relevante e polêmico.

Diante deste quadro, **era fundamental que o ordenamento jurídico-processual fosse alterado, passando a conter, eventualmente, novas previsões expressas de revisão da coisa julgada – por exemplo, nos casos de inconstitucionalidade da sentença –, com vistas a impedir que esta continuasse sendo debatida e estudada com base no casuísmo.**

A solução fundada na proposta de reforma da legislação processual privilegiou, em última análise, o interesse público, posto que coube aos representantes do povo, após as discussões travadas no

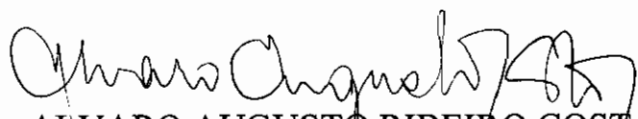
parlamento, decidir a respeito da melhor solução legislativa para o caso, com respeito irrestrito ao devido processo legal.

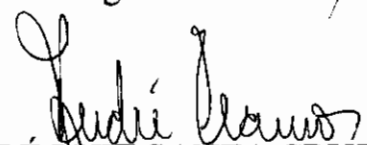
VIII – DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados e, portanto, pela improcedência da presente ação direta.

São essas, Senhor Relator, as considerações tidas por oportunas, tendo em vista o disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, de setembro de 2006.


ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA
Advogado-Geral da União


ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS
Procurador Federal