

INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS

Teori Albino Zavascki

Ministro do STJ – Professor de Direito na UNB

SUMÁRIO: 1. O Tema . 2. As Diversas Posições Doutrinárias a Respeito. 3. Exegese do Preceito Normativo: constitucionalidade e alcance . 4. Especificidade das Sentenças Inconstitucionais Sujeitas à Rescisão por Embargos. 5. Pressuposto Indispensável: a existência de precedente do STF. 6. A Questão do Direito Intertemporal: inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior a sua vigência. 7. Aplicação Subsidiária às Ações Executivas Lato Sensu. 8. Suma Conclusiva. Referências.

1. O Tema

A teor do § 1º do artigo 475-L, com a redação dada pela Lei 11.232/05, “[...] *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.*” Redação idêntica foi atribuída ao parágrafo único do art. 741 do CPC, alterando, no particular, com pequenas modificações, a redação que lhe fora dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001. Os dispositivos, como se percebe, estabelecem uma causa de inexigibilidade (inibindo, portanto, a exequibilidade) dos títulos executivos judiciais, aqui referidos genericamente como sentenças. O presente estudo visa a investigar o sentido e o alcance desses dispositivos.

2. As Diversas Posições Doutrinárias a Respeito

Desde o seu surgimento em nosso direito positivo, na sua primitiva redação constante do parágrafo único do artigo 741 do CPC, a matéria gerou polêmica na doutrina e na jurisprudência. Por um lado, há os que simplesmente consideraram o dispositivo inconstitucional por ofensa ao

princípio da coisa julgada¹. É posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito – a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado. Eis, sumariadas, as razões de Humberto Theodoro Jr., defensor dessa corrente:

A inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito erga omnes na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja a sentença dispondo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a res judicata, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade

¹ Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004. P. 1156. DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de Título Judicial Fundado em Lei ou Ato Normativo Declarados Inconstitucionais pelo STF. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, [S.l.], 14:21, [S.d.].

*da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.*²

Também essa corrente merece críticas. Ela confere aos embargos à execução (ou, se for o caso, à impugnação do devedor) uma eficácia rescisória muito maior do que a prevista nos dispositivos referidos no início, eficácia essa que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio não nesses dispositivos infraconstitucionais, mas diretamente na Constituição. Ademais, para se admitir a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria eliminado, de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, o princípio da coisa julgada, que também tem assento na Constituição. Comprometer-se-ia também um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, eis que se daria oportunidade à permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores). Em suma, propiciar-se-ia, em matéria constitucional, a perene instabilidade do julgado, dando razão à precisa crítica de Barbosa Moreira:

*Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda?*³

² THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 94-95.

³ BARBOSA MOREIRA, [S.d.], p. 108-109.

In medio virtus. Entre as duas citadas correntes (que, com suas posições extremadas, acabam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, o da supremacia da Constituição ou o da coisa julgada) estão os doutrinadores que, reconhecendo a constitucionalidade da norma, buscam dar-lhe o alcance compatível com o seu enunciado. Mesmo entre esses, todavia, há divergências. Há quem sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que:

- a) houver precedente do STF;
- b) em controle concentrado de constitucionalidade;
- c) declarando (ainda que sem redução de texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda⁴.

E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abarcando não apenas as situações referidas, mas também:

- a) quando a sentença exequenda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado (CF, art. 52, X);
- b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado⁵.

Ambas as correntes – e nisso merecem crítica – embasam suas conclusões apenas na eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionalidade, só admitindo o cabimento da inexigibilidade das sentenças judiciais nos casos em que o precedente do STF em sentido contrário tenha eficácia *erga omnes*, direta (em ações de controle concentrado) ou indireta (por via de resolução do Senado).

3. Exegese do Preceito Normativo: constitucionalidade e alcance

A constitucionalidade da norma inserida no parágrafo único do artigo 741 do CPC e no § 1º do artigo 475-L do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agre-

⁴ Nesse sentido, v.g.: ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, [S.l.], n. 4, p. 9-27, [S.d.].

⁵ Nesse sentido, v.g.: TALAMINI, Eduardo. Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: *RePro*, n. 106, p. 38-83.

gar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força semelhante à impugnação e aos embargos à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso.

Para estabelecer, mediante exegese específica, o conteúdo e o alcance desse novo instrumento, duas premissas essenciais devem ser consideradas:

- a) a de que ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas em um vício específico de inconstitucionalidade;
- b) a de que esse vício específico tem como nota característica a de ter sido reconhecido em precedente do STF.

4. Especificidade das Sentenças Inconstitucionais Sujeitas à Rescisão por Embargos

Realmente, os preceitos normativos comentados não têm a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à Constituição em variadas situações, que vão além das que resultam do controle da constitucionalidade das normas. A sentença é inconstitucional não apenas:

- a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais);
- b) também quando, por exemplo, deixa de aplicar norma declarada constitucional;
- c) ou aplica dispositivo da Constituição considerado não-auto-aplicável;
- d) ou deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante.

Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.

A solução oferecida pelo § 1º do artigo 475-L e pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de

sentença inconstitucional. Trata-se de solução para situações especiais, e, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade neles não especificados. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da “relativização da coisa julgada”, com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns favoráveis à “relativização”⁶ e outros negando-a peremptoriamente⁷. Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descarta a adoção dos mecanismos processuais estabelecidos nos dispositivos aqui comentados, mesmo que a hipótese extrapole os limites neles estabelecidos. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado – por imposição do princípio da instrumentalidade – o que melhor atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destinam os referidos mecanismos.

A inexigibilidade dos títulos judiciais, se refere, conforme expressa o texto normativo, a “[...] *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*”. São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo:

- a) a aplicação de lei inconstitucional;
- b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional;
- c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional.

⁶ V.g.: DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e Princípios Constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. THEODORO JÚNIOR, Humberto; 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. 83. DINAMARCO, Cândido. *A Nova Era do Processo Civil*. [S.l.]: Malheiros, 2003. P. 220-266. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada – hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

⁷ V.g.: BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Coisa Julgada Relativa? In: *Revista Dialética de Direito Processual*, [S.l.], n. 13, p. 102-112, [S.d.]. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, [S.l.], n. 22, p. 91-111, [S.d.]. MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material. In: *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, [S.l.], n. 31, p. 142-162, [S.d.].

Há um elemento comum às três hipóteses: o da *inconstitucionalidade da norma aplicada* pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional), supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição.

A *redução de texto* é o efeito natural mais comum da afirmação de inconstitucionalidade dos preceitos normativos em sistemas como o nosso, em que tal vício importa nulidade. Se o preceito inconstitucional for nulo, impõe-se que seja extirpado do ordenamento jurídico, levando à consequente “redução” do direito positivo.

Há situações, todavia, em que a pura e simples redução de texto não se mostra adequada ao princípio da preservação da Constituição e da sua força normativa. A técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada justamente em situações dessa natureza, em que a norma é válida (= constitucional) quando aplicada a certas situações, mas inválida (= inconstitucional) quando aplicada a outras⁸. O reconhecimento dessa dupla face do enunciado normativo impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade parcial (= aplicação a certas situações) se dê sem a eliminação (= redução) do enunciado positivo, a fim de que fique preservada a sua aplicação na parte (= às situações) tida por constitucional.

assim também a técnica de interpretação conforme a Constituição, que consiste em “[...] declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição.”⁹ Trata-se de instituto hermenêutico “[...] visando à otimização dos textos jurídicos, mediante agregação de sentidos, portanto, produção de sentido [...]”,¹⁰ especialmente para preservar a constitucionalidade da interpretação “[...] quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformi-

⁸ BITTENCOURT, 1968, p. 128.

⁹ MENDES, [S.d.]a, p. 317.

¹⁰ STRECK, 2004, p. 580.

dade com a Constituição”.¹¹ Também nessa técnica ocorre, em maior ou menor medida, declaração de inconstitucionalidade: ao afirmar que a norma somente é constitucional quando interpretada em determinado sentido, o que se diz, implícita mas necessariamente, é que a norma é inconstitucional quando interpretada em sentido diverso. Não fosse para reconhecer a existência e desde logo repelir interpretações inconstitucionais, não haveria necessidade de utilização dessa técnica. Bastaria que se declarasse, simplesmente, a constitucionalidade da norma, julgando improcedente (e não, como o faz acertadamente o STF, procedente em parte) a ação direta de inconstitucionalidade¹².

Isso fica bem claro quando se tem em conta que a norma nada mais é, afinal, do que o produto da interpretação. “A interpretação”, escreveu Eros Grau:

[...] é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. [...] Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)¹³.

E observou, mais adiante:

A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio pelo qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello [...] que “[...] é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete,

¹¹ CANOTILHO, [S.d.], p. 1099.

¹² Sobre o tema, que não é pacífico na doutrina, ver: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002. P. 101-103.

¹³ GRAU, 2003, p. 78.

[...]'. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. [...] As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – pela e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [...]¹⁴.

À luz dessas considerações é que se tem como certo que a interpretação conforme a Constituição constitui também, em alguma medida, uma técnica de declaração de inconstitucionalidade. Ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação o que se faz é:

- a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (= a que é produzida por interpretação segundo a Constituição) mas, ao mesmo tempo e como consequência;
- b) declarar a inconstitucionalidade de outra ou de outras normas (= a que é produzida pela interpretação repelida).

O que se busca evidenciar, em suma, é que as três hipóteses figuradas no artigo 475-L, § 1º e no artigo. 741, parágrafo único do CPC, supõem a aplicação de norma inconstitucional: na sua integralidade ou para a situação em que foi aplicada ou com o sentido adotado em sua aplicação.

5. Pressuposto Indispensável: a existência de precedente do STF

Por outro lado, a segunda característica qualificadora da inconstitucionalidade que dá ensejo à aplicação dos citados preceitos normativos é a de que ela tenha

¹⁴ GRAU, 2003, p. 80.

constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. [...] A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. [...] Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja 'literal violação' a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamiento do STF¹⁷.

¹⁷ Resp 479909, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.08.2004, ementa completa é a seguinte: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA (CPC, ART. 485, V). MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DO STF, EM CONTROLE DIFUSO, EM SENTIDO CONTRÁRIO AO DA SENTENÇA RESCINDENDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO. 1. Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que "violou literal disposição de lei", a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. 2. Na esteira desse entendimento, editou-se a Súmula 343/STF, segundo a qual "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". 3. Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). 4. Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. 5. Essa, portanto, a orientação a ser seguida nos casos de ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC: em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente "violação a literal disposição de lei", e, portanto, não se admite ação rescisória, quando "a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (Súmula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de "texto" constitucional. 6. A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional. 7. Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja "literal violação" a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional é contrária a pronunciamiento do STF. 8. Recurso especial provido".

sido reconhecida pelo STF. Já se disse que o novo mecanismo visa solucionar, nos limites que estabelece, situações concretas de conflito entre o princípio da supremacia da Constituição e o da estabilidade das sentenças judiciais. Além disso, o fez mediante inserção, como elemento moderador do conflito, de um terceiro princípio: o da autoridade do Supremo Tribunal Federal. Assim, alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas à rescisão por via de impugnação ou de embargos, dispensada a ação rescisória própria. A existência de precedente do STF representa, portanto, o diferencial indispensável a essa peculiar forma de rescisão do julgado¹⁵.

Aliás, a inserção desse elemento diferenciador não é novidade em nosso sistema. Ela representa mais uma das várias hipóteses de valorização dos precedentes já consagradas no direito positivo, acompanhando uma tendência evolutiva nesse sentido percebida e anotada pela doutrina¹⁶. Também na ação rescisória em matéria constitucional o princípio da supremacia da Constituição, aliado ao da existência de precedente do STF, constituem um referencial significativo, conforme reconheceu o STJ em várias oportunidades, como, v.g., em precedente em que se destacou:

Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que 'violar literal disposição de lei', a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. [...] Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). [...] Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria

¹⁵ TALAMINI, Op. cit., p. 57.

¹⁶ V.g.: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. P. 282.

Pouco importa, para efeito de inexigibilidade da sentença exequianda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado. Tal distinção não foi estabelecida pelo legislador. A tese de que somente se poderiam considerar os precedentes supervenientes à sentença exequianda não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade.

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade tanto nas decisões do STF em ação direta como nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme tivemos oportunidade de mostrar em sede doutrinária¹⁸. A recomendação da doutrina clássica - de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerado “[...] efeito natural da sentença [...]”¹⁹, está ganhando campo no plano legislativo e jurisprudencial. É assim na ação rescisória em matéria constitucional, conforme já se referiu, onde os precedentes do STF atuam com idêntica força, pouco importando a natureza do processo do qual emanam. O mesmo acontece para os fins do artigo 481, parágrafo único do CPC, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.

Deve-se aplaudir essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se

¹⁸ ZAVASCKI, 2001, p. 25.

¹⁹ BITTENCOURT, 1968, p. 143. CASTRO NUNES, 1943, p. 592.

generaliza também em outros países²⁰ e que, entre nós, está conduzindo, no plano do direito infraconstitucional, o reconhecimento da idêntica força de autoridade às decisões do STF, em qualquer das circunstâncias processuais em que são proferidas. Não é por outra razão, aliás, que vozes importantes se levantam para sustentar o simples efeito de publicidade das resoluções do Senado previstas no artigo 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988”²¹.

6. A Questão do Direito Intertemporal: inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior a sua vigência

O parágrafo único do artigo 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 e o art. 475-N pela Lei 11.232/05. Sendo normas de natureza processual têm aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Todavia, não podem ser aplicadas retroativamente. Como todas as normas infraconstitucionais, elas também estão sujeitas à cláusula do artigo 5º, XXXVI da Constituição, segundo a qual “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”. Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativas às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior a sua vigência. É que nesses casos há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada²².

²⁰ SOTELO, José Luiz Vasquez. A Jurisprudência Vinculante na ‘Common Law’ e na ‘Civil Law’. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 374. SEGADO, Francisco Fernandez. *La Obsolescência de la Bipolaridad ‘Modelo Americano-Modelo Europeo Kelseniano’ como Critério Nalítico del Control de Constitucionalidad y la Búsqueda de una Nueva Tipología Explicativa*. [S.l.]: [S.n.], [S.d.]. Apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), nº 6, p. 1-53.

²¹ MENDES, [S.d.]b, p. 165.

²² É nesse sentido a jurisprudência do STJ, como se pode ver, v.g., dos seguintes precedentes: Resp 667.362/SC, 1ª T., Min. José Delgado, julgamento em 15.02.2005; Resp 651.429/RS, 5ª T., Min.

7. Aplicação Subsidiária às Ações Executivas *Lato Sensu*

Os embargos constituem instrumento processual típico de oposição à ação de execução. É o que estabelece o artigo 736 do CPC: “*O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal*”. Portanto, não cabem embargos se não houver ação autônoma de execução, na forma disciplinada no Livro II do Código de Processo.

Ocorre que, no atual regime processual, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são, segundo a linguagem da doutrina, “executivas *lato sensu*”, a significar que o seu cumprimento se operacionaliza como simples fase do próprio processo cognitivo original. Dispõe, com efeito, o artigo 644 do CPC, na redação dada pela Lei 10.444/02, que “[...] a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”. E o artigo 461, por sua vez, estabelece que “[...] na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”, providências essas que serão cumpridas desde logo, independentemente da propositura de ação de execução. Para tanto, pode o juiz “[...] impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º) e, ainda, “[...] determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de

José Arnaldo da Fonseca, D.J. 18.10.2004; Resp 718432, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02.05.2005, com a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. AÇÕES AJUIZADAS ANTES 24.08.2001. INAPLICABILIDADE. 1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC; 2.

Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001). 3. Recurso especial a que se nega provimento”.

atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (§ 5º). Esse mesmo regime é aplicável às obrigações de entregar coisa, a teor do que prevê o artigo. 461A do Código.

Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender, nesses casos. Com efeito, não se pode descartar que, na prática de atividades executivas de sentença relativas a obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, haja excessos ou impropriedades ou outras das hipóteses elencadas no artigo. 475-L ou no art. 741 do CPC. Se não se assegurasse ao demandado o direito de se opor a tais medidas, estar-se-ia operando ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao contrário de negar o direito de se defender, o atual sistema o facilita. É que, inexistindo ação autônoma de execução, a defesa do devedor pode ser promovida e operacionalizada como mero incidente do processo, dispensada a propositura da ação de embargos. Bastará, para tanto, simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva. Terá o devedor, ademais, a faculdade de utilizar as vias recursais ordinárias, notadamente a do agravo, quando for o caso.

Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para a impugnação e para os embargos à execução fundada em título judicial, de que tratam os já referidos artigos 475-L e 741 do CPC, aí incluída a hipótese de inexigibilidade do título, prevista no parágrafo único. É inevitável e imperioso, no particular, que, nos termos do artigo 644 do CPC, haja aplicação subsidiária desses dispositivos às ações executivas *lato sensu*²³.

8. Suma Conclusiva

Em suma, a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais, prevista no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741 do CPC, está submetida aos seguintes pressupostos:

- a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do dispositivo);

²³ Nesse sentido decidiu o STJ, no Resp 738.424, 1ª T, julgado em 19.05.2005, relator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki.

- b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso, independentemente de resolução do senado, mediante declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), mediante declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, quando o título executivo:

- a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado);
- b) aplicou dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade;
- c) deixou de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável;
- d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Também estão fora do alcance daqueles preceitos normativos as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade neles referidos, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior a sua vigência. Os dispositivos, todavia, podem ser invocados para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, as quais têm aplicação subsidiária.

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, [S.l.], n. 22, p. 108-109, [S.d.].
- BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle de Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio Janeiro: Forense, 1968.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ªed. [S.l.]: Almedina, [S.d.].
- CASTRO NUNES, José. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, [S.d.].
- _____. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, [S.l.], n. 162, p. 165, [S.d.].
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 94/95, jan.-jun. 2004.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001.