

# **A REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO E O PROBLEMA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL (CPC, art. 741, parágrafo único)**

**Humberto Theodoro Júnior**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Como surgiu o parágrafo único do art. 741 do CPC. 3. A necessidade de reflexão sobre a coisa julgada formada contra a Constituição. 4. Efeito negativo da inconstitucionalidade: a invalidade do ato contrário à Constituição. 5. A intangibilidade da coisa julgada e a ordem constitucional. 6. A intangibilidade da coisa julgada é um princípio constitucional? 7. A lição recente de **Cândido Rangel Dinamarco**. 8. Inadequação da ação rescisória para solucionar o problema da coisa julgada inconstitucional. 9. O equívoco do anteprojeto. 10. Conclusões.

## **1. INTRODUÇÃO**

A pretexto de substituir o sistema romanístico de execução de sentença (a velha **actio iudicati**) por algo mais simples e prático (a **executio per officium iudicis**), o Instituto Brasileiro de Direito Processual encaminhou ao Ministério da Justiça anteprojeto, no qual, entre outras inovações, se elimina a ação de embargos à execução, permitindo ao devedor opor-se ao mandado de cumprimento da condenação a quantia certa por meio de simples petição de “impugnação”.

Instado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça a manifestar sobre o anteprojeto, discordei da disposição constante do

novo art. 475-L, inciso VI, que, no campo da impugnação ao cumprimento de sentença, altera a regra do atual parágrafo único do art. 741 do CPC<sup>1</sup>.

É que a reforma, tal como proposta pelo anteprojeto, se mostra redutora de medida tutelar da Constituição, em boa hora consagrada pela legislação processual. Nada há, segundo penso, que justifique minimizá-la ao ponto pretendido pela reforma programada, ou seja, somente seria possível impugnar a ordem de cumprimento da sentença com base em inconstitucionalidade quando esta tivesse sido declarada pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade.

Sugeri que o dispositivo fosse mantido nos limites do atual parágrafo único do art. 741, propondo ao inciso VI do novo art. 475-L a seguinte alteração:

Suprimir no inciso VI a parte final “em ação direta de inconstitucionalidade” — Nova redação: “VI - ser a sentença contrária a disposição da Constituição ou estar fundada em lei ou ato normativo inconstitucional”

*Justificativa:* A inexigibilidade de uma sentença inconstitucional não pode estar condicionada apenas à hipótese de declaração em ação direta julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Esse tipo de nulidade, que é plena, decorre da própria contradição entre o ato sentencial e a ordem constitucional. É bom de ver que em muitos casos é impossível obter a declaração em ADIn, embora seja flagrante e total a ofensa feita à Carta Magna. Basta lembrar o caso de Lei Municipal e Lei Federal já revogada, que jamais poderiam ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. A manter-se o texto do anteprojeto estar-se-ia realizando um retrocesso na conquista recente contida no parágrafo único do art. 741 do CPC (acrescido pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001).

Sem embargo das ponderações apresentadas, o douto Professor **Athos Gusmão Carneiro**, emitiu parecer, perante o Instituto Brasileiro de Direito Processual, rejeitando minha sugestão e opinando pela manutenção do anteprojeto encaminhado ao Ministério da Justiça<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Segundo dispõe o atual parágrafo único do art. 741 do CPC, “para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

<sup>2</sup> O anteprojeto, conforme já esclarecido, somente permite a impugnação da sentença exequenda passada em julgado, quando “fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade” (novo art. 475-L, inciso VI, proposto para o CPC).

Porque as razões invocadas<sup>3</sup> não me convenceram, **data venia**, julgo que se deva recordar o histórico do preceito constante do parágrafo único do art. 741 do CPC.

## 2. COMO SURTIU O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC

Em trabalho doutrinário já divulgado há alguns anos, em parceria com a Professora **Juliana Cordeiro de Faria**<sup>4</sup>, fiz o seguinte registro histórico:

“Tivemos a atenção despertada para o problema do conflito entre a coisa julgada e a Constituição 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 errônea praticada pela Justiça<sup>5</sup>.”

O parecer foi acolhido, em recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>. O Ministro José Delgado desenvolveu em trabalho doutrinário o tema debatido no acórdão<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>. E, por volta de junho do mesmo ano, participamos de um semi-

<sup>3</sup> Em síntese a rejeição de minha proposta se deu aos argumentos seguintes: a) A adoção da proposta ensejaria atitudes procrastinatórias permitindo ao advogado do executado suscitar “supostas inconstitucionalidades da lei ou do ato normativo em que a sentença se fundou”; b) O argumento da inconstitucionalidade deve ser suscitado pelo réu quando do contraditório e da instrução processual; c) O atual parágrafo único do art. 741 tem recebido críticas fortes da doutrina, que propugna pela sua limitação apenas aos casos de declaração do Pretório excelso, com eficácia **erga omnes**.

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, FÁRIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 77-78.

<sup>5</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. **Regularização imobiliária de áreas protegidas**. São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, 1999, v. 2, p. 119-137

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 240.712. Ministro-Relator José Delgado. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 24 de abr. 2000, seção I, p. 388.

<sup>7</sup> DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, v. 26, n. 103, p. 9-36, jul./set. 2001.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, FÁRIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 195, p. 21-40, jan. 2002.

nário nacional patrocinado pela Advocacia Geral da União, onde tivemos oportunidade de aprofundar o debate sobre a necessidade de relativizar o conceito de coisa julgada, no seu cotejo com a ordem constitucional.

Em agosto de 2001, veio à 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 argúa a inconstitucionalidade da sentença exequenda<sup>9</sup>.

### 3. A NECESSIDADE DE REFLEXÃO SOBRE A COISA JULGADA FORMADA CONTRA A CONSTITUIÇÃO

No Estado Democrático de Direito, e como uma consequência das idéias de limitação do poder político do Estado e do primado da lei enquanto expressão da vontade geral trazidas pela Revolução Francesa, tem sido sempre uma preocupação constante a de garantir a Supremacia da Constituição, como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade. Desde que passou a ser prestigiada a idéia de primado hierárquico-normativo da Constituição, com afirmação do princípio da constitucionalidade, busca-se assegurar que não só os atos do Poder Público, como todo o ordenamento jurídico esteja conforme a sua Lei Fundamental.

Exatamente por isso, os mais variados ordenamentos jurídicos contemplam em seus sistemas mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, ora confiando apenas a uma Corte Especial a atribuição de declarar a inconstitucionalidade, com eficácia **erga omnes** e vinculante; ora também conferindo aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário a competência para fazê-lo, limitada, todavia, a eficácia de suas decisões à relação processual em que proferida; ou, ainda, admitindo a convivência harmônica de ambos instrumentos de controle<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> "Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal" (Acréscimo ao art. 741 por força da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001).

<sup>10</sup> "Não é na simples promessa da lei que está a garantia, sim em sua exacta observância" (BUENO, Pimenta *apud* SIDOU, J. M. Othon. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 29). Por isso, "as Constituições positivas não se limitam a declarar as várias liberdades: também se preocupam com a habilidade maior ou menor de suas garantias, cometendo-as a instituições especiais,

Porém, ao longo de mais de duzentos anos, o que se observa é que, em tema de inconstitucionalidade, as atenções e preocupações jurídicas sempre se detiveram no exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos. Verifica-se, assim, que a grande parte dos estudos produzidos desde então centra-se na análise da constitucionalidade/inconstitucionalidade dos atos normativos, não havendo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes à Constituição.

**Paulo Otero**, constitucionalista português que desponta no cenário jurídico, bem detectou as razões do esquecimento, consoante se depreende da seguinte passagem de sua notável obra:

“As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘*a boca que pronuncia as palavras da lei*’ e o poder judicial como ‘*invisível e nulo*’ (Montesquieu)”<sup>11</sup>.

Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a *coisa julgada* e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito. Consagrou-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto.

Tal é o resultado da idéia, **data venia** equivocada e largamente difundida, de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo, destarte, defensor máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, por conseguinte, na própria Constituição. É em face do prestígio alcançado pelo postulado retro que, conforme assinala **Vieira de Andrade**, “embora os tribunais formem um dos Poderes do Estado, não há em princípio preocupação de instituir garantias contra as suas decisões”<sup>12</sup>.

ou a preciosas sanções jurídicas” (BARBOSA, Rui. **República, teoria e prática**. São Paulo: Vozes, 1978. p. 22. **apud** SARAIVA, Paulo Lobo. “Mandado de garantia social no direito luso-brasileiro”. In: **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, v. 3, p. 240.

<sup>11</sup> OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 9.

<sup>12</sup> ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 332.

Contudo, não se pode olvidar que, segundo bem lembra **Paulo Otero**, “como sucede com os outros órgãos do Poder Público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição”<sup>13</sup>.

Ora, deparando-se com uma decisão judicial que contempla flagrante inconstitucionalidade quais os instrumentos para promover a sua adequação aos ditames máximos da Constituição?

Do ponto de vista do Direito Processual Civil brasileiro existem mecanismos cujos contornos encontram-se bem definidos no sistema para sua correção, quais sejam, os recursos ordinários e extraordinários<sup>14</sup>. Sob este aspecto a questão não oferece maiores dificuldades, mormente à vista do disposto no art. 102, III, da Constituição Federal brasileira, havendo farta literatura a seu respeito.

O problema para cuja reflexão se deseja fazer um convite é o de já não mais ser a decisão judicial inconstitucional passível de impugnação recursal. Nesta hipótese, existiria um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada ou esta é isenta de fiscalização? Ou reformulando o questionamento: verificando-se que uma decisão judicial sob o manto da **res iudicata** avilta a Constituição, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, ainda, porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser ela objeto de controle? Cuida-se, na lição de **Paulo Otero**, “de um problema central do actual momento do Estado de Direito”<sup>15</sup>.

A questão ganha relevância quando se verifica a cada vez mais frequente atribuição aos juízes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos. Assiste-se, hodiernamente e como bem frisa **Canotilho**, a “um trânsito silencioso de um ‘Estado-legislativo-parlamentar’ para um ‘Estado jurisdicional executor da Constituição’”<sup>16</sup>. Trata-se de fenômeno que se agrava e avoluma diante do

<sup>13</sup> OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 32.

<sup>14</sup> A expressão “extraordinários” é utilizada no seu sentido lato, contemplando tanto o recurso especial como o extraordinário.

<sup>15</sup> OTERO, Paulo. *loc. cit.*

<sup>16</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*. In: *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1987. p. 352.

fato de cada vez mais as normas encerrarem conceitos indeterminados e abertos, o que exige maior atuação dos juízes na interpretação e criação do Direito.

Neste contexto, segundo lembra **Paulo Otero**, observa-se, com efeito, “um crescente papel protagonizador do juiz na densificação e concretização interpretativa do sentido de tais conceitos e, conseqüentemente, do próprio Direito”<sup>17</sup>. Donde advertir **Neumann** que se caminha para uma verdadeira “perversão do Estado de Direito em Estado Judicial”<sup>18</sup>. Há, com efeito, uma hipervalorização do papel do juiz que o torna supremo em relação aos demais poderes do Estado, donde dever ser maior a preocupação com a constitucionalidade e legalidade de suas decisões, não se podendo mais deixá-las à margem de um controle efetivo.

Sob este aspecto é que os estudiosos do Direito vêm se preocupando com a questão da constitucionalidade das decisões judiciais e dos efeitos da inconstitucionalidade sobre a **res iudicata**, buscando resposta para o problema de se saber se as decisões judiciais são ainda um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição.

Depara-se, aí, mais uma vez, com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto a sua preocupação com a *segurança e certeza*, ao mesmo tempo que persegue a *justiça*. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança. Após a coisa julgada, desaparecia totalmente a preocupação com a *justiça*. Tudo se concentrava tão somente na *segurança jurídica*.

Todavia, estamos de acordo com **Paulo Otero**, para quem “admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o Direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz”, o que não se adequa

<sup>17</sup> OTERO. Paulo. *op. cit.*, p. 34.

<sup>18</sup> Neumann. *Uferlose Verwaltungsrichtsbarkeit*. *apud* SAZ, Silvia Del. *Desarrollo y crisis del derecho administrativo*. In: *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*. Madrid, 1992, p. 170.

às noções do Estado de Direito. Admitir-se como válida a noção de Constituição ali esposada significa, ainda segundo magistralmente assinalado por **Paulo Otero**, “proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, *porém, o poder judicial é mais igual do que os outros*”<sup>19</sup>.

Neste cenário, torna-se imprescindível repensar-se o controle dos atos do Poder Público em particular da coisa julgada inconstitucional, na busca de soluções que permitam conciliar os ideais de *segurança* e os anseios de *justiça*, lembrando sempre, nesta trilha, que “num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um *Direito justo*”<sup>20</sup>.

É nesse quadro que não se afigura *justo*, do ponto de vista constitucional, o anteprojeto de reforma do CPC, quando diminui a tutela ao titular de um direito ofendido por sentença eivada de inconstitucionalidade.

Os preceitos constitucionais estão protegidos pelo princípio da máxima eficiência, cujo alcance, de maneira alguma, pode ser ignorado ou reduzido pelo legislador ordinário<sup>21</sup>.

#### 4. EFEITO NEGATIVO DA INCONSTITUCIONALIDADE: A INVALIDADE DO ATO CONTRÁRIO À CONSTITUIÇÃO

Segundo lição de **Jorge Miranda**, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — uma norma ou um ato — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>20</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 10.

<sup>21</sup> Segundo o “princípio da máxima eficiência” também designado por “princípio da eficiência” ou “princípio da interpretação efetiva” — ensina **Canotilho** — “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Assim, “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (**CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1.187). Nesse sentido, também preleciona **Jorge Miranda** que “deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil ao ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade” (*apud* **MORAES, Alexandre de. Direito constitucional**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 43).

<sup>22</sup> **MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 11.



A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico e que expressam a vontade soberana de uma nação. Exatamente por isso se diz ser a conformidade de uma norma ou ato com a Constituição condição para sua validade e eficácia. Ou nos dizeres de **Jorge Miranda**,

“A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou o acto é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz”<sup>23</sup>.

Diante da importância de que se reveste a Constituição no quadro de organização de um Estado e de sistematização de direitos e garantias fundamentais, tornou-se corrente sustentar-se que a validade de uma norma ou ato emanado de um dos poderes públicos está condicionada à sua adequação constitucional.

Paralelamente à visão da Constituição como Lei Fundamental e da qual todos os atos extraem o fundamento de sua validade, surge outra idéia: a de que a Constituição deve ser juridicamente garantida. Assim, é hoje pacífico o entendimento segundo o qual “não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida”<sup>24</sup>.

A garantia jurídica de que é merecedora a Constituição decorre de um princípio que é caro ao Estado de Direito: o da *constitucionalidade*. Aludido princípio é consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica e pode ser enunciado a partir do contraposto da inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

“Sob pena de inconstitucionalidade — e logo, de invalidade — cada acto há de ser praticado apenas por quem possui *competência* constitucional para isso, há de observar a *forma* e seguir o *processo* constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu *conteúdo*, nenhum princípio ou preceito constitucional”<sup>25</sup>.

Com efeito, há um princípio geral que não pode ser ignorado de que todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge. *loc. cit.*

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 77.

<sup>25</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 168.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J.; GOMES, Moreira Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: 1993, p. 922.

O princípio da constitucionalidade, que exige para a validade do ato sua conformidade com a Constituição, funciona, nas precisas lições de **Jorge Miranda**, “como a **ratio legis** da garantia jurisdicional da Constituição”<sup>27</sup>. É, pois, o princípio da constitucionalidade que resume a garantia de observância da Constituição, pois a ele se encontra agregada a sanção para o seu desrespeito: a inconstitucionalidade do ato, o que importa em sua invalidade.

À vista da busca sempre constante da constitucionalidade, pode-se dizer que o ato que não a contempla tem um valor negativo. Fala-se, assim, do desvalor do ato inconstitucional. Com isso se quer expressar, nos dizeres de **Jorge Bacelar Gouveia**, “as conseqüências jurídicas negativas da inconstitucionalidade instrínseca de um acto do poder político. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento estipula efeitos que o depreciam e afirma a supremacia daquela”<sup>28</sup>.

O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda a categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário):

“... podemos registrar que toda actividade jurídica (e política em sentido estrito) se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade”<sup>29</sup>.

Em sentido amplo, a inconstitucionalidade, segundo a doutrina brasileira, “designa o juízo de identificação da incompatibilidade entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhes faça as vezes, ou ainda, em alguns casos, do administrador e mesmo do magistrado. Em outras palavras, caberia falar em inconstitucionalidade quanto às atividades derivadas de todos os órgãos públicos assim reconhecida pelo próprio sistema”<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 77.

<sup>28</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. Reimp., Lisboa: AAFDL, 2000. p. 28.

<sup>29</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 31.

<sup>30</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175. “Os órgãos das três funções estatais — legislativa, executiva e judiciária — podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é, pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 150). No mesmo sentido: TEIXEIRA, Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 378. É a posição adotada também por Celso Ribeiro Bastos (“Curso de Direito Constitucional”, p. 388), bem como por Clèmerson Merlin Clève (*A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 322).

Em específico, quanto aos atos do Poder Judiciário, que interessam ao presente estudo, pode-se dizer que não há a sua impermeabilidade aos efeitos da inconstitucionalidade, estando, pois, também submetidos ao princípio da constitucionalidade:

“... sublinhe-se que também a actividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus actos da conformidade com a Lei Fundamental”<sup>31</sup>.

Nada obstante, sempre que se fala em decisão judicial, à míngua de literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a *coisa julgada*, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF. Após verificada esta última, a imutabilidade que lhe é característica impediria o seu ataque ao fundamento autônomo de sua inconstitucionalidade. Corresponde aludida idéia ao modelo de supremacia da Constituição buscado no moderno Estado de Direito?

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

A única explicação para que não se tenha, até o momento, no Direito brasileiro enfrentado o tema com a necessária profundidade, resulta, ao que imaginamos, de uma visão distorcida da idéia de *imutabilidade* inerente ao conceito de coisa julgada.

## 5. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA E A ORDEM CONSTITUCIONAL

“O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é,

---

<sup>31</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 31.

*por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanentes a qualquer ordem jurídica*<sup>32</sup>.

Quantas e quantas vezes não se repetiram as noções supra que bem sintetizam o fundamento de se conceber a coisa julgada como decisão judicial imutável: a necessidade de segurança e certeza do Direito.

Tal se deve ao fato de que a incerteza jurídica provocada pelo litígio é um mal não apenas para as partes em conflito, mas para toda a sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as regras estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado.

Daí a importância da função jurisdicional que é desempenhada pelo Estado como parcela de sua própria soberania. Assim é que para realizar, a contento, a pacificação dos litígios entendeu-se necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade, de definitividade. Do contrário, mal encerrado o processo, as partes restabeleceriam as divergências e, indefinidamente, a jurisdição voltaria sucessivas vezes a se ocupar da mesma divergência entre os mesmos litigantes. Em síntese, o litígio nunca seria realmente composto.

Para que tal não ocorresse, o sistema processual, desde épocas imemoriais, concebeu o instituto da coisa julgada, pelo qual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação dentro da relação processual, a sentença assume uma força, ou autoridade, especial: torna-se *imutável e indiscutível*, tanto para as partes como para o Estado. Nenhum dos litigantes poderá propor novamente a mesma causa, nem tampouco tribunal algum poderá julgar outra vez a causa encerrada e sob autoridade da **res iudicata**.

Assim é que, “em nome da tutela da segurança jurídica, verifica-se que assume especial relevo a certeza do Direito definido pelos tribunais e destinado, directa ou indirectamente, a regular litígios resultantes de situações concretas e individualizadas”<sup>33</sup>.

Sob este aspecto é que se compreende o fato de não se encontrarem as decisões judiciais sob o manto da **res iudicata** sujeitas a um princípio de

<sup>32</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. Lisboa, 1997. p. 568.

<sup>33</sup> OTERO, Paulo. **op. cit.**, p. 37. Consultar ainda sobre o tema: ANDRADE, Manuel. **Noções elementares de processo civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 1976, p. 305-306.

livre modificabilidade ou revogabilidade. A pretexto de garantir a segurança e certeza jurídicas, os ordenamentos em geral não admitem a livre revogação ou alteração do que restou decidido com força de *coisa julgada*. Donde a tendência generalizada de se conferir especial estabilidade às decisões, contrariamente ao que se passa com os atos legislativos e administrativos. Ou seja:

“... as decisões judiciais têm um especial regime legal tendente a proporcionar a sua estabilidade”<sup>34</sup>.

Todavia, a idéia de imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos. É que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias.

Há que se sublinhar, com efeito, que a inalterabilidade da decisão judicial transitada em julgado não exclui, ainda que em termos excepcionais, a sua modificabilidade<sup>35</sup>. É o caso no Direito brasileiro, por exemplo, da ação rescisória que tem por objetivo, exatamente, o de desconstituir a coisa julgada (CPC, arts. 485 e segs.). Enfim:

“... o caso julgado consubstancia a idéia de uma decisão judicial firme. Todavia, cumpre referir que o carácter firme da decisão deve ser entendido enquanto imodificabilidade através de recurso ordinário”<sup>36</sup>.

A coisa julgada, neste contexto, não está imune à impugnação, podendo vir a ser desconstituída, no Direito brasileiro, através da ação rescisória, uma vez configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. São casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica.

A idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria *injustiça*. A segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dota-

<sup>34</sup> Idem, *Ib. id.*, p. 40.

<sup>35</sup> REIS, José Alberto dos. *Código de Processo civil anotado*. Reimp., Coimbra, v. 5, p. 157.

<sup>36</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 41.

dos de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o *Direito justo*<sup>37</sup>. Vale transcrever a lição de **Jorge Miranda**, a respeito do Direito português:

“O princípio da intangibilidade do caso julgado não é um princípio absoluto, devendo ser conjugado com outros e podendo sofrer restrições. Ele tem de ser apercebido no contexto global”<sup>38</sup>.

## 6. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA É UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL?

A Constituição Federal de 1988, ao contrário da portuguesa<sup>39</sup>, não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si. Muito menos quanto aos aspectos envolvendo a sua inconstitucionalidade. Apenas alude à coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova. Ou seja, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”.

Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

Neste sentido, pode-se citar a lição sempre sábia e irrespondível do eminente Ministro **José Augusto Delgado**:

“O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada”<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.*, p. 41.

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., v. 2, p. 494-495.

<sup>39</sup> A coisa julgada, na vigente Constituição portuguesa, mereceu tratamento expresso a propósito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em seu art. 282, n. 3, ressalva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a coisa julgada. Assim, no Direito português, o reconhecimento de inconstitucionalidade de norma em que se fundou a coisa julgada não serve de fundamento autônomo para sua destruição.

<sup>40</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: **Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista**. Natal, 2000. p. 4.

Com efeito, a regra do art. 5<sup>o</sup>, XXXVI, CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de “sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao poder legisferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária”<sup>41</sup>.

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

## 7. A LIÇÃO RECENTE DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

**Cândido Rangel Dinamarco** em estudo intitulado “Relativizar a coisa julgada”<sup>42</sup>, defende a tese de que esta deve conviver com outros valores de igual ou maior grandeza na ordem constitucional, havendo, pois, a necessidade de harmonizá-los. Da contraposição do julgado com algum preceito constitucional decorreria uma impossibilidade de efeitos substanciais. A coisa julgada, em tal conjuntura, seria apenas formal. Materialmente, não se lhe poderia reconhecer efeito algum, porque o pedido acolhido pela sentença seria juridicamente impossível em face da ordem constitucional. Eis sua conclusão:

“Da inexistência desses efeitos judicialmente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los”<sup>43</sup>.

Enfim, no pensamento de **Dinamarco**, a coisa julgada não é embaraço ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma sentença, pela simples razão que o vício do decisório impede juridicamente a formação da coisa julgada material. Ou seja: a “irrecorribilidade (coisa julgada formal) de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia”. Logo, é de ter-se como *inconstitucional*, e por isso inaceitável, a leitura clássica

<sup>41</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19. p. 84.

<sup>42</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada**. In: **Meio Jurídico**, n. 43, março/2001 e n. 44, abril/2001.

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Meio jurídico**. n. 44, p. 23.

consagradora da crença de ser absoluta a intangibilidade da coisa julgada ainda que ofensiva à Constituição<sup>44</sup>.

Por outros caminhos de raciocínio, **Cândido Dinamarco**, chega ao mesmo resultado da doutrina lusitana já exposta, qual seja, o reconhecimento da ineficácia ou invalidade da coisa julgada formada contra a Constituição, que, por isso, estaria sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual ao alcance da parte, inclusive a **querela nullitatis**, isto é, a “ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença”<sup>45</sup>.

Em nova versão dada ao mesmo estudo, que foi incluído em sua coletânea “Nova Era do Processo Civil”<sup>46</sup>, o processualista procurou afastar visões radicais do problema que pudessem enfraquecer exageradamente a autoridade da coisa julgada, tornando-a exceção em vez de regra<sup>47</sup>. Reconhece, mais uma vez, que os critérios de relativização da coisa julgada despontam da “prevalência de certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas”<sup>48</sup>.

Daí aceitar o autor “a idéia da *coisa julgada inconstitucional*, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto”. A posição defendida — prossegue **Dinamarco** — “tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis — ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade”. Nessa linha, repete:

“A ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”

A linha proposta por **Cândido Dinamarco**, em seu novo e ampliado estudo, é de moderação, de modo a que não se chegue ao ponto insensato de

44 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 44, p. 23.

45 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 44, p. 26.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 220-266.

47 “Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 265)

48 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 135, p. 265



minar imprudentemente a **auctoritas rei judicatae** ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei.

Para relativizar a coisa julgada material, o que propõe **Dinamarco** é “um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, *fraudes e infrações à Constituição* (grifei) — com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes”<sup>49</sup>.

Nessa perspectiva, considera indesejável legislar tipicamente sobre as hipóteses de relativização da coisa julgada, julgando preferível deixar a excepcionalidade da providência a ser examinada em cada caso concreto pelo juiz<sup>50</sup>.

No entanto, quando for o caso de infringência da coisa julgada inconstitucional, dúvida não tem **Dinamarco** de que, além do ajuizamento de nova ação sobre o mesmo objeto, poderá o interessado resistir à execução, “por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo”<sup>51</sup>.

## 8. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA PARA SOLUCIONAR O PROBLEMA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Poder-se-ia objetar que, sendo a ofensa à Constituição uma forma de violação da lei em sentido lato, o remédio próprio para seu enfrentamento seria a ação rescisória (CPC, art. 485, V) e não os embargos à execução (CPC, art. 741, parágrafo único), nem tampouco a **querella nullitatis** (CPC, art. 486). A objeção, todavia, não procede, por duas razões principais: a) a ação rescisória não é instrumento destinado à declaração da nulidade de sentença, mas à desconstituição (rescindibilidade) de sentença válida; tanto que quando a sentença é nula por defeito de citação, o CPC endereça a arguição, especificamente, para os embargos e não para a rescisória (CPC, art. 741, I); b) ademais disso, a rescisória está confinada a curto prazo decadencial, enquanto as nulidades, por princípio, não se convalidam pelo transcurso do tempo (Código Civil, art. 169); donde a inadequação da ação especial do art.

<sup>49</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *loc. cit.*

<sup>50</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 136, p. 265-266

<sup>51</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, n. 133, p. 260

485, V, do CPC, e a pertinência da ação de embargos do art. 741 do mesmo Código, para a suscitação da inconstitucionalidade da sentença trântita em julgado, já que sabidamente o caso é de nulidade **ipso iure** e não de mera rescindibilidade.

## 9. O EQUÍVOCO DO ANTEPROJETO

Não se deve, realmente, inserir na lei hipóteses casuísticas numerosas de permissão à infringência da coisa julgada, quebrando inconvenientemente a sua autoridade de instrumento garantidor da segurança jurídica.

No entanto, a infração de preceito constitucional, de modo a ter-se a inconstitucionalidade da sentença não me parece seja casuismo impróprio para figurar entre as hipóteses de impugnação à execução forçada.

Com ou sem a previsão da lei processual, a inconstitucionalidade torna nula **ipso iure** a sentença e, como tal, pode ser argüível e reconhecível a qualquer tempo e em qualquer processo, por qualquer juiz ou tribunal.

A decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade*. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é *nula* e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte, pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução”<sup>52</sup>.

Ensina **Nagib Slaibi Filho**:

“A inconstitucionalidade é espécie de nulidade. Como nulidade, a inconstitucionalidade é a incompatibilidade do ato com a Lei Maior. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição”<sup>53</sup>. Assim também pensa **Pontes de Miranda**: “O juiz deve decretar a inconstitucionalidade, ainda que não alegada ... O juiz não tem o arbítrio de deixar de lado a questão constitu-

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 7.556/RO, da Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 25, p. 439, 09 e 1991.

<sup>53</sup> SLAIBI, Filho Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87.

cional, ou as questões constitucionais que as partes ou os membros do Ministério Público levantaram. É missão sua. É dever seu. *Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso*<sup>54</sup>.

Seja em ação rescisória, em ação ordinária ou em embargos à execução, a coisa julgada inconstitucional é apenas aparente, a que o juiz, após constatação da nulidade evidente, não pode dar guarida. O certo é que “verificandose a inconstitucionalidade directa de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o Tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição”<sup>55</sup>. Ainda segundo **Paulo Otero**:

“Admitir solução contrária, significaria reconhecer a autovinculação dos tribunais de um Estado de Direito Democrático a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial”<sup>56</sup>.

É preciso reconhecer de modo bem claro, que o poder de julgar do juiz foi outorgado, tal como se passa com os administradores e legisladores, pela Constituição. Não se pode, ao sentenciar, ignorá-la. “*Le juge institué par la Constitution n'est pas pour là pour l'ignorer mais pour la défendre*”<sup>57</sup>.

Os tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

A inconstitucionalidade directa da coisa julgada afasta o seu efeito positivo, de modo que “intentada uma acção que tenha como fundamento do pedido uma anterior decisão judicial transitada em julgado, o juiz só terá de decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este for conforme com a Constituição”. Isto é, e para nos valermos do exemplo de **Paulo Otero**,

“... se perante uma sentença condenatória transitada em julgado é intentada uma posterior acção executiva, o juiz deverá proceder ao exame da constitucionalidade do referido título executivo. Se concluir

<sup>54</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, p. 40-42.

<sup>55</sup> OTERO, Paulo. **op. cit.** p. 128-129.

<sup>56</sup> OTERO, Paulo. **op. cit.** p. 129.

<sup>57</sup> DELPÉRÉE, Francis. **Le droit constitutionnel de la Belgique**. Bruxelles: Bruylant, 2000. n. 805, p. 689.

que o mesmo é directamente desconforme com a Constituição, deve considerar improcedente o pedido de execução, fundamentando a sua decisão na inconstitucionalidade do respectivo título base”<sup>58</sup>.

Esse mecanismo de controle pode ser utilizado também no Direito brasileiro, porque nas execuções de sentença o art. 741, II, do CPC admite embargos para argüir a “inexigibilidade do título”, e sendo nula a coisa julgada inconstitucional, não se pode tê-la como “título exigível” para fins executivos. Com efeito, a exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, carecerá ela, *ipso facto*, de exigibilidade.

Em face da coisa julgada que viole directamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada. Entendimento contrário e como muito bem lembrado por **Paulo Otero**, importaria em que se admita “que o juiz tenha o dever oficioso de recusar a aplicação de normas jurídicas contrárias à Constituição, tendo, por outro lado, em contradição, o dever de aplicar casos julgados inconstitucionais”<sup>59</sup>.

Se o projeto ora analisado nada regulasse a respeito da impugnação da sentença inconstitucional, sua impugnabilidade estaria naturalmente assegurada, porque esse é o regime da nulidade de qualquer ato (judicial ou não). Mas, se se dispôs a tratar do tema, não é cabível limitar a impugnabilidade a uma única e peregrina hipótese, qual seja a de ter a sentença exequenda se fundado “em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade”.

E se a ofensa cometida for contra preceito da própria Constituição? Terá a parte de submeter-se à inconstitucionalidade gritante apenas porque nenhuma lei a seu respeito fora antes declarada inconstitucional?

A ação direta é um remédio processual constitucional que cuida tão-somente do problema do conflito da lei em tese com a Constituição. Refere-se a uma das hipóteses de inconstitucionalidade. Muitas outras, porém, existem, que o juiz não pode ignorar nem pode deixar de solucionar.

Desde logo é preciso lembrar que no próprio seio da Carta Magna há previsão não só de remédio contra a lei inconstitucional, como de coibição

<sup>58</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.* p. 129.

<sup>59</sup> OTERO, Paulo. *op. cit.* p. 129-130.

de atos de *descumprimento de preceito fundamental* (CF, art. 102, § 1<sup>o</sup>). E esse descumprimento nada mais é do que uma modalidade de inconstitucionalidade que não se restringe aos atos normativos e pode abranger também qualquer outro ato de poder, inclusive os dos órgãos do Judiciário.

Há um sentido restrito de inconstitucionalidade que é o adotado para determinar o cabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. Nesse caso a Carta Magna cuida apenas dos atos normativos. Mas, há também, um sentido amplo de inconstitucionalidade, que serve para designar “o juízo de identificação da incompatibilidade entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhe faça as vezes, ou ainda, em alguns casos, do administrador e mesmo do magistrado. Em outras palavras, caberia falar em inconstitucionalidade quanto às atividades derivadas de *todos os órgãos públicos* assim reconhecida pelo próprio sistema”<sup>60</sup>.

Essa concepção ampla de inconstitucionalidade é compartilhada por volumosa corrente doutrinária no âmbito do Direito Constitucional, conforme resenha **André Ramos Tavares**:

“No magistério de **Meirelles Teixeira**, a inconstitucionalidade conceitua-se nesses termos amplos, como ‘a desconformidade da lei ou ato governamental com algum preceito da Constituição’ (*Curso de Direito Constitucional*, p. 378). É a posição adotada também por **Celso Ribeiro Bastos**, que bem observa: ‘A inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional de invalidade dos atos jurídicos em geral’ (*Curso de Direito Constitucional*, p. 388). **Regina Maria Macedo Nery Ferrari**, adota o mesmo entendimento, já que para a autora: ‘os órgãos das três funções estatais — legislativa, executiva e judiciária — podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é, pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários’ (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 150). **Clemerson Merlin Clève** lembra que se fala de ‘inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa’ (*A Fiscalização Abstrata da Constituição no Direito Brasileiro*, p. 322)”<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175.

<sup>61</sup> TAVARES, André Ramos. *loc. cit.* nota 361.

Nessa linha de pensamento, a inconstitucionalidade é uma desconformidade com a Constituição que tanto pode instalar-se nos atos normativos como no comportamento de qualquer agente do poder estatal, ou seja:

a) no caso do *Legislativo*, dá-se a *inconstitucionalidade das leis*, que, abstratamente (em tese), exprime “uma relação de conformidade/desconformidade entre a lei e a Constituição, em que o ato legislativo é o objeto enquanto a Constituição é o parâmetro”<sup>62</sup>;

b) no caso da *Administração* a *inconstitucionalidade* pode decorrer do ato regulamentar desempenhado pelo Poder Executivo, de maneira ofensiva à Constituição, por meio de decreto, como também de “atos materiais igualmente desconformes com a Constituição, como destruir irregularmente casas ou edifícios de particulares, impedir os indivíduos de transitar livremente, e outras tantas hipóteses cogitáveis”<sup>63</sup>;

c) no caso do *Poder Judiciário*, “ninguém nega que uma decisão judicial possa incidir na inconstitucionalidade, por violar a Carta Magna de uma país, com o que estar-se-á em face de um comportamento do Poder Judiciário incompatível com a Constituição”<sup>64</sup>. Daí não se poder negar a possibilidade de formação de uma *coisa julgada inconstitucional*.

Nessa última hipótese é claro que não teria cabimento algum pensar-se na *declaração direta de inconstitucionalidade*, visto que o controle abstrato da constitucionalidade, que a essa ação se confere é exclusivamente normativo. Resta, contudo, a aferição da validade do ato administrativo ou judiciário quando incompatível com regra ou princípio fundamental da Constituição.

A inconstitucionalidade é sempre um problema de relação entre o parâmetro da Constituição e o ato de poder que com ele não se conforma, ofendendo assim os critérios de validade contidos nas normas constitucionais<sup>65</sup>. “Importa, pois, em uma valoração negativa”<sup>66</sup>.

62 RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62.

63 TAVARES, André Ramos. **op. cit.** p. 176.

64 TAVARES, André Ramos. **loc. cit.**

65 NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69-70.

66 RAMOS, Elival da Silva. **op. cit.** p. 63.

Não importa se o ato é normativo, administrativo ou judiciário. Constatada sua divergência com a Constituição, “está-se diante de uma prática inconstitucional”, impregnando o ato ou comportamento “com a qualidade negativa que advém da inconstitucionalidade”<sup>67</sup>.

A desarmonia ou incompatibilidade do ato frente à Constituição cria uma *impossibilidade jurídica qualificada*, dentro da sistemática constitucional, que é tipicamente a *inconstitucionalidade*, da qual decorrem várias conseqüências, e dentre elas destacam-se:

a) a possibilidade de utilizar remédios jurídico-processuais *específicos*, como os de argüição direta ou difusa, seja da inconstitucionalidade de ato normativo, seja de descumprimento de preceito fundamental;

b) independente desses remédios constitucionais específicos, há sempre a repercussão do ato inconstitucional no plano da validade: a relação entre os elementos da estrutura sistêmica do direito positivo, leva, na ordem constitucional, o ato desconforme com a Constituição ao terreno da validade/invalidade especial, já que não se admite no Estado Constitucional qualquer incompatibilidade desse nível ou o descumprimento da Constituição;

c) em se tratando de um problema de invalidade em seu maior grau, há de ser sempre enfrentado pelo juiz, por dever de ofício. “Cumpre ao próprio magistrado da causa apreciar a regularidade dos atos ou comportamentos com a Constituição, para fins de alcançar a solução para o caso concreto, seja qual for o grau de jurisdição”<sup>68</sup>.

Por último, é importante notar que a quebra do absolutismo da coisa julgada tem sido obra criativa da jurisprudência, que vem sendo paulatinamente construída não sobre o fato de a lei aplicada ter sido posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas de a sentença conter ofensa a preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição. **Cândido Rangel Dinamarco** percorre os precedentes do STF e do STJ, em que se afastou a barreira da coisa julgada e se permitiu reconhecer a insustentabilidade da sentença, por seu contraste com a ordem constitucional, arrolando os seguintes casos:

a) cabimento de nova investigação de paternidade, porque a sentença anterior a teria denegado por insuficiência de prova, ou porque a

<sup>67</sup> TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 182.

<sup>68</sup> TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 290.

verdade real não pôde ser atingida porque exame técnico como o de DNA não existia ou não fora realizado antes da **res iudicata**; a garantia constitucional de reconhecimento da filiação e do processo justo não teria ocorrido (STJ, Quarta Turma, REsp n. 226.436, ac. 28.06.2001, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 04.03.2002, p. 370)<sup>69</sup>;

b) não ofende a coisa julgada, a reavaliação do imóvel expropriado, durante a execução da sentença, para realizar “a garantia constitucional da justa indenização”, no caso de ter se deparado o juízo com a procrastinação do pagamento por culpa do expropriante, gerando o completo aviltamento da indenização antes arbitrada (STF, Primeira Turma, RE n. 93.412, Relator Ministro Rafael Mayer, ac. 04.05.82; e RE n. 105.012, Relator Ministro Néri da Silveira, ac. 09.02.1988)<sup>70</sup>;

c) ocorrência de dupla indenização pela desapropriação do mesmo imóvel, caso em que a coisa julgada seria incompatível com a sistemática da “justa indenização” e, principalmente, com os princípios constitucionais “da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado” (STJ, Primeira Turma, REsp n. 240.712, ac. 15.02.2000, Relator Ministro José Delgado)<sup>71</sup>.

Nenhum desses precedentes, como se vê, tem qualquer relacionamento com aplicação de lei adrede declarada inconstitucional. Ao contrário, lastreiam-se em ofensas cometidas pelas sentenças diretamente contra regras e princípios da própria Constituição.

Pode, é certo, a coisa julgada ser elidida em razão de ulterior declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada na sentença. Entretanto, o principal foco de cogitação, quando se trata de relativizar a autoridade da **res iudicata** é justamente o cotejo entre o conteúdo da sentença e os valores tutelados pela Constituição. Não se pode ter como absoluta a intangibilidade da coisa julgada, no caso concreto, quando dentro da sistemática constitucional “houver sido transgredido um valor de nível mais elevado que a segurança jurídica”<sup>72</sup>.

69 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, p. 264, n. 135.

70 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ibid.**, p. 230, n. 115.

71 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ibid.**, p. 228-229, n. 114.

72 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ibid.**, p. 241, n. 123.



Daí por que não tem sentido, **data venia**, legislar sobre a impugnação à coisa julgada, durante o procedimento da execução, restringindo o incidente tão-somente à hipótese de aplicação de lei já declarada, em ação direta, inconstitucional.

## 10. CONCLUSÕES

Se se admite que, em defesa, o litigante possa impugnar a execução da sentença invocando a inconstitucionalidade do julgado, como consta do atual parágrafo único do art. 741 do CPC e como se pretende fazer no art. 475-L projetado, não há justificativa para restringir a argüição apenas quando fundada em lei previamente declarada inconstitucional pelo STF por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

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 a 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 iudicata**, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente.

A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para se evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade 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.

É claro que já havendo o STF proclamado, em ação direta, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a sentença exequenda, inquestionável será o dever do juiz de negar-lhe exequibilidade. Inadmissível ser-lhe-á insistir no cumprimento de um mandamento que a Corte Superior já extigmatizou com o anátema da inconstitucionalidade. A autoridade da **res iudicata** ostentada pelo título executivo se esvaneceu.

Não havendo, porém, esse dado vinculante, continuará o juiz da execução com o poder natural e permanente de reconhecer a inconstitucionalidade da sentença, se esta evidentemente tiver sido dada em contradição com a ordem constitucional.

Entende o douto Professor **Athos Gusmão Carneiro** que a ampliação do texto do artigo projetado, para permitir a argüição pelo executado de ofensa cometida pela sentença diretamente contra disposição da Constituição ou por meio de lei inconstitucional permitiria ao advogado do devedor facilmente “impedir” a execução da sentença.

Ora, é importante lembrar que a impugnação não terá efeito suspensivo, como aliás ressalta o art. 475-M, na redação do anteprojeto. E, em se tratando de questão puramente de direito, haverá de ser julgada de plano pelo juiz, sem necessidade de qualquer diligência probatória. Não há como utilizar tal expediente para procrastinar o andamento do feito. Ademais, se seu uso indevido se fizer, há no CPC remédios enérgicos de que o juiz poderá se valer para coibir a litigância de ma-fé e a ofensa à dignidade da justiça (CPC, art. 14, III, IV e V, art. 17, I, IV e V, c.c. arts. 14, parágrafo único, e 18).

Aduz, mais, o Professor **Athos Gusmão Carneiro**, que “o argumento da inconstitucionalidade deve ser suscitado pelo réu, isto sim, quando do contraditório e da instrução processual, como relevante **quaestio juris**, e não tardiamente quando da execução da sentença condenatória”.

Entretanto, para a nulidade máxima, gerada pela ofensa à Constituição não há, nem pode haver preclusão. Portanto, com ou sem declaração do STJ, estando a sentença em contraste com algum preceito constitucional, pelo controle difuso da constitucionalidade estará o juiz da causa sempre credenciado a reconhecer-lhe a nulidade e a acolher a impugnação do executado para proclamar a inexecuibilidade da condenação inconstitucional

Muito são os casos de leis que, mesmo inconstitucionais, nunca chegam ao crivo do STF em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Imagine-se o caso da lei flagrantemente inconstitucional que vem a ser revogada

antes de o STF julgar a ação de inconstitucionalidade. Jamais se obterá o pronunciamento da Suprema Corte a seu respeito, porque segundo jurisprudência assentada a revogação da lei prejudica a apreciação da argüição de afronta à Constituição. No entanto, em caso concreto, a lei inconstitucional foi aplicada e a sentença nela fundada se acha sob a força da coisa julgada. Seria absurdo recusar-se à parte o direito de excepcionar a nulidade do decisório, nos moldes do parágrafo único do art. 741, somente porque o STF não chegou a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade gritante na espécie. A invalidade da lei e, conseqüentemente, da sentença que a aplicou, é irrecusável, e não pode deixar de ser reconhecida sob pena de colocar-se acima da Constituição um simples ato judicial.

Não seria menos absurda a situação do ato administrativo que confiscasse bens de contribuinte, afrontando a vedação constitucional e que acabasse acobertado por sentença transitada em julgado, por falta de defesa adequada em juízo. O tema jamais teria precedente do STF para ser argüido nos embargos de que trata o parágrafo único do art. 741 do CPC. É evidente, contudo, a invalidade do decisório a inviabilizar sua execução forçada e a justificar a exceção de inexigibilidade.

Não é, ressalte-se mais uma vez, o pronunciamento do STF que constitui a nulidade da norma ou ato inconstitucional. A invalidade decorre **ipso iure** do próprio ato perpetrado ao arrepio de mandamento da Lei Maior.

É justamente essa invalidade congênita que inspira a regra legal inserida no parágrafo único do art. 741 do CPC. Aliás, com ou sem regra legal explícita, a inexequibilidade da sentença inconstitucional continuaria a prevalecer.

A se adotar, **data venia**, o critério restritivo do anteprojeto *subcensura* estar-se-ia, na verdade, esvaziando um remédio que se concebeu como eficiente defesa do princípio da constitucionalidade no bojo do *processo justo* reclamado pelo novo Direito Processual, dentro das perspectivas de amplo acesso à justiça e plena efetividade da prestação jurisdicional.

O que realmente se almeja, num processo que mereça os qualificativos apontados, é que nenhuma inconstitucionalidade, em tempo algum, possa ser ignorada ou desprezada, a pretexto de preclusão, quando se intentar a execução do título judicial de conteúdo contrário à Constituição.

Belo Horizonte, março de 2004.

**Humberto Theodoro Júnior**