

MEIO DE DEFESA OU AÇÃO PARA DECLARAR A INEXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO REPRATADA EM TÍTULO JUDICIAL

MEANS OF DEFENSE OR ACTION TO DECLARE THE OBLIGATION UNENFORCEABILITY PORTRAYED IN JUDICIAL TITLE

Hebert Ribeiro Abreu

RESUMO: O parágrafo primeiro do artigo do artigo 475-L, do Código de Processo Civil, trouxe um instrumento processual hábil para se declarar inexigível a obrigação recortada em título executivo judicial quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo declarados pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Nada obstante, o artigo é objeto de ação direta de inconstitucionalidade sob o argumento de ferir a intangibilidade da coisa julgada e a segurança jurídica, ambas protegidas pela Constituição Federal de 1988. O presente texto se propõe a analisar a controvérsia acerca de sua constitucionalidade e possível soluções dadas pela doutrina e jurisprudência.

PALAVRA-CHAVE: Coisa Julgada; Sentença; Constitucionalidade; Princípio; Proporcionalidade; Razoabilidade.

ABSTRACT: The first paragraph of article Article 475-L of the Code of Civil Procedure, brought a procedural instrument apt to declare unenforceable a duty cut on judicial enforcement when founded in law or normative act declared unconstitutional by the Supreme Court or the application or interpretation of the law or normative act declared by the Supreme Court as inconsistent with the Federal Constitution. Nonetheless, the article is subject to direct action of unconstitutionality on the grounds of hurting the intangibility of res judicata and legal certainty, both protected by the Constitution of 1988. This paper aims to analyze the controversy over its constitutionality and possible solutions given by doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Res judicata; Decision; Constitutionality; Principle; Proportionality; Reasonableness.

1. INTRODUÇÃO

Há quase oito anos, em 22 de dezembro de 2005, foi publicada a Lei nº. 11.232 que incluiu o art. 475-L e seu parágrafo 1º, ao Código de Processo Civil com o fito de trazer a possibilidade de o executado alegar em sua sede de impugnação a inexigibilidade do título executivo judicial haja vista ter sido fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ou em razão de aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo cujo conteúdo foi reputado pela mesma Corte (STF) como incompatíveis com a Constituição Federal.

Impende esclarecer que a discussão sobre a relativização da coisa julgada se iniciou com a redação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil dada pela Medida Provisória nº. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, cujo texto era o seguinte: “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”. Posteriormente, o parágrafo único do artigo 741 também foi alterado pela Lei nº. 11.232 para ter a mesma redação do parágrafo primeiro do artigo 475-L, ambos do Código de Processo Civil.

Dessarte, para parte da doutrina, o artigo em comento, que originalmente estava previsto no art. 741, parágrafo único, do CPC, poderá ser empregado em todos os casos posteriores a entrada em vigor da referida regra, ou seja, após 28/08/2001 (MP nº 2.180-35), tendo em vista que o princípio da coisa julgada não poderia se sobrepor ao princípio da supremacia da Constituição.

Inferese a relevância do tema em consequência da vicissitude gerada pela violação da garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada, art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988.

Essas alterações legislativas trazidas desde a Medida Provisória nº. 2.180-35/2001 decorreram da influência do papel exercido pelo Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional visando a máxima efetividade da norma constitucional, em detrimento das proteções do Poder Executivo em cumprir as decisões judiciais.

2. COISA JULGADA

Coisa julgada é originária da expressão latina *res judicata* (bem julgado)¹, ligada à imutabilidade e estabilidade da sentença. Teoricamente, sentença transitado em julgado é aquela insusceptível de modificação. A finalidade e o embasamento jurídico da coisa julgada podem ser definidos em três palavras: segurança, estabilidade e a previsibilidade.

Para Coqueijo Costa, coisa julgada é uma ficção de âmbito “constitucional-processual” para concretizar segurança às relações jurídicas².

¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

² COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 54.

Eduardo Talamini explica que a coisa julgada não é intrínseca a qualquer ato jurisdicional, só a lei expressamente defere essa qualidade. Ela surge por opção política em face da segurança jurídica (imutabilidade) e do “ideal de justiça”³.

Eduardo Arruda Alvim leciona que existem dois tipos de coisa julgada: a formal (art. 467 do CPC) e a material. A primeira é aquela que impede, dentro do mesmo processo, nova discussão sobre o que já foi decidido, assim, “decorre do esgotamento dos recursos cabíveis” e se funda no princípio da inalterabilidade do julgamento (art. 463 do CPC). A segunda impede a modificação do que já foi decidido, mesmo em outro processo (efeito panprocessual). A coisa julgada formal é “condição para a verificação” da coisa julgada material⁴. Moacyr Amaral Santos alicerçado em Liebman pensa de igual forma⁵.

Vicente Greco Filho apregoa que “todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal”, por outro lado, a coisa julgada material é inerente às sentenças de mérito, senão as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito “no caso de seu inc. V”, cuja ação “pode ser repetida, sanado o defeito que impediu o julgamento de mérito”⁶.

Normalmente, tem-se entendido que apenas a coisa julgada material dá ensejo à ação rescisória, já que o que está apenas acobertado pela coisa julgada formal pode ser novamente decidido em outro processo⁷.

O efeito negativo (*exceptio rei judicata*) da coisa julgada impede a modificação do que já foi decidido até mesmo pelo próprio Poder Judiciário. Olvídio A. Baptista da Silva explica o efeito negativo opera como defesa contra novo julgamento e o efeito positivo “pode ser fundamento de uma segunda demanda”⁸.

Somente a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada, conquanto pese o entendimento contrário de Savigny e João Monteiro como observa Moacyr Amaral Santos⁹. Eduardo Arruda Alvim explica que os motivos, por mais relevantes que sejam, não são

³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 46-47.

⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. pp. 667-8 e 672.

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 47.

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 249.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 591668/DF, Relator Ministro Fanciulli Netto, DJ 13/06/2005, p. 244; Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, REsp 386298/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 19/12/2002, p. 394; Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp 100446/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 04/11/1996, p. 42444.

⁸ SILVA, Olvídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1. p. 502.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. Cit.* 2003, p. 67.

imutáveis, o que pode ser depreendido da lei do artigo 469 e seus incisos¹⁰. Mas a principal função da coisa julgada é proporcionar segurança extrínseca nas relações jurídicas, projetando os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro, como sustenta Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹¹.

Assim, alguns doutrinadores entendem que, por ser elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, nem era necessário que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, mencionasse que a lei não retroagirá para atingir a coisa julgada. Porém, para outros autores, como Vicente Greco Filho, é importante que a Constituição Federal expressamente garanta a imutabilidade da coisa julgada, pois “o momento em que ocorre a coisa julgada e as condições de sua efetivação dependem da lei processual e da lei material”¹².

Aliás, não só a CF, como o próprio Código de Processo Civil, nos seus arts. 467¹³ e 468¹⁴, reforçam a ideia de que a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei, porém dentro dos limites da lide e das questões decididas. Vicente Greco Filho ensina ser não somente a identidade em relação aos três elementos da ação que impedirá a discussão das questões já decididas, não obstante isso, o efeito negativo da coisa julgada é reconhecido em muitas situações¹⁵.

Assim, coisa julgada, em tese, só produz seus efeitos entre as partes. Porém há exceções, conforme explica Eduardo Arruda Alvim ter o Código do Consumidor adotado hipóteses em que os efeitos são *erga omnes*¹⁶. De outra parte, Vicente Greco Filho entende que as lides intrinsecamente dependentes de outra sob julgamento, “se transmudem de tal forma no plano do direito material” que terceiro pode sofrer os efeitos civis da sentença, sem que se fale em imutabilidade da coisa julgada. Entretanto, terceiro pode sofrer a extensão da coisa julgada, em virtude de “especial posição ocupada no plano das relações de direito material e de sua natureza”, por exemplo, os sucessores das partes, do substituído (substituição processual) e dos legitimados concorrentes para demandar¹⁷.

¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op. Cit.*. 2000, p. 670-1.

¹¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. Cit.* 2003, p. 22-3

¹² GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.* 2003, p. 250.

¹³ “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

¹⁴ “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.* 2003, p. 251 e 261.

¹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *Op. Cit.* 2000, p. 673.

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.* 2003, p. 254 e 256-7.

Moacyr Amaral Santos¹⁸ e Vicente Greco Filho¹⁹ são de opinião inequívoca em afirmar que nas causas atinentes ao estado o efeito é *erga omnes*.

Todos atos de quaisquer Poder do Estado deve se curvar à Constituição e com ela se coadunar sob pena de ser inconstitucional.²⁰ A segurança está disposta na Constituição no preâmbulo, no *caput* do art. 5º e no seu inciso XXXVI. A despeito do preâmbulo não ter força normativa²¹, os valores ali expostos servem de orientação para interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Depreende-se que ela deve ser interpretada, nesse aparente conflito de normas constitucionais, se pautando pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como aduz Eduardo Talamini²², o qual se verá mais adiante.

Evandro da Silva Barros sustenta que a segurança jurídica pode ser vista em três aspectos dentro da CF de 1998: princípio (preâmbulo), valor (artigo 5º, *caput*) e direito fundamental (5º, XXXVI).²³ O que demonstra equívoco em afirmar ser a segurança jurídica matéria de lei infraconstitucional, como o faz Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²⁴.

Samuel Espínola exalta a eficácia sanatória geral da coisa julgada²⁵. O artigo 474 do CPC utiliza-se da técnica da ficção jurídica para tanto²⁶. Mas, deve-se reconhecer que ela não é absoluta e sua relativização é excepcional.

Segundo Eduardo Talamini (2005, p. 51) “Não é dado à lei suprimir a coisa julgada que já se tenha formado” (RE 92.823, RTJ 99/794; RE 112.405, RTJ 121/373) – Art. 60, § 4º, IV, CF²⁷.

¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. Cit.* 2003, p. 78.

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.* 2003, p. 256-7.

²⁰ BARROSO, Luís Robert. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de um dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 161.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Acórdão em ação direta de inconstitucionalidade n. 2076-AC. Partido Social Liberal e Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 8 ago. 2003.

²² TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 562-613.

²³ DELGADO, José. *O princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional*. São Paulo, 21 maio 2005. Palestra proferida por ocasião do XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional “O Direito Constitucional do Século XXI”, São Paulo, 2005. p. 4.

²⁴ DELGADO, José. *Op. Cit.* 2005, p. 4.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 649. DELGADO, José. *Op. Cit.* 2005.

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a Chamada Relativização da Coisa Julgada Material*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano 6. Nº 33. Jan-Fev. 2005, p. 9.

²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 51.

Para Eduardo Talamini (2005, p. 50) a “Máxima de hermenêutica: as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva, o inciso XXVI do art. 5º não tem significado restrito de mecanismo meramente instrumental à garantia de irretroatividade das leis”²⁸.

Consoante Eduardo Talamini:

A coisa julgada coaduna com o discurso da eficiência de resultados. Desempenha papel relevante:

- a) na racionalização da atuação estatal: dispensa os órgãos jurisdicionais de ter de trabalhar mais de uma vez
- b) oferta de segurança pelo Estado, no campo das relações econômicas: definição clara de marcos regulatórios, assim como a definição de planos e metas objetivos e estáveis
- c) realçar o valor da segurança jurídica²⁹.

Citando Canotilho, Eduardo Talamini preleciona mais sobre o princípio:

“além de relacionar-se com o princípio da proteção da confiança, as “idéias nucleares de segurança jurídica” desenvolvem-se em torno de dois aspectos:

- a) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: as decisões adotadas de forma e modo regulares, as decisões estatais não pode ser arbitrariamente modificadas, sendo razoável sua alteração apenas “quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes
- b) previsibilidade ou eficácia *ex ante*, exigência de certeza e calculabilidade, por dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos

O princípio da intangibilidade da coisa julgada, expressão que é da segurança jurídica “no âmbito dos actos jurisdicionais”, é “subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica”³⁰.

Tereza Arruda Alvim e José Miguel Medina prelecionam que um dos caminhos para se eliminar a mácula de determinados vícios graves é admissão da sentença inexistente³¹.

José Carlos Barbosa Moreira critica severamente com propriedade a expressão “relativização da coisa julgada” porque para se relativizar algo, pressupõe-se que ele seja absoluto³². Não se pode olvidar que se assim o fosse não existiria a ação rescisória, ou seja, a própria lei calcada na excepcionalidade não confere propriedade absoluta à sentença transitado em julgado, em rol taxativo³³. De outra face, a coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença³⁴.

²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 50.

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 63.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 65.

³¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 377.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.* p. 6.

³³ Sem entrar na seara da discussão se é o conteúdo ou os efeitos da sentença quem se torna imutável.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* 2006. p. 664.

Araken de Assis³⁵, Sérgio Gilberto Porto e Nelson Nery Jr e Rosa Nery ensinam que somente a lei pode dispor as hipóteses para se desconstituir a coisa julgada, haja vista, ser garantia constitucional; qualquer ponderação de valores deve ser feita pela lei; o princípio da proporcionalidade já é aplicado pela lei ao prever a ação rescisória. Eduardo Talamini é consente apenas com o primeiro argumento, conquanto, alguns desses autores face a casos paradoxais se posicionam de forma a dar ensejo à desconstituição da coisa julgada³⁶.

Humberto Theodoro Jr e Juliana Cordeiro de Faria invocam Liebman ao exporem que os efeitos da coisa julgada é afetada por “vícios maiores, vícios essenciais”, de forma que tem-se a nulidade *ipso iure*, a qualquer tempo pode ser ela desconstituída, em qualquer procedimento e para se evitar relevante interesse, basta se utilizar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade³⁷.

Alguns autores afirmam existir o “controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado”, em casos que sentenças estão fundadas “em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF”, o qual é denominado de “retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para apanhar a coisa julgada” por outros³⁸.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu acórdão no sentido da “necessidade de temperar” esta tese “para deixar imunes as situações jurídicas fundadas na boa-fé”.³⁹ Ademais, a lei 9.868⁴⁰ não se pode restringir a eficácia de princípio de ordem constitucional como a coisa julgada, por ser hierarquicamente inferior. Indubitável é que a doutrina antes da vigência desta lei, sempre entendeu ser livre a coisa julgada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de alguma norma, inclusive o atual Ministro Gilmar Mendes⁴¹.

Para Teori Albino Zavascki os títulos executivos judiciais em virtude do § 1º do artigo 475-L e do parágrafo único do artigo 741, todos do CPC, serão inexigíveis quando a sentença for calcada em norma, em situação ou com um dos sentidos inconstitucionais e a inconstitucionalidade for reconhecida pelo STF em controle difuso ou concentrado, “independentemente de resolução do Senado”, em qualquer forma de interpretação admitida,

³⁵ ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. In Revista Dialética de Direito Processual n. 4, julho 2003, p. 28.

³⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 399-400.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, art. 741, parágrafo único). *Revista dos Tribunais*. nº 841. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2005, p. 49-51.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* 2006, p. 664.

³⁹ *Id.*, *Ibidem*, p. 665.

⁴⁰ Em seu artigo 27 determina efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, todavia, inspirado no art. 282, 4º da Constituição da República Portuguesa, na qual, em regra, esta decisão não atinge a coisa julgada, salvo se a Corte Constitucional assim o decidir expressamente..

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual Op. Cit.* 2006, p. 666.

no mais, as sentenças deverão ser mantidas, mesmo que baseadas em leis declaradas inconstitucionais⁴².

Eduardo Talamini declara que para se “relativizar” a coisa julgada mister se faz utilizar a “ponderação de valores constitucionais envolvidos” ao aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em cada caso concreto, tendo em vista suas particularidades e delimitar a abrangência. E ressalta, ser a manutenção da “coisa julgada inconstitucional” a regra⁴³.

O princípio da proporcionalidade deve ser visto com seus subprincípios: a adequação (“a medida tem de ser suscetível de atingir o fim escolhido”), a necessidade “ou restrição menor possível (deve-se escolher o meio mais brando possível para a consecução do fim eleito e que não exceda os limites indispensáveis para tanto)” e da proporcionalidade “em sentido estrito ou ponderação propriamente dita (o ônus imposto ao valor sacrificado deve ser menor do que os benefícios propiciados ao valor prevalecente)”⁴⁴.

O autor vai mais afundo e constrói parâmetros para a aferição da quebra no caso concreto. Primeiro, “a constatação prévia, inequívoca, e objetiva da possibilidade de produção de uma solução mais correta”. Segundo, “a identificação dos valores envolvidos (inclusive a boa-fé), com a consideração de seu correspondente peso no caso concreto. Terceiro, o cotejo entre os benefícios e os sacrifícios “concretos aos valores constitucionais envolvidos, em caso de manutenção ou de quebra da coisa julgada, considerando-se inclusive as possíveis soluções parciais”. E finalmente, é necessário escolher o meio processual mais adequado a cada caso⁴⁵.

4. O ARTIGO 475-L, §1º, DO CPC.

O art. 475-L dispõe sobre as hipóteses de cabimento da impugnação, que é o meio de defesa do executado na fase processual do cumprimento de defesa. Neste sentido, a impugnação, embora desempenhando a função dos antigos embargos à execução de título judicial, possui natureza jurídica de defesa e não de ação, conforme explica Cássio Scarpinella Bueno em seu livro “Curso sistematizado de direito processual civil”⁴⁶.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira magistralmente explicam que há três entendimentos sobre o assunto, quais sejam: os que defendem que ela seria um

⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. BDJur, Brasília, DF. 12 fev. 2008, p. 18. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16404>>. Acesso em 01 set 2008.

⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 377.

⁴⁴ *Id.*, *Ibidem*, p. 377.

⁴⁵ *Id.*, *Ibidem*, p. 377.

⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2008, pp. 472-4.

“instrumento de defesa (exceção)”, os que vêm nela “um instrumento de uma ação incidental semelhante substancialmente aos antigos embargos à execução de sentença” e os que entendem ser um “instrumento de defesa ou de ação, conforme a matéria veiculada”, sendo o mais correto o primeiro. Isso porque “o executado não demanda, não age; ele resiste, excepciona, se opõe”⁴⁷.

Entretanto, estes mesmos autores chamam esta fase de “cognição limitada e exauriente *secundum eventum defensionis*”, pois esta fase do cumprimento de sentença, embora limitada em relação à matéria constante no rol do art. 475-L do CPC, passa a ter um momento cognitivo, instaurado quando da manifestação do devedor na impugnação, na qual poderá ter ampla instrução probatória⁴⁸.

Já para Araken de Assis, ela representa uma ação, pois “a finalidade defensiva e reativa da impugnação não lhe retira o que é essencial: o pedido de tutela jurídica do Estado, corrigindo os rumos da atividade executiva ou extinguindo a pretensão a executar”⁴⁹.

De acordo com o inciso II do artigo em comento, o executado poderá alegar, em sua defesa, que o título executivo é inexigível. Porém, a doutrina, como regra geral, corrige o dispositivo que, na verdade, não se refere “à inexigibilidade do título, e sim à inexigibilidade da obrigação retratada no título, assim entendida, desde o plano material, que a obrigação não reúne condições de ser exigida pelo credor”⁵⁰.

Nas palavras de Teori Albino Zavascki, este inciso prevê “uma causa de inexigibilidade (inibindo, portanto, a exequibilidade) da obrigação objeto de títulos executivos judiciais, aqui referidos genericamente como sentenças”⁵¹.

Para Eduardo Talamini, esta alusão que o parágrafo primeiro faz “a ‘inexigibilidade’ foi uma tentativa (inútil e atécnica) do ‘legislador’ de enquadrar a nova hipótese de embargos em alguma das categorias já existentes, para assim diminuir as censuras e a resistência à inovação”⁵².

Conforme já foi dito acima, o parágrafo primeiro do art. 475-L, do CPC, não é novidade no Direito brasileiro, uma vez que já havia sido introduzida, primeiramente, pelo art. 3º da Medida Provisória nº 1.997-37, de 11.04.2000, e, posteriormente, teve sua redação modificada pelo art. 10 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que originou o

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, 2007, p. 459.

⁴⁸ *Id.*, *Ibidem*.

⁴⁹ ARAKEM DE ASSIS. *Manual da execução*, 2006/2007, pp. 1177/1178.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.* 2008, p. 476.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 2.

⁵² TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 462.

parágrafo único do art. 741 do CPC. Sobre esta alteração, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ensinam que:

Houve uma pequena mudança de redação, para deixar claro que o paradigma que deve ser utilizado para a aferição da constitucionalidade da lei deve ser uma decisão do STF. É que a última parte do dispositivo (“ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas como incompatíveis com a Constituição Federal”) não continha a informação, que estava implícita, de que a incompatibilidade constitucional cogitada deveria ter sido reconhecida pelo STF. Agora, não há mais dúvidas⁵³.

Apesar do tempo que já está em vigência, esta norma é tida por alguns como inconstitucional por ofender o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que trata da intangibilidade da coisa julgada e está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica. Neste sentido é o entendimento de Dalton Luiz Dallazem, para quem o antigo parágrafo único do art. 741 não poderia ser juridicamente válido, sob pena se reduzir “a escombros o instituto da coisa julgada”⁵⁴.

Luiz Guilherme Marinoni explica que no Brasil em razão do controle de constitucionalidade difuso todo juiz tem o dever de realizá-lo, portanto, fica clara a desconsideração desse controle bem como a tentativa de fazer preponderar a interpretação sucessiva do STF sobre todas as decisões cobertas pela coisa julgada, ou seja, viola a garantia da coisa julgada material e instrumento para nulificar de todo e qualquer juízo de legitimidade “que não esteja de acordo com pronunciamento ulterior” daquele Tribunal⁵⁵.

Por isso é que já foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra esta norma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. ADI n. 2.418-DF, Rel. Min. Teori Zavascki, impugnando a redação antiga do parágrafo único do art. 741 e a ADI n. 3.740-RJ, Rel. Min. Rosa Weber, impugnando o atual dispositivo. Ambas ainda encontram-se pendente de julgamento.

Ao analisarem o antigo parágrafo único do art. 741, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entenderam que o dispositivo seria inconstitucional, a não ser em

⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. Cit.* 2007, p. 464.

⁵⁴ DALLAZEM, Dalton Luiz. *Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35*, 2004, p. 29.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 139/130.

uma situação, ou seja, propõem uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto⁵⁶.

Cássio Scarpinella Bueno também entende que o dispositivo deve ser interpretado restritivamente, só podendo ser aplicado aos casos em que a decisão do Supremo se der em controle concentrado da constitucionalidade ou, no exercício do controle difuso com a atuação do Senado Federal, conforme prevê o art. 52, X, da Constituição Federal. E, mesmo assim, o devedor ainda deveria observar, estritamente, o prazo para o oferecimento da impugnação. Fora destas hipóteses, o art. 475-L, §1º, do CPC seria inconstitucional por agredir o art. 5º, XXXVI, da CF⁵⁷.

Para Teori Albino Zavascki, a norma nada tem de inconstitucional, pois o legislador apenas escolheu hipóteses especiais para conferir força rescisória à impugnação e aos embargos à execução, deixando, a ação rescisória, de ser o único meio apropriado para isso. Em outras palavras, trata-se somente de “um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais”⁵⁸. Isso porque não se poderia simplesmente considerar todo o dispositivo inconstitucional, sob pena de haver uma sobrevalorização extremada do princípio da coisa julgada, o posicionando acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição⁵⁹.

É nesse sentido também o posicionamento de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, pois, para eles, o dispositivo apenas retrata uma nova hipótese de rescisão de sentença, sem, entretanto, se submeter ao mesmo regramento jurídico das demais, previstas para a ação rescisória no art. 485 do CPC. “É importante a observação, pois há diferenças em relação ao prazo bienal para a propositura da rescisória, que não se aplica a este caso, e à competência, que, para a rescisória, é sempre de um tribunal”⁶⁰.

Eduardo Talamini também não considera a inovação do parágrafo único do antigo art. 741 inconstitucional, pois não haveria ofensa à segurança jurídica, uma vez que “embora sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência, são em grande parte estabelecidos pela legislação infraconstitucional.”⁶¹ Segundo o mesmo autor, isso não quer dizer que o legislador tem ampla liberdade para legislar a respeito, pois a coisa julgada submete-se a parâmetros constitucionais, tais como o

⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 2006, pp. 648/649.

⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.* 2008, pp. 477/478.

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 5.

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 2.

⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. Cit.* 2007, p. 465.

⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 462.

princípio da segurança jurídica, do contraditório, entre outros. Porém, dentro destes parâmetros, conforme ocorreu, por exemplo, com a ação rescisória, “cabe à lei infraconstitucional fixar o regime da coisa julgada, inclusive quanto às formas de sua desconstituição”⁶².

Portanto, Eduardo Talamini também entende ser a regra uma nova hipótese, um novo meio de desconstituição de um título judicial⁶³.

Em um outro extremo, há o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, para quem a nova regra é não só constitucional, como deve ser aplicada de maneira amplíssima, pois uma norma ou ato (incluindo a sentença) somente teria validade e eficácia se estivesse em conformidade com a Constituição Federal. Sendo inválida e ineficaz a sentença, esta poderia ser desconstituída pelo juiz no bojo dos embargos ou da impugnação, independentemente de prévio pronunciamento do STF⁶⁴.

Entretanto, é predominante o entendimento, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, de que somente pode ser aplicada esta regra se o provimento tiver transitado em julgado após a entrada em vigor das Medidas Provisórias que lhe originaram. Sobre o assunto, Arakem de Assis explica que “para não ofender ao art. 5º. XXXVI, da CF/88, o art. 741, parágrafo único, somente se aplicará aos provimentos transitados em julgado após a vigência do art. 3º da MP 1.997-37, de 11.04.00”⁶⁵.

Eduardo Talamini, por sua vez, ensina que são três posições sobre o tema. A primeira, que é defendida por firme jurisprudência do Supremo e por opinião de autorizada doutrina, inclusive a do próprio autor, é aquela acima exposta. A segunda é que a norma se “aplicaria às coisas julgadas formadas antes do início de sua vigência que naquele momento ainda pudessem ser desconstituídas por ação rescisória”. E a terceira é aquele segundo a qual a norma seria aplicável “indiscriminadamente a qualquer título revestido da coisa julgada”⁶⁶.

Entretanto, estas duas últimas soluções não podem ser utilizadas, uma vez que “como tais sentenças não eram rescindíveis pela lei antiga, trata-se de atos jurídicos inatacáveis, insuscetíveis de revisão através da rescisória”⁶⁷. Ademais, a pendência do prazo da ação

⁶² TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 463.

⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 461.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, art. 741, parágrafo único)*, 2005, p. 74.

⁶⁵ ARAKEM DE ASSIS. *Op. Cit.* 2003, p. 27. Também neste sentido há a seguinte jurisprudência: STJ, REsp nº 667.367/SC, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, julgamento em 15.02.2005; STJ, REsp nº 651.429/RS, 5ª Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 18.10.2004; STJ, REsp nº 718432, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 02.05.2005.

⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 481.

⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 481/482.

rescisória nada tem a ver com a situação, pois o decurso do referido lapso temporal “não adiciona uma nova autoridade ao julgado”⁶⁸.

Interessante o ensinamento de Teori Albino Zavascki sobre o assunto, segundo qual:

O parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, e o art. 475-N pela Lei nº 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, também elas estão sujeitas à cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição (...). Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. É que nesse caso 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 formada⁶⁹.

Para melhor entender a amplitude do parágrafo 1º, do art. 475-L, do CPC, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado e ao difuso de constitucionalidade e aos casos de aplicação ou interpretação de leis tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, no Brasil, possui, originalmente, eficácia *ex tunc*, inclusive no controle concentrado. Entretanto, esta regra não é absoluta, havendo exceções em julgados do Supremo Tribunal Federal desde a década de 60, quando passou a existir o controle direto e abstrato⁷⁰.

Após a vigência do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e do art. 11 da Lei 9882/1999, passou-se a permitir, sem nenhuma dúvida, a modulação dos efeitos da declaração direta de constitucionalidade, uma vez que, por razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estes efeitos poderão ser restringidos ou poderão só ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Para tanto, é necessária a aceitação de dois terços dos membros do Supremo. Gilmar Ferreira Mendes, em um artigo publicado na Internet, explica que:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "in

⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 482.

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 15.

⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 435.

concreto" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional⁷¹.

Portanto, esta regra veio em boa hora, pois não impede a retroatividade das decisões em via abstrata e ainda permite que, em ocasiões de exceção, os seus efeitos sejam modulados de acordo com o princípio da proporcionalidade. Assim, conforme explica Eduardo Talamini, o Supremo poderá ponderar, nos casos concretos, se os princípios da supremacia da Constituição e da isonomia, “que justificam a atribuição de efeitos *ex tunc* ao pronunciamento declaratório de inconstitucionalidade, não devem ceder espaço a outros valores constitucionais também relevantes (dignidade humana, boa fé, segurança, jurídica...)”⁷². Isso porque em algumas hipóteses este efeito retroativo da decisão poderia causar gravíssimas consequências, o que poderia dar ensejo ao não reconhecimento de uma constitucionalidade evidente se não houvesse a possibilidade da modulação dos seus efeitos.

Embora uma interpretação rápida do referido art. 27, Lei nº 9.868/99, possa dar a impressão que, uma vez não decidida a modulação de efeitos pelo STF quando da declaração de constitucionalidade, tal decisão deva desconstituir todos os atos praticados anteriormente com fundamento na lei inconstitucional, tal exegese não deve prosperar. Até mesmo porque em várias ocasiões não será possível aos ministros verificarem, de antemão, situações em que a desconstituição dos atos em questão violaria, por exemplo, princípios constitucionais⁷³.

Desta forma, para Eduardo Talamini, um eventual conflito entre a norma do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e a do art. 475-L, §1º, do CPC, deve prevalecer a que traduz mais os valores constitucionais, qual seja, a primeira. Isto é, havendo modulação dos efeitos da declaração pelo STF para não atingir determinados atos praticados até certa data, não poderá ser considerado inexigível o título judicial formado antes desta. Assim, pode-se dizer que este conflito aparente de normas é resolvido pelo critério da hierarquia, e não pelos critérios de tempo ou de especialidade⁷⁴.

⁷¹ MENDES, Gilmer Ferreira. *Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei*, 1999.

⁷² TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 439.

⁷³ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 443.

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 444/445.

Ademais, o próprio STF possui entendimento antigo de que a declaração de inconstitucionalidade não teria força para desconstituir automaticamente a coisa julgada das decisões que utilizaram a norma declarada incompatível com a Carta Magna. Ao decidir o Recurso Extraordinário nº 86.056⁷⁵, antes da entrar em vigor a norma do antigo parágrafo único do art. 741 do CPC, o Supremo, inclusive, rejeitou a utilização dos embargos à execução para a desconstituição da decisão definitiva, que deu origem ao título executivo judicial, sob o fundamento de que o julgamento teria se baseado em norma declarada inconstitucional.

Para Eduardo Talamini, a lei inconstitucional, desde o início, não é válida, uma vez que ela não possui compatibilidade com a Constituição Federal. Assim, o particular teria o direito e o administrado e o juiz o dever de descumpri-la. Entretanto, como esta norma existiu, estava revestida de uma presunção de legitimidade e teve pertinência enquanto não foi retirada do ordenamento jurídico, é de se considerar que alguns atos praticados durante a sua existência deverão ser mantidos. “O suporte para tal manutenção não está na norma inconstitucional em si, mas em outras normas (no mais das vezes, normas-princípios): boa-fé, segurança jurídica, irrepetibilidade dos alimentos, vedação ao enriquecimento sem causa etc.”⁷⁶

Ademais, há que se considerar que não é em todas as oportunidades que a inconstitucionalidade de uma norma acarretará a nulidade ou a inexistência jurídica de uma decisão e sim apenas quando a lei tiver sido aplicada em relação a um pressuposto de validade ou de existência do processo⁷⁷.

Este mesmo autor explica que Kelsen entendia, inclusive, que a lei tida como inconstitucional possuía validade, pois ela estaria dentro sistema desde o começo. Estas normas inconstitucionais “tanto seriam válidas, na ótica de Kelsen, que apenas poderiam ser retiradas do ordenamento pelos órgãos aos quais a Constituição atribuiu competência para tanto”⁷⁸. Desta forma, a lei seria válida até que viesse um pronunciamento e a invalidasse. Quem a descumprisse antes disso sempre ficaria “na dependência de que posteriormente o órgão revestido de competência para tanto reconheça a ‘inconstitucionalidade’ e ‘anule’ a lei. Caso contrário, o particular responderá pelo descumprimento da lei”⁷⁹.

⁷⁵ RE 86.056, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 31.05.1977, DJU 01.07.1977.

⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 442.

⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 445.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 440.

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 441.

Para Alexandre de Moares, a lei inconstitucional é nula e, desta forma, a declaração de sua inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado, retroage para atacar todos os atos pretéritos com base nela praticados⁸⁰.

Em um posicionamento mais extremado, conforme já mencionado acima, Humberto Theodoro Júnior garante que, em razão do princípio da constitucionalidade, um ato contrário à Constituição não possui nem validade e nem eficácia, independentemente de declaração expressa da inconstitucionalidade pelo STF, que seria, portanto, meramente declaratória⁸¹.

Quanto à declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, é sabido que qualquer juízo ou Tribunal pode realizá-la quando requerido pela parte no caso concreto. Assim, inclusive o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, pode ser instado a se manifestar a respeito da constitucionalidade de uma lei, sempre observando a norma do art. 97 da CF.

Isso porque para que esta declaração seja feita nos tribunais, é necessária a maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, uma vez que a inconstitucionalidade somente deve ser reconhecida nesta ocasião se o vício for manifesto, haja vista a presunção de legalidade que todo ato normativo emanado do Poder Público possui. Acrescente-se, também, ser necessária uma uniformização das decisões, dentro do mesmo tribunal, sobre esta relevante matéria. Sobre o assunto e com base em decisão do STF⁸².

Entretanto, caso a constitucionalidade já tenha sido averiguada pelo Pleno ou pelo órgão especial, não deverá ser novamente observado o procedimento do art. 97 se a questão for idêntica a já analisada. Isso porque qualquer entendimento em contrário lesionaria os princípios da celeridade e da economia processual, além do parágrafo único do art. 481 do CPC.⁸³

Este tipo de controle de constitucionalidade, assim como o concentrado, possui efeitos retroativos, atingindo a norma no seu nascedouro. Entretanto, estes não serão *erga omnes* e sim *inter partes*, pois a declaração foi realizada incidentalmente, ao analisar determinado caso concreto. Todavia, conforme alerta Pedro Lenza, esta regra já foi mitigada

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 1999, p. 572.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.* 2005, pp. 66/67.

⁸² STF, Primeira Turma, RE 179.170/CE, rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.10.1998, p. 15, vol. 01929-03, p. 00450, j. 09.06.1998.

⁸³ STF, AI-AgR 168.149/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04.08.1995, p. 22520, vol. 01794-19, pp. 03994.

pelo STF em algumas ocasiões em que a sua decisão teve efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, o que equivale a dizer que estes também podem ser modulados⁸⁴.

Para que esta declaração de inconstitucionalidade incidental possa atingir a todos que estiverem na mesma situação, é necessária a atuação do Senado Federal. Isso porque, de acordo com o art. 52, X, CF, após o trânsito em julgado desta decisão proferida pelo STF, o Senado deverá ser comunicado (art. 178 do Regimento Interno do STF) para que possa suspender, por meio de resolução, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional.

Esta suspensão pode abarcar tanto leis federais, como estaduais, distritais e municipais que forem tidas como inconstitucionais pela Suprema Corte.

Há controvérsia em relação à retroatividade ou não da suspensão. Para Pedro Lenza, os seus efeitos não retroagirão, de modo que a norma ficará suspensa a partir do momento da publicação, na Imprensa Oficial, da resolução do Senado⁸⁵.

Já para Eduardo Talamini, a regra é ela ser retroativa, pois “‘suspender’, nesse dispositivo, tem o sentido de providência definitiva e não provisória. (...) Pode ser retroativa (normalmente o será), não constituindo simples revogação daquele momento em diante”⁸⁶.

Assim, para este autor, por causa da expressão “no todo ou em parte” contida no art. 52, X, da CF, o legislativo federal pode, inclusive, modular os efeitos desta suspensão, do mesmo modo que o STF pode fazê-lo no controle concentrado⁸⁷.

Em relação a este procedimento, tem-se entendido, majoritariamente, que o Senado não é obrigado a editar a resolução em caso de comunicação por parte do STF, haja vista o que dispõe o princípio da separação dos Poderes. Este é o posicionamento de Eduardo Talamini⁸⁸ e de Pedro Lenza, para quem “trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88”⁸⁹.

Também tem-se entendido que todo este procedimento acima descrito é necessário para que a decisão incidental do STF de declarar inconstitucional uma norma tenha eficácia perante todos. Entretanto, há posicionamento em contrário, tanto na doutrina, como em algumas decisões do STF e STJ, por meio do qual é defendida a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso⁹⁰. Ao justificar esta tese, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam que:

⁸⁴ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* 2008, p. 149.

⁸⁵ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* 2008, p. 152.

⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 447.

⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 449.

⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 448.

⁸⁹ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* 2008, p. 152.

⁹⁰ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* 2008, p. 153/154.

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito⁹¹.

Neste sentido, para quem adota este entendimento, a suspensão prevista pelo art. 52, X, da CF teria simples efeito de publicidade. Isso porque haveria uma “abstratização” do controle difuso, ou seja, a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade pelo Supremo teria eficácia vinculante e *erga omnes*. Isto equivale a dizer que a *ratio decidendi* do acórdão faria coisa julgada. Entretanto, Alfredo Buzaid sempre criticou, com base no art. 469, III, do CPC, esta tendência de conferir imutabilidade para as questões prejudiciais decididas incidentalmente⁹². Sobre o assunto, o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 203.498 explica mais apropriadamente a tese da abstratização do controle em concreto:

Se o Supremo Tribunal Federal comete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada, deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição⁹³.

Assim, para que a teoria da transcendência fosse aplicada ao controle difuso, seria necessário, pelo menos, uma reforma na Constituição Federal, pois, é a própria Carta Magna que prevê, expressamente, a competência do Senado para a retirada da norma declarada, incidentalmente, inconstitucional pelo STF. Não se pode desprezar uma norma constitucional, com o simples pretexto de ter havido mutação constitucional. Este é o posicionamento, por exemplo, de Eduardo Talamini⁹⁴ e de Pedro Lenza que enfatiza que:

Por todo o exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, 2008, p. 1086.

⁹² BUZOID, Alfredo apud LENZA, LENZA, Pedro. *Op. Cit.* 2008, p. 155.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Min. Gilmar Mendes no RE AgR nº 203.498, Segunda Turma, julgamento em 08.04.2003, DJU 22.08.2003.

⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 449.

processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC n. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

Portanto, no controle difuso, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não-aplicação.

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência – repita-se, bastante “atraente” - da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante⁹⁵.

O título judicial também pode ser considerado inexigível, de acordo com o parágrafo primeiro do art. 475-L do CPC, quando tiver por base lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

De fato, o STF é o “guardião” da Magna Carta e, como tal, tem a função de zelar por ela e pela compatibilidade que todas as leis e atos normativos devem ter por ela, sendo o único órgão no nosso ordenamento com competência para proferir decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a respeito do tema.

Neste sentido, o Supremo não está adstrito apenas a possibilidade de declarar inconstitucional a norma, contemplando a decisão de controle da constitucionalidade também outros tipos, como a declaração de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a interpretação conforme à Constituição, entre outras.

Por isso, Teori Albino Zavascki explica que “a sentença é inconstitucional não apenas a) quando aplica norma inconstitucional (...), mas também quando, por exemplo; b) deixa de aplicar norma declarada constitucional; c) aplica dispositivo da Constituição considerado não-auto-aplicável; (...)”⁹⁶.

Assim, para Eduardo Talamini, uma sentença que tenha sido proferida em um determinado sentido por entender, incidentalmente, que certa norma é inconstitucional poderia ser desconstituída, por meio da impugnação aqui tratada, se o Supremo tivesse decidido em sentido contrário em uma Ação declaratória de Constitucionalidade. Isso porque, neste tipo de ação, “o reconhecimento da legitimidade constitucional da norma atinge todos os

⁹⁵ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* 2008, p. 156.

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 06.

possíveis fundamentos que poderiam afetar tal legitimidade. É inerente às ações declaratórias positivas essa universalidade da ‘causa de pedir’⁹⁷.

Ao contrário do que ocorre com o julgamento de improcedência da ADI, porque, nesta hipótese, a declaração de constitucionalidade “assume força vinculante e eficácia *erga omnes* nos limites dos fundamentos efetivamente apreciados pelo Supremo, tenham ou não sido eles trazidos pelo autor da ação”⁹⁸. Por isso, esta decisão não poderia ser utilizada como fundamento para desconstituir a coisa julgada com base no art. 475-L, §1º, do CPC.

Entretanto, para Teori Albino Zavascki, o referido artigo “não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional”⁹⁹, e sim apenas quando a norma utilizada na sentença tenha sido declarada inconstitucional.

A técnica chamada de “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” é utilizada pelo Supremo nos casos em que se mantém “íntegro o texto legal impugnado e, no entanto, declara a inconstitucionalidade de determinado alcance ou sentido que teria inequivocamente extraível daquele texto”¹⁰⁰. Assim, há a determinação de quais situações a norma será validamente aplicável e em quais ela não o será. e, desta forma, a decisão que a aplicar na hipótese em que ela é tida por inconstitucional poderia ser alvo de impugnação com base no artigo aqui estudado.

É o mesmo que acontece na técnica de “interpretação conforme a Constituição”, pela qual “o Supremo indica em qual sentido a norma infraconstitucional deve ser interpretada sem que ocorra ofensa à Constituição”¹⁰¹. Desta forma, ao afirmar qual é a interpretação constitucional, o tribunal determina implicitamente que “a norma é inconstitucional quando interpretada em sentido diverso”¹⁰². Isso porque “é a interpretação que especifica o conteúdo da norma”, ou seja, “o significado da norma é produzido pelo intérprete”¹⁰³.

Portanto, pode-se dizer que “a fixação da interpretação da norma infraconstitucional em face da Constituição, em sede de ação direta, deixou de ser simples hermenêutica para se tornar verdadeira técnica de controle de constitucionalidade”¹⁰⁴.

Eduardo Talamini ainda entende que a “fixação, em via direta, da natureza da norma constitucional no que tange à sua aplicabilidade imediata ou não” também pode dar ensejo a

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 451/452.

⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 452/453.

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, pp. 06/07.

¹⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 453.

¹⁰¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 453/454.

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 09.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 10.

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 454.

utilização da regra do art. 475-L, §1º, do CPC¹⁰⁵. Isto é, poderá ser desconstituído título judicial que tiver aplicado norma constitucional considerada não auto-aplicável ou tiver deixado de aplicar norma constitucional tida como auto-aplicável.

Conforme já exposto acima, Teori Albino Zavascki refuta totalmente este posicionamento, pois, para este autor, apenas três vícios de inconstitucionalidade podem permitir a utilização do novo mecanismo, a saber: “(a) a aplicação de lei inconstitucional; ou b) a aplicação da lei à situação considerada inconstitucional; ou, ainda, c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tipo por inconstitucional”¹⁰⁶.

Além de verificar a inconstitucionalidade da lei em que se fundou o título executivo, é preciso ainda analisar se realmente este vício influenciou na formação da sentença, de modo que esta não teria sido atingida apenas de forma circunstancial.

Desta forma, pergunta-se: “qual o grau de vinculação que precisa haver entre a solução inconstitucional e o *decisum* do pronunciamento constitutivo do título judicial, para que se possa contra ele opor embargos *ex art. 741, par. úni.*?”¹⁰⁷.

Não há dúvida que a regra aqui estudada deverá ser aplicada no caso em que o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra foi fundamental para a decisão final do processo. Entretanto, na hipótese em que a inconstitucionalidade se deve ao fato de o juiz ter excluído algum tipo de prova, como ficaria a questão?

Eduardo Talamini, ao comentar um exemplo em que foi indeferida a oitiva de uma testemunha, sugere que, por afetar o resultado do feito, a falta do prova em questão autorizaria a desconstituição do título judicial¹⁰⁸. Acrescenta ainda, este autor, que o caso poderia ensejar, inclusive, a ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC e, portanto, não haveria motivo para não incidir a norma do art. 475-L, §1º, do CPC¹⁰⁹.

Contudo, este entendimento não deve prevalecer, uma vez que a decisão não necessariamente seria modificada com a produção da prova. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam que:

Para que incida a situação, é necessário que a norma (ou a sua interpretação) seja decisiva para a formação da sentença de procedência. Ou melhor, se a questão da inconstitucionalidade for circunstancial, não se mostrando imprescindível para a manutenção da condenação, não se cogitará de inexigibilidade de título¹¹⁰.

¹⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 456.

¹⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. Cit.* 2008, p. 07.

¹⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 465.

¹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 466/467.

¹⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 467.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* 2007, p. 294.

Em relação à competência para proferir a decisão de desconstituição do título, parece razoável o entendimento que cabe ao juízo da fase do cumprimento de sentença esta tarefa. Entretanto, esta conclusão leva ao entendimento de que um juízo de primeiro grau poderia retirar a força executiva de uma decisão emanada de uma instância superior, o que é vedado, por exemplo, na ação rescisória. Esta hipótese ocorreria sempre que o título executivo judicial provier de acórdão de tribunal de segundo grau ou de tribunal superior.

Por isso, para Eduardo Talamini, “a atual possibilidade de um órgão desconstituir pronunciamento de outro que lhe seja superior fica limitada, inclusive em face de sua excepcionalidade, à força condenatória da decisão atacada”¹¹¹.

Também há ainda outro problema não tratado pelo art. 475-L, §1º, do CPC. É que ao desconstituir o título, o juiz estará realizando o chamado juízo *rescindens*, porém, em alguns casos, será também necessário o juízo *rescissorium* e, em relação a isto, nada foi previsto pela norma.

É fato que, na maioria dos casos, apenas a desconstituição da coisa julgada bastará, uma vez que esta decisão apenas “inverterá o resultado do processo anterior, sem a necessidade de nenhuma providência adicional”¹¹².

Contudo, haverá hipóteses em que o pedido acolhido tinha mais de uma causa de pedir ou fundamento e, portanto, rejeitando-se uma em razão de sua inconstitucionalidade, caberia ao juízo se manifestar a respeito das demais que foram suscitadas.

Ao analisarem o problema em questão, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira ensinam que:

Partindo da premissa de que se trata de uma nova hipótese de rescindibilidade da sentença (que dá ensejo ao *iudicium rescindens*), surge a dúvida sobre a possibilidade de um juízo de re julgamento da causa (*iudicium rescissorium*).

Há quem não admita essa possibilidade, sob o fundamento de que o dispositivo opera apenas no plano da eficácia do título, não o desconstituindo.

(...) Realmente, não é possível negar à parte, em tais situações, o direito de exigir a reapreciação da causa, com base no outro fundamento. Solução diversa ofenderia o direito fundamental à inafastabilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).

Sucedem que a parcimônia do legislador impede que se respondam a outras questões com tanta segurança: a) de quem é a competência para o *iudicium rescissorium*?; b) seria permitido o re julgamento na própria fase executiva, reabrindo-se a fase de conhecimento? Talvez a solução de Eduardo Talamini seja a mais adequada: tomar emprestado o regime jurídico da alegação da *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I, CPC), que permite, invalidar a sentença, a reabertura do processo.

O problema exige tratamento legislativo¹¹³.

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 469.

¹¹² *Id.*, *Ibidem*.

Araken de Assis é uma das pessoas que não admite o rejuízo da causa, uma vez que, no seu entender, a procedência dos embargos, com base na referida norma, não desconstitui o título e nem dá margens à reabertura do processo já extinto¹¹⁴. Para ele, “nenhum proveito prático resultará da renovação da demanda, ante a ineficácia *erga omnes* do juízo de inconstitucionalidade, que vincula os órgãos fracionários inferiores”¹¹⁵.

Ainda de acordo com referido doutrinador, no caso de o autor alegar várias causas de pedir no processo original, a condenação irá se amparar em múltiplos fundamentos, e, assim, o título resistiria à inconstitucionalidade originária ou superveniente de apenas um destes¹¹⁶.

Já Eduardo Talamini fornece o seguinte exemplo:

(...) o contribuinte pediu a restituição do indébito alegando a) ser inconstitucional a norma que prevê o tributo em questão e b) não haver incorrido na hipótese de incidência do tributo (não haver praticado o fato gerador). (...) De todo o modo, o juiz poderia decidir o processo acolhendo desde logo o primeiro argumento, atinente à inconstitucionalidade. O segundo poderia não ser nem apreciado – aliás, sem que houvesse qualquer nulidade nisso. Mais: decidindo o juiz em julgamento antecipado, as provas eventualmente necessárias para a demonstração do segundo nem teriam sido produzidas. (...) Nessa hipótese, uma vez desconstituído o título executivo, não se poderia simplesmente impor a derrota ao contribuinte, nem sustentar que o resultado do processo anterior ficaria indefinido *ad eternum*. O contribuinte teria direito a que o segundo fundamento fosse efetivamente instruído e julgado¹¹⁷.

Haveria, então, três possíveis soluções para o problema. “A primeira é de que tanto a desconstituição da decisão anterior quanto uma nova (instrução e) decisão para a causa far-se-iam nos embargos”¹¹⁸.

Poderão argumentar contra esta posição alegando ser a impugnação meio hábil apenas para desconstituir o título, mas não para constituí-lo. Ademais, há o problema acima aventado da rescisão de coisa julgada formada pelo trânsito em julgado de acórdão, o que tornaria inapropriado qualquer outra decisão por parte do juízo de primeira instância em relação ao título que não seja a sua desconstituição, conforme autoriza, expressamente, a norma ora estudada.

¹¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. Cit.* 2007, pp. 467/468.

¹¹⁴ ARAKEM DE ASSIS. *Op. Cit.* 2003, p. 27.

¹¹⁵ *Id.*, *Ibidem*.

¹¹⁶ ARAKEM DE ASSIS. *Op. Cit.* 2003, p. 28.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, pp. 469/470.

¹¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 470.

“A segunda alternativa é a de reputar que apenas a desconstituição da decisão anterior dar-se-ia nos embargos. A obtenção de nova decisão acerca de outros fundamentos (...) dependeria da propositura de nova ação”¹¹⁹.

Também merece crítica esta solução, uma vez que, além do o problema da prescrição, haveria a ofensa direta ao princípio da economia processual, haja vista a necessidade de se refazer o processo inteiro.

“Por fim, poder-se-ia cogitar de que (...) apenas a desconstituição da decisão anterior se desse nos embargos, mas (...) se possibilitasse a reabertura do processo anterior, para julgamento do outro fundamento”¹²⁰.

Embora não haja expressa autorização legal, esta parece ser a solução mais adequada, inclusive quanto ao princípio da celeridade processual. Aqui, aplicar-se-ia, analogicamente, o procedimento para quando há a anulação de uma sentença. Isto é, apenas reputar-se-ão sem efeito os atos subseqüentes e que dependam da decisão, conservando íntegros os demais. Portanto, o processo somente seria retomado para haver a nova decisão, a ser proferida com os elementos que já constem nos autos.

5. CONCLUSÃO

Conforme se pode observar, o tema provoca muitas discussões, inclusive por falta de maiores especificações por parte do legislador, que disse menos do que deveria, deixando uma lacuna que, aparentemente, nem a própria doutrina conseguiu suprir.

É curioso observar que a posição de cada doutrinador varia de acordo com as convicções pessoais a respeito da coisa julgada e, conseqüentemente, em relação ao princípio da segurança jurídica. Assim, por entender ser este um princípio menos relevante, Humberto Theodoro Júnior considera a norma do art. 475-L, §1º, do CPC essencial, dando-lhe ampla aplicação. Já Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart não vêem outra solução que não a de considerá-la inconstitucional, justamente por ofender o princípio em questão, haja vista a redação lacunosa do dispositivo.

Ocorre que, para que a norma seja conservada (e não declarada inconstitucional), é necessário fazer a sua adequação à Constituição Federal, restringindo a sua aplicação a apenas algumas situações. Daí a impossibilidade de interpretá-la gramaticalmente, sendo imprescindível que o operador do direito utilize outras técnicas da hermenêutica, a fim de que

¹¹⁹ *Id., Ibidem.*

¹²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* 2005, p. 471.

se dê ao dispositivo uma interpretação conforme.

Dessa forma, com o objetivo de evitar uma afronta direta ao art. 5º, inciso XXXVI, da CF, é necessário restringir o dispositivo para os casos em que a declaração de inconstitucionalidade se der de forma concentrada ou com a suspensão do Senado Federal.

Isso porque sem o efeito *erga omnes* desta decisão do STF, não há como exigir o seu conhecimento por parte de todos os outros magistrados e nem se poderá exigir que esta se torne um paradigma imutável a todas as sentenças posteriores. Mesmo porque, no controle difuso, o Excelso Pretório pode, inclusive, modificar o seu entendimento e passar a decidir de forma completamente contrária, como ocorreu com o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, que antes era considerado constitucional em vários precedentes do STF e depois, sem nenhuma modificação de direito, passou a ser tido como inconstitucional. Por isso mesmo é que este tipo de declaração de inconstitucionalidade não enseja o ajuizamento de Reclamação para assegurar a autoridade da decisão do STF, conforme prevê o art. 102, I, “I”, da CF.

A tendência, que ganha força com os entendimentos do Ministro Gilmar Mendes, de “abstratizar” as decisões do controle difuso, não passa, felizmente, de mera tendência. Enquanto o art. 52, X, da CF não for alterado por emenda constitucional, não há como entender que a manifestação do Senado seja apenas para dar publicidade à inconstitucionalidade da lei, haja vista a redação expressa do dispositivo, que menciona o verbo “suspender”.

Por tudo quanto foi exposto, não é razoável permitir que meros precedentes do Excelso Pretório provoquem uma conseqüência tão grave quanto à desconstituição de um título judicial que, muitas vezes, demorou anos para ser formado.

Da mesma forma, não se pode permitir que as decisões com o trânsito em julgado anterior à declaração pelo Supremo sejam atingidas por esta somente porque não há expressa menção no art. 475-L, §1º, do CPC a respeito. Conforme ocorre no Direito Português, os efeitos *ex tunc* das decisões em ADI devem atingir somente as questões que ainda estão em aberto e não aquelas que já foram firmemente decididas, sob as quais já pesa a imutabilidade da coisa julgada.

Qualquer entendimento em contrário traria uma insegurança indevida ao Ordenamento Jurídico, uma vez que as sentenças e acórdãos ficariam sempre com a possibilidade de serem rescindidos, mesmo após anos de trânsito em julgado. As lides nunca seriam completamente solucionadas, pois ficariam dependendo sempre das decisões do STF a respeito da constitucionalidade da lei que foi utilizada na fundamentação da decisão judicial.

O Poder Judiciário não conseguiria atingir um de seus objetivos, que é o de garantir a paz social, com a eliminação de controvérsias.

Ademais, também não seria justo exigir dos juízes que julguem no mesmo sentido de uma decisão que ainda vai ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a não ser que a lei que embasou a sentença seja manifestamente inconstitucional. Fora este caso, enquanto a inconstitucionalidade do ato normativo ainda não for pacificada pelo STF, os magistrados poderão decidir utilizados no *decisum*, sem que isto possa ser fundamento para posteriormente ser considerado inexigível o título a que deu origem, uma vez que não haveria vício que justificaria essa possibilidade.

Assim, se houver modulação dos efeitos da decisão em ação direta de inconstitucionalidade, de modo que esta não atinja determinado período, não caberá a alegação de inexigibilidade do referido parágrafo primeiro contra os títulos judiciais fundados em sentenças transitadas dentro deste lapso temporal.

Outrossim, não se vislumbra motivo para não utilizar, analogicamente, uma decisão de procedência em ação declaratória de constitucionalidade para se conseguir a desconstituição do título judicial, uma vez que a norma aqui estudada tem como objetivo a valorização dos entendimentos do STF a respeito da compatibilidade das leis com a CF. O mesmo se diz em relação às ações executivas *lato sensu* (art. 461 e 461-A do CPC), nas quais o devedor terá a possibilidade de se defender por meio de simples petição, podendo alegar, inclusive, a inexigibilidade do título judicial.

Entretanto, parece haver uma extensão indevida do alcance deste dispositivo em exame se o pronunciamento sobre a eficácia plena ou limitada da norma constitucional emitido nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão for considerado como dentro do âmbito da referida impugnação ao cumprimento de sentença.

Além de tudo o que já foi exposto, para alegar esta inexigibilidade aqui tratada, é necessário ainda provar que a lei (ou a sua interpretação) tida como inconstitucional foi essencial para que a decisão tenha sido formada daquela determinada forma. Em outras palavras, a condenação não teria sido mantida sem a aplicação deste ato normativo (ou a sua interpretação) que foi tido como inconstitucional.

Portanto, a norma do art. 475-L, §1º, do CPC é constitucional, pois apenas prevê um outro mecanismo de rescisão da coisa julgada, assim como já existia a ação rescisória. Entretanto, esta deve ser corretamente interpretada, de forma a adequá-la à CF, sob pena de ter que ser retirada do ordenamento jurídico por ofender diretamente o art. 1º, *caput* (Estado Democrático de Direito) e art. 5º, inciso XXXVI (coisa julgada), ambos da CF.

Outro problema causado por falta de previsão legal é aquele em relação ao possível juízo *rescissorium* a ser realizando sempre que o título judicial puder ser mantido com base em outro fundamento (que não o inconstitucional) mencionado na petição inicial da ação original. Dada a omissão legislativa, parece ser mais correto que, após a realização do juízo *rescindens* na fase de cumprimento de sentença, houvesse a reabertura da fase de conhecimento para que o juízo refaça o julgamento, agora com base em outra causa de pedir que não aquela que já foi considerada incompatível com a CF.

Por fim, é preciso reconhecer a necessidade de sempre verificar, em cada caso concreto, por meio do princípio da proporcionalidade, qual dos dois princípios em embate deve prevalecer: o da segurança jurídica ou o da soberania da Constituição. Isso porque nenhum dos dois princípios pode ser considerado absoluto, e, assim, mesmo em uma situação que aparentemente autorizaria a aplicação do parágrafo 1º, do art. 475-L, do CPC, poderá o magistrado, excepcionalmente, recusar-se a fazê-lo em vista da impossibilidade de sacrificar, naquele caso concreto, o princípio da segurança jurídica. Por outro lado, o contrário também pode ocorrer, ou seja, o juiz poderá entender, excepcionalmente, como inexigível o título judicial, mesmo que não atendendo a todos os requisitos do parágrafo único em questão, se as peculiaridades da situação não autorizarem a mitigação do princípio da soberania da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAKEM DE ASSIS. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*. nº 4. São Paulo: Dialética, jul. 2003.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007.

ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. *Lei nº 5.869*, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 ago. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002.

DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35. *Revista Dialética de Direito Processual*. nº 04. São Paulo: Dialética, maio 2004.

DELGADO, José. *O princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional*. São Paulo, 21 maio 2005. Palestra proferida por ocasião do XXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional “O Direito Constitucional do Século XXI”, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/448>>. Acesso em 10 ago. 2008.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. *Ação rescisória nos tribunais*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MARINONI, Luiz Guilher; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução: teoria geral da execução, liquidação de sentença, execução de sentença, execução da decisão provisória, execução contra a Fazenda Pública, execução de alimentos, execução de título extrajudicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmer Ferreira. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, out./nov., 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/processo_julgamento.htm>. Acesso em: 06 ago. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*. nº 33. São Paulo: Dialética, jan-fev. 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Olvídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão: coisa julgada e Constituição, o regime infraconstitucional da coisa julgada, a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos, os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada, as sentenças inexistentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, art. 741, parágrafo único). *Revista dos Tribunais*. n° 841. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2005.

_____. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

VALLE, Christiano Almeida do. *Teoria e prática da ação rescisória*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças Inconstitucionais: inexigibilidade. *BDJur*, Brasília, DF. 12 fev. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16404>>. Acesso em 01 set 2008.