

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

**APLICAÇÃO DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO,
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
e as inovações previstas no Projeto de Novo Código de Processo Civil

**Mariana de Almeida Chaves
São Paulo
2011**

Mariana de Almeida Chaves

**APLICAÇÃO DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO,
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
e as inovações previstas no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada pela acadêmica à PUC/SP como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil - sob a orientação da Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

São Paulo
2011

Mariana de Almeida Chaves

**APLICAÇÃO DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO,
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
e as inovações previstas no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Monografia apresentada pela acadêmica à PUC/SP como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil - sob a orientação da Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

Aprovada em ____/____/_____.

Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, que sempre me incentivaram na busca pelo conhecimento e aprimoramento profissional.

Aos amigos, que estiveram sempre ao meu lado e incentivaram na realização dos meus sonhos.

Aos meus colegas de classe, que me apoiaram e contribuíram para meu aprendizado nos calorosos debates em sala.

À Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, que me orientou, com experiência e dedicação.

RESUMO

O enfoque da presente monografia consiste no estudo do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil. Buscou-se analisar o parágrafo único do artigo 741, Código de Processo Civil, à luz dos princípios da segurança jurídica e da supremacia da Constituição. O trabalho tem como objetivo analisar os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca dos embargos à execução como instrumento para obstar a execução da sentença contrária à Constituição. Os aspectos em destaque são a origem, os fundamentos, a constitucionalidade, e a aplicabilidade do artigo. Além disto, o presente estudo tem como intuito mostrar as inovações trazidas pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil relativas ao tema. A análise da matéria demonstrou que o legislador avançou em direção ao cumprimento do princípio da segurança jurídica. Constatou, também, a importância da interpretação das normas em estudo estar voltada à preservação da segurança jurídica.

Palavras-chave: art. 741, parágrafo único, Código de Processo Civil; aplicabilidade; inovações; Projeto de Novo Código de Processo Civil.

THE APPLICATION OF ART. 741, SOLE PARAGRAPH, CODE OF CIVIL PROCEDURE

and the innovations of the Project of the New Code of Civil Procedure

ABSTRACT

The focus of this monography is to study the sole paragraph of Article 741 of the Code of Civil Procedure. We sought to examine the sole paragraph of Article 741, Code of Civil Procedure in the light of the principles of legal certainty and supremacy of the Constitution. The study aims to examine the doctrinal and jurisprudential debates about the embargos as an instrument to prevent the execution sentence against the Constitution. The aspects highlighted are the source, the basis, the constitutionality and applicability of article. In addition, this study has the intention to show the new picture of the issue in the face the Project of the New Code of Civil Procedure. The analysis of the matter showed that the legislature has advanced toward the fulfillment of the principle of legal certainty. We noted also the importance of interpretation of the rules under study be directed to preserve legal certainty.

Keywords: Art. 741, sole paragraph, Code of Civil Procedure; applicability; innovations; Project of the New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. ART.741, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/1973	09
2.1. Origem da norma	09
2.2. Fundamentos da norma	11
2.3. Aplicabilidade da norma no tempo	14
2.4. Natureza da decisão proferida nos embargos do art. 741, parágrafo único, CPC/1973.....	16
3. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/1973	18
3.1. Anterioridade da declaração de inconstitucionalidade	18
3.2. Constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, CPC/1973.....	22
4. CABIMENTO DOS EMBARGOS PREVISTOS NO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/1973	29
4.1. Natureza da decisão embargável.....	30
4.2. Decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade	32
4.2.1. Decisão proferida em controle concentrado	32
4.2.2. Decisão proferida em controle difuso.	33
4.2.3. Decisão que reconheça a constitucionalidade da norma	38
4.2.4. Decisão proferida em interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.....	43
4.2.5 Decisão proferida em medida cautelar.....	44
4.2.6. Decisão proferida com aplicação da técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	46
5. EFEITOS E POSSIBILIDADE DE REJULGAMENTO	48
6. INOVAÇÕES PREVISTAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PLS Nº 166/2010	52
7. CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1. INTRODUÇÃO

O artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, reavivou polêmica discussão doutrinária acerca da relativização da coisa julgada. O dispositivo para alguns doutrinadores é modesto e deixa de abarcar inúmeras hipóteses em que é cabível afastar a coisa julgada. Para outros doutrinadores, padece de inconstitucionalidade por ferir frontalmente a segurança jurídica.

O objeto do presente trabalho está ligado aos institutos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Centra-se na compreensão da coisa julgada como instrumento fundamental à pacificação dos conflitos sociais e a própria existência do Poder Judiciário. É afeto, também, a outros pilares do Estado Democrático de Direito, como a supremacia da Constituição e o princípio da isonomia.

O confronto entre valores de suma importância para o Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que torna árdua a compreensão da matéria, enriquece o seu estudo. Da mesma forma, a polêmica acerca da aplicabilidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, e a ausência de consenso entre os processualistas revelam a importância do tema e intensifica o prazer de estudá-lo, ainda que de forma pontual, dirigida à aplicação de referido dispositivo. É o confronto entre valores caros ao Estado Democrático de Direito e as balizadas opiniões doutrinárias contrapostas que propiciam a exata compreensão da problemática aplicação do artigo 741, parágrafo único do CPC/1973.

O debate acerca do cabimento de embargos à execução para obstar a execução da sentença contrária à Constituição permanece relevante frente à renovação do sistema processual prevista no Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010. Como será demonstrado em tópico próprio, o Projeto do Novo Código de

Processo Civil avança no tratamento da questão, por buscar conferir maior proteção ao princípio da segurança jurídica. Contudo, os princípios constitucionais e democráticos que acirram as discussões acerca da norma inserta no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, permanecem como cerne dos debates para aplicabilidade da futura legislação.

2. ART.741, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/1973

Antes de adentrarmos no debate sobre a interpretação e a aplicação do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, faz-se necessário analisar a origem da norma, seus fundamentos, a aplicabilidade da norma no tempo, e, por fim, sobre a natureza decisão proferida nos embargos do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Veremos a seguir:

2.1. Origem da norma

O artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, foi inserido no ordenamento jurídico pelo artigo 3º da Medida Provisória nº. 1.997-37, de 11/04/2000, após, mantido pela Medida Provisória nº. 1.984-17, de 04/05/2000 sucessivas vezes reeditada (atual nº. 2.180-35, de 24/08/2001).¹

A Medida Provisória nº. 2.180-35, de 24/08/2001 inseriu norma semelhante também na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, § 5º, artigo 884.²

Atualmente o dispositivo tem a redação dada pela Lei n. 11.232/2005, que também inseriu na legislação processual civil, no capítulo da impugnação em cumprimento de sentença, regra idêntica no § 1º, artigo 475-L³.

¹ Cássio Scarpinella Bueno, na obra *O poder público em juízo*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 307/308, com uma crítica ao legislador, traz o histórico das medidas provisórias que inseriram e mantiveram o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973.

² Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação. (...)

§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 14.04.2011.

³ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (...)

Vejamos a atual redação do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973:

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

(...)

II - inexigibilidade do título;

(..)

Parágrafo único. Para eficácia do disposto no inciso II do caput deste artigo, **considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.**⁴ (grifo nosso)

As normas inseridas pela Medida Provisória nº. 2.180-35/2001 e Lei n. 11.232/2005 têm como principal fonte de inspiração o direito alemão. Em especial o § 79, n. 2, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão, que estabelece regra impeditiva da execução da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional.

Consoante EDUARDO TALAMINI⁵:

No direito alemão, tanto nas hipóteses de incompatibilidade quanto nas de inconstitucionalidade com nulidade, as anteriores sentenças penais que aplicaram a norma, ainda que já tenham transitado em julgado, podem ser revistas (Lei do Tribunal Constitucional, § 79, n. 1). Já as sentenças civis revestidas da coisa julgada, em princípio, permanecem íntegras, mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade com nulidade. No entanto, a execução de tais decisões já não será admissível. Se mesmo assim advier, caberão embargos, nos termos da legislação processual (§ 79, n. 2). Essa é a principal fonte inspiradora do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil Brasileiro.

A inspiração para inovação do ordenamento processual brasileiro com base no direito alemão é confirmada por GILMAR MENDES⁶. O doutrinador já defendia a introdução de norma análoga ao § 79, n. 2, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

§ 1º § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 14.04.2011.

⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 14.04.2011.

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à Execução de Título Judicial Eivados de Inconstitucionalidade*. In: *Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org). 2 ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 105/106.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

Alemão, para se admitir a alegação de inconstitucionalidade através dos embargos à execução.

A transposição da norma para o direito pátrio, contudo, não é isenta de críticas. Segundo LEONARDO GRECO, a norma alemã “preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada”⁷. Já a redação dada ao parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, ao contrário da norma que a inspira, não faz menção ao respeito dos atos praticados anteriormente à oposição dos embargos à execução.

Cabe salientar que, de acordo com as lições de NELSON NERY JÚNIOR, a fonte de inspiração do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, é o direito português. NELSON NERY JÚNIOR, a semelhança de LEONARDO GRECO, critica o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, por não fazer “a necessária reserva de que a retroação prevista pela norma não incide e não produz efeito contra a coisa julgada”⁸. Ensina, ainda, que o direito português - artigo 282, n. 3, 1ª parte, da Constituição portuguesa -, ao contrário da norma pátria, ressalva expressamente a eficácia da coisa julgada.

Veremos em pormenor, em tópico próprio, os debates doutrinários acerca da “incompleta” transposição da regra do direito alienígena e as consequências em sua aplicabilidade.

2.2. Fundamentos da norma

Os fundamentos do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, estão correlacionados a princípios caros à Constituição da República e à própria existência

⁷ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coordenador). *Problemas de processo judicial tributário*. 5º vol. São Paulo: Dialética, 2002, p. 05.

⁸ NERY, Nelson Júnior. *Princípios do Processo na Constituição Federal.(processo civil, penal e administrativo)*. 10 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

do Estado Democrático de Direito. Consoante TEORI ZAVASKI, o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, busca “harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição”. É inegável que o dispositivo tem em vista a supremacia da Constituição da República, ao impossibilitar a execução de decisões emanadas em sua contrariedade. Contudo, a aplicação do dispositivo afeta a higidez da coisa julgada. O confronto entre esses valores, e outros constitucionalmente previstos, perpassa toda discussão acerca da aplicabilidade da norma, desde o debate sobre sua conformidade com a Constituição até a análise de cabimento dos embargos em casos concretos. Vejamos nas palavras de TEORI ZAVASKI⁹:

Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia de rescisória de certas sentenças inconstitucionais.

Acerca do confronto entre a supremacia da Constituição e a garantia constitucional da coisa julgada, apontado como *ratio essendi* do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, é importante destacar a posição de NELSON NERY JÚNIOR. Consoante citado doutrinador, a intangibilidade da coisa julgada não poderá ser afastada a pretexto de proteção à supremacia da Constituição; ao revés, “atender-se-á ao princípio da supremacia da Constituição, se houver respeito à intangibilidade da coisa julgada.”¹⁰

Para NELSON NERY JÚNIOR, toda discussão acerca da “desconsideração” da coisa julgada está ligada à própria existência do Estado Democrático de Direito. Como será melhor explicitado no capítulo acerca do sentido e alcance da norma inserta no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, o citado doutrinador enfatiza que a

⁹ op.cit.,2005b, p. 82.

¹⁰ op.cit., p. 66/67.

coisa julgada é elemento formador do Estado Democrático de Direito. Admite, contudo, a “mitigação da coisa julgada pelos mecanismos constitucionais e legais”, frente o princípio da proporcionalidade. Vejamos em suas palavras:

O ponto de vista que adotamos admite a mitigação da coisa julgada pelos mecanismos constitucionais e legais, em homenagem à incidência do princípio da proporcionalidade, existente no sistema constitucional brasileiro, estabelecidos *numerus clausus*, como são os casos da ação rescisória, revisão crimina e coisa julgada *secundum eventum litis*. A ação rescisória, portanto, está perfeitamente justificada no sistema. Deve admitir-se a tangibilidade da coisa julgada, mas pelos mecanismos autorizados pela CF e pelas leis e não por obra do juiz (*ope iudicis*), em ação futura ajuizada contra a coisa julgada – que não a rescisória ou revisão crimina -, de interpretação do que seria justo ou constitucional, do que teria feito ou não coisa julgada.¹¹

TEORI ZAVASKI¹² entende, ainda, que o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, “representa mais uma das várias hipóteses de valorização dos precedentes [do STF] já consagradas no direito positivo”. Pode-se afirmar que o parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, ao impedir a execução de coisa julgada contrária aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, confere especial estatura as suas decisões. Vejamos em suas palavras:

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

Aliás, a inserção desse elemento diferenciador não é novidade em nosso sistema. Ela representa mais uma das várias hipóteses de valorização dos precedentes já consagradas no direito positivo, acompanhando uma tendência evolutiva nesse sentido percebida e anotada pela doutrina.

¹¹ op.cit., pp. 63/64.

¹² op.cit., 2005b, p. 87.

ARAKEN DE ASSIS, por sua vez, afirma que nas relações individuais homogêneas a norma prestigia o princípio da isonomia e de uniformidade dos resultados úteis. Exemplifica ASSIS como inconcebível ao princípio da isonomia tolerar “que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, porque, apesar de inconstitucional a lei que a concedeu, a ação daquele transitou em julgado”.¹³ Trata-se, portanto, sob esse prisma, de notável instrumento para preservação da unidade na ordem jurídica. Vejamos em suas palavras:

Além de fenômeno heterogêneo, em razão do direito posto em causa, já se assinalou que a coisa julgada se encontrava em crise no âmbito das relações individuais homogêneas. Admissível e conveniente que seja a relativização da eficácia de coisa julgada neste tipo de litígios, em que se sobreleva o princípio da isonomia – de fato, não se compreende, dificilmente se tolerará, que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, porque, apesar de inconstitucional a lei que a concedeu, a ação daquele transitou em julgado, por qualquer motivo afeto à álea natura dos trâmites judiciários -, o defeito do art. 741, parágrafo único, assim como no art. 475-L, § 1º, reponta na excessiva generalidade. Parecia contraproducente sua incidência nas relações privadas *tout court*, nas quais nenhuma necessidade há de uniformidade.

Os embargos à execução previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, portanto, a despeito das respeitáveis críticas, dão guarida a relevantes valores do Estado Democrático de Direito.

2.3. Aplicabilidade da norma no tempo

Em respeito ao direito adquirido e à coisa julgada, prevalece o entendimento de que são incabíveis os embargos previstos no parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, às sentenças transitadas em julgado antes da sua vigência. Em outras

¹³ ASSIS, Araken. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). 2 ed. Ver. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 175.

palavras, a decisão transitada em julgado somente pode ser atacada pelos instrumentos processuais previstos ao tempo de sua prolação. Assim, somente são passíveis de serem embargadas, na forma do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, as execuções de sentenças transitadas em julgado após 11/04/2000 (data da entrada em vigor da Medida Provisória nº. 1.997-37, que alterou o artigo em estudo).

É nesse sentido o ensinamento da doutrina e da jurisprudência. Vejamos:

EDUARDO TALAMINI¹⁴, em analogia à ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, ensina que:

O Código de 1973 ampliou largamente as hipóteses de cabimento de ação rescisória. Com isso, surgiu a dúvida sobre qual seria o regime aplicável às sentenças que haviam transitado em julgado antes de o então novo diploma processual entrar em vigor: o novo Código ou o mais restrito, do Código de 1939? Prevaleceu o entendimento de que as novas hipóteses não poderiam ser invocadas pra rescindir sentenças transitadas em julgado sob o velho Código. Reputou-se que a consolidação do regime da coisa julgada se dá no trânsito em julgado da sentença.

O Supremo Tribunal Federal conferiu à aplicabilidade no tempo do artigo 485, CPC, entendimento semelhante. Vejamos:

ACÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO INTERTEMPORAL. Não nega vigência ao artigo 485 do Código de Processo Civil em vigor acórdão que deixa de aplicar restrição nele constante (o cabimento de ação rescisória apenas contra sentença de mérito) a ação rescisória que, embora proposta já na vigência do novo código, visa rescindir sentença transitada em julgado ainda na vigência da codificação anterior. – Os pressupostos da ação rescisória se regem pela Lei do momento em que transitou em julgado a sentença rescindenda. Recurso extraordinário não conhecido. STF. RE 86836, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/1977, DJ 15-04-1977, RTJ VOL-00081-03 PP-00978.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em 14/04/2008, nos Embargos de Divergência do RE 806407/RS entendeu que “estão

¹⁴ op.cit., p. 137.

fora do alcance do parágrafo único do artigo 741 do CPC/1973 as sentenças transitadas em julgado anteriormente a sua vigência, ainda que eivadas de inconstitucionalidade.” Esclarecedora a transcrição da ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA ATÉ O DEPÓSITO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. NÃO APLICAÇÃO. I - Havendo expressa determinação na sentença exequenda, já transitada em julgado, da inclusão dos juros moratórios no precatório complementar, não há mais espaço para discussão sobre os referidos juros, em virtude do princípio da coisa julgada. II - Esta c. Corte entende que estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças transitadas em julgado anteriormente a sua vigência, ainda que eivadas de inconstitucionalidade. Embargos de divergência desprovidos. (EREsp 806407/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/03/2008, DJe 14/04/2008)

Em suma, não há maiores divergências acerca da indispensável anterioridade do trânsito em julgado à vigência do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, para fins de cabimento dos embargos. Acertada, portanto, a posição de EDUARDO TALAMINI e do Superior Tribunal de Justiça, expostas acima. Desta feita, os embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, somente são cabíveis em face das sentenças transitadas em julgado posteriormente à vigência de citada norma, em respeito ao direito adquirido à coisa julgada.

2.4. Natureza da decisão proferida nos embargos do art. 741, parágrafo único, CPC/1973

A princípio, em face da redação dada ao dispositivo, poder-se-ia concluir que o provimento advindo dos embargos à execução teria natureza declaratória. O dispositivo afirma que o título executivo será “inexigível”, o que poderia levar à conclusão da eficácia declaratória da decisão proferida. Essa conclusão é coerente,

inclusive, com a posição dos adeptos da teoria de inexistência da formação da coisa julgada em sentença que ofenda a Constituição.

Contudo, merece destaque a posição dos que defendem a natureza desconstitutiva dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Como bem pontua JÚNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, “a sistemática e o raciocínio utilizados à ação rescisória são os mesmos que os aplicados aos embargos do artigo 741, parágrafo único”. Em suas palavras:

(...) a defesa da natureza declaratória dos embargos impor a inexigibilidade do título executivo desde o momento em que o Supremo Tribunal Federal teria externado o julgamento do controle de constitucionalidade. E isso não é verdadeiro. Em que pese a força vinculante de tais decisões, para efeito de mitigação da coisa julgada, apenas a procedência dos embargos é que dar-se-á o afastamento do plano do direito da projeção da eficácia executiva.¹⁵

Nessa linha, a despeito da posição dos adeptos da teoria de inexistência da formação da coisa julgada, a decisão proferida nos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC, terá na prática caráter desconstitutivo da coisa julgada.

¹⁵ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A estabilidade dos litígios e o novo regime do art. 741, parágrafo único. In Execução no processo civil: Novidades & tendências*. SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção. (Coordenadores). São Paulo: Editora Método, 2005, p.178.

3. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/1973

Para aferir o exato conteúdo da norma inserta no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, faz-se necessário perquirir sobre dois pontos essenciais: a necessidade ou não de anterioridade da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à formação do título executivo judicial, e a adequação da norma com a Constituição da República. Veremos nos itens a seguir:

3.1. Anterioridade da declaração de inconstitucionalidade

Há dissenso na doutrina quanto à necessidade de anterioridade do pronunciamento no Supremo Tribunal Federal à formação da coisa julgada, para cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. A questão que se coloca é se o posterior julgamento de inconstitucionalidade pelo Supremo poderá afetar a coisa julgada formada anteriormente; ou se é indispensável que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido anterior à coisa julgada.

TEORI ZAVASKI defende que o parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, não faz qualquer distinção acerca da anterioridade do pronunciamento do Supremo, e a interpretação restritiva afronta as finalidades do dispositivo, como preservar a unidade da ordem jurídica e a valorizar as decisões da Corte Constitucional. Assim conclui:

Pouco importa, para os fins previstos no art. 741, parágrafo único do CPC, a época em que o precedente do STF foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, distinção que a lei não

estabelece. A tese de que somente se poderia considerar, para esse efeito, os precedentes supervenientes à sentença exequenda não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade.¹⁶

Em posição oposta, ARAKEN DE ASSIS faz severa crítica à aplicabilidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973 em razão de superveniente declaração de inconstitucionalidade. Afirma que interpretação que admita obstar a execução da sentença transitada em julgado ante o posterior julgamento de inconstitucionalidade tornará “*sub conditione* a eficácia da coisa julgada”. Vejamos em suas palavras:

E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir *sub conditione*. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495).¹⁷

SCARPINELLA BUENO, em atenção à redação dada ao artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, afirma que se criou a “mais poderosa que qualquer ação rescisória jamais concebida pelo direito nacional”. Consoante SCARPINELLA BUENO, com base na redação dada à norma, pode-se concluir que está previsto o cabimento dos embargos se “o substrato jurídico” do título executivo “foi declarado supervenientemente inconstitucional”. Critica o legislador pátrio ao explicitar que “um fato pretérito consolidado e estável juridicamente não pode ser apagado para o futuro”. Em suas palavras:

(...) uma coisa é admitir a ação rescisória para questionar a violação a “literal dispositivo de lei” (aí compreendida a Constituição), nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, e sujeitar-se ao regime jurídico daquela ação. Outra é admitir que, a qualquer momento, sem a observância

¹⁶ op.cit., 2005b, p. 90.

¹⁷ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.1196.

do regime jurídico daquela ação, se possa declarar que um título executivo judicial já não vale mais, não obstante tenha transitado em julgado, porque, imagino, passados doze anos, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional e estável juridicamente, não pode ser apagado para o futuro. Muito menos quando todos os seus efeitos já tenham sido sentidos na ordem prática.¹⁸

Relevante destacar que para NELSON NERY JÚNIOR a única interpretação do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, compatível com a Constituição da República e o Estado Democrático de Direito é admitir-se o cabimento dos embargos somente em face de anterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo. Afirma, com base em decisão proferida no RE 603023-PR, que a autoridade da coisa julgada é “limite insuperável” à força retroativa das decisões do Supremo em controle de constitucionalidade.¹⁹

FREDIE DIDIER por sua vez, defende que em vista da eficácia retroativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, a decisão superveniente poderá atingir a coisa julgada. Ressalva, contudo, que se deve “aplicar por analogia o prazo da ação rescisória,” sob pena de se aniquilar, “completamente, a garantia da coisa julgada.” Assim sugere:

(...) tendo sido a decisão proferida posteriormente à formação do título judicial, o STF tenha dado eficácia retroativa, a ponto de atingir a coisa julgada. Nesse caso, para não deixar a coisa julgada eternamente instável, parece que é o caso de aplicar por analogia o prazo da ação rescisória e não permitir a rescisão da sentença se essa decisão do STF ocorrer após o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão exequenda, mesmo se ela for atribuída eficácia retroativa. O CPC nada diz sobre o assunto, mas permitir que uma decisão judicial fique eternamente instável parece solução que aniquila, completamente, a garantia da coisa julgada.²⁰

¹⁸ op.cit., pp. 310/311.

¹⁹ op.cit., p. 70.

²⁰ op.cit., p. 483.

A jurisprudência parece apontar para a necessidade de anterioridade da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, para fins de cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Segue ementa nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA EXEQÜENDA TRANSITADA EM JULGADO NA VIGÊNCIA DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC ACRESCENTADO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001, MAS ANTES DA MANIFESTAÇÃO DO STF. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO AGRAVADO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A decisão agravada merece ser mantida por seus próprios fundamentos, pois foi proferida em sintonia com o entendimento desta Sexta Turma sobre o tema. 2. As normas de direito processual, dada sua natureza de ordem pública, têm aplicação imediata, atingindo, inclusive, os processos pendentes de julgamento, impondo-se, no entanto, respeitar as situações jurídicas já consolidadas sob a vigência da Lei anterior. 3. Assim, não obstante a oposição dos embargos à execução na vigência do art. 741, parágrafo único, do CPC (acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001), tem-se que o aludido dispositivo não deve incidir nos processos cuja sentença exequenda passou em julgado antes de sua entrada em vigor, sob pena de violação à coisa julgada. 4. No caso, o título judicial em execução transitou em julgado após a vigência do parágrafo único do art. 741 do CPC, não se verificando afronta ao aludido dispositivo, no entanto, pois naquela data o Supremo Tribunal Federal ainda não havia reconhecido a constitucionalidade do termo "nominal", a que se refere o inciso I do art. 20 da Lei nº 8.880/1994 (RE nº 313.382/SC - julgado em 26/9/2002), resultando daí que o direito da parte se consolidou antes da manifestação da Corte Suprema, tornando-se inatingível por ela. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. STJ., 6ª T., AgRg-Ag 992.578/RS., Rel. Min. Paulo Benjamin Fragozo Gallotti; Julgamento em 01 de abril de 2008., DJE de 22 de abril de 2008.

A despeito das severas críticas colacionadas acima ao cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face de posterior julgamento de inconstitucionalidade pelo Supremo, mais acertada a posição contrária de TEORI ZAVASKI, supracitada. O artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, não traz como requisito ao cabimento dos embargos a anterioridade de pronunciamento do Supremo. Além disso, a adoção de posicionamento diverso de TEORI ZAVASKI restringiria sobremaneira o cabimento de referidos embargos, a ponto de esvaziar o conteúdo da norma.

3.1. Da constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, CPC/1973

Ponto de fervorosa discussão, a constitucionalidade do parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, é discutida em diferentes aspectos. A constitucionalidade da norma é questionada tanto sob o prisma formal quanto material.

No que diz respeito à inconstitucionalidade formal, é uníssona a doutrina ao afirmar que a despeito do dispositivo ter ingressado no ordenamento pátrio anteriormente à edição da Emenda Constitucional n. 32/2001, que veda a edição de medida provisória em matéria de processo civil, a ausência de urgência, por si só, é suficiente para caracterizar a afronta à Constituição. A citar NELSON E ROSA MARIA NERY.²¹ Frise-se que a posterior edição da Lei n. 11.232/05 reflete-se como verdadeiro subterfúgio do legislador para apaziguar os ânimos dos defensores da inconstitucionalidade formal.

Em relação à inconstitucionalidade material da norma, como bem sistematizado por SÉRGIO SHIMURA²², são três os principais posicionamentos da doutrina acerca da constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, CPC: “a) o art. 741 é constitucional e pode afetar a coisa julgada; b) o art. 741 é inconstitucional por atentar contra a coisa julgada; c) o art. 741 é constitucional por nem ter se formado a coisa julgada”. Veremos em pormenor cada um desses posicionamentos:

Como defensores da constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em razão da inexistência de coisa julgada, pode-se citar TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA. Em apertada suma, os doutrinadores defendem que não há trânsito em julgado de decisão

²¹ NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 10. ed. ampl. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 552.

²² SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 293/301.

fundada em lei inconstitucional, ante a ausência de possibilidade jurídica do pedido.

Vejamos em suas palavras:

Não se trata, segundo o que parece, de atribuir à impugnação à execução ou aos embargos à execução função “rescindente”, já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se, pois que decisão que acolhe pedido fundado em “lei que não era lei” (porque incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado porque terá faltado à ação uma de suas condições: a possibilidade jurídica do pedido.²³

EDUARDO TALAMINI, adepto à tese de constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, afirma que a coisa julgada é uma garantia constitucional, que tem, contudo, “os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência” estabelecidos pela legislação infraconstitucional. Ressalta, contudo, que não há plena liberdade do legislador infraconstitucional. Afirma que “a configuração constitucional da coisa julgada submete-se a parâmetros constitucionais (o princípios da segurança jurídica, do contraditório, do devido processo, da proporcionalidade etc.).²⁴”

Continua EDUARDO TALAMINI a esclarecer que o mecanismo previsto no do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, não resolve a problemática da ‘coisa julgada inconstitucional’. Defende, contudo, que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade deverão ser nortes na desconstituição da coisa julgada. Assim, afirma que poderá ser afastada a incidência do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, no caso concreto, excepcionalmente, em prol da segurança jurídica. Em outras palavras, afirma que o cabimento dos embargos deverão ser aferidos frente ao caso concreto e à luz do princípio da segurança jurídica. Vejamos:

²³ MEDINA, José Garcia Miguel e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*, São Paulo: RT, 2003, p.72.

²⁴ op.cit., pp. 124/125.

Assim, nos casos enquadráveis no art. 741, parágrafo único, a regra geral é a da possibilidade de desconstituição do provimento veiculador da solução inconstitucional, podendo-se excepcionalmente afastar a incidência da norma por razões de segurança. Nos demais casos (provimentos declaratórios, constitutivos, condenatórios, transitados em julgado depois do início de vigência da norma, condenatórios já executados, condenatórios que contenham violações constitucionais “não-paragmáticas” etc.) a regra geral é a da manutenção do provimento, cabendo excepcionalmente sua desconstituição. Em ambas as exceções, deverão ser considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Portanto, a nova regra não representa ainda a solução integral para todos os problemas relativos à coisa julgada inconstitucional. Outros precisam ser definidos, *de lege lata e lege ferenda*.²⁵

BARBOSA MOREIRA, por sua vez, critica o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Entende que a disciplina anterior à entrada em vigor do dispositivo “já leva em suficiente conta os motivos capazes de provocar a ‘relativização’ da coisa julgada”. Explicita que há possibilidade de propositura de ação rescisória com fundamento no artigo 485, V, CPC, para afastar a execução da coisa julgada em contrariedade à Constituição. Defende que o regime então vigente já atendia “às exigências da razoabilidade normativa”, e “merece, em linhas gerais, apoio e preservação.”²⁶

LEONARDO GRECO, por sua vez, compara a redação dada ao parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, com a norma alemã que inspirou o doutrinador pátrio - § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão. Afirma, como já salientado no capítulo 1 – origem da norma - que a norma alemã “preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada”. Conclui que o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, por não ressaltar os efeitos pretéritos da coisa julgada, está fadado à inconstitucionalidade. Assim explicita:

²⁵ op.cit. p. 139.

²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. 2 ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 220.

Nela [norma prevista no parágrafo único, art. 741, CPC] se nota a clara intenção de transpor para o Direito brasileiro a hipótese da parte final do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, mas impede a execução futura. Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional. Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741 (...).²⁷

Merece destaque a posição de NELSON NERY JÚNIOR que admite a constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, desde que restrito o cabimento dos embargos em face de anterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo. Defende o autor que a coisa julgada não é somente princípio de natureza processual, e sim, “elemento de existência do estado democrático de direito”. Assim, a intangibilidade da coisa julgada não poderá ser afastada a pretexto de proteção à supremacia da Constituição; ao revés, “atender-se-á ao princípio da supremacia da Constituição, se houver respeito à intangibilidade da coisa julgada.” Vejamos nas palavras do autor:

Há determinados institutos no direito, de natureza material (v.g., decadência, prescrição) ou processual. (v. g., preclusão), criados para propiciar segurança nas relações sociais e jurídicas. A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza constitucional, pois é, como vimos no comentário anterior, elemento que forma a própria existência do estado democrático de direito (CF, 1º, *caput*). Sua proteção não está apenas na CF 5º, XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (CF 1º). O estado democrático de direito (CF 1º *caput*) e um de seus elementos de existência (e simultaneamente, garantia fundamental – CF 5º XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 §4º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior. Atender-se-á ao princípio da supremacia da Constituição, se houver respeito à intangibilidade da coisa julgada.²⁸

²⁷ op.cit., p. 05.

²⁸ op.cit., p. 66/67.

No mesmo sentido, SÉRGIO ARENHART e LUIZ GUILHERME MARINONI²⁹ explicitam que a “coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito”. A pacificação dos conflitos sociais é atividade intrínseca ao Poder Judiciário. Vulnerar a coisa julgada, portanto, afeta diretamente a garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.

SÉRGIO ARENHART e LUIZ GUILHERME MARINONI, ainda, em nítida “operação de salvamento da norma” propõem uma interpretação do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em consonância com a Constituição e a garantia da coisa julgada. Sustentam que o cabimento dos embargos previstos nesse dispositivo deve limitar-se às hipóteses em que a ação rescisória fundada em violação do texto constitucional é admissível. Em suas palavras:

Embora já tenha sido demonstrado que a decisão declaratória de inconstitucionalidade não atinge a coisa julgada, é conveniente ressaltar, aqui, a sua natureza de princípio constitucional, que se impõe sobre as normas infraconstitucionais que a tentem invalidar. Nessa perspectiva, não haveria como deixar de entender essa norma como inconstitucional. Entretanto, em uma operação de salvamento da norma, cabe a interpretação no sentido de que esses preceitos somente podem ser invocados no caso em que a sentença impugnada se fundou em lei ou em ato normativo declarado inconstitucional, ou em aplicação ou interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em que pode prosperar a própria ação rescisória fundada em violação do texto constitucional (...).³⁰

É relevante destacar, por fim, que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 3740), tanto sob o prisma da ofensa formal e material à Constituição. Aduziu a OAB que o dispositivo atenta contra a segurança jurídica e a autoridade do Poder Judiciário. Até a data da

²⁹ op.cit., p. 678.

³⁰ op.cit., pp. 683/688.

elaboração do presente trabalho, conforme consulta ao site oficial do Supremo Tribunal Federal, a ADI 3740 aguarda julgamento³¹.

Pertinente salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, na análise do RE 611.503, a repercussão geral acerca compatibilidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, com a garantia constitucional da coisa julgada e da segurança jurídica. O RE 611.503 pende de julgamento até a data de elaboração do presente trabalho, conforme consulta ao site do Supremo Tribunal Federal³².

Há indícios que o Supremo Tribunal Federal reconhecerá a constitucionalidade das normas insertas pelo parágrafo único, artigo 741, CPC/1973. O RE 590.880, que trata dos embargos cabíveis em face de sentença contrária ao entendimento do Supremo, em matéria trabalhista - § 5º, artigo 884, CLT – já conta com três votos a favor da constitucionalidade da norma. Apenas o Ministro Marco Aurélio reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 884, § 5º, CLT³³. Atualmente os autos do recurso extraordinário encontram-se com vistas ao Ministro Gilmar Mendes. Já pronunciaram voto pela negativa de seguimento ao recurso extraordinário Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso³⁴.

A despeito das balizadas posições doutrinárias no sentido da inconstitucionalidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, acertada a posição de EDUARDO TALAMINI exposta acima. A garantia da coisa julgada, elemento de existência do Estado Democrático de Direito, convive com demais princípios de idêntica guarida e importância constitucional e democrática. Portanto, legítima a configuração infraconstitucional da coisa julgada dentro de parâmetros

³¹Extraído <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2384960>. Data 18 de outubro de 2011.

³² Tema n.º 360 - Desconstituição de título executivo judicial mediante aplicação do inciso II do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil. Ainda pendente de julgamento. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18/10/2011.

³³ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18/10/2011.

³⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18/10/2011.

constitucionais e democráticos, como o princípio da segurança jurídica, do contraditório, do devido processo legal, da isonomia, da proporcionalidade, etc. Assim, a posição defendida por EDUARDO TALAMINI, inclusive, e em especial, quanto à possibilidade de, à luz do caso concreto, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica, afastar a incidência do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, compatibiliza a norma com a Constituição da República.

Cabe frisar que o Projeto do Código de Processo Civil - PLS n. 166/2010, que será tratado em capítulo próprio, traz dispositivo semelhante ao artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Inova o PLS n. 166/2010 ao prever a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida nos embargos opostos com base nessa norma, em atenção à segurança jurídica. A solução encontrada pelo *novel* legislador, portanto, se assemelha à tese defendida acima, que busca compatibilizar a norma com a Constituição da República e a perenidade do próprio Estado Democrático de Direito. Veremos em capítulo próprio – “6. Inovações previstas no projeto de novo Código de Processo Civil – PLS n. 166/2010”, em pormenor, a questão acima.

4. CABIMENTO DOS EMBARGOS PREVISTOS NO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/1973

Antes de adentrarmos nas questões específicas atinentes ao cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, é importante ressaltar que anteriormente ao ingresso de referida norma no ordenamento pátrio, parte da doutrina já defendia o cabimento dos embargos para obstar a execução da sentença proferida em contrariedade à Constituição.

Dentre os defensores pode-se citar CARLOS VALTER NASCIMENTO³⁵, CANDIDO DINAMARCO³⁶, JULIANA FARIA e THEODORO JUNIOR³⁷, que conferem ampla interpretação ao artigo 741, parágrafo único, CPC/1973.

Contudo, a jurisprudência anterior à inserção da norma prevista no parágrafo único do artigo 741, CPC/1973, não reconhecia os embargos à execução como meio hábil para afastar as decisões fundamentadas em normas posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido. Pertinente a transcrição da ementa:

Recurso Extraordinário. Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado, em lei posteriormente declarada inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente e possível via da ação rescisória. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido. RE 86056, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/05/1977, DJ 01-07-1977.

³⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Coisa julgada inconstitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 15.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil.*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 218.

³⁷ FARIA, Juliana Cordeiro e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. 2 ed. Ver. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 175.

Desta feita, o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, prevê instrumento antes inadmissível pela jurisprudência para resistir à execução da coisa julgada contrária à decisão do Supremo em controle de constitucionalidade.

Veremos, assim, em pormenor, nos itens a seguir as questões específicas atinentes ao cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, como a natureza da decisão embargável, com especial ênfase às discussões acerca características das decisões do STF em controle de constitucionalidade que autorizam a oposição desses embargos à execução.

4.1. Natureza da decisão embargável

Os embargos previstos no parágrafo único, artigo 741, CPC/1973, têm cabimento em face de decisões condenatórias. Para as decisões executivas *latu sensu* e mandamentais há previsão específica no artigo 475-L, §1º, CPC.

EDUARDO TALAMINI esclarece que a escolha do legislador por rescindir a decisão condenatória, em detrimento à declaratória e à constitutiva, dá-se em razão dessa tutela ser incompleta, ou seja, depender para sua efetivação de “providências práticas concretas”³⁸. Assim, viável a sua rescisão através de embargos à execução, visto que o direito material tutelado ainda não se concretizou.

Ensina EDUARDO TALAMINI que “desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória, no momento dos embargos.” A rescisão na tutela declaratória e constitutiva afetaria atos pretéritos, já concretizados, o que afrontaria, portanto, de maneira mais grave a garantia da segurança jurídica. Elucidativa a transcrição:

³⁸ op.cit., p. 137.

A tutela gerada pelo provimento declaratório basta para os fins almejados pelo autor. O mesmo se diga acerca da relação entre a tutela e sentença constitutiva. Já a condenação é apenas um passo no caminho da solução integral de que busca o jurisdicionado. (...)Sob essa perspectiva, desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória, no momento dos embargos. Daí ser razoável não estender, pura e simplesmente, a norma do art. 741, parágrafo único, CPC, aos provimentos declaratórios e constitutivos.³⁹

FREDIE DIDIER defende a interpretação analógica do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, para admitir o cabimento dos embargos à execução em face da sentença declaratória e constitutiva. Em suas palavras:

Não obstante o enunciado normativo tenha sido previsto apenas para a revisão de sentença que dê ensejo a atividade executiva, parece correto proceder a uma interpretação analógica para permitir a revisão da coisa julgada de sentenças que dispensam atividade executiva, posterior, preenchidos os pressupostos já examinados. Se o objetivo é prestigiar as decisões do STF em matéria de controle de constitucionalidade, uma sentença meramente declaratória sem eficácia executiva ou uma sentença constitutiva que ofenda a Constituição Federal, nos termos examinados, deve ser rescindida tanto quanto uma sentença condenatória. Não há razão para o *discrímen*.⁴⁰

Como visto, a questão ainda permanece conflituosa na doutrina. O texto do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, não restringe expressamente a aplicabilidade às sentenças condenatórias. Pode-se considerar, portanto, como válida a interpretação de FREDIE DIDIER, transcrita acima. Contudo, frente ao caráter excepcional da norma inserta no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973 e ao princípio da segurança jurídica, mais acertada a interpretação restritiva.

³⁹ op.cit., 2006, p. 138.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 485.

4.2. Decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade

Será visto no presente item a posição de doutrinadores, como ALEXANDRE FREITAS CAMARA⁴¹, que defendem ser indispensável, para fins de cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, que a decisão do Supremo tenha sido proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Outros doutrinadores, citados abaixo, como TEORI ZAVASKI⁴² e FREDIE DIDIER⁴³, conferem uma interpretação mais ampla ao dispositivo, ao admitir o cabimento dos referidos embargos, em face decisão do Supremo proferida em controle difuso de constitucionalidade.

Essas e outras questões atinentes às características da decisão do Supremo para fins de cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, serão vistas em pormenor nos tópicos a seguir.

4.2.1. Decisão proferida em controle concentrado

Consoante EDUARDO TALAMINI a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado de constitucionalidade embora dotada, em regra, de caráter retroativo, não afeta a coisa julgada. Assim, para obstar a execução da coisa julgada formada em contrariedade à decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade a legislação processual deverá prever

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. II, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p.423.

⁴² op.cit. 2005b, p. 86.

⁴³ op.cit., p. 482.

os instrumentos específicos, como o fez no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973.

Pertinente a transcrição das palavras de EDUARDO TALAMINI:

“Além disso – e eis o ponto que mais diretamente interessa ao presente estudo – é assente no Supremo que a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não temo condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional. Trata-se de orientação em consonância com vários dos ordenamentos estrangeiros acima mencionados. A desconstituição de tais coisas julgadas dependerá de ação rescisória, cabendo observar os requisitos dessa, inclusive o prazo de interposição. Na doutrina tal entendimento é igualmente acolhido, de modo quase unânime.”⁴⁴

No que concerne à admissão dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, ante a existência de declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não há maiores divergências na doutrina, a notar-se pela posição dos doutrinadores estudados no presente trabalho, que será melhor explicitada nos tópicos seguintes, dentre eles, pode-se citar: ALEXANDRE FREITAS CAMARA, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, TEORI ZAVASKI e FREDIE DIDIER, entre outros.

As questões polêmicas estão afetas às decisões proferidas: na medida cautelar; em interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; com aplicação da técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; as que reconheçam a constitucionalidade da norma, e de forma acirrada nas decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Veremos a seguir esses em tópicos:

4.2.2. Decisão proferida em controle difuso

⁴⁴ op.cit., p. 109.

Como será visto a seguir, a doutrina é divergente quanto à possibilidade de cabimento dos embargos previstos artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face da decisão proferida pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade. ALEXANDRE FREITAS CAMARA⁴⁵ é incisivo ao criticar o cabimento dos embargos do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, frente às decisões proferidas em controle concreto. Outros, por sua vez, como ARAKEN DE ASSIS⁴⁶ e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴⁷, ponderam que diante de Resolução do Senado, que suspenda a aplicabilidade do dispositivo com eficácia *erga omnes*, esses embargos são admissíveis. Por fim, há doutrinadores, como TEORI ZAVASKI⁴⁸ e FREDIE DIDIER⁴⁹, que vão além, e em face da eficácia dita “transcendente” no controle difuso admitem, de forma mais ampla, o cabimento dos embargos com base em decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade. Veremos, detalhadamente, a posição de cada doutrinador citado:

ALEXANDRE FREITAS CAMARA⁵⁰ pode ser citado dentre os doutrinadores contrários à aplicabilidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo em controle difuso. Ensina que as decisões proferidas em controle concreto não influem na execução da coisa julgada. Entende que atribuir às decisões proferidas em controle difuso tal eficácia, significaria atribuir-lhes força vinculante. Em suas palavras:

Assim, tais decisões não produzem qualquer consequência sobre a eficácia executiva de outras sentenças. Interpretação diversa desta implicaria atribuir eficácia vinculante às decisões proferidas pelo STF no controle

⁴⁵ op.cit., p.423.

⁴⁶ op.cit., 2009, p. 1199.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 498.

⁴⁸ op.cit., 2005b, p. 86.

⁴⁹ op.cit., p. 482.

⁵⁰ op.cit., p.423.

incidental da constitucionalidade, o que não é aceitável em nosso sistema processual.

ARAKEN DE ASSIS admite a oposição dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, para obstar a execução de coisa julgada contrária ao posicionamento do Supremo em controle difuso, desde que haja Resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, CRFB/88. Vejamos:

Quanto ao controle incidental, ainda que resulte de reiteradas manifestações uniformes e convergentes do STF, somente a partir da resolução do Senado Federal na forma do art. 52, X, da CF/88, suspendendo a lei ou o ato normativo, enseja-se a incidência do art. 741, parágrafo único, e do art. 475-L, § 1º do CPC. A recente valoração desses precedentes, excepcionando a cláusula de reserva do plenário (art. 97 da CF/88), através do art. 481, parágrafo único, nos tribunais inferiores, e autorizando o julgamento singular do relator (art. 557), visam à celeridade dos pronunciamentos nas instâncias ordinárias. Assim, precedentes uniformes e convergentes do STF, antes da resolução do Senado, não bastam à aplicação dos mencionados dispositivos.⁵¹

No mesmo sentido, com a ressalva do indispensável caráter retroativo da Resolução Senatorial: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

Em nosso entender, pode a declaração de inconstitucionalidade de lei (em que se baseia o título parcial exequendo) proferida *incidenter tantum* ser alegada por meio de impugnação ou de embargos à execução, quando o Senado a retirar do ordenamento jurídico e imprimir, a esta retirada, eficácia *ex tunc*.⁵²

Já TEORI ZAVASKI⁵³, em interpretação ampla do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, admite o cabimento dos embargos à execução, ainda que não haja resolução do Senado Federal atribuindo efeitos *erga omnes* ao julgamento do Supremo em controle concentrado. Afirma que a resolução do Senado, prevista no artigo 52, X, CRFB/88, tem como única função conferir publicidade à decisão do

⁵¹ op.cit., 2009, p. 1199.

⁵² op.cit., p. 498.

⁵³ op.cit., 2005b, p. 86.

Supremo que reconhece a inconstitucionalidade da norma. Assim, para fins do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, considera a resolução senatorial dispensável. Ensina que as decisões proferidas pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade também são dotadas de “natural vocação expansiva”. Em outras palavras, a eficácia *erga omnes* de tais decisões “deveria ser considerado ‘efeito natural da sentença’”.

Em corroboração, FREDIE DIDIER⁵⁴ defende que os embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, são admissíveis em face das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Vejamos em suas palavras:

É importante ressaltar que mesmo as decisões proferidas em controle difuso servem como paradigma para a aplicação do mencionado dispositivo, tendo em vista a eficácia *ultra partes* e paragnática que vem sendo dada pelo STF a tais decisões, em fenômeno que já designamos de ‘objetivação do controle difuso de constitucionalidade’.⁵⁵

Em sentido contrário, JÚNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO defende que a reiterada jurisprudência não autoriza a oposição dos embargos à execução previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Em consonância com seus ensinamentos, a valorização dos precedentes do Supremo tem por objetivo a “uniformização da jurisprudência e a maior celeridade dos processos”. Em seu entender, as alterações legislativas que prestigiam as decisões do Supremo não são dirigidas à relativização da coisa julgada. Vejamos em suas palavras:

As inovações legislativas que trouxeram mais prestígio à jurisprudência do STF têm por escopo, justamente, a uniformização e a maior celeridade dos processos. A *ratio legis* não teria sido, ao menos nesse ponto, a flexibilização da coisa julgada.⁵⁶

⁵⁴ op.cit., p. 482.

⁵⁵ op.cit., p. 482.

⁵⁶ op.cit., p. 177.

A jurisprudência, por sua vez, ainda que vacilante, tem aceitado a oposição dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, ainda que não haja resolução do Senado Federal. Vejamos, a título de exemplo, a ementa a seguir:

PROCESSIONAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional.

2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição.

3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou autoaplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo.

5. "À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em

garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI)" (REsp 720.953/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22.08.05).
 6. (...) 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.(REsp 1189619/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Embora a doutrina vanguardista a respeito “objetivação do controle difuso de constitucionalidade” esteja difundida e seja corroborada por julgados do Supremo Tribunal Federal, sua aplicabilidade ao artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, não parece adequada. Deve-se atentar que o dispositivo em estudo, como já salientado nos tópicos anteriores, vulnera o princípio da segurança jurídica. Assim, a melhor interpretação do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, é aquela que restringe sua aplicabilidade à existência de resolução Senatorial, nos termos do artigo 52, X, CRFB/88.

4.2.3. Decisão que reconheça a constitucionalidade da norma

Em consonância com a redação dada ao parágrafo único do artigo 741, CPC/1973, é inexigível a coisa julgada fundada “em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Considerando que o dispositivo faz referência tão-somente, em sua primeira parte, a declaração de inconstitucionalidade, parcela da doutrina defende que os embargos previstos no art. 741, parágrafo único, CPC/1973, não são admissíveis para decisões que confirmem a constitucionalidade da norma.

TEORI ZAVASKI entende que nas hipóteses em que a coisa julgada deixa de aplicar norma declarada **constitucional** pelo Supremo é incabível a oposição dos

embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Vejamos em suas palavras:

A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional.(...) A força rescisória dos embargos à execução restringe-se, conforme expressa o texto normativo, a “(...) título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou ainda (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tida por inconstitucional.(...) O que se busca evidenciar, em suma, é que as três hipóteses figuradas no art. 741, parágrafo único do CPC, supõem a aplicação de norma inconstitucional: ou na sua integralidade, ou para situação em que foi aplicada ou com o sentido adotado em sua aplicação.⁵⁷

Para TEORI ZAVASKI são cabíveis os embargos à execução previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, somente nas hipóteses em que a coisa julgada aplicou norma declarada inconstitucional pelo Supremo, “seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais”. Nessa linha, estão excluídas todas as demais sentenças fundadas em entendimento inconstitucional. Assim exemplifica “estão fora do âmbito material dos referidos embargos” o título executivo que:

- b) aplicou preceito constitucional que o STF considerou sem auto aplicabilidade;
- c) deixou de aplicar preceito constitucional que o STF considerou autoaplicável;
- d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.⁵⁸

Sob outro prisma, JULIANA FARIA e HUMBERTO THEODORO JUNIOR afirmam que os embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, são inadmissíveis em face da coisa julgada que não aplica lei declarada constitucional,

⁵⁷ op.cit., 2005a, p. 334.

⁵⁸ op.cit., 2005a, p. 334.

ante a ausência de ofensa direta a Constituição. Explicitam que a decisão que não aplica lei por entendê-la inconstitucional não ofende a Constituição, e sim, a própria lei a que negou aplicabilidade. De acordo com esse entendimento, das decisões que não aplicam lei por tê-la inconstitucional, ainda que dissonantes com a decisão do Supremo, são admissíveis somente as hipóteses restritas de rescisão do artigo 485, CPC. Em suas palavras:

A recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um vício de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, como questão constitucional. Disso resulta que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias pro lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais.⁵⁹

No mesmo sentido, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER defende que não são cabíveis os embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face de decisões que negaram aplicabilidade à lei por tê-la por contrária à Constituição, tendo-se como paradigma a posterior declaração de constitucionalidade pelo Supremo. Defende que estar-se-ia “diante de um caso de rescindibilidade, com base no art. 458 c/c art. 485, do CPC”. Vejamos:

Não nos parece poder-se entender como abrangida pelos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC a situação de a sentença exequenda ter afastado certo dispositivo legal, por considerá-lo inconstitucional, quando posteriormente sobrevenha ação declaratória de constitucionalidade, em que se o considere constitucional. Isso poderia ocorrer desde que a razão em virtude da qual teria sido afastado o dispositivo por ser inconstitucional coincida, ‘às avessas’, com a *ratio decidendi* do acórdão do STF que considerou o dispositivo constitucional. Caso tal orientação seja admitida, em nosso sentir estar-se-ia, aqui, diante de um caso de rescindibilidade, com base nos arts. 458 c/c 485, inc. V, do CPC.⁶⁰

⁵⁹ op.cit., p. 176.

⁶⁰ op.cit., p. 410.

Em sentido contrário, pode-se citar JÚNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO⁶¹ e EDUARDO TALAMINI que entendem ser admissível a oposição dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, frente ao pronunciamento de constitucionalidade da norma, tanto na hipótese de procedência da ação declaratória de constitucionalidade, quanto de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Vejamos nas palavras de EDUARDO TALAMINI:

O pronunciamento sobre a constitucionalidade da norma infraconstitucional, contido no julgamento de procedência da ação declaratória de constitucionalidade ou no de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, autoriza a interposição de embargos naqueles casos em que, para a formação do título judicial, houver concorrido uma declaração incidental de inconstitucionalidade daquela mesma norma.⁶²

Relevante destacar as observações feitas por EDUARDO TALAMINI (2006, p. 119), em face da peculiar característica da causa de pedir nas ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Explica EDUARDO TALAMINI que se deve atentar para a peculiaridade de que nas ações diretas de constitucionalidade “o reconhecimento da legitimidade constitucional da norma atinge todos os possíveis fundamentos que poderiam afetar tal legitimidade”. Há nas ações diretas de constitucionalidade a chamada “universalidade da ‘causa e pedir””. Enquanto nas ações diretas de inconstitucionalidade, a despeito do Supremo não estar vinculado à causa de pedir do autor, ou seja, poder levar em consideração outros fundamentos para julgamento, “não podem considerar-se preclusos ou implicitamente rejeitados”, os “motivos de inconstitucionalidade que não foram aventados quer pelo autor da ação, quer pelo Supremo”. Vejamos em suas palavras:

⁶¹ op.cit, p. 176.

⁶² op.cit., p. 125.

Em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o reconhecimento da legitimidade constitucional da norma atinge todos os possíveis fundamentos que poderiam afetar tal legitimidade. É inerente às ações declaratórias positivas essa universalidade da 'causa de pedir'. (...) As ações declaratórias negativas e as de invalidação tem sua 'causa de pedir' limitada aos motivos que levem à inexistência ou à invalidade do ato atacado. Não se ignora que, no processo de ação direta, o Supremo não fica vinculado aos fundamentos apresentados pelo autor da ação para sustentar a inconstitucionalidade. (...) O que se tem é o poder do Supremo altera a 'causa de pedir' inicialmente posta, ampliando-a.⁶³

Ante essas ponderações, conclui EDUARDO TALAMINI que, frente à decisão declaratória de constitucionalidade da norma, será indispensável a análise das "razões do convencimento" do Supremo para aferir o cabimento dos embargos do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Em suas palavras:

Assim, quando se declara a constitucionalidade da norma no julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, tal declaração 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. Haverá, então, a necessidade de verificação dos aspectos constitucionais efetivamente examinados. A motivação do provimento será especialmente relevante nesses casos, para a exata interpretação do *decisium*. Isso tem evidente relevância na aplicação do art. 741, parágrafo único.⁶⁴

Como visto, é divergente a posição da doutrina acerca do cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC, frente à decisão do Supremo que reconheça a constitucionalidade da norma. Trata-se à evidência de ponto que merece ser expressamente disciplinado pela legislação e à luz das peculiaridades das ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Contudo, ante a redação dada ao dispositivo, mais técnica a interpretação que defende ser somente admissível, frente à decisão do Supremo que reconheça a constitucionalidade da norma, a ação rescisória, com fulcro no artigo 458 c/c artigo 485, ambos do CPC.

⁶³ op.cit., p. 119.

⁶⁴ op.cit., p. 120.

4.2.4. Decisão proferida em interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

Em relação à decisão do Supremo que declaram a inconstitucionalidade da norma através da técnica de interpretação conforme a Constituição ou de julgamento de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, há pontos relevantes de indispensável análise frente o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973.

A doutrina é de certa forma uníssona ao admitir o cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face de decisões proferidas pelo Supremo através da técnica de interpretação conforme a Constituição e de julgamento de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nesse sentido, TEORI ZAVASK.⁶⁵

EDUARDO TALAMINI, contudo, destaca ponto relevante em relação aos julgamentos de improcedência em que se utiliza a técnica da interpretação conforme, e o paradigma que se forma para os fins do cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Para EDUARDO TALAMINI os embargos somente serão admissíveis nessa hipótese – de julgamento de improcedência em que se utiliza a técnica de interpretação conforme - se considerarmos tal decisão como de acolhimento de inconstitucionalidade em relação às interpretações ‘não conformes’ à Constituição. Em suas palavras:

(...) a solução para a questão parece poder ser dada a partir de um critério geral de interpretação das decisões, válido tanto para o processo tradicional quanto para o de controle direto. O verdadeiro sentido e conteúdo do *decisum* não depende tanto do que nele está formalmente consignado, mas do contexto geral em que inserido. (...) Considerada a atual função da interpretação conforme como técnica de controle, ainda quando o Supremo

⁶⁵ op.cit., 2005a, pp. 332/333.

formalmente 'julgar improcedente' a ação direta, por reputar haver uma 'interpretação conforme', tal decisão deverá ser interpretada como de *acolhimento da arguição de inconstitucionalidade* no que tange às interpretações 'desconformes'.⁶⁶

Conclui EDUARDO TALAMINI que somente desta forma será possível aferir o exato conteúdo não aceito da norma para viabilizar a oposição dos embargos previstos no artigo 741, CPC/1973. Vejamos:

No caso de 'interpretação conforme', o pronunciamento do Supremo poderá ser invocado para combater tanto provimentos amparados na adoção de outra interpretação ('desconforme') quanto provimentos que tenham, *incidenter tantum*, simplesmente reputado a norma inconstitucional na íntegra, sem lhe extrair a 'interpretação conforme'.⁶⁷

Pertinentes as colocações de EDUARDO TALAMINI, expostas acima. De fato, não há maiores divergências acerca do cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, em face da declaração de inconstitucionalidade proferida com a técnica da interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Contudo, deve-se atentar para as peculiaridades de referida decisão, sob o risco de admitirem-se os embargos sem lastro em questão decidida pelo Supremo.

4.2.5. Decisão proferida em medida cautelar

Os artigos 10, 12-F, 21, da Lei n. 9.868/99 disciplinam a medida cautelar no controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A Lei prevê que a medida cautelar terá efeito *ex nunc*. Contudo, há possibilidade do Supremo conceder eficácia retroativa à decisão proferida na cautelar. Dentro deste contexto

⁶⁶ op.cit., p. 121.

⁶⁷ op.cit., p. 125.

legal vigente, questiona-se acerca da aplicabilidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, considerando como paradigma a decisão proferida na medida cautelar.

Para ARAKEN DE ASSIS⁶⁸ o provimento formado com base nos artigos. 10, 12-F, 21, da Lei n. 9.868/99, não é suficiente para obstar a execução da coisa julgada, com fulcro no artigo 741, parágrafo único, CPC. Apesar do artigo 741, CPC/1973, não fazer qualquer distinção acerca do caráter de definitividade da decisão do Supremo em sede de controle de constitucionalidade, a vista do caráter excepcional da norma, bem como frente ao princípio da segurança jurídica, inadmissível a oposição desses embargos à execução tendo-se como base decisão proferida em caráter cautelar.

Elucidativos são os ensinamentos de ARAKEN DE ASSIS, alusivos à concessão de medida liminar nas ações de constitucionalidade. Vejamos em suas palavras:

Não bastará, para tal fim, a concessão e liminar nas ações diretas. As eficácias do provimento antecipatório são *ex nunc* e, embora perca a norma sua vigência – evento que as instâncias ordinárias recepcionarão na forma do art. 462 do CPC – subsistirá a coisa julgada anterior e a força executiva do respectivo título. *Apud* ZENO VELOSO “concedida a liminar, fica suspensa a vigência da norma impugnada, mas de forma provisória, não definitiva, e sem retroatividade”.⁶⁹

Acertado o entendimento, portanto, que não admite a oposição dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, frente às decisões proferidas em medida cautelar, ante o caráter precário do provimento proferido pelo Supremo.

⁶⁸ op.cit., 2009, p. 1198.

⁶⁹ op.cit., 2009, p. 1199.

4.2.6. Decisão proferida com aplicação da técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Especificamente em face da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ensina EDUARDO TALAMINI que se deve compatibilizar o disposto no artigo 27, Lei n. 9.868/99, com o cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Esclarece que o artigo 27, Lei n. 9.868/99, “explicita a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade por ocasião do controle das normas em via abstrata”. Consoante EDUARDO TALAMINI o Supremo através da “conjugação dos valores constitucionais”, como “supremacia da Constituição e a isonomia”, “a dignidade humana, a boa fé, e a segurança jurídica”⁷⁰, fará a modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Vejamos em suas palavras:

Diante desse quadro, cabe indagar em que medida é com ele compatível o parágrafo único do art. 741. A questão é tanto mais crucial quando se considera que o art. 27 da Lei 9.868 não inovou ao prever a possibilidade de limites à eficácia retroativa do reconhecimento da inconstitucionalidade. Apenas explicitou uma possibilidade derivada da conjugação de princípios constitucionais.⁷¹

Nesse passo, continua EDUARDO TALAMINI, o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, não revogou o artigo 27, Lei n. 9.868/99, e não criou regra de caráter especial. Afirma que os embargos à execução, com fulcro no artigo 741, parágrafo único, CPC, somente serão admissíveis “nos limites da eficácia temporal que o Supremo houver atribuído à sua decisão.” Pertinente a transcrição:

⁷⁰ op.cit., p. 113

⁷¹ op.cit., p. 114.

(...) Isso significa que o eventual conflito entre as normas não poderá simplesmente ser resolvido pela afirmação de que o art. 741, parágrafo único, teria revogado o art. 27 nem mesmo parcialmente. Tampouco se pode dizer que a nova regra inserida no art. 741 do Código de Processo seja “especial” para a autoridade das sentenças civis, em confronto com a tutela do art. 27, de caráter ‘geral’. Enfim, não são critérios da ‘temporalidade’ e ‘especialidade’ que solucionam o conflito. A questão se põe em termos de hierarquia. A regra do art. 27 é a explicitação dos valores constitucionais.

(...) “o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade (com ou sem ‘redução de texto’) ou a ‘interpretação conforme’ da norma infraconstitucional, proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade, será intocável, para os fins dos embargos, nos limites da eficácia temporal que o Supremo houver atribuído à sua decisão.”⁷²

No mesmo sentido ARAKEN DE ASSIS:

Em outras palavras, a alegação do julgado do STF, nos embargos, atenderá os limites temporais atribuídos à decisão, a teor do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e, em alguns casos, subsistirá incólume o título e, conseqüentemente, a admissibilidade da execução nele fundada.⁷³

Portanto, não há maiores dúvidas acerca da compatibilidade do art. 27, Lei n. 9.868/99 com o cabimento dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC, impondo-se a observação, contudo, para fins de cabimento dos referidos embargos, dos limites temporais dados pelo Supremo no julgamento da ação de inconstitucionalidade.

⁷² op.cit., pp. 114 e 125.

⁷³ op.cit., 2009, p. 1198.

5. EFEITOS E POSSIBILIDADE DE REJULGAMENTO

Em relação aos efeitos do julgamento de procedência dos embargos à execução previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, a doutrina equipara aos da ação rescisória (artigo 494, CPC/1973), a citar JÚNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO⁷⁴. No que diz respeito à desconstituição do título executivo, ou seja, ao *iudicium rescindens*, não há maiores divergências na doutrina. Os debates são intensos, contudo, com relação ao *iudicium rescissorium*, como veremos pela posição de ARAKEN DE ASSIS, EDUARDO TALAMINI e FREDIE DIDIER, expostas abaixo:

ARAKEN DE ASSIS, em uma visão mais restritiva da norma, afirma que a procedência dos embargos à execução previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, somente resulta na “inadmissibilidade da execução”, ou seja, “este provimento não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo”. Vejamos em suas palavras:

A procedência dos embargos implicará a inadmissibilidade da execução. Este provimento não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo extinto. (...). Respeitada a pureza do sistema, veda-se ao juiz de primeiro grau chegar a resultado discrepante, aplicando a norma inconstitucional para emitir pronunciamento de sentido convergente àquele tornado ineficaz, e novo pronunciamento uniforme coma solução do STJF é completamente inútil e dispensável. Como já se afirmou, a correção da solução inconstitucional em que se amparou o título automaticamente inverterá o resultado do processo anterior, sem a necessidade de nenhuma providência adicional.⁷⁵

EDUARDO TALAMINI vai além, e traz casos práticos em que será indispensável a reabertura do processo, para que seja proferida nova sentença. Cita

⁷⁴ op.cit., p. 179.

⁷⁵ op.cit., 2009, p.1121.

as demandas julgadas procedentes em que há fundamentos não apreciados na sentença. Nestes casos o juiz não é obrigado a conhecer de todos os fundamentos do pedido. Assim, acolhido um deles e julgada procedente a demanda, a posterior desconstituição da coisa julgada através dos embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, impelirá à indispensável análise do outro fundamento.

Vejamos o exemplo dado por EDUARDO TALAMINI:

(...) poderíamos mudar o exemplo antes dado, para supor que, dos dois fundamentos lançados pelo contribuinte, o segundo (alheio à questão constitucional) foi rejeitado na sentença, a qual, porém foi de procedência do pedido, com base no primeiro fundamento. O contribuinte não teria interesse recursal para apelar. Não foi sucumbente. Não houve um pedido autônomo seu rejeitado, mas apenas um fundamento atinente ao único pedido feito, que, mesmo assim, foi acolhido pelo outro fundamento. (...) Ora, nesse caso, quando nos embargos se desconstituíse o título amparado no fundamento constitucional, não seria legítimo dizer que o outro fundamento posto pelo contribuinte em sua ação de conhecimento já teria transitado em julgado. Seria verdadeira armadilha: o contribuinte não pode recorrer da rejeição desse outro fundamento precisamente porque fora acolhido o fundamento constitucional, há de se permitir o prosseguimento do exame do outro fundamento.⁷⁶

FREDIE DIDIER, em consonância com os ensinamentos citados acima, afirma que negar à parte, nessas circunstâncias, a apreciação da causa, com base em outro fundamento, ofenderá o direito à inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CRFB/88). Ressalta, contudo, que há diversas questões não resolvidas pela legislação, como a “competência para o *iudicium rescissorium*” ou a possibilidade de “reabertura da fase de conhecimento”. Conclui, a vista da ausência de “tratamento legislativo”, a que melhor solução é aplicar o regime jurídico da *exceptio nullitatis* (artigo 475-L, I, CPC). Em suas palavras:

Realmente, não é possível negar à parte, em tais situações, o direito de exigir a reapreciação da causa, com base no outro fundamento. Solução

⁷⁶ op.cit., pp.130/131.

diversa ofenderia o direito fundamental à inafastabilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).
 Sucede 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 rejuízo na própria fase executiva, reabrindo-se a fase de conhecimento? Talvez a solução encontrada por Eduardo Talamini seja a mais adequada: tomar emprestado o regime jurídico da alegação da *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I, CPC), que permite, invalidada a sentença, a reabertura do processo. O problema exige tratamento legislativo.⁷⁷

Para que não haja o risco de negativa de prestação jurisdicional, citado por FREDIE DIDIER acima, quanto ao fundamento do pedido não apreciado, a solução dada por EDUARDO TALAMINI, se faz imperativa. Para tornar mais claro, pertinente trazer a lume outro exemplo dado pelo autor: “o contribuinte pediu a restituição do indébito alegado (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 do fato gerador).”⁷⁸ Note-se que no exemplo dado, desconstituído o título executivo, com base no fundamento constitucional, deve-se retomar o processo a partir da sentença que não analisou o outro fundamento.

Pondera EDUARDO TALAMINI que a adoção do regime jurídico da *exceptio nulittais*, embora mais adequada, poderá trazer diversas dificuldades práticas. Afirma que “podem surgir graves impasses e dúvidas na definição quanto ao ponto de tomada do processo de conhecimento”⁷⁹. Traz como exemplo, a hipótese de rejeição do fundamento não constitucional, com procedência da demanda. Nesse caso, o contribuinte não terá interesse recursal. Daí o processo deverá ser reaberto para o contribuinte apelar da sentença.

É certo que a solução dada por EDUARDO TALAMINI, vista acima, para adoção do regime da *exceptio nulittais*, embora mais adequada, frente a luz do

⁷⁷ op.cit., p. 485.

⁷⁸ op.cit., p. 130.

⁷⁹ op.cit., p. 131.

princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, analisada à luz do princípio da segurança jurídica, não agrada. Saliente-se que, diferentemente da ação rescisória, os embargos previstos no artigo 741, parágrafo único, CPC, não estão sujeitos ao prazo bienal. Ainda, diferentemente da *exceptio nulitatis*, (ressalvada a posição de doutrinadores, como TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA que defendem não haver trânsito em julgado de decisão fundada em lei inconstitucional, ante a ausência de possibilidade jurídica do pedido) não se trata de vício de inexistência, e sim de mera inexigibilidade do título executivo fundado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo. Assim, permitir a reabertura e rejuízo da causa, “a qualquer tempo”, ante a procedência dos embargos opostos com fulcro no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, poderá trazer grave incerteza a relações há muito tempo postas à apreciação do Judiciário.

6. INOVAÇÕES PREVISTAS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto de Novo Código de Processo Civil - Lei do Senado – PLS nº 166/2010 -, aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados⁸⁰, em sua última redação, com as alterações propostas pelo Relator Geral, traz importantes inovações afetas ao presente trabalho.

Pode-se afirmar que uma das principais preocupações do PLS nº 166/2010 é a segurança jurídica. Denota-se, já na exposição de motivos, a preocupação do legislador com a segurança jurídica. Ao explicitar as razões da redação dada ao artigo 882, o *novel* legislador afirma que se deu a encampação *de outro viés* do princípio da segurança jurídica. O artigo. 882, PLS nº 166/2010, determina que uma vez firmada a jurisprudência dos Tribunais Superiores, esta somente deverá ser alterada ante “relevantes razões”. Essa é a proposta de texto do dispositivo:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

(...)

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

(...)

Outro exemplo que se pode citar, que demonstra a preocupação com a segurança jurídica, é a redução do prazo previsto para cabimento da ação rescisória. Em consonância com a proposta de redação do novo artigo 928, o prazo

⁸⁰ Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acessado em 18 de outubro de 2011.

decadencial para propositura da ação rescisória passará dos atuais 2 (dois) anos para, como regra geral, apenas 1 (um) ano.

Evidentemente, portanto, que o zelo com a segurança jurídica implica em necessária adequação da norma prevista no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973. Como já visto, o artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, sofre intensas críticas da doutrina por afetar um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a coisa julgada. Assim, atendendo de certa forma os reclamos da doutrina, o *novel* legislador manteve a norma, entretanto, com significativa alteração.

A norma encontra-se inserta Livro II - Processo de conhecimento e cumprimento de sentença; Título II – Do Cumprimento de sentença; e Capítulo III – Do cumprimento definitivo da sentença condenatória em quantia certa; no artigo 511, III, § 5º. Vejamos a nova redação:

Art. 511. No prazo para o pagamento voluntário, independentemente de penhora, o executado poderá apresentar impugnação nos próprios autos, cabendo nela arguir:

(...)

III – inexigibilidade do título;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.

A opção do *novel* legislador em inserir o dispositivo no capítulo do cumprimento de sentença está em consonância com o enquadramento dado à norma prevista no artigo 475-L, CPC/1973. O artigo 475-L, CPC/1973, traz norma semelhante ao artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, e encontra-se inserto no capítulo do cumprimento de sentença. Sem alterações, portanto, no posicionamento da norma.

A inovação na redação, por sua vez, restringe-se à parte final do dispositivo, ao considerar-se inexigível apenas a decisão contrária ao julgamento do Supremo “em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal”.

Merece aplausos o *novel* legislador por explicitar de forma clara os contornos de aplicabilidade da norma. Contudo, o artigo 511, III, § 5º, PLS 166/2010, não estará imune a críticas, haja vista a perene divergência doutrinária acerca do tema. A opção de excluir as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, independentemente suspensão da norma pelo Senado Federal, será indubitavelmente sujeita a críticas da doutrina vanguardista. Como já explicitado nos tópicos anteriores, a parcela da doutrina defende o efeito transcende das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, e, conseqüentemente, a possibilidade de, com base nessa decisão, obstar a execução de coisa julgada em sentido contrário.

A mais importante inovação trazida pelo PLS nº 166/2010 atinente à questão em estudo, e que certamente despertará a atenção da doutrina, não está na redação dada ao artigo 511, III, § 5º, e sim ao seu § 6º. O § 6º, artigo 511, PLS nº 166/2010, prevê expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão que afasta a coisa julgada formada em contrariedade à decisão do Supremo. Assim dispõe o § 6º, artigo 511, PLS nº 166/2010: “**§ 6º No caso do § 5º, a decisão poderá conter modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica**”.

Para LUIZ FUX⁸¹ a modulação dos efeitos da decisão é o mecanismo que conciliará a inexigibilidade do título executivo lastreado em lei reconhecida como

⁸¹ FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro. Direito em Expectativa. (Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)* (Coordenador). Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p. 19.

inconstitucional, com o princípio da segurança jurídica. Assim explicita as razões de inserção do § 6º no artigo 511, PLS n. 166/2010:

Inaugurou-se com aquela reforma [redação dada ao artigo 741, parágrafo único, CPC] a possibilidade de o vencido opor-se à sentença toda vez que a mesma se fundasse em “lei ou ato normativo” declarados inconstitucionais ou em aplicação de lei ou ato normativo tidos como incompatíveis com a Constituição Federal, assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal. A aplicação desse dispositivo sem qualquer limite carrega severas consequências para a parte vencedora do processo de conhecimento, máxime nas hipóteses em que à época da decisão o que imperava era a presunção de constitucionalidade da regra concretizada na decisão judicial. A jurisprudência procurou contornar a violação à segurança jurídica, postulado constitucional pós-positivista, mas não se alcançou paz, nem na doutrina, nem nos casos julgados pelos tribunais.

O anteprojeto, então, propõe a modulação dos efeitos da decisão que acolhe essa impugnação como forma de preservar a segurança jurídica e a higidez da sentença transitada em julgado.

Para a consecução desse escopo, o juiz pode estabelecer que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, v.g., seja aplicado apenas da decisão da Corte Suprema em diante (*ex nunc*), evitando a indesejável surpresa judicial.

É sabido que a modulação dos efeitos temporais de decisões não é novidade no ordenamento pátrio. Há previsão legal desde 1999, na Lei n. 9.868, artigo 27, restrita ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O § 6º, artigo 511, PLS nº 166/2010, inova, contudo, ao estender a técnica da modulação dos efeitos a todos os órgãos jurisdicionais na análise da impugnação à execução da coisa julgada contrária à Constituição.

A norma, à semelhança da prevista no artigo 27, Lei n. 9.868/99, não enumera as hipóteses de cabimento da modulação dos efeitos, impõe, apenas, a “atenção à segurança jurídica”. Trata-se de relevante instrumento que deverá ser utilizado com a parcimônia e a ponderação que exigem todas as normas de conteúdo plurissignificativo. A expressão “em atenção à segurança jurídica” é termo

aberto, que impõe, portanto, ao aplicador do direito a exegese atenta às peculiaridades do caso concreto.

Em suma, o PLS nº 166/2010 mantém a norma prevista nos arts. 475-L e 741, parágrafo único, CPC/1973, de forma mais restritiva, ou seja, apenas frente a decisões proferidas pelo Supremo em controle concentrado de constitucionalidade ou após a suspensão da norma pelo Senado Federal. O PLS nº 166/2010 inova ao prever a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. Portanto, é norma que merece aplausos por restringir a aplicabilidade dos arts. 475-L e 741, parágrafo único, CPC/1973, e inserir mecanismo para modulação dos efeitos temporais da decisão, em atenção à segurança jurídica.

7. CONCLUSÃO

A doutrina é implacável ao criticar os instrumentos que afastam a higidez da coisa julgada. A compreensão da coisa julgada como instrumento fundamental à pacificação dos conflitos sociais, à própria definição de Poder Judiciário, e à defesa do Estado Democrático de Direito, lastreiam todo o repúdio doutrinário à aceitação dos instrumentos que afetem a segurança jurídica intrínseca à coisa julgada.

A existência, contudo, de casos concretos em que há a coisa julgada fundada em norma declarada inconstitucional, não pode ser ignorada, sob pena de ofensa grave à unidade da ordem jurídica nacional e à supremacia da Constituição. É certo que a unidade da ordem jurídica e a supremacia da Constituição deverão ser buscadas com respeito aos demais princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Evidente, portanto, que a legislação deverá prever instrumentos específicos e limitados para solução deste conflito de direitos fundamentais. Referidos instrumentos deverão necessariamente estar restritos a hipóteses especiais e com cabimento condicionado. A previsão legal de instrumento de amplo cabimento, sem restrições prévias, a pretexto de proteção à supremacia da Constituição, terá resultado inverso e ofenderá os pilares do Estado Democrático de Direito.

Assim, a norma inserta no artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, deverá ter sua aplicabilidade norteadada pela indispensável proteção à higidez da coisa julgada. Impõe-se, portanto, a interpretação restritiva, atenta aos exatos contornos da norma. Por esta razão, a *novel* legislação, prevista no artigo 511, III, §§ 5º e 6º, PLS nº 166/2010, com maior clareza às restrições de aplicabilidade da norma, atende aos

anseios de parcela da doutrina mais atenta aos graves riscos em se afastar a higidez da coisa julgada.

Contudo, ainda é insuficiente o avanço do legislador em direção à proteção da coisa julgada. Há diversas questões que permanecem em aberto, não esclarecidas pela *novel* legislação. Dentre elas, pode-se destacar a ausência de ressalva expressa à preservação dos efeitos pretéritos da coisa julgada, analisada no capítulo 3. “sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, CPC/1973”, através da crítica efetuada por LEONARDO GRECO.

A despeito da crítica à ausência de maior delimitação da impugnação prevista no artigo 511, III, §§ 5º e 6º, PLS nº 166/2010, espera-se que o amadurecimento doutrinário e jurisprudencial fruto do estudo e da aplicabilidade do artigo 741, parágrafo único, CPC/1973, norteiem o cabimento deste instrumento de forma mais consentânea com a garantia da coisa julgada. O PLS n.º 166/2010 notadamente prima pela segurança jurídica em diversos dispositivos, como os que tratam dos mecanismos de uniformização e estabilidade da jurisprudência, e a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão no julgamento da impugnação prevista no como artigo 511, § 6º. Espera-se, assim, que o amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, juntamente com os mecanismos previstos no PLS n. 166/2010 atentos à segurança jurídica, sejam suficientes para restringir os casos concretos julgados em contrariedade às decisões do Supremo, e resguardar ao máximo a soberania da coisa julgada, preservando-se os efeitos pretéritos através da modulação prevista no artigo 511, § 6º, PLS n.º 166/2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 7. ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Teresa e MEDINA, José Garcia Miguel. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. 2 ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

_____, Araken. *Manual da Execução*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. 2 ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. II, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FARIA, Juliana Cordeiro e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*. 2 ed. Ver. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro. Direito em Expectativa. (Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)* (Coordenador). Rio de Janeiro: Editora Método, 2011.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coordenador). Problemas de processo judicial tributário. 5º vol. São Paulo: Dialética, 2002.*

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.*

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre A estabilidade dos litígios e o novo regime do art. 741, parágrafo único. *In ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel A. e SHIMURA, Sérgio (Coordenadores). Execução no processo civil: Novidades & tendências. São Paulo: Editora Método, 2005.*

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Coisa julgada inconstitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.*

NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado, 10. ed. ampl. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.*

NERY, Nelson Júnior. *Princípios do Processo na Constituição Federal.(processo civil, penal e administrativo). 10 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *O poder público em juízo. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.*

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo. 2ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.*

TALAMINI, Eduardo. Embargos à Execução de Título Judicial Eivados de Inconstitucionalidade. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org). Relativização da Coisa Julgada: Enfoque crítico. 2 ed. rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.*

ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coordenador). Leituras Complementares de processo civil. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2005a.*

_____, Teori Albino. *Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*. Revista de Processo, São Paulo, n. 125, p. 79-91, jul. 2005b.