

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

*(res judicata in face of a unconstitutionality decision and execution of
judgements against public treasure)*

Isadora Dowsley Pinto Ribeiro

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Recife – UFPE

Maria Eduarda Ribeiro Almeida

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Recife - UFPE

RESUMO: Com o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, em março de 2016, novos apontamentos devem ser feitos acerca de institutos já clássicos no campo das investigações jurídicas. Dentre eles, destaca-se a temática da inexigibilidade do título judicial eivado de inconstitucionalidade, a qual teve seu regramento reformulado. Este artigo fará um breve histórico da coisa julgada inconstitucional na execução contra a Fazenda Pública, bem como analisará o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do art. 741 do CPC/73, e comparará os regramentos dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, sobre a matéria legal.

PALAVRAS CHAVES: PROCESSO CIVIL, COISA JULGADA, TÍTULO JUDICIAL, INEXIGIBILIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE, FAZENDA PÚBLICA.

ABSTRACT: With the beginning of validity of new Civil Procedure Code 2015, in march, 2016, the impacts of innovation introduced in field of Brazilian's Civil Procedure are immeasurable. New notes regarding the classic institutes of legal research must be done. Among them, is the theme of unenforceability of judicial enforcement instrument contaminated with unconstitutionality, which had its regulation modified by New Civil Procedure Code. This article, establishing a comparison between the codes from 1973 and 2015, will present a brief historical on unconstitutionality of res judicatas

on execution of judgements against Public Treasure, as well as analysis of a recent Supreme Court trial about the constitutionality of 1973's Civil Procedural Code's article 741.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE, RES JUDICATA, ENFORCEMENT INSTRUMENT, UNENFORCEABILITY, UNCONSTITUTIONALITY, PUBLIC TREASURE.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada representa um pilar indispensável para a própria existência do discurso jurídico. Robert Alexy, na Teoria da Argumentação Jurídica, afirma que a estabilização – representada pelo realista como a limitação da argumentação no tempo – do discurso é *conditio sine qua non* para que seja considerado jurídico¹.

Na visão de Ovídio Baptista, a coisa julgada é a “virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a lei do caso concreto²”.

Assim, a segurança jurídica, a existência de discurso jurídico e o Estado Democrático de Direito são conceitos intrínsecos, importando na irretroatividade, na previsibilidade e na confiabilidade dos atos estatais, que, por sua vez, geram um ambiente de estabilidade institucional, propício a concretizar a dignidade humana³.

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal,

1 - ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001, P. 212.

2 - DA SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, P. 480 e 481.

3 - DIDIER JR., Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015, P 557.

sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade⁴.

É sob essa óptica que a Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Dessa afirmação, extrai-se que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada e que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada⁵.

Em meio a esse contexto, tem-se que o parágrafo único do art. 741 do CPC/73 adentrou no ordenamento jurídico como espécie de instrumento de “ataque” à coisa julgada fora da delimitação temporal bienal da ação rescisória, podendo ser invocado nos casos em que a sentença transitada em julgado estivesse fundada em norma inconstitucional.

Assim, a partir do CPC/73, passou a existir a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada – com condão de obstar a execução do título judicial decorrente de “sentença inconstitucional” – por meio de dois mecanismos, quais sejam: i) impugnação ao cumprimento de sentença, em cujo polo passivo figure particular, conforme disposição expressa do art. 475-L⁶; e ii) embargos à execução, promovidos pela Fazenda Pública, conforme disposição expressa do art. 741, parágrafo único⁷.

Os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento de sentença seriam, assim, novos mecanismos aptos a obstar os efeitos da coisa julgada material, advinda do trânsito em julgado da sentença, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato que respaldou a decisão, denominando-se tal feito de “coisa julgada inconstitucional”.

4 - SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, P. 397.

5 - MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 57.

6 - Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 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.

7 - Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora; V – excesso de execução; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

O enfoque do presente estudo situa-se na coisa julgada inconstitucional, nas execuções movidas em face da Fazenda Pública, e serão abordadas algumas peculiaridades sobre a matéria, tais como o modo como esse instituto adentrou no ordenamento jurídico pátrio e a discussão acerca de sua constitucionalidade.

Ressalta-se, ainda, que o CPC/15 disciplinou a matéria, em seu art. 535, §5º ao §8º. Contudo, mesmo com o advento do novo Código de Processo Civil, os questionamentos que permeiam o instituto da coisa julgada inconstitucional não foram dirimidos, sendo relevante, portanto, trazer algumas abordagens sobre o tema, sobretudo, no que tange às mudanças trazidas, pelo novo regime processual.

2. BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Ação Rescisória – ação autônoma de impugnação, que tem por objetivo a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado – foi legalmente regulada pelo CPC/39⁸. Com a superveniência do CPC/73, a tangibilidade da coisa julgada foi confirmada, havendo a ampliação do rol de cabimento da ação rescisória⁹ e a inserção dos embargos à execução como meio de desfazimento dos efeitos da coisa julgada.

Isto porque, com a introdução do parágrafo único ao art. 741 do CPC/73, pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001, o ordenamento jurídico passou a prever a possibilidade de a Fazenda Pública arguir a inexigibilidade do título executivo fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal, em sede de embargos à execução. Em outras palavras, mesmo após o trânsito em julgado de decisão declaratória de obrigação de pagar, em desfavor do ente público, este obteve a prerrogativa de arguir a inexigibilidade do título, em razão de a decisão ter-se pautado em lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

8 - Art. 798. Será nula a sentença: I – quando proferida: a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e; b) com ofensa à coisa julgada; c) contra literal disposição de lei. II – quando o seu principal fundamento for prova declarada falsa em Juízo criminal, ou de falsidade inequivocamente apurada na própria ação rescisória.

9 - Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Logo, tendo em vista a possibilidade de ruptura da coisa julgada material por meio de embargos à execução, iniciou-se, na doutrina e na jurisprudência, calorosa discussão acerca da constitucionalidade da norma jurídica, prevista do parágrafo único do art. 741, do CPC/73.

Na doutrina, Nelson Nery Jr defendia a inconstitucionalidade do artigo¹⁰, enquanto Humberto Theodoro Jr. considerava que qualquer sentença inconstitucional seria insuscetível de execução, independentemente de pronunciamento de inconstitucionalidade do Tribunal Superior¹¹. Araken de Assis, por sua vez, só considerava a inexigibilidade do título executivo nos casos em que a inconstitucionalidade fosse declarada pelo controle concentrado de constitucionalidade¹². Por último, Talamini defendia que, a inconstitucionalidade declarada por controle difuso de constitucionalidade também poderia ser considerada para fins de inexigibilidade do título, desde que a norma fosse suspensa por resolução do Senado¹³.

Não obstante o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2418, pela Ordem dos Advogados do Brasil, alegando que a medida provisória seria inconstitucional por não cumprir o pressuposto de relevante urgência para sua edição, ferindo, portanto, o art. 62 da Constituição Federal¹⁴, seu conteúdo foi confirmado por meio da Lei 11.232 de 2005, a qual introduziu, no ordenamento jurídico, o art. 475, L – trazendo, assim, as hipóteses do art. 741 para o cumprimento de sentença – e modificou o caput do art. 741, especificando que este artigo seria aplicável à execução contra a fazenda pública¹⁵.

As alterações promovidas pela Lei 11.232/05 ensejaram o ajuizamento de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob nº 3470, pela Ordem dos Advogados do Brasil, alegando que a inclusão do parágrafo único do art. 741 atentou contra o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal¹⁶, uma vez que a referida lei afetaria a intangibilidade da coisa julgada.

10 - NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, P. 920.

11 - JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, 2003. P. 274.

12 - ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, P. 330 e 331.

13 - TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, parágrafo único). In: Revista de Processo, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, P. 6.

14 - Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

15 - Caput do art. 741 antes da Lei 11232/05: Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: [omissis] Caput do art. 741 após a Lei 11232/05: Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [omissis].

16 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Além disso, com o surgimento do instituto da repercussão geral, em 2006, foram escolhidos como representativos de controvérsia os Recursos Extraordinários nº 611.503/SP e nº 586.068/PR, reiterando a discussão acerca da (in)constitucionalidade da mitigação da coisa julgada trazida pelos arts. 741 e 475, L do CPC/73, o que levou ao sobrestamento de milhares de recursos em virtude da Repercussão Geral reconhecida pelo STF.

Apenas em maio de 2016, houve o julgamento da ADI nº 2418, a qual se restou prejudicada, declarando o STF a constitucionalidade do artigo em questão. Contudo, os recursos extraordinários correlatos e a ADI nº 3470, até o presente momento, não tiveram seus julgamentos finalizados.

Com efeito, faz-se imprescindível tecer alguns comentários acerca deste recente julgamento, o qual, apesar de ter declarado a constitucionalidade do parágrafo único do art. 741, do CPC/73, deixou algumas questões de direito em aberto, ao tratar da norma jurídica correspondente no CPC/15, qual seja o supracitado art. 535, § 5º ao §8º. Eis o que será abordado a seguir.

3. DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 741 DO CPC/73

A redação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, trazia dois grandes problemas: i) não diferenciava as hipóteses da decisão de inconstitucionalidade da lei ou do ato jurídico ser antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, e ii) não mencionava se o controle de constitucionalidade capaz de ensejar a inexigibilidade do título seria difuso ou concentrado, dando margem a aplicações que subvertem a essência do sistema e atentam contra a segurança jurídica.

Além dos problemas interpretativos, gerados pelas omissões do legislador, pairavam-se, sobre o campo doutrinário, outros questionamentos, tais como: “os embargos à execução apenas reconheceriam a inexigibilidade do título executivo ou teriam o condão de rescindir a sentença?” e “a rescindibilidade seria efeito produzido apenas pela ação rescisória?”

É nesse sentido que se destaca a importância do julgamento da ADI 2418, na qual o Min. Teori Zavascki, relator da ação, estabeleceu os limites de aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, pondo fim a alguns lapsos do legislador, sobretudo, no tocante à questão da possibilidade da rescindibilidade da coisa julgada por meio dos embargos à execução.

Antes de partir para a análise do julgamento, frise-se que o art. 741, parágrafo único, foi recentemente revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, recebendo regramento semelhante no atual art. 535, §5º ao §8º,

excetuadas certas inovações. Desta feita, ressalta-se que, como bem destacou o Min. Teori Zavascki, o juízo de constitucionalidade é válido para as regras jurídicas que reproduziram as regras do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, excluindo-se, portanto, as novidades legislativas. Desse modo, o juízo de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal é válido, também, para o regramento do CPC/2015, excetuando-se os § 6º e §8º, do art. 535, do mesmo diploma legal.

Posto isso, prossigamos.

No julgamento, a primeira delimitação feita pelo Min. Teori Zavascki foi no sentido de afirmar que o regramento do art. 741, parágrafo único, CPC/73, não abarcava todas as situações de inconstitucionalidade¹⁷.

Ora, como se sabe, a sentença pode ser inconstitucional quando: i) aplica norma inconstitucional (ou com sentido ou situação tidos como inconstitucional); ii) deixa de aplicar norma declarada constitucional; iii) aplica dispositivo da Constituição considerado não autoaplicável; iv) quando o aplica à base de interpretação equivocada; v) deixa de aplicar dispositivo constitucional autoaplicável.

Em se tratando do dispositivo em análise (art. 741, parágrafo único, do CPC/73), a inconstitucionalidade abordada limitava-se às hipóteses de sentença que aplica norma inconstitucional ou com sentido ou situação tidos como inconstitucional e de sentença que declara inconstitucional ou deixa de aplicar norma considerada constitucional pelo STF, em virtude da eficácia dúplice das sentenças meritórias¹⁸, por efeito da literalidade do dispositivo.

Define, ainda, que, ao contrário do que defendia Humberto Theodoro Jr, o art. 741, parágrafo único, necessitava, para ser aplicado, de prévia decisão do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade da norma jurídica.

Assim, de maneira irretocável, o Min. Teori Zavascki resolve a problemática acerca da decisão de inconstitucionalidade proferida antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, na medida em que deixa clara a existência de regimes diferentes para a declaração de inconstitucionalidade decidida antes do trânsito em julgado da sentença e para a declaração de inconstitucionalidade superveniente à formação da coisa julgada da sentença exequenda.

De igual modo ao estabelecido pelo CPC/2015, a arguição da inconstitucionalidade por embargos à execução, no antigo regime, apenas

17 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1908741>. Acesso em 25 de junho de 2016. ADI 2418, Relator Min. Teori Zavascki. DJE de 09/05/2016.

18 - O Min. Teori Zavascki acentua, em seu voto na ADI 2418, que “ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação, o que se faz é a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (que é igual a produzida pela interpretação conforme a Constituição) mas, ao mesmo tempo e como consequência, é b) declarar a inconstitucionalidade de outra ou outras normas (igual a que é produzida pela interpretação repelida).

poderia ser feita antes do trânsito em julgado da sentença exequenda, enquanto ainda ocorresse a fase executiva, pois não havia sentido em opor embargos à execução, quando a fase executiva já houvesse se encerrado. Leia-se excerto do voto:

No regime do CPC/73, não havia distinção entre ser o precedente anterior ou superveniente à sentença exequenda. Mas é claro que, se o precedente do STF tiver sido anterior (como agora dispõe o § 14 do art. 525 do CPC/15), fica evidenciado, mais claramente, o desrespeito à autoridade da Suprema Corte. No atual regime (CPC/15), se a decisão do STF, sobre a inconstitucionalidade, for superveniente ao trânsito em julgado da sentença exequenda, “cabará ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em conformidade com o que dispõe o atual Código de Processo Civil, em seu art. 535, §8º, caso a decisão de inconstitucionalidade tenha sido proferida pelo STF de forma superveniente à formação do título judicial e não tenha seus efeitos pela Corte Suprema, o mecanismo de rescindibilidade cabível será a ação rescisória, ajuizada perante o tribunal competente.

No tocante à conturbada discussão acerca da possibilidade de os embargos à execução rescindirem a coisa julgada, o Ministro definiu que a interpretação correta do dispositivo (art. 741, parágrafo único, do CPC/73) seria no sentido de reconhecer que, de fato, o campo da rescindibilidade das sentenças foi alargado, podendo, assim, serem rescindidas por meio de embargos à execução, propostos pela Fazenda Pública. *In verbis*, vide trecho do voto do Min. Relator:

Assim, alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas a rescisão por via de impugnação ou de embargos a execução. A existência de precedente do STF representa, portanto, o diferencial indispensável a essa peculiar forma de rescisão do julgado.

Outro ponto controvertido resolvido pelo Supremo Tribunal Federal foi em relação à distinção entre a decisão de inconstitucionalidade proferida por controle de constitucionalidade concentrado e a decisão proferida por controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista que tanto o regramento do CPC/15 quanto a análise feita pelo Min. Teori Zavaski apontam que não

importa se a decisão foi proferida em controle concentrado ou difuso para ser passível de rescisão.

Frisa-se que a distinção entre os controles de constitucionalidade difuso e concentrado não são compatíveis com a valorização do sistema de precedentes pretendida pelo CPC/15, sendo de extremo valor a interpretação do Supremo nesse aspecto, ao passo em que se coagula com a legislação processual vigente.

Também não se fazia alusão nem distinção, à época, entre precedente em controle incidental ou concentrado. Como agora explicita o novo Código, essa distinção é irrelevante. Em qualquer dos casos, e independentemente da existência ou não de resolução do Senado suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional, tem igual autoridade a manifestação do Supremo em seu juízo de constitucionalidade, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. A distinção restritiva, entre precedentes em controle incidental e em controle concentrado, não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada simplesmente em função do procedimento em que a decisão foi tomada. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme reconheceu o STF no julgamento da Reclamação 4.335, Min. Gilmar Mendes, Dje 22.10.14, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica de que a eficácia erga omnes das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerada “efeito natural da sentença” (BITTENCOURT, Lúcio, op. cit., p. 143; CASTRO NUNES, José. Teoria e prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 592). É exatamente isso que ocorre, aliás, nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 949 do CPC/15, reproduzindo o parágrafo único do art. 481 do CPC/73, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do plenário do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu três pressupostos para a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73 e de seu correspondente no Código de Processo Civil vigente, o art. 535, do CPC/15, quais sejam: i) estar a sentença fundada em norma reconhecidamente

inconstitucional – ou com sentido/intepretação inconstitucional – ou deixar de aplicar norma constitucional; ii) ter o STF declarado a inconstitucionalidade da norma, por controle concentrado ou difuso de constitucionalidade; e iii) ter o reconhecimento de inconstitucionalidade se dado antes do trânsito em julgado da sentença exequenda.

Todavia, o recente julgamento não acaba com a discussão acerca da coisa julgada inconstitucional. O CPC/15 juntamente com a recente interpretação do STF deram fim a diversos pontos controvertidos. Entretanto, pouco se comenta sobre as inovações normativas: a possibilidade de haver modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, em atenção à segurança jurídica, e a delimitação do marco temporal do início da contagem do prazo bienal da ação rescisória, qual seja o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade (art.535, §6º e §8º, CPC/15, respectivamente). É sobre isso que se tratará a seguir.

4. DAS MUDANÇAS NORMATIVAS ENTRE OS REGIMES DE 1973 E DE 2015: DO ARTIGO 741, PAR. ÚNI., AO ARTIGO 535, §5º AO §8º.

O advento do atual Código de Processo Civil, o qual entrou em vigência em março de 2016, acarretou uma série de mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Por esta razão, antes de adentrar na análise da norma jurídica disposta no art. 535, §5º ao §8ª, do CPC/15, que permite a alegação de inconstitucionalidade da coisa julgada, faz-se imprescindível destacar algumas mudanças no regime das execuções propostas em face da Fazenda Pública, tendo em vista a interligação sistêmica destes institutos.

Cumprir destacar, primeiramente, que, nos casos em que o executado é a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa em relação a particulares, devido às peculiaridades do regime dos bens públicos, os quais não se submetem a medidas expropriatórias, por serem impenhoráveis e inalienáveis. Desta feita, em se tratando do Erário, o pagamento de eventuais condenações deve ser submetido à sistemática do precatório ou do regramento de pequeno valor (“RPV”) – a depender do valor da obrigação –, em conformidade com o art. 100, da Constituição Federal.

Em decorrência dessas peculiaridades, no regime do CPC/73, independentemente de o título ser judicial ou extrajudicial, para receber quantia em pecúnia do Ente Público, seria necessário ajuizar uma ação de execução, a qual era processada em autos apartados do processo de conhecimento, sendo o executado citado para oferecer defesa, por meio de embargos à execução, frise-se, independente da natureza do título em questão. Para tanto, outrossim, seguiam-se as regras do art. 741, CPC/73.

Por seu turno, o regramento em vigor modificou substancialmente as normas de execução contra a Fazenda Pública, tendo em vista que, no CPC 2015, quando a execução contra o Erário se fundar em título judicial, que reconheça a obrigação de pagar quantia certa, a parte exequenda deverá requerer o cumprimento de sentença contra aquela, não se fazendo mais necessário, portanto, ajuizar uma ação de execução, como outrora era exigido (arts. 534 e 535, do CPC/15).

Como se sabe, o cumprimento de sentença é fase processual, que, ao ser requerida, faz com que a Fazenda Pública seja intimada – e não citada – para apresentar, em 30 (trinta) dias, sua impugnação. Logo, atualmente, a possibilidade de a Fazenda Pública arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, após a sentença, ocorrerá em sede de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 535, §5º ao §8º) e não mais por meio de embargos à execução.

Feito este breve esclarecimento, é importante destacar as mudanças normativas entre os regimes de 1973 e de 2015, no tocante à coisa julgada tida por inconstitucional e a execução em face da Fazenda Pública, a começar pelas inovações do texto legal do art. 535, do CPC/15:

CPC/73	CPC/2015
<p>Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:</p> <p>(...)</p> <p>II - inexigibilidade do título;</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.</p>	<p>Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:</p> <p>(...)</p> <p>III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;</p> <p>(...)</p> <p>§5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.</p> <p>§6º. No caso do § 5o, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.</p> <p>§7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.</p>

Na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a Fazenda Pública pode, em sua impugnação, alegar a inexigibilidade do título ou a inexigibilidade da obrigação. Haverá, outrossim, inexecutibilidade, quando a decisão não ostentar a natureza de título executivo judicial ou quando nela faltarem os atributos da respectiva obrigação, quais sejam, a exigibilidade, a certeza e a liquidez¹⁹.

O art. 535, § 5º do CPC/15 representa uma hipótese especial de inexigibilidade da obrigação, na medida em que aduz à coisa julgada inconstitucional, impedindo, portanto, o exercício da pretensão do exequente. O mencionado dispositivo deixa evidente que a decisão do STF pode ter sido resultado de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pondo fim a longa discussão acerca do tipo de controle de constitucionalidade que seria apta a ensejar à aplicação dessa regra jurídica²⁰.

Não obstante, também não é toda sentença inconstitucional que pode ter seu cumprimento obstado, pois, conforme julgamento da ADI nº 2418, o Min. Teori Zavascki já se posicionou no sentido de afirmar que são apenas três os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo, quais sejam: i) a aplicação de lei inconstitucional; ii) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, iii) a aplicação da lei com um sentido (=uma interpretação) tido por inconstitucional.

Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de constitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E, no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação, conforme à Constituição²¹.

19 - DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, P. 342.

20 - “É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta” (ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentença inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fred. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPodivm; 2006, P. 337.

21 - ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentença inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fred. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006, P. 333.

Além disso, percebe-se que a aplicação do dispositivo pressupõe que a decisão do STF tenha sido anterior à formação do título judicial, bem como que a lei – cuja inconstitucionalidade já tenha sido proclamada pelo STF – tenha sido essencial para a procedência do pedido²².

Desta feita, o CPC/2015 afasta a ideia de alegação de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada para obstar a execução, negando, assim, a tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre um juízo legítimo de constitucionalidade e, conseqüentemente, sobre a coisa julgada. Portanto, tal dispositivo foi importante, não só para resguardar a intangibilidade da coisa julgada material – que, no Brasil, é assegurada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI – mas, também, para ressaltar a especificidade do controle difuso de constitucionalidade²³.

Com o parágrafo 7º, do art. 535, houve, ainda, uma reafirmação da eficácia obrigatória dos precedentes constitucionais, na linha da teoria dos precedentes das Cortes Supremas, uma vez que o fundamento da dedução da decisão de inconstitucionalidade, na impugnação, deixou de ser a nulidade da lei inconstitucional e passou a ser a eficácia obrigatória da decisão de inconstitucionalidade. Logo, a decisão judicial que nega pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, firmado em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, constitui decisão eivada de vício grave, que compromete a sua exequibilidade²⁴.

Contudo, essa regra não se aplica a decisão de inconstitucionalidade proferida posteriormente à formação do título judicial, tendo em vista que, proferida decisão do STF após o trânsito em julgado, e não tendo havido modulação de efeitos pela Corte Suprema, a hipótese será de ação rescisória, ajuizada perante o tribunal competente, cujo prazo para interposição será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 535, §8º, CPC/15).

Conforme destaca o jurista Leonardo Carneiro da Cunha, a hipótese de cabimento da Ação Rescisória prevista no § 8ª do art. 535 do CPC/15 não se confunde com a hipótese prevista no inciso V, do art. 966²⁵, do mesmo

22 - DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, P. 344.

23 - MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, P. 72 a 77.

24 - Idem, *ibidem*. P. 72 a 77.

25 - Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

diploma legal, tendo em vista que os pressupostos e a contagem de prazo para o exercício do direito à rescisão são diversos.

Se o órgão jurisdicional decide contrariamente a entendimento já firmado pelo STF, será possível ao executado, no posterior cumprimento de sentença, apresentar impugnação para invocar a inexigibilidade do título (art. 535, §5º, do CPC). Nesse caso, a alegação tem por finalidade obstar o cumprimento da sentença, encobrendo a pretensão executiva. A impugnação não visa desfazer ou rescindir a decisão sob cumprimento; destina-se apenas a reconhecer sua ineficácia, sua inexigibilidade, impedindo que se prossiga com o cumprimento de sentença. Para desfazer ou rescindir a decisão, é preciso ajuizar ação rescisória. Em tal hipótese, a rescisória terá por fundamento o inciso V do artigo 966, pois terá havido manifesta violação a norma jurídica: o órgão julgador decidiu contrariando a norma construída pelo STF ao interpretar o correspondente texto ou enunciado constitucional. Enfim, se a desarmonia entre a decisão rescindenda e a orientação do STF for congênita, caberá ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 966 do CPC. (...) Se, porém, a desarmonia entre a decisão e o entendimento do Supremo Tribunal Federal vier a ocorrer depois da coisa julgada, aí a ação rescisória não terá fundamento no inciso V do artigo 966 do CPC. Isso porque, nesse caso, quando fora proferida decisão, não existia ainda pronunciamento do STF. Logo, não houve manifesta violação da norma jurídica. O órgão julgador não contrariou entendimento do Supremo Tribunal Federal, inexistindo à época da decisão. Na hipótese de o Supremo Tribunal Federal vir a proferir decisão contrária após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, a rescisória terá por fundamento o §8º do art. 535 do CPC. A hipótese é diversa ²⁶.

Com efeito, percebe-se que, na hipótese da rescisória do art. 966, V, do CPC/15 a desarmonia entre a decisão rescindenda e o entendimento da Suprema Corte deve ser congênita ou anterior ao trânsito em julgado da decisão. Por outro lado, na hipótese da rescisória, disposta no art. 535, §8º, do mesmo diploma legal, a decisão de inconstitucionalidade será posterior ao trânsito, sendo situações diversas e tendo, portanto, regime jurídicos diversos, uma vez que, no segundo caso, o órgão julgador não contrariou decisão do Supremo Tribunal Federal.

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

26 - DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, P. 345 e 356.

Contudo, frisa-se que a ação rescisória – seja a do art. 966 ou a do art. 535, do CPC/15 – é espécie de ação desconstitutiva ou constitutiva negativa. Significa, então, que seu ajuizamento decorre do exercício, pela parte autora, de um direito potestativo à desconstituição da coisa julgada, sendo o prazo para o seu ajuizamento decadencial.²⁷

A seu turno, o §6º, do art. 535, ao consagrar a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, parte da premissa de que, para se preservar as decisões pautadas na aplicação de lei inconstitucional, na aplicação da lei a situação considerada inconstitucional, ou na aplicação da lei com um sentido (=uma interpretação) tido por inconstitucional, é preciso negar eficácia retroativa à decisão de inconstitucionalidade.

Sendo assim, se o Supremo Tribunal Federal der efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, resta prejudicada a possibilidade de rescisória do §8º, do art. 535.

A hipótese do inciso V, art. 966 difere, ainda, da hipótese do §8º do art. 535, em relação ao início da contagem de prazo, para o ajuizamento da ação rescisória. Isto porque, enquanto a rescisória do art. 966 tem seu prazo contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, a rescisória do art. 535 tem seu prazo contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, ao dispor que “se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 535, §8º), subordina-se a estabilidade da coisa julgada a uma verdadeira condição atemporal, tendo em vista que, a qualquer momento, reconhecida ou declarada a inconstitucionalidade de certa norma – ou de sua interpretação – pelo STF, inicia-se a contagem do prazo para interposição da ação rescisória.

Por esta razão, juristas, como Luiz Guilherme Marinoni, defendem a inconstitucionalidade dessa regra jurídica, na medida em que, por tal preceito normativo, a coisa julgada teria apenas estabilidade provisória, subordinando-se a uma eterna possibilidade de alteração pela Suprema Corte Federal²⁸.

27 - DIDIER JR. Fred; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2016, P. 257.

28 - “A intangibilidade da coisa julgada material é essencial para a tutela da segurança jurídica, sem a qual não há Estado de Direito, ou melhor, sem a qual nenhuma pessoa pode se desenvolver e a economia não pode frutificar. Nem se diga, nessa altura, que a alegação da decisão de inconstitucionalidade constituiria uma exceção constitucionalmente legítima à intangibilidade da coisa julgada, argumentando-se que a rescisão da coisa julgada fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional seria uma afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade. É sempre importante advertir que a garantia da coisa julgada não resguarda os efeitos de uma lei inconstitucional, porém ressalva os efeitos de um juízo constitucional, que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 108.

Como destacou o Min. Teori Zavascki, no julgamento da ADI 2418, o juízo de constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, CPC/73, é válido para as normas que foram reproduzidas no art. 535, do CPC/15. Assim, as novidades legislativas, a exemplo dos §6º e §8º, do art. 535, até o presente momento, não tiveram sua constitucionalidade declarada, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

A segurança jurídica é um dos elementos fundamentais ao Estado Democrático de Direito, ante a necessidade de pacificar os conflitos sociais intersubjetivos, pautando-se em dois elementos basilares, quais sejam: i) a estabilidade das decisões dos Poderes Públicos; e ii) a previsibilidade, que se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos²⁹.

Com a possibilidade da desconstituição da decisão transitada em julgado, por meio de impugnação ao cumprimento de sentença – antes, embargos à execução – interposto pela Fazenda Pública, observa-se uma ampliação do rol de hipóteses dos meios rescisórios.

Assim, embora as diversas divergências doutrinárias, acerca da constitucionalidade da regra jurídica do artigo 741, CPC/73, em razão, sobretudo, da alegação de violação ao princípio da segurança jurídica, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2418), o STF decidiu pela constitucionalidade da regra jurídica e, por consequência, a do seu correspondente no diploma legal vigente, a saber, o artigo 535, §5, CPC/73, dirimindo, assim, uma série de dúvidas que pairavam o tema.

Não obstante, as controvérsias sobre a coisa julgada inconstitucional e a execução contra a Fazenda Pública estão longe de ter um fim definitivo. Com as inovações trazidas pelo CPC/15, a exemplo da possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade do título judicial eivado de inconstitucionalidade, bem como da ação rescisória atemporal (§6º e §8º, art. 535, do CPC/15, respectivamente), novos questionamentos surgem, restando ao tempo – por meio de eventuais decisões sobre a matéria e/ou da praxe jurídica – definir o modo como se operará essa norma jurídica no ordenamento pátrio.

29 - WAIBER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P. 22.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.

ASSIS, Araken de. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1908741>. Acesso em 25 de junho de 2016. ADI 2418, Relator Min. Teori Zavaski. DJE de 09/05/2016.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2016.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. CURSO DE PROCESSO CIVIL. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER JR. Fred; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSOS NOS TRIBUNAIS. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fred; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TALAMINI, Eduardo. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE (CPC, ART.741, PARÁGRAFO ÚNICO). In: Revista de Processo, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002.

WAIBER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O DOGMA DA COISA JULGADA: HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇA INCONSTITUCIONAIS. In: DIDIER JR., Fred. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006.