



Onsadia para traduzir em proventos práticos aquilo que a ideologia da Carta Magna assegura aos cidadãos em termos de garantias fundamentais e da respectiva tutela jurisdicional. Chatevidade, para superar vícios e preconceitos arraigados nas arcaicas praxes do foro e para forjar "uma vontade firmemente voltada à edificação de uma nova Justiça. Mais transparente, mais eficaz e efetiva, econômica e, sobretudo, rápida".<sup>34</sup>

Urge superar, sem mais delongas, o estágio da retórica jurídica para penetrar na prática inadiável da gestão de qualidade da prestação jurisdicional. Só assim, transformar-se-á o processo civil no efetivo instrumento de realização da missão cívica que a declaração fundamental lhe destina.

É, enfim, a hora de dar vida à lição doutrinária sobre a efetividade e instrumentalidade do processo: de tornar realidade a vontade política proclamada na Carta Magna, asseguradora da paz social e aplacadora da natural sede de justiça da sociedade.

É por isso que estou certo, acima de tudo, da extrema necessidade de empenhar-se a Nação na reforma dos serviços judiciários e no aperfeiçoamento de seus operadores em todos os níveis, quer para solucionar conscientosamente os conflitos, quer para estimular a busca de soluções consensuais alternativas. Sem aprimorar os homens que não manejar os instrumentos jurídicos, toda reforma da lei processual será impotente para superar os verdadeiros problemas da insatisfação social com o deficiente *acesso à Justiça* que, entre nós, o Poder Judiciário hoje proporciona.

2.2

EMBARGOS À EXECUÇÃO  
COM EFICÁCIA RESCISÓRIA:  
SENTIDO E ALCANCE DO ART. 741,  
PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC

TEORI ALBINO ZAVASCKI

SUMÁRIO: 1. O tema - 2. As diversas posições doutrinárias a respeito - 3. Exegese do dispositivo: constitucionalidade e alcance - 4. Especificidade das sentenças institucionais sujeitas a rescisão por embargos - 5. Pressuposto indispensável: a existência de precedente do STF - 6. A questão do direito intertemporal: inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência - 7. Aplicação subsidiária às ações executivas *lato sensu* - 8. Suma conclusiva.

## 1. O tema

Trata-se de investigar o sentido e o alcance do disposto no art. 741, parágrafo único do CPC, que assim dispõe: "para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inextinguível 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".

## 2. As diversas posições doutrinárias a respeito

Há polêmica a respeito dele na doutrina e na jurisprudência. Por um lado, há os que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada.<sup>35</sup> É posicionamento que tem como pressuposto lógico - expresso ou implícito - a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

<sup>34</sup> NALINI, José Renato. A gestão de qualidade na Justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 722, p. 373.

<sup>35</sup> Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 8. ed., SP, RT, 2004, p. 1156; DALLAZEM, Dalton Luiz. "Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF", *Revista Dialética de Direito Processual - RDDP*, 1421.

Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia do Constituinte e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado. Eis, sumariadas, as razões de Humberto Theodoro Jr., defensor dessa corrente: “a inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito *erga omnes* na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe o reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja a sentença disposta contra o preceito magno atará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a *res judicata*, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado”.<sup>3</sup>

Também essa corrente merece críticas. Ela confere aos embargos à execução uma eficácia rescisória muito maior que a prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, eficácia essa que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio, portanto, não nesse dispositivo infraconstitucional, mas diretamente na Constituição. Ademais, a se admitir a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria eliminado, de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, o princípio da coisa julgada, que também tem assento na Constituição. Além desse princípio, comprometer-se-ia um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, eis que se daria oportunidade à permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores). Em suma, propiciar-se-ia, em matéria constitucional, a perene instabilidade do julgamento, dando razão à precisa crítica de Barbosa Moreira:

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 89, jan.-jun./2004, Belo Horizonte (MG), pp. 94/95.

“Suponhamos que um juiz convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Finalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submeter-lá ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice conceber-se-ia o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda?”<sup>4</sup>

*In medio virtus*. Entre as duas citadas correntes (que, com suas posições extremadas, acabam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, o da supremacia da Constituição ou o da coisa julgada) estão os doutrinadores que, reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo, buscam dar-lhe o alcance compatível com o seu enunciado. Mesmo entre esses, todavia, há divergências. Há quem sustente que a inexistência do título executivo judicial seria invocável apenas nas restrições hipóteses em que (a) houver precedente do STF (b) em controle concentrado de constitucionalidade; (c) declarando (ainda que sem redação de texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda.<sup>5</sup> E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abrangendo não apenas as situações referidas, mas também (a) quando a sentença exequenda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado (CF, art. 52, X); e também (b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado.<sup>6</sup> Ambas as correntes – e nisso merecem crítica – embasam suas conclusões apenas em função da eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionalidade, só admitindo o cabimento de embargos rescisórios nos casos em que o precedente do STF tenha eficácia *erga omnes*, direta (em ações de controle concentrado) ou indireta (por via de resolução do Senado).

### 3. Exegese do dispositivo: constitucionalidade e alcance

A constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças

<sup>4</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Revista Dialética de Direito Processual* – RDDP, n. 22, pp. 108/109.

<sup>5</sup> Nesse sentido, v.g.: ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, *Revista Dialética de Direito Processual* – RDDP 4:9-27.

<sup>6</sup> Nesse sentido, v.g.: TALAMINI, Ednardo. “Embargos à execução de título judicial elidido de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único)”, *RevPro* 106:38-83.

inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força rescisória também aos embargos à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso.

Para estabelecer, mediante exegese específica, o conteúdo e o alcance desse novo instrumento, duas premissas essenciais devem ser consideradas: (a) a de que ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade; e (b) a de que esse vício específico tem como nota característica a de ter sido reconhecido em precedente do STF.

#### 4. Especificidade das sentenças inconstitucionais sujeitas a rescisão por embargos

Realmente, o preceito normativo comentado não tem a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à constitucionalidade em variadas situações, que vão além das que resultam do controle da constitucionalidade das normas. A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica dispositivo da Constituição auto-aplicável não auto-aplicável, ou (d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa a supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.

A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Trata-se de solução para situações especiais, e, consequentemente, não atasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade não especificados naquele dispositivo. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da “relativização da coisa julgada”, com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns admitindo a “relativização”<sup>66</sup> e outros negando-a peremp-

toriamente.<sup>7</sup> Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descartar a adoção, para tanto, do procedimento do art. 741, parágrafo único do CPC, mesmo que a hipótese extrapole dos limites nele estabelecido. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado – por imposição do princípio da instrumentalidade – o que melhor atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destina o referido mecanismo.

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 com a Constituição Federal*”. São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) 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 inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição.

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

Há situações, todavia, em que a pura e simples redução de texto não se mostra adequada ao princípio da preservação da Constituição e da sua força normativa. A técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada justamente em situações dessa natureza, em que a norma é válida (= constitucional) quando aplicada a certas situações, mas inválida (= inconstitucional) quando aplicada a outras.<sup>8</sup> O reconhecimento dessa dupla face do enunciado normativo

<sup>66</sup> V.g.: DELGADO, José Augusto. “Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais”, in *Coisa Julgada Inconstitucional* – Coord. Carlos Valder do Nascimento, RJ, América Jurídica, 2002; THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in *Coisa Julgada Inconstitucional* – Coord. Carlos Valder do Nascimento, cit., p. 83; DINAMARCO, Cândido. “A nova era do Processo Civil”, Malheiros, 2003, p. 220-266; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. “O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização”, RT, 2003.

<sup>67</sup> V.g.: BATISTA DA SILVA, Ovídio A. “Coisa julgada relativa?”, RDDP 13:102-112; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista Dialética de Direito Processual* – RDDP, n. 22, p. 91-111; MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil* 31: 142-162).

<sup>68</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O controle de constitucionalidade das leis*, 2. ed., RJ, Forense, 1968, p. 128.

impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade parcial (= aplicação a certas situações) se dê sem a eliminação (= redução) do enunciado positivo, a fim de que fique preservada a sua aplicação na parte (= às situações) tíde por constitucional.

É assim também a técnica de interpretação conforme a Constituição, que consiste em “declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição”.<sup>9</sup> Trata-se de instituto hermenêutico “visando à otimização dos textos jurídicos, mediante agregação de sentidos, portanto, produção de sentido”.<sup>10</sup> especialmente para preservar a constitucionalidade da interpretação “quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição”.<sup>11</sup> Também nessa técnica ocorre, em maior ou menor medida, declaração de inconstitucionalidade: ao afirmar que a norma somente é constitucional quando interpretada em determinado sentido, o que se diz, implícita mas necessariamente, é que a norma é inconstitucional quando interpretada em sentido diverso. Não fosse para reconhecer a existência e desde logo repelir interpretações inconstitucionais, não haveria necessidade de utilização dessa técnica. Bastaria que se declarasse, simplesmente, a constitucionalidade da norma, julgando improcedente (e não, como faz o STF, procedente em parte) a ação direta de inconstitucionalidade.<sup>12</sup>

Isso fica bem claro quando se tem em conta que a norma nada mais é, afinal, do que o produto da interpretação. “A interpretação”, ensina Eros Grau, “é um processo intelectual através do qual, partindo de *formulas linguísticas* contidas nos textos, *enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. (...) Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de *interpretar*, portanto, é o significado atribuído ao *enunciado ou texto (preceito, disposição)*”.<sup>13</sup> E observou, mais adiante: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que ditamos ser – a interpretação – uma atividade que se presta a *transformar disposições (textos, enunciados)* em *normas*. Observa Celso Antonio Bandeira de Mello (...) que ‘(...) é a interpretação

ção que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete, (...)’. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potencias. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. (...) As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas *resilham da interpretação*, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem (...)”.<sup>14</sup> A luz dessas considerações é que se tem como certo que a interpretação conforme a Constituição constitui também, em alguma medida, uma técnica de declaração de inconstitucionalidade: ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação o que se faz é (a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (= a que é produzida por interpretação segundo a Constituição) mas, ao mesmo tempo e como consequência, (b) declarar a inconstitucionalidade de outra, ou de outras normas (= a que é produzida pela interpretação repelida).

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

## 5. Pressuposto indispensável: a existência de precedente do STF

Por outro lado, a segunda característica qualificadora da inconstitucionalidade que dá ensejo à aplicação do art. 741, parágrafo único do CPC, é a de que ela tenha sido reconhecida pelo STF. 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 inserção, como elemento moderador do conflito, de um terceiro princípio: o da autoridade do STF. 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 embargos, dispensada a ação rescisória própria. A existência de precedente do STF repre-

<sup>(9)</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 4. ed., SP, Saraiva, p. 317.

<sup>(10)</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*, 2. ed., RJ, Forens, 2004, p. 580.

<sup>(11)</sup> CANNOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Almedina, p. 1099.

<sup>(12)</sup> Sobre o tema, que não é pacífico na doutrina, ver: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*, SP, RT, 2002, p. 101-103.

<sup>(13)</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2. ed., SP, Malheiros, 2003, p. 78.

<sup>(14)</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, op. cit., p. 80.

sentia, portanto, o diferencial indispensável a essa peculiar forma de rescisão do julgado. Tem razão Eduardo Talamini, no particular, quando observa que o parágrafo do art. 741 contém, também na sua segunda parte, um enunciado implícito da existência de anterior pronunciamento do STF, devendo ser entendido, consequentemente, do seguinte modo: “título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas, por aquela mesma Corte, como incompatíveis com a Constituição Federal”.<sup>15</sup>

Além, 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.<sup>16</sup> Também na ação rescisória em matéria constitucional, o princípio da supremacia da Constituição, aliado ao da existência de precedente do STF, constituem um referencial significativo, conforme reconheceu o STF em várias oportunidades, como, *v.g.*, em precedente em que se destacou: “na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que ‘violou literal disposição de lei’, a jurisprudência do STF e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. (...) Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assemelham suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). (...) Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. (...) A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme da Constituição. (...) Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> TALAMINI, Eduardo, “*Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade* (CPC, art. 741, par. ún.)”, *op. cit.*, p. 57.

<sup>16</sup> *V.g.*: TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, SP, RT, 2004, p. 282.

<sup>17</sup> RESP 479909, 1.ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.08.2004, ementa completa é a seguinte: “Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória (CPC, art. 485, V). Matéria constitucional. Inaplicabilidade da súmula 343/STF. Existência de pronunciamento do STF, em controle difuso, em sentido contrário ao da sentença

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

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não rescindenda, Procedência do pedido de rescisão. 1. Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que ‘violou literal disposição de lei’, a jurisprudência do STF e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. 2. Na esteira desse entendimento, editou-se a Súmula 343/STF, segundo a qual ‘não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controversa dos tribunais’. 3. Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assemelham suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). 4. Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. 5. Essa, portanto, a orientação a ser seguida nos casos de ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente ‘violação à literal disposição de lei’, e, portanto, não se admite ação rescisória, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controversa dos tribunais’ (Súmula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de ‘texto’ constitucional. 6. A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional. 7. Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional é contrária a pronunciamento do STF. 8. Recurso especial provido”.

prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme tivemos oportunidade de mostrar em sede doutrinária.<sup>18</sup> A recomendação da doutrina clássica – de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerado “efeito natural da sentença”<sup>19</sup> está ganhando campo no plano legislativo e jurisprudencial. É assim na ação rescisória em matéria constitucional, conforme já se referiu, onde os precedentes do STF atuam com idêntica força, pouco importando a natureza do processo do qual emanam. É assim também para os fins do art. 481, parágrafo único do CPC, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade, indistintamente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.

Deve-se aplaudir essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países<sup>20</sup> e que, entre nós, está conduzindo, no plano do direito infraconstitucional, ao reconhecimento da idêntica força de autoridade às decisões do STF, em qualquer das circunstâncias processuais em que são proferidas. Não é por outra razão, aliás, que vozes importantes se levantam para sustentar o simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988”.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. SP, RT, 2001, p. 25.

<sup>19</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, cit., p. 143; CASTRO NUNES, José. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 592.

<sup>20</sup> SOTELO, José Luiz Vasquez. “A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’”, in *Temas Avulsos de Direito Processual Ibero-Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. “La obsolescência de la dipolalidad ‘modelo americano-modelo europeo kelseniano’ como critério naltico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipologia explicativa”, *apud* Parlamento y Constitución, Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), n. 6, pp. 1-53.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 165.

## 6. A questão do direito intertemporal: inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência

O parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela MedProv 2.180-35, de 24.08.2001. Sendo norma de natureza processual tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Todavia, não pode ser aplicada retroativamente. Como todas as normas infraconstitucionais, também ela está sujeita à cláusula do art. 5.º, XXXVI da Constituição, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. É que nesses casos há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada, e que não previa a sua rescisão por via de embargos.<sup>22</sup>

## 7. Aplicação subsidiária às ações executivas *lato sensu*

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

<sup>22</sup> É nesse sentido a jurisprudência do STJ, como se pode ver, *v.g.*, dos seguintes precedentes: REsp 667.362/SC, 1.ª T., Min. José Delgado, j. 15.02.2005; REsp 651.429/RS, 5.ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 18.10.2004; Resp 718432, 1.ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005, com a seguinte emenda: “Processual civil. Embargos à execução. FGTS. Correção monetária. Diferenças. Art. 741, parágrafo único, do CPC, com redação dada pela MedProv 2.180-35/2001, ações quíztadas antes 24.08.2001. Inaplicabilidade. 1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela MedProv 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC; 2. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, imobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001). 3. Recurso especial a que se nega provimento”.

Ocorre que, no atual regime processual, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são, segundo a linguagem da doutrina, “executivas *lato sensu*”, a significar que o seu cumprimento se operacionaliza como simples fase do próprio processo cognitivo original. Dispõe, com efeito, o art. 644 do CPC, na redação dada pela Lei 10.444/2002, que “a sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”. E o art. 461, por sua vez, estabelece que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, providências essas que serão cumpridas desde logo, independentemente da propositura de ação de execução. Para tanto, pode o juiz “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (art. 461, § 4º) e, ainda, “determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (art. 461, § 5º). Esse mesmo regime é aplicável às obrigações de entregar coisa, a teor do que prevê o art. 461-A do CPC.

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

Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para os embargos à execução fundada em título judicial, de que trata o já referido art. 741 do CPC, aí incluída a hipótese de inexistibilidade do título, prevista no parágrafo único. É inevitável e imperioso, no particular, que, nos termos do art. 644 do CPC, haja aplicação subsidiária desse dispositivo às ações executivas *lato sensu*.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Nesse sentido decidiu o STJ, no REsp 738.424, 1.ª T., j. 19.05.2005, relator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki.

## 8. Suma conclusiva

Em suma, a eficácia rescisória dos embargos à execução, prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, está submetida aos seguintes pressupostos: a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional (1.ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2.ª parte do dispositivo); e (b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso, independentemente de resolução do senado, mediante declaração de inconstitucionalidade com redação de texto (1.ª parte do dispositivo), mediante declaração de inconstitucionalidade sem redação de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2.ª parte). Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, *v.g.*, quando o título executivo: a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicou dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixou de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogada.

Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC, as sentenças, ainda que evadidas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 644 do CPC.