

## “EMBARGOS DESCONSTITUTIVOS” Estudo Sobre sua Constitucionalidade

Gustavo Tavares Borba\*

Preceito jurídico, inicialmente inserido no artigo 3º da Medida Provisória nº 1997, posteriormente transposto para o art.10 da Medida Provisória nº 1.984, e atualmente constante do art. 10 da Medida Provisória nº 2.102-28, introduziu modificação relevante no art. 741 do Código de Processo Civil, de modo a considerar inexigível o título judicial fundado em decisão contrária ao posicionamento esposado pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo propõe-se a analisar a constitucionalidade dessa nova hipótese de embargos à execução, sem prejuízo de nossa opinião pessoal de que a inovação representa um retrocesso para a celeridade da prestação jurisdicional, tendência atual que infelizmente não tem sido observada pelo Executivo brasileiro, em sua atípica função de legislar.

A análise da constitucionalidade e aplicabilidade do referido dispositivo requer obrigatoriamente a correta conceituação, delimitação e ponderação dos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da isonomia, bem como do instituto da coisa julgada e de sua respectiva eficácia.

A inovação legislativa consiste em, ampliando as hipóteses previstas nos incisos do art. 741 do CPC, permitir os embargos à execução com fulcro na inexigibilidade do título judicial (inciso II), quando este for “*fundado em lei, ato normativo, ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*” (novo parágrafo único).

Desta forma, pode-se, agora, opor embargos à execução sempre que a sentença transitada, ou não, em julgado for contrária ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a respectiva matéria.

Inicialmente, cabe observar que não há nenhuma incompatibilidade entre a inexigibilidade do título judicial e o seu trânsito em julgado, como a alguns possa, à primeira vista, parecer.

A coisa julgada representa, via de regra, o fim da possibilidade de modificar-se uma decisão judicial, seja pelo esgotamento dos recursos possíveis (decisão de última instância), seja pela não interposição do recurso cabível no prazo legalmente previsto.

Não há, portanto, qualquer relação de causa e efeito entre a coisa julgada e sua eficácia, como denota com perfeição José Carlos Barbosa Moreira, em “Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres”:

*“Quanto à eficácia da decisão – vale repetir ainda uma vez –, nada tem que ver, conceptualmente, nem com coisa julgada, nem com autoridade da coisa julgada; único traço em comum reside em que também a primeira, em regra, se subordina, temporalmente, ao trânsito em julgado.” (1971, pág. 146)*

---

\* Procurador do Estado

Conclui-se, assim, inicialmente, que não existe incoerência em se retirar a exigibilidade de uma decisão transitada em julgado, porquanto não há nenhuma implicação lógico-jurídica que obrigue a coisa julgada a ser exigível ou exequível.

Por certo, o efeito ordinário do trânsito em julgado de uma decisão condenatória é permitir sua posterior e natural execução. Contudo, este efeito pode ser excepcionado quando alguma lei dispuser em sentido contrário.

Entretanto, não haveria lógica em retirar a exigibilidade de uma decisão transitada em julgado de forma total e assistemática, porquanto reduziria a decisão judicial – e conseqüentemente todo o processo de que resultou – a nada, a uma mera folha de papel sem nenhum efeito prático.

Dessarte, por uma premissa básica de que o direito não pode levar a soluções absurdas, deve-se entender que a inexigibilidade do título judicial que contrarie decisão do STF não pode ser eterna, visto que, se assim fosse, estar-se-ia processualmente impedindo, *ad perpetuam*, o exercício de um direito material, o que seria incoerente.

Não se poderia simplesmente dizer que o título judicial que se encontrasse na situação prevista no art. 10 da MP nº 2.102 seria inexigível e ponto final. Tal interpretação seria absurda e portanto incabível<sup>1</sup>.

Desta forma, em respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas legais (a fim de preservar a “máxima conservação do ordenamento jurídico”), só há uma interpretação viável para conferir caráter lógico e sistemático à norma em tela, qual seja o de atribuir, aos embargos, caráter desconstitutivo do título judicial transitado em julgado quando esta decisão violar norma constitucional.

Saliente-se, contudo, que não seria qualquer inconstitucionalidade que permitiria a utilização dos ‘embargos desconstitutivos’, mas sim e apenas uma inconstitucionalidade qualificada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, que possui competência para julgar em última instância, ou em controle abstrato, a constitucionalidade dos atos normativos, o que, em tese, conferiria plausibilidade à norma.

A análise desse novo instituto – embargos desconstitutivos – repise-se, requer uma correta ponderação dos princípios da segurança jurídica face aos princípios da legalidade e da isonomia, a fim de se fazer garantir a maior efetividade possível a cada um, sem, por outro lado, anular quaisquer deles.

J. J. Gomes Canotilho, renomado constitucionalista português, refletindo sobre a ponderação dos princípios constitucionais, conduz raciocínio que pode ser aplicado à questão em tela:

<sup>1</sup> Carlos Maximiliano, em sua obra clássica sobre hermenêutica, diz, com muita propriedade, que “*deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.*” (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 9ª ed., 2ª tiragem, item 179, pág. 166).

*“O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros. E impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.” (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição” – 3ª ed., págs. 1.148/1.150).*

Luís Roberto Barroso, em seu “Interpretação e Aplicação da Constituição”, aborda essa questão nos seguintes termos:

*“Cabe ao intérprete, por força do princípio da unidade, um esforço de otimização: é necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima.” (2ª ed., pág. 186).*

Desta forma, não há nenhuma impossibilidade de alterar a regra da absoluta imutabilidade da coisa julgada quando esta contravenha norma constitucional. Estar-se-ia tão-somente privilegiando o princípio da legalidade e restringindo, neste aspecto pontual – decisão contra a Constituição –, o princípio da segurança jurídica.

Observe-se que a grande importância do princípio da legalidade é incontestável, como se observa no seguinte trecho do “Curso de Direito Constitucional Positivo”, de José Afonso da Silva:

*“O princípio da legalidade é nota essencial do Estado Democrático de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado democrático de Direito, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.” (14ª ed., pág. 400).*

Sempre que se impossibilita a revisão de uma decisão injusta (ilegal ou inconstitucional), estar-se-á relegando o princípio da legalidade em prol da segurança jurídica.

É bem de ver, contudo, que o princípio da segurança jurídica também é indispensável para o Direito, posto ser essencial para a pacificação dos conflitos, impedindo que as lides se prolonguem indeterminada e eternamente.

Entretanto, deve-se, sempre na medida do razoável, tentar impedir que uma decisão injusta prevaleça, não apenas porque fere o princípio da legalidade, mas também porque desfaz a esperada e constitucional isonomia que se espera de um sistema jurídico democrático.

Posicionamentos mais extremados, como o exposto por Paulo Roberto de Oliveira Lima, consideram que sempre haveria a possibilidade de revisão da “decisão injusta” que, prolatada sem ter por base texto legal, acabaria por criar, sem embasamento legal, uma norma para reger o questão em concreto. Assim se expressou o ilustre magistrado potiguar:

*“Em um sistema democrático, onde haja divisão de poderes e onde vigorem os princípios da legalidade e da isonomia, somente pode haver uma ordem jurídica (Unicidade), a sentença não pode criar direitos subjetivos e será sempre um ato meramente intelectual.” (“Teoria da Coisa Julgada.” – Ed. Revista dos Tribunais, 1997; pág. 94)*

Assim sendo, analisando-se a questão pela lógica do supracitado autor, seria impossível a preservação (através da coisa julgada) de uma sentença que estivesse em contradição com o sistema legal, porquanto essa sentença estaria criando dever para alguém, o que seria de todo incompatível com a divisão constitucional de poderes e com o princípio da legalidade.

Tal situação violaria igualmente o princípio da isonomia, vez que, enquanto uma maioria ficaria sujeita aos ditames da lei, alguns, beneficiados pela decisão injusta transitada em julgado, ficariam por esta regidos. Cabe, aqui, mais uma vez, transcrever a exposição de Paulo Roberto de Oliveira Lima:

*“Toda vez que julgados contraditórios são mantidos, mercê do trânsito em julgado das respectivas sentenças, e porque não ofensivos à coisa julgada, eis que relativos a pessoas diferentes, tem-se a edição de regras particulares, com força de lei, tratando desigualmente os iguais, e, portanto, o sacrifício do princípio da isonomia, embora constitucionalmente assegurado.” (obra citada, pág. 103).*

A tese desenvolvida por Paulo Roberto de Oliveira Lima possui perfeita lógica interna, porém o perspicaz autor olvidou-se de atentar para um caráter relevantíssimo do ordenamento jurídico. A ordem jurídica certamente é um ordenamento lógico sempre voltado para solucionar problemas práticos, daí decorrendo que nem todas as normas jurídicas advêm exclusivamente da lógica, porquanto esta poderá levar a soluções que iriam de encontro ao interesse social. Este é o caso da coisa julgada, a qual não se baseia estritamente na lógica, mas sim na experiência humana, a qual percebeu a necessidade de impor um limite às questões judiciais.

Miguel Reale, estudando a estrutura trivalente da norma jurídica, assim aborda o tema em uma de suas muitas obras clássicas:

*“Deste modo, verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a forma da regra jurídica, é inseparável de sua base fática e de seus objetivos axiológicos: fato, valor, e forma lógica com-*

*põem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito. (...).*

*O certo é que, enquanto que para um adepto do formalismo jurídico a norma jurídica se reduz a uma ‘proposição lógica’, para nós, como para os que se alinham numa compreensão concreta do Direito, a norma jurídica, não obstante sua estrutura lógica, assinala o ‘momento de integração de uma classe de fatos segundo uma ordem de valores’, e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera.” (“Lições Preliminares de Direito” – 19ª ed., págs. 103/104).*

Percebe-se, assim, que a experiência humana também é um fator importante a ser levado em conta na ordenação do sistema, sendo esta a razão da proteção constitucional e legal à coisa julgada.

Almiro do Couto e Silva, em clássico estudo sobre o princípio da legalidade na administração pública, analisa essa questão da dificuldade da ponderação dos princípios com as seguintes palavras:

*“A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, ‘toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade’.” (“Revista de Direito Público n.º 84”, out/dez de 1987, pág. 62).*

Em exposição extremamente lúcida, Almiro de Couto e Silva, no mesmo artigo supracitado, diz o seguinte:

“É que o ordenamento jurídico, conforme as situações, ora dá mais peso e importância à segurança jurídica em detrimento da justiça, ora prescreve de maneira inversa, sobrepondo a justiça à segurança jurídica. (...)

*No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça.” (Obra citada, págs. 46/47).*

Percebe-se, assim, que não há inconstitucionalidade na possibilidade de desconstituição da coisa julgada, porquanto esta questão é meramente legal – infraconstitucional. A Constituição não prescreveu uma total intangibilidade à coisa julgada, a qual poderá sempre ser revista quando houver previsão legal para tanto.

Aliás, não há nisto nenhuma novidade. Há muito já se conhece, no nosso sistema jurídico, a Ação Rescisória e a Ação Revisional Criminal, as quais possuem esse mesmo efeito de rescisão/desconstituição da coisa julgada.

Não há, portanto, qualquer inconstitucionalidade em conferir, como fez a MP 2.102, aos embargos a possibilidade de desconstituir a coisa julgada, quando esta estiver em confronto com posição do STF.

O legislador poderia, inclusive, prever a possibilidade de todos os embargos terem esse efeito desconstitutivo, de modo a fazer prevalecer mais fortemente a legalidade em prejuízo da segurança jurídica, entretanto assim não procedeu, muito acertadamente a nosso ver, pois criaria uma ainda maior instabilidade e morosidade na prestação jurisdicional, o que não seria desejável.

No entanto, o “Legislador” (na realidade o Executivo através de Medida Provisória), ao editar o dispositivo em questão, considerou que não se poderia permitir que uma decisão proferida e transitada em julgada ao arrepio de uma inconstitucionalidade qualificada (por uma decisão do STF) prevalecesse, e, assim, violasse a legalidade constitucional e a isonomia.

Percebe-se, assim, que em prol do respeito à Constituição – norma de mais alto patamar e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico – permitiu-se, no momento dos embargos, a revisão da coisa julgada, o que não viola, a meu ver, nenhum princípio constitucional, mas apenas faz uma ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica.

Observe-se, contudo, que o dispositivo sob análise limita as hipóteses dos embargos desconstitutivos a uma inconstitucionalidade qualificada, de forma a impedir que os embargos desconstitutivos acarretem uma grande insegurança ao ordenamento jurídico, o que ocorreria se a caracterização da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dependesse da posição adotada por cada exegeta. A lei foi clara em dispor que apenas ensejariam embargos desconstitutivos o título judicial em dissonância com decisão do STF, ou seja, não bastaria a inconstitucionalidade opinativa do executado, sendo imprescindível, repise-se, uma inconstitucionalidade qualificada por decisão do STF.

A vinculação dos embargos desconstitutivos à decisão do Supremo Tribunal Federal configura-se, dentro da sistemática constitucional, acertada, vez que o Judiciário é o intérprete qualificado e definitivo da Constituição Federal.

Não só no Brasil, como na maioria dos outros sistemas jurídicos, segue-se a mesma linha de controle da constitucionalidade pelo Judiciário, como observa Luís Roberto Barroso:

*“A interpretação pelo Judiciário é final e vinculante para os outros Poderes. Não é incomum que a interpretação judicial venha sobrepor-se à interpretação feita pelo Legislativo – como se passa quando declara uma lei inconstitucional – ou pelo Executivo.” (Obra citada, pág. 112)*

Enfim, o que o novo parágrafo único do art. 741 do CPC fez foi ponderar interesses constitucionais, optando por dar prevalência à constitucionalidade da decisão sobre a tranquilidade que a coisa julgada proporcionaria, o que me parece constitucional, dependendo apenas de uma opção legislativa<sup>2</sup>.

Outro ponto importante a ser analisado concerne à interpretação correta do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Esse inciso refere-se ao conflito de leis no tempo, ou seja, a nova lei material que vier a ser editada deve respeitar a coisa julgada formada sob o império da lei anterior (revogada). Não pretende a norma constitucional garantir a coisa julgada formada ilegalmente, nem muito menos a formada inconstitucionalmente. Tal interpretação seria totalmente despropositada.

O instituto da coisa julgada é delimitado pelo Código de Processo Civil (arts. 467/475), não havendo disposição constitucional sobre o assunto, razão pela qual pode a lei estipular, sempre em conformidade com o princípio da razoabilidade, possibilidades de sua desconstituição quando formada em contradição com a lei vigente ao tempo de sua formação. É o caso da Ação Rescisória.

Assim sendo, configura-se evidente que tanto a formação da coisa julgada como a sua desconstituição são por lei ordinária estipuladas, limitando-se a proteção constitucional à coisa julgada aos casos em que, já estando formada segundo a lei vigente, viesse lei posterior a revogar a lei que embasou a decisão.

Não foi outra a conclusão de Paulo Roberto de Oliveira Lima, que, analisando as possibilidades exegéticas do inciso XXXVI, do art. 5º, da CF/88, posicionou-se no sentido de que se estaria protegendo o teor da coisa julgada, e não o instituto da coisa julgada – o qual seria fixado em lei ordinária. Coloca, o eminente jurista, a questão nos seguintes termos:

*“Observe-se, por primeiro, que o referenciado inciso XXXVI não proíbe a lei de prejudicar o ‘instituto da coisa julgada’, mas, sim, de malferir a ‘coisa julgada’. Assim, mesmo a interpretação gramatical tende a prestigiar o segundo entendimento. A Constituição interditou o ataque ao comando da sentença, protegendo a imutabilidade do julgado, tornando-o imune a alterações legislativas subseqüentes.*

2 Não se pode, contudo, deixar de criticar o fato de, na mesma Medida Provisória (art. 4º), ter havido alteração da Lei nº 9.494/97 a fim de que a ação para buscar indenização contra agentes públicos e prestadores de serviço público prescrevesse em apenas 5 anos. Incoerentemente, nesse caso a opção do Executivo foi inversa à esposada no caso dos embargos, pois, inexplicavelmente, privilegiou-se sobremaneira a segurança jurídica com forte prejuízo à legalidade.

*A igual solução chega-se através da interpretação sistemática. É que a proteção da coisa julgada foi estabelecida na Carta Política, em dispositivo único que trata cumulativamente da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, prescrevendo-lhes idêntico regime jurídico. E é fora de questão que a Constituição não visou defender o 'instituto' do direito adquirido, nem o do ato jurídico perfeito. Em qualquer dos casos, o desejo do constituinte foi o de impedir que a lei nova tivesse o condão de alterar direito já adquirido ou ato jurídico já celebrado. Trata-se, aqui, do princípio da não-surpresa e da ir-retroatividade da lei. A lei, sabe-se, somente incide sobre fatos ocorridos após sua vigência, daí porque as relações jurídicas formadas sob o império da lei anterior devem ser resolvidas segundo os seus comandos." (obra citada, págs. 85/86)*

Não resta dúvida de que a proteção constitucional à coisa julgada refere-se à questão do conflito de leis no tempo, não tendo, destarte, o condão de petrificar as normas relativas à sua formação e desconstituição, matéria esta de direito processual. Outra interpretação, saliente-se, levaria à inconstitucionalidade da ação rescisória e da revisão criminal. Percebe-se, assim, não ser razoável, nem reflete o sistema lógico-sistemático adotado pela Constituição, conferir uma total intangibilidade ao instituto da coisa julgada.

Por fim, cabe observar que no Julgamento da ADIn 1.753/DF, entendeu o Supremo Tribunal Federal não haver urgência na norma, da Medida Provisória n.º 1.577-6, que criava mais uma hipótese de rescisão de sentença, porquanto considerou que tal dispositivo não poderia atingir as decisões já transitadas em julgado.

A norma em tela, sendo similar à analisada na ADIn n.º 1.753/DF, vez que igualmente trata da "desconstituição" da coisa julgada, é, portanto, em razão da via normativa utilizada, inconstitucional.

Desta feita, nada obstante ser possível a elaboração de norma idêntica por Lei Ordinária, o art. 10 da Medida Provisória n.º 2.102 será inegavelmente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caso seja por ele analisado.

É bem de ver, contudo, que essa ausência de urgência é relativa, pois, apesar de não ser possível a "rescisão" de decisões já transitadas em julgado, existem situações em que, por falta de prequestionamento, por exemplo, a decisão ainda não transitada em julgado poderia, ocorrendo o trânsito após a edição da Medida Provisória, vir a ser desconstituída através dos embargos previstos no art. 10 da MP 2.102<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Observe-se que a Jurisprudência é dominante no sentido de que, para efeito de rescisão, considera-se transitada em julgado a decisão após a última decisão proferida no processo, mesmo que seja para confirmar a inadmissão do recurso especial ou extraordinário – ver Theothônio Negrão, notas 495:3a; 495:4; 495:5e; 495:6).

Entretanto, desconsiderando esses casos, talvez por entender que não seriam suficientes para descaracterizar a falta de urgência, considera o STF que as normas que possibilitam a desconstituição da coisa julgada não seriam passíveis de regulação por medida provisória.

Desta forma, apesar de constitucional sob o aspecto material, padece o art. 10 da MP 2.102 de inconstitucionalidade formal, vez que se utilizou via inadequada para sua elaboração.

De todo o exposto, conclui-se que:

I – O instituto da coisa julgada transita em torno da ponderação do princípio da segurança jurídica face aos princípios da legalidade e da isonomia. Assim, sempre poderá o legislador ordinário, como fez na ação rescisória e agora faz nos embargos desconstitutivos, estipular regras para desconstituição da coisa julgada ilegal ou inconstitucional.

II – A MP 2.102 autorizou os embargos à execução quando o título judicial exequendo contrariar decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a fim de preservar a unidade constitucional permitiu-se a desconstituição da coisa julgada. Considerou o legislador ordinário mais importante o respeito à Constituição do que a pacificação social oriunda da imutabilidade da decisão transitada em julgado.

III – Não é, contudo, qualquer inconstitucionalidade opinativa que pode ser levantada pelo executado, mas tão-somente a inconstitucionalidade qualificada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, o que diminui, em muito, o clima de instabilidade decorrente dos novos embargos.

IV – O inciso XXXVI do art. 5º da CF/88 apenas protegeu o teor da coisa julgada contra uma modificação legislativa que afetasse o fundamento da decisão transitada em julgado. Não impediu, por conseguinte, a modificação do instituto da coisa julgada, como nos casos em que se permite a sua desconstituição.

V – Inobstante considerarmos um retrocesso para o ordenamento jurídico nacional, não vemos nenhuma inconstitucionalidade material no art. 10 da MP n.º 2.102, o qual, permitindo os embargos à execução com fulcro em uma inconstitucionalidade qualificada, possibilita a desconstituição do título judicial transitado em julgado.

VI – Entretanto, sob o aspecto constitucional formal, o dispositivo legal encontra-se viciado, porquanto, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, as normas que prevêm desconstituição da coisa julgada não podem ser reguladas por medida provisória, uma vez que não estaria configurada a urgência necessária para sua edição.