

Aplicabilidade da relativização de coisa julgada em matéria tributária, fundada no art. 741, parágrafo único do CPC

Nicole Freiburger Pimmel*

Resumo: Neste artigo, examina-se a relativização de coisa julgada tributária, seu conceito, espécie, embargos e impugnações à execução contra a Fazenda Pública, aplicabilidade do Parágrafo único do artigo 741 do CPC e a nova teoria da relativização. As sentenças inconstitucionais podem ser desconstituídas pelos embargos à execução e pela impugnação do devedor, com fundamento na aplicação daquele artigo. Conclui-se com a exposição e análise de julgados com as polêmicas que envolvem a nova teoria processual da relativização da coisa julgada em matéria tributária.

Palavras-chave: Art. 741, parágrafo único do CPC. Coisa julgada. Embargos à execução. Inconstitucionalidade tributária. Relativização.

Introdução

O presente artigo tem como plano de fundo a possível aplicabilidade da relativização de coisa julgada em matéria tributária, fundada no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil Brasileiro. Será demonstrada, ao final, sua aplicabilidade na exposição e análise de julgados em torno do tema da relativização da coisa julgada no âmbito tributário, especialmente nas decisões referentes a recursos especiais advindos de decisões que julgaram embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Para introduzir o assunto, inicia-se com uma apresentação de conceitos e temas relacionados ao âmbito da relativização da coisa julgada na doutrina brasileira. Este novo tema processual está ainda em fase de estudos pelos processualistas e doutrinadores de direito tributário. Há autores a favor e outros contra esta nova teoria que visa desconstituir a coisa julgada inconstitucional em matéria tributária.

* Aluna de Pós-Graduação (Especialização) em Direito Tributário da UCS e Advogada.

Aprofunda-se o presente estudo com os diversos conceitos da coisa julgada e suas espécies do item 1.1. O instituto da coisa julgada no direito pátrio será esmiuçado no item 1.2, inclusive quanto à sua formação nos embargos à execução, além de seus fundamentos nas espécies formal e material da coisa julgada.

Antes da análise do julgado no âmbito tributário, apresenta-se e trabalha-se com as possíveis aplicações do artigo 741, parágrafo único, do CPC, para desconstituir a coisa julgada inconstitucional tributária por meio de embargos do executado na execução contra a Fazenda Pública.

A polêmica existente sobre os temas da relativização da coisa julgada e do próprio artigo 741, parágrafo único, do CPC, não será encerrada com os esclarecimentos contidos no presente artigo, servindo o estudo apresentado apenas como ponto de partida para novos trabalhos.

Por se tratar de tema conflitante, a relativização da coisa julgada no direito tributário é ainda questionada por muitos processualistas, inclusive alguns críticos ferrenhos da nova teoria, para os quais ela coloca em extremo risco a segurança jurídica.

1 A relativização de coisa julgada tributária

A relativização, ou também chamada flexibilização, da coisa julgada tributária é tema em voga atualmente para os estudiosos do direito processual civil brasileiro. É um assunto bastante debatido pelos doutrinadores na medida em que toca diretamente no ponto da constitucionalidade das decisões judiciais.

Através da corrente da relativização da coisa julgada, busca-se harmonizar a garantia constitucional da coisa julgada [e da segurança jurídica] com a justiça e a constitucionalidade das decisões judiciais.¹

Tendo em vista as constantes alterações legislativas e de interpretação das normas constitucionais, as quais buscam, constantemente, acompanhar os avanços empreendidos pela sociedade, pode ser possível que uma sentença transitada em julgado seja tida por inconstitucional, em diversas hipóteses: sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional; sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição; sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; sentença que se ampara ou que veicula uma violação direta de normas constitucionais; além da sentença que gera uma situação diretamente incompatível com a ordem constitucional vigente.²

A teoria da relativização da coisa julgada no direito brasileiro fundamenta-se na afirmação de que a coisa julgada não constitui um valor absoluto na Constituição

¹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 372.

² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Coisa julgada relativa?* Estudo destinado ao livro homenagem prestada ao Prof. Giuseppe Tarzia da Universidade de Milão, por ocasião de seus 40 anos de docência universitária. 2004. p. 3.

Federal e deve, portanto, ceder espaço para aplicação de outros valores, que não são menos importantes e, também previstos constitucionalmente.³

Para Ovídio Baptista, o ataque à coisa julgada não deixa, porém, de ser curioso que provenha da própria modernidade, leva-se em conta que a instituição fora concebida para atender à exigência primordial de segurança jurídica, condição básica para o desenvolvimento econômico, aspiração também moderna. O autor considera que a coisa julgada exageradamente abrangente foi âncora jurídica que possibilitou a construção do “mundo industrial”.⁴

Araken de Assis se expressa sobre a constitucionalidade das decisões judiciais aptas a fazerem coisa julgada, definindo que “À semelhança de qualquer outro ato jurídico, os provimentos do juiz exigem exame nos planos da existência, da validade e da eficácia. Desta sorte não escapa o pronunciamento transitado em julgado”.⁵

Para Mourão, a coisa julgada não é considerada um valor absoluto no ordenamento jurídico, já estando “relativizada” pelos meios judiciais previstos em lei que finalizam a sua desconstituição, fazendo, o autor, posição crítica em relação à maneira com que o tema é abordado atualmente. Essa posição está expressa abaixo:

Entretanto, a forma como muitos doutrinadores têm tratado o tema nos dias atuais implica verdadeira desconsideração da autoridade da coisa julgada e coloca em risco a segurança jurídica, pilar do Estado democrático.⁶

Crítica à teoria da relativização da coisa julgada é feita por Gouvêa Medina, ao questionar se “relativizarão” outras garantias constitucionais como estão fazendo com a coisa julgada, prejudicando gravemente a segurança jurídica. Segundo o doutrinador,

A pretendida “relativização” da coisa julgada implicaria, por ventura, igual flexibilização do direito adquirido e do ato jurídico perfeito? Ou o pressuposto de que se parte é o de que a garantia da coisa julgada é mais frágil ou menos extensa do que as demais garantias? Na verdade o movimento que se esboça no sentido de afirmar que a imutabilidade da sentença transita em julgado é, apenas, relativa, acabará por enfraquecer também os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, comprometendo, definitivamente, o conjunto de garantias de que a Constituição cerca a segurança jurídica.⁷ (Grifo nosso)

Ovídio Baptista acredita que se deve ter o interesse para “a compreensão do enigma que se oculta” sob esta nova proposta de “relativização” da coisa julgada. Para o autor é “uma das mais recentes novidades na doutrina brasileira”, e deve-se

³ MOURÃO, 2008, p. 372.

⁴ SILVA, 2004, p. 1.

⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1100.

⁶ MOURÃO, 2008, p. 395-396.

⁷ GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. Coisa julgada: garantia constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 146, p. 11-31, abr. 2007, p. 16-17.

insistir na “busca de explicação para a contradição entre a exigência de segurança jurídica e sua respectiva eliminação pela redução do alcance da coisa julgada”.⁸

1.1 A coisa julgada: conceito e espécies

Aprofundando o tema, começa-se por estabelecer que existe divergência entre os autores brasileiros quanto ao conceito de coisa julgada. Encontra-se na legislação nacional alguns conceitos básicos, como o contido na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 3º: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada. § 3º – Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Além do conceito legal expresso acima, os arts. 5º, XXXVI da CF; 121, 126, 128, 131 e 135 do CC; 301, § 1º e 467 do CPC, fazem menção à coisa julgada, sendo, neste último, que se encontra um conceito mais plausível: Art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Consiste a coisa julgada na atribuição legal de imutabilidade dado ao conteúdo da decisão judicial, tendo como base o trânsito em julgado, com o fim de preservar valores socialmente importantes.⁹

A pretensa imutabilidade dos “efeitos” da sentença, para Ovídio Baptista outra coisa “não é senão o que a doutrina clássica denomina “eficácia preclusiva” da coisa julgada, formada sobre a declaração contida na sentença. Seguramente os “efeitos” serão sempre intocáveis porque, segundo juiz que os modificar, “haverá de fundamentar a sentença numa *nova declaração inversa* àquela coberta pela coisa julgada”. Esse é o chamado “efeito preclusivo”, para o autor conceito semelhante, quando não idêntico, “ao que a doutrina muitas vezes indica como “julgamento implícito”, outras vezes como “imutabilidade da motivação” da sentença, a que Savigny denominou “motivos objetivos” da sentença que, para ele, integrariam a coisa julgada”.¹⁰

Para Pontes de Miranda, as palavras coisa julgada indicam uma decisão que não pende mais de recursos ordinários porque a lei não os concede, ou porque “a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios, ou, ainda, porque já foram esgotadas as vias recursais”. Sendo que, para o autor, o efeito de tal decisão é ser tido por verdade; assim, todas as nulidades e injustiças relativas, que por ventura se cometam contra o direito das partes, já não serão mais susceptíveis de revogação.¹¹

É o fato jurídico do trânsito em julgado de uma decisão judicial que faz nascer uma nova situação jurídica, que se caracteriza pela imutabilidade do seu conteúdo, situação essa que passa a ser denominada de coisa julgada.¹²

⁸ SILVA, 2004, p. 2.

⁹ MOURÃO, 2008, p. 33.

¹⁰ SILVA, 2004, p. 9.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 172.

¹² MOURÃO, 2008, p. 34.

Simplificando, coisa julgada nada mais é que o direito postulado que se tornou garantido pela sentença transitada em julgado, após todos os meios de defesa e recursos cabíveis terem sido julgados, tanto no âmbito tributário como em todas as áreas do direito.

Conforme estudo realizado por Mourão e citado abaixo, na doutrina brasileira a coisa julgada além de ser um princípio constitucional é um requisito de validade do processo:

Inúmeros processualistas brasileiros reconhecem a coisa julgada como um pressuposto processual de validade do processo. Exemplificativamente, podemos citar: Arruda Alvim, Nelton dos Santos, Fredie Didier, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Fux e Alberto Camiña Moreira, dentre outros. A maior parte desses autores afirma que a coisa julgada é um pressuposto de *validade*, *extrínseco* ao processo, e *negativo*, pois é a *ausência* da coisa julgada que permitirá o desenvolvimento válido e regular do processo.¹³ (Grifo nosso)

A coisa julgada estabelece como parâmetro no direito brasileiro a proibição do exercício da mesma atividade jurisdicional, ou mesma causa de pedir, por mais de uma vez, ou seja, uma vez transitado em julgado o processo, este não será feito em duplicidade.

É indispensável, para Ovídio Baptista, ter presente que “o pensamento dominante na doutrina europeia considera que a coisa julgada é o efeito ou, como quer Liebman, “a qualidade” que se agrega à declaração contida na sentença”, libertados os demais efeitos da “imutabilidade” que ele pretende atribuir-lhes, o que se permite, por exemplo, aceitar que “a decisão que homologue a atualização do cálculo, na fase de execução da sentença”, para preservar o valor da condenação, não ofenderá o efeito da coisa julgada.¹⁴

Mourão afirma que a identificação da coisa julgada como situação jurídica no Brasil foi feita por Barbosa Moreira, sendo o fato jurídico que constitui a situação jurídica coisa julgada, o trânsito em julgado da decisão judicial.¹⁵

Barbosa Moreira, citado por Mourão, ressalta que a sentença, no que diz respeito à coisa julgada, tem função passiva, e não ativa, pois recebe um efeito, mas não o produz. Vide citação a seguir:

Bem consideradas as coisas, não é difícil compreender quão inadequadamente se descreve a realidade dos fatos quando se diz que sentença, ao transitar em julgado, *produz* o efeito de tornar-se indiscutível. Tal é, no fundo, muito ao contrário, um efeito que a sentença *recebe*, um efeito que *sobre ela se produz*. A sentença é, aí, *mais paciente que agente*.¹⁶ (Grifo nosso)

¹³ Idem, p. 174-175.

¹⁴ SILVA, 2004, p. 9.

¹⁵ MOURÃO, 2008, p. 29.

¹⁶ Idem, p. 32.

A coisa julgada relaciona-se profundamente com o direito de ação, tanto que sua ausência é colocada como um requisito pertinente às condições da ação, sendo tal proibição (da repetição da demanda) expressa no art. 301, §§ 1º, 2º e 3º do CPC.¹⁷

O CPC, em seu art. 301, § 3º, estabelece o conceito de litispendência, o que é muitas vezes, erroneamente, confundido com a coisa julgada, a saber: § 1º – “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”; § 2º – “Uma ação é idêntica à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”; § 3º – “Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”.

A causa de pedir, idêntica de ação já transitada em julgado, é vedada. Ocorre a litispendência quando há ações iguais, isto é, as mesmas partes, a mesma causa de pedir e os mesmos pedidos, em ação ainda em andamento, já a coisa julgada ocorre quando há causa de pedir e pedido idêntico em relação a um processo já findo, ou seja, em ação já transitada em julgado.

Mourão expressa ainda:

*A coisa julgada, sob esta perspectiva, constitui uma espécie de limitação à garantia de acesso à justiça: se, de um lado, a Constituição Federal permite ao jurisdicionado o acesso à justiça, para apreciação de “lesões ou ameaça a direito” (art. 5, XXXV); de outro lado limita-o a uma única oportunidade, proibindo o *bis in idem*. Essa dualidade espelha a necessidade de equilíbrio entre dois importantes valores sociais, a saber, a *justiça* e a *segurança jurídica*. O amplo acesso à atividade jurisdicional prioriza aquele valor; a limitação decorrente da coisa julgada valoriza este.¹⁸ (Grifo nosso)*

Para Talamini, a vedação descrita configura um dos limites à simples repositura da ação, visto que, se já existe pedido igual transitado em julgado, a mera repositura da demanda esbarraria em uma contradição lógica.¹⁹

Um forte elemento caracterizador da coisa julgada é o da imutabilidade, ou indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial, transitada em julgado, em processos futuros sobre o mesmo objeto.

Gouvêa Medina refere-se à coisa julgada como garantia constitucional, visto que ela está instituída na Constituição Federal, inciso XXXVI, do art. 5º, tratando-se efetivamente de uma garantia constitucional e não de simples regra de direito intertemporal. Nas palavras do próprio Medina, “[...] instituto da coisa julgada [...] tornando-o inviolável, como sói acontecer aos direitos protegidos [...] Não há como dissociar a coisa julgada desse conjunto de garantias que tem em vista tutelar a segurança jurídica”.²⁰

¹⁷ Idem, p. 175.

¹⁸ MOURÃO, 2008, p. 35.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 370.

²⁰ GOUVÊA MEDINA, 2007, p. 16-17.

Esse autor faz parte da corrente de doutrinadores que consideram a relativização da coisa julgada uma teoria inconstitucional, pois esta teoria gera ofensa ao princípio da coisa julgada; princípio esse supervalorizado para essa corrente por se tratar de garantia fundamental.

A tese da relativização da coisa julgada, para Gouvêa Medina, esbarra no caráter de garantia constitucional atribuído a esse instituto pela CF, além da impossibilidade de admitir-se, para sua acolhida, no contexto do ordenamento jurídico-processual, o exercício amplo de uma *querela nullitatis* – para o autor “como querem os arautos da *relativização*” – sem a devida previsão legal.²¹

Mourão destaca ainda que, o verdadeiro significado da coisa julgada é obstar a realização de atividade jurisdicional em duplicidade, o que é possível imutabilizando o conteúdo da decisão judicial transitada em julgado. O autor frisa, ainda, que pela correta interpretação da lei, a coisa julgada é instituto cujos efeitos se projetam em futuros processos.²²

As espécies de coisa julgada são duas: *a coisa julgada formal e a coisa julgada material*, tanto no âmbito do direito tributário como em todas as áreas do direito.

A principal diferença entre as duas espécies de coisa julgada está na extensão dos efeitos da imutabilidade da sentença: se for interna ao processo em que foi proferida a decisão, fala-se em coisa julgada formal; se externa, diz-se que a coisa julgada é material.²³

A coisa julgada material, conforme Talamini pode ser configurada como uma qualidade que reveste a sentença de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo da decisão.²⁴

Para Mourão, deve existir cuidado na utilização de expressões similares para designar os efeitos da coisa julgada sobre os processos, a saber:

A diferença entre dizer que a coisa produz efeitos *fora do processo* e dizer que produz efeitos em *processos futuros* está ligada a duas concepções distintas do instituto. Naquela expressão, está contida a ideia de que a coisa julgada produzirá efeitos sobre a relação jurídica de direito material, enquanto nesta se admite que a coisa julgada produza efeitos estritamente processuais, vinculando apenas as decisões judiciais que serão proferidas em processos futuros. Cada uma dessas ideias representa, respectivamente, a teoria substancial e a teoria processual da coisa julgada.²⁵

Exemplificando: a coisa julgada formal constitui a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, enquanto a coisa julgada material é a imutabilidade da decisão judicial em processos futuros.²⁶

²¹ Idem, p. 22.

²² MOURÃO, 2008, p. 51.

²³ MOURÃO, 2008, p. 122.

²⁴ TALAMINI, 2005, p. 30.

²⁵ MOURÃO, 2008, p. 122-124.

²⁶ Idem, p. 122-124.

Importa saber que todas as sentenças judiciais são aptas a ser acobertadas pela coisa julgada formal, porém, apenas as sentenças de mérito fazem coisa julgada material, sendo a causa da produção de efeitos extraprocessuais da coisa julgada material vinculada ao fato de a decisão ter julgado o mérito.²⁷

Ressalta-se que o critério utilizado para diferenciar as duas espécies de coisa julgada é o campo de abrangência da imutabilidade da decisão judicial, se interno ou externo ao processo onde a decisão judicial foi proferida.²⁸

É no art. 485 do CPC que está, de modo mais preciso, o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prever para sua desconstituição a via restrita e excepcional da ação rescisória: *sentença de mérito transitada em julgado*.²⁹

Importante deixar claros os conceitos e limites da coisa julgada para se compreender melhor o contexto que engloba a relativização dos julgados em matéria tributária e, a partir deste aprofundamento no tema, passa-se a exposição da coisa julgada tributária dentro dos embargos à execução.

1.2 Coisa julgada nos embargos à execução contra a Fazenda Pública

A coisa julgada material no processo de execução está prevista nas suposições descritas no art. 794 do CPC, as quais envolvem o mérito do processo executivo.

As hipóteses do art. 794 do CPC são bem claras ao asseverar que se extingue a execução quando o devedor satisfaz a obrigação; o devedor obtém, por transação, ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida; e, o credor renuncia ao crédito.³⁰

As sentenças proferidas com base nos incisos II e III, do art. 794 do CPC, são aptas a ser acobertadas pela autoridade da coisa julgada material. O conteúdo das decisões referentes à remissão, transação e renúncia abrange o direito material do exequente, ou seja, sua pretensão executiva.³¹

No entendimento de Mourão, a terminologia utilizada quanto ao alcance da coisa julgada deve ser observada com cuidado para não gerar dúvidas, principalmente no processo executivo. Veja-se:

O termo indiscutibilidade parece-nos restrito à atividade jurisdicional exercida no processo de conhecimento, em que verdadeiramente há uma discussão acerca do direito e dos fatos apresentados judicialmente. No processo de execução, em regra, não há essa discussão, que só ocorrerá caso sejam opostos embargos, ou a impugnação prevista no art. 475-L do CPC. Portanto, seria inadequado falar em indiscutibilidade para as sentenças proferidas no processo de execução. Por esse motivo, preferimos usar o termo imutabilidade ao referirmo-nos à coisa julgada, evitando assim qualquer incompatibilidade com o processo de execução.

²⁷ Idem, p. 122-124.

²⁸ Idem, p. 122-124.

²⁹ TALAMINI, 2005, p. 31.

³⁰ MOURÃO, 2008, p. 312.

³¹ Idem, p. 313-314.

Em relação à imutabilidade da coisa julgada material, na decisão que julga os embargos à execução, poderá ocorrer nos casos em que o juiz acolhe ou rejeita o pedido, o fator que determinará a existência ou não da coisa julgada material será a natureza da matéria examinada nos embargos. Por exemplo, se o juiz rejeita os embargos afirmando que não houve pagamento.³²

Araken de Assis, em seu *Manual da Execução*, ressalta que podem ocorrer prejuízos ao credor da execução, decorrentes da sentença que acolhe o mérito dos embargos, a saber: “Os embargos, julgados procedentes tornam o credor responsável pelos danos ocasionados ao executado, a teor do art. 574”.³³

A teor do texto legal e da opinião de Araken de Assis em sua doutrina de Execução civil, acima, exprime-se que o exequente que tiver causado danos ao executado, ao ajuizar ou no decorrer da execução, seja pela má-fé ou outra causa, terá obrigação legal de repará-los.

O autor explica ainda que “Julgados improcedentes os embargos, a respectiva sentença ostentará eficácia declaratória principal, relativa à inexistência do direito de o executado se opor à execução”.³⁴

Para Medina, não se pode, a princípio, falar em trânsito e julgado da decisão proferida em embargos que estabelece ser um ou outro o rito adequado para o processo executivo, se esse for o único pedido do executado. Nesses casos, sobre a matéria decidida não pesa a autoridade da coisa julgada, pois não terá havido atribuição do bem jurídico a alguém.³⁵

Talamini também ressalta que, apenas o ‘mérito’ do processo (*rectius*: seu objeto) pode dizer respeito a um direito, relação ou situação processual (p. ex., *embargos à execução*, ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial etc.) e a sentença que o decide, se presente os demais pressupostos, estará apta a fazer coisa julgada material.³⁶ “Em vários casos, a procedência dos embargos desconstitui, simplesmente, os atos executivos. Essa consequência ocorrerá, em primeiro lugar, por reflexo da inexistência do título ou do crédito”.³⁷

A coisa julgada executiva, no entender de Mourão, encontra seu fundamento na finalidade do instituto, assim como na natureza jurisdicional dessa atividade, que atua também sobre o mérito. Na explicação sobre seu conteúdo, define que,

Caso o conteúdo da decisão extintiva da execução seja a falta das condições da ação, ou alguns dos pressupostos processuais, teremos a coisa julgada formal executiva. Entretanto, se o conteúdo da decisão referir-se às hipóteses do art. 794

³² MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3, Execução, p. 120-121.

³³ ASSIS, 2007, p. 1169 e 1.170.

³⁴ Idem, p. 1170.

³⁵ MEDINA, 2008, p. 120-121.

³⁶ TALAMINI, 2005, p. 31.

³⁷ ASSIS, 2007, p. 1172.

do CPC, ou o reconhecimento da prescrição ou decadência, ou, ainda, o pagamento, poderemos falar em coisa julgada material executiva.³⁸

Talamini observa que estão alheios à coisa julgada material os atos judiciais não decisórios (p. ex., os *atos executivos*), as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as *sentenças que encerram o processo executivo*, visto que não julgam o mérito, o direito contido no título extrajudicial.³⁹

O autor, parafraseado acima, defende, também, que é possível o reconhecimento *incidenter tantum* da inexistência da sentença no curso de outro processo de conhecimento [embargos à execução]. Observa-se o caso em que uma sentença, não inexistente, irá projetar em outro processo a “eficácia positiva” de sua coisa julgada, hipótese em que a constatação incidental da inexistência da decisão anterior deixará o juiz do segundo processo livre para decidir, sem subordinar-se à sentença inexistente.⁴⁰

Já a coisa julgada formal, no processo de execução contra a Fazenda Pública, refere-se ao juízo de admissibilidade, isto é, ao julgamento das condições da ação e de seus pressupostos processuais.

Com relação aos pressupostos processuais, Mourão acredita que a coisa julgada formal só se concretizará nas seguintes hipóteses: (a) incapacidade de ser parte; (b) incapacidade de estar em juízo; (c) incapacidade postulatória no polo ativo; (d) irregularidade da demanda; (e) convenção de arbitragem; (f) morte de uma das partes nos casos de direitos personalíssimos; e (g) confusão de direitos e obrigações em uma só das partes.⁴¹

Fica configurada a coisa julgada formal nos embargos à execução pela falta dos pressupostos processuais, ou seja, a ausência dos requisitos legais para a oposição e o reconhecimento da ação de embargos.

Em análise quanto ao julgamento de improcedência da oposição dos embargos, Araken de Assis, em seu *Manual da Execução*, faz esclarecimento objetivo quanto à formalidade da coisa julgada que se depreende da sentença decisória. Nas palavras do jurista, “Julgados improcedentes os embargos, a respectiva sentença ostentará eficácia declaratória principal, relativa à inexistência do direito de o executado se opor à execução”.⁴²

Será, portanto, indiretamente declarada, na decisão que julga improcedentes os embargos à execução contra a Fazenda Pública, a existência do direito do exequente em relação ao executado opositor dos embargos improcedentes.

Ante o exposto, a coisa julgada nos embargos à execução contra a Fazenda Pública encontra diversos aspectos, dependendo do mérito, ou pedido objetivado

³⁸ MOURÃO, 2008, p. 320.

³⁹ TALAMINI, 2005, p. 367-368.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ MOURÃO, 2008, p. 317.

⁴² ASSIS, 2007, p. 1169.

com a oposição deles, sendo passíveis tanto da coisa julgada formal, como da coisa julgada material.

1.3 O art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil – CPC

Para fundamentar esse estudo, investiga-se também, o sentido e a possível aplicação nos embargos à execução do disposto no art. 741, parágrafo único do CPC, que assim dispõe:

Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A pior das inconstitucionalidades para Bonavides, não deriva da inconstitucionalidade formal, mas sim da inconstitucionalidade material, que é deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, afirma o autor, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos, e financeiros sobre elas projetam.⁴³

Para Zavascki, a constitucionalidade da norma exorta no parágrafo único do artigo 741 do CPC “decorre do seu significado e da sua função”, quando se trata de meio que busca harmonizar a coisa julgada tributária com a Constituição, agregando ao sistema processual mecanismo com eficácia rescisória para estas sentenças inconstitucionais.⁴⁴

Araken de Assis afirma que o art. 741, parágrafo único, do CPC, suscita várias e complexas questões, exigindo fixar, inicialmente, sua origem, exibindo a hábil chave para diversas soluções.⁴⁵

Antes de o art. 741, parágrafo único, surgir na ordem jurídica brasileira, o STF estimava que, a despeito de a proclamação da inconstitucionalidade implicar o desaparecimento de todos os atos praticados sob o império da lei viciada, somente através de rescisória o vencido lograria alcançar a desconstituição do julgado (3ª T. do STF, RMS 17.976-SP, 13.09.1968, Rel. Min. Amaral Santos, RTJSTF 55/744). A 1ª Turma do STF rejeitou, expressamente, o uso dos embargos contra a execução baseada em sentença posteriormente declarada inconstitucional (1ª T. do STF, RE 86.056-SP, 31.05.1977, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJU, 07.07.1977). E o Pleno esclareceu que o julgamento do STF não se afigura eficaz perante a execução baseada em título formado nessas condições (Pleno do STF, Recl. 148-RS, 12.05.1983, Rel. Min. Moreira Alves, RTJSTF 109/463). Em sentido diverso, o § 79-2 da Lei do Bundesverfassungsgericht estabelece que, apesar de remanescerem

⁴³ BONAVIDES, 2003, p. 600-601.

⁴⁴ ZAVASCKI, 2007a, p. 01 a 05.

⁴⁵ ASSIS, 2007, p. 1100-1108.

íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo autoriza a oposição do executado com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado. Esta disposição inspirou o art. 741, parágrafo único, do CPC brasileiro. Gilmar Ferreira Mendes sustentou, de lege ferenda, a introdução de norma análoga, permitindo a alegação da inconstitucionalidade através de embargos, desde que declarada pelo STF no processo de controle abstrato de normas (ou após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, no caso de declaração incidental de inconstitucionalidade).⁴⁶

Existe polêmica a respeito do parágrafo único do art. 741 do CPC na doutrina e na jurisprudência. Para Zavascki, de um lado, há os que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada. É posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito — a sobrevalorização deste princípio, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, “inclusive o da supremacia da Constituição”, o que para o autor não é correto.⁴⁷

A corrente de pensamento situada no outro extremo, segundo o Ministro do STJ, Zavascki, da prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição e, portanto, considera insuscetível de execução toda sentença tida por inconstitucional, “independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamiento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado”.⁴⁸

O Ministro Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, acredita que:

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.⁴⁹

Para Talamini, a regra do parágrafo único, do art. 741, do CPC, inovou ao conceber uma hipótese de matéria veiculável em embargos à execução de título judicial que é anterior ao trânsito em julgado do título, antes apenas contida no art. 741, I, do CPC. O autor considera inovação, também, a possibilidade de revisar

⁴⁶ ASSIS, 2007, p. 1.100-1.108.

⁴⁷ ZAVASCKI, 2007b, p. 02.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ ZAVASCKI, 2007a, p. 01-05.

inclusive títulos executivos acobertados pela coisa julgada material, independente de ação rescisória.⁵⁰

No dizer sempre expressivo de Teresa A. A. Wambier e Medina, a letra do preceito legal em questão é excessivamente genérica ao afirmar ser “inexigível” o título fundado *em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal*, permitindo que o juiz da execução entenda que a sentença exequenda não está em conformidade com as regras e princípios constitucionais, o que, para além das regras contidas na CF, os princípios constitucionais, pois como é sabido, a CF/88 assenta em suas bases vários princípios fundamentais, os quais muitas vezes são colidentes entre si.⁵¹

Para Zavascki, até o seu advento, “o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória” (art. 485, V), sendo que agora, “para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força semelhante à impugnação e aos embargos à execução”.⁵² O Ministro Zavascki esclarece que

A solução oferecida pelo § 1º do artigo 475-L e 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, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade neles não especificados. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da “relativização da coisa julgada”, com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns favoráveis à “relativização” e outros negando-a peremptoriamente.⁵³

A inexigibilidade dos títulos judiciais, conforme expressa o texto normativo, para Zavascki, contempla apenas três vícios de inconstitucionalidade “que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; (b) a aplicação da lei à situação considerada inconstitucional; (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional”.⁵⁴

Hoje, no entanto, entende-se que as expressões aplicadas e referidas aos embargos do executado devem também ser interpretadas para as impugnações do devedor, visto que são meios de defesa próprios da execução civil.

Segundo Araken de Assis, a desconstituição do título executivo nem sempre é alcançada com a oposição de embargos, visto que “Em vários casos, a procedência dos embargos desconstitui, simplesmente, os atos executivos. Essa consequência ocorrerá, em primeiro lugar, por reflexo da inexistência do título ou do crédito”.⁵⁵

A expressão de Araken de Assis, ora citada, traduz no processo executivo, a amplitude das possibilidades de aplicação e interpretação contidas no parágrafo

⁵⁰ TALAMINI, 2005, p. 424.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76-77.

⁵² ZAVASCKI, 2007a, p. 05-08.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ASSIS, 2007, p. 1.172.

único do art. 741 do CPC, pois se o título ou crédito discutido foi declarado inexistente por incompatibilidade aos preceitos constitucionais, será hipótese de aplicação do referido dispositivo processual.

Confirma-se o exposto acima na afirmação de Talamini, citada na íntegra:

*A inexistência poderá ser apontada inclusive em embargos à execução que se funde no simulacro de sentença. A regra do art. 741, I, aplica-se a todos os casos de sentença inexistente, e não apenas à hipótese de falta de citação válida. Mesmo porque, se não existe sentença, falta título executivo – o que implica nulidade da execução, arguível em embargos.*⁵⁶ (Grifo nosso)

No entendimento de Teresa Wambier e Medina, os embargos são ação movida pelo executado contra o exequente, cujo objetivo é declarar a nulidade ou desconstituir o ato no qual a norma atribuiu à eficácia de título executivo. Assim, se a sentença for inexistente, faltará na execução o título, ou seja, o próprio ato não se terá formado. Consequentemente, não produzirá efeitos jurídicos, inclusive o de constituir título executivo.⁵⁷

Os autores acima deixam claro que não é o caso de atribuir aos embargos à execução um desempenho “rescindente”, pois nada haverá de rescindir-se em decisão que se fundamenta em “lei que não era lei”, porque não terá transitado em julgado se ausente a ação, um de seus pressupostos: o pedido juridicamente possível. Nessa esteira, é inegável que as sentenças de mérito em processo com falta das condições da ação serão juridicamente inexistentes e não transitam em julgado.⁵⁸

Há quem sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que: a) houver precedente do STF; b) em controle concentrado de constitucionalidade; c) declarando (ainda que sem redução de texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda. E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abarcando 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); b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado. Ambas as correntes – e nisso merecem crítica – embasam suas conclusões apenas na eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionalidade, só admitindo o cabimento da inexigibilidade das sentenças judiciais nos casos em que o precedente do STF em sentido contrário tenha eficácia *erga omnes*, direta (em ações de controle concentrado) ou indireta (por via de resolução do Senado).⁵⁹

⁵⁶ TALAMINI, 2005, p. 372.

⁵⁷ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 73.

⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 73.

⁵⁹ ZAVASCKI, 2007a, p. 05-08.

Como, no entanto, a Lei 11.232/2005 modificou a estrutura da defesa do executado na execução dos títulos judiciais, acredita-se que tudo aquilo que se afirmou a respeito dos embargos à execução no presente artigo, aplica-se, também, à impugnação do devedor ao cumprimento de sentença – art. 475-L do CPC.

Portanto, na análise do presente estudo, deve ser dada ao parágrafo único do art. 741, do CPC, uma interpretação mais ampla, com o aval da jurisprudência do STJ e do STF, com a finalidade de que não sejam cometidas injustiças e aplicações inconstitucionais nas sentenças tributárias, mesmo que estas já tenham transitado em julgado, formando assim a autoridade da coisa julgada.

2 Aplicabilidade do parágrafo único do artigo 741 do CPC

Passa-se, finalmente, para a exposição e análise objetiva de julgados pertinentes ao tema, em que ocorreu a aplicabilidade do parágrafo único do art. 741 do CPC, culminando na relativização da coisa julgada em matéria tributária. Inicia-se com o Recurso Especial 1.049.702-RS:

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: – Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 92):

AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL (ART. 557, § 1º, DO CPC). EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CONVERSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM URV. ART. 20 DA LEI Nº 8.880, DE 1994. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. DECISÃO DO STF POSTERIOR À FORMAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. Consoante estatui o art. 6º, caput, da LICC, e também de acordo com os postulados da Teoria Geral do Direito e, em especial, das normas de direito intertemporal, a lei dispõe para o futuro. Assim, somente pode ter efeitos retroativos quando houver disposição expressa nesse sentido e, mais do que isso, desde que respeitadas as situações regularmente constituídas. A MP nº 2.180-35/2001 pretende emprestar força normativa à decisão do STF em matéria constitucional. O julgado do STF, todavia, não pode retroagir, de modo a afetar a coisa julgada regularmente constituída antes de sua prolação, pois sequer à lei se reconhece tal capacidade.

2. Tendo o decisum condenatório (que reputou inconstitucional a expressão nominal contida no inciso I do art. 20 da Lei nº 8.880, de 1994) transitado em julgado em 15-10-2001, antes, portanto, da decisão do STF no RE nº 313.382-SC, inviável a invocação, em execução de sentença, do disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, com a redação que lhe foi dada pela MP nº 2.180-35/2001. Precedentes do Tribunal. Alega a recorrente negativa de vigência ao art. 741, parágrafo único, do CPC e ao art. 6º, § 3º, da LICC, sustentando, em síntese, que:

a) o processo de execução é autônomo e consequência disto é que não se pode considerar como marco para aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC a

data do trânsito em julgado da sentença, mas sim a data do ajuizamento da execução ou a data da promoção dos embargos de devedor;

b) o art. 741, parágrafo único, do CPC possui natureza processual, possuindo eficácia imediata nos termos do art. 1.211 do CPC, de modo que rege todas as relações processuais posteriores ao seu advento;

c) a interpretação segundo a qual o art. 741, parágrafo único, do CPC, aplica-se quando já há decisão da Suprema Corte em sentido contrário ao título executivo fere a lógica e torna a norma referida letra morta;

d) a relativização da coisa julgada presta-se ao máximo respeito à Constituição e à supremacia do interesse público sobre o privado.

Sem contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem (fl.125). À fl. 131, dei provimento ao agravo de instrumento interposto para determinar o trânsito do recurso. Relatei.

Nota-se que o relatório do Recurso Especial em apreço já demonstra a natureza conflitante do parágrafo único do Art. 741 do CPC, inclusive a Ministra Relatora tenta trazer alguns conceitos para esclarecer melhor a aplicação do dispositivo no julgado exposto.

Em seu voto, a MM. Ministra fundamenta que “O parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, instaurando grande polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria”.

A norma contida no art. 741, parágrafo único, do CPC, possui natureza processual e visa evitar a *execução* de títulos judiciais inconstitucionais. *Objetivamente o que se pretendeu com o dispositivo foi evitar que títulos judiciais inconstitucionais sejam executados, desatendendo-se o ordenamento jurídico.*

A interpretação que prestigia a aplicabilidade da relativização da coisa julgada, levando em consideração a data da promoção dos embargos de devedor, sem atentar para a data da decisão da Corte Maior, se posterior ao trânsito em julgado, foi rechaçada por esta Corte em precedentes da Terceira Seção, a qual entende pertinente, sempre e sempre a decisão do STF, mesmo quando em controle difuso. Neste sentido são os arestos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA URV. ART. 741, PARÁGR. ÚNICO DO CPC. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE AFASTA A APLICAÇÃO DE LEI POSTERIORMENTE DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 2.180-35/01.

1. O art. 741, parágrafo único do CPC, deve ser interpretado de forma a incidir também quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pela Corte Suprema (no caso, o art. 20 da Lei 8.880/94), uma vez que a intenção do legislador, ao editar o citado artigo, foi afastar a solução dada pelo título judicial incompatível com a adotada pelo STF, ou seja, afastar a solução judicial inconstitucional.

2. Mesmo tendo a sentença transitado em julgado em data anterior à vigência da MP 2.180-35, deve ser aplicado o art. 741, parágrafo único do CPC, uma vez que o dogma da supremacia constitucional não tolera ponderação, nem mesmo diante de ato jurisdicional transitado em julgado, daí porque se admite que nesses casos os embargos do executado possam ter eficácia desconstitutiva do título exequendo, já que a falta de jurisdicionalidade decorre da sua incompatibilidade com a Carta Magna.

3. Recurso Especial do INSS conhecido e provido. (REsp 970.848/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 25/08/2008).

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 741 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TÍTULO JUDICIAL TRANSITADO APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. DECISÃO MANTIDA.

1. O parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180/2001, determina que se considere inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja aplicação ou interpretação foram tidos por incompatíveis com a Carta Constitucional.

2. Na compreensão assente na Terceira Seção, a aludida modificação tem incidência imediata, ressalvadas as situações consolidadas antes de seu advento. Assim, se o título judicial transitou em julgado após a vigência da mencionada Medida Provisória, aplicável a novel legislação. Nesse sentido é o precedente indicado nos embargos de divergência.

3. O caso dos autos possui circunstância que distingue o acórdão embargado do paradigma. É que, não obstante a sentença exequenda tenha transitado em julgado após a vigência da MP nº 2.180, não havia qualquer declaração do Supremo Tribunal Federal que considerasse o título executivo incompatível com a Constituição. Por sua vez, o julgado paradigmático não decidiu sobre essa particularidade. 4. Ausente a necessária identidade fática entre os arestos cotejados, inexistente divergência a pacificar. 5. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp 838.180/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2008, DJe 27/06/2008).

Considero pertinente o entendimento, principalmente na hipótese em julgamento em que o Supremo afastou a incerteza quanto à inconstitucionalidade, ao proclamar constitucional o artigo 20, inciso I, da Lei 8.880/1994, ou seja, o dispositivo, desde o seu nascedouro e até mesmo antes do pronunciamento do Supremo era de absoluta normalidade para com o ordenamento jurídico.

Com essas considerações, dou *provimento ao recurso especial para desconstituir o título executivo fulcrado em interpretação declarada inconstitucional pela Suprema*

Corte. É o voto (RECURSO ESPECIAL Nº 1.049.702 – RS (2008/0083419-4) RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON). (Grifo nosso)

Com uma exposição clara e esclarecedora sobre a aplicabilidade do art. 741, parágrafo único do CPC, a MM. Ministra Relatora optou pela aplicação da norma processual sobre a matéria tributária discutida, vista a inconstitucionalidade declarada pelo STF; sendo, portanto, provido o referido Recurso Especial e, por consequência, desconstituído o título executivo que era objeto da presente análise executiva.

Analisa-se, objetivamente, o Recurso Especial 934.649-MG:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – INATIVOS – LEI Nº 12.278/96 – DIREITO À REPETIÇÃO DE INDÉBITO RECONHECIDO POR SENTENÇA ACOBERTADA PELA COISA JULGADA MATERIAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CPC, ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO (COM A REDAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/2001) – APLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO POSTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA – PRECEDENTES.

1. Nos termos do art. 741, parágrafo único, do CPC, “considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

2. *É certo que, a natureza processual do parágrafo único do art. 741 do CPC enseja sua aplicação imediata, inclusive em relação aos processos pendentes. No entanto, não se pode olvidar o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.*

3. *Assim, mencionada norma se aplica, tão-somente, às sentenças que tenham transitado em julgado em data posterior à da sua vigência, qual seja, 24/08/2001 (data da edição da MP nº 2.180-35). Precedentes desta Corte.*

4. Recurso especial provido. (Grifo nosso)

No caso desse Recurso Especial, originário do Estado de Minas Gerais, teve discutido direito intertemporal da referida norma, visto que a mesma não deve ser aplicada à acontecimentos anteriores a sua vigência. O Recurso Especial teve provido seu argumento de aplicabilidade do art. 741, parágrafo único do CPC, apenas para sentenças posteriores a sua entrada no ordenamento jurídico.

Fora interposto Recurso Extraordinário pelo recorrido do REsp mineiro, porém o mesmo não foi admitido pela STJ. Analisa-se, para encerrar o presente estudo, o Recurso Especial 791.754-DF, em que o MM. Ministro Zavascki fez um parecer brilhante, o qual se comenta na sequência:

PROCESSO CIVIL. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

2. *Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).*

3. 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, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem autoaplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou autoaplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

5. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.

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

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de recurso especial (fls. 93-99) interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional contra acórdão do TRF da 1ª Região cuja ementa é a seguinte: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGADA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO, POR ESTAR INCOMPATÍVEL COM DECISÃO POSTERIOR DO STF. PRETENSÃO DE SE APLICAR O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. 1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pelo art. 10 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, de duvidosa constitucionalidade, é inaplicável aos acórdãos/sentenças exequendos, transitados em julgado em data anterior à sua entrada em vigor. Precedentes das 5ª e 6ª Turmas deste Tribunal. 2. Apelação da CEF improvida.” (fl. 92).

O recurso especial apresentado pela CEF vem fundado na alínea a do permissivo constitucional. *Alega-se violação do parágrafo único do art. 741 do CPC, cuja redação foi dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, ao fundamento de que (a) a coisa julgada não tem caráter absoluto, mas sim relativo, podendo, inclusive, ser objeto de impugnação por meio de ação rescisória; (b) o entendimento atual do STJ e do STF é no sentido de que é cabível ação rescisória para rescindir decisão que concedeu outros índices que não aqueles acolhidos por ocasião do julgamento do RE 226.855-7/RS; (c) dispondo a CEF do direito de ajuizar ação rescisória para adequar título judicial ao entendimento firmado pelo STF, sem que isso despreze a Constituição Federal, a utilização de embargos do devedor, fundados na inexigibilidade do título executivo judicial, em razão do mesmo decorrer de interpretação incompatível com a Carta Magna, atenderia ao princípio da economia processual, dispensando-se uma nova batalha judicial, em sede de rescisória; (d) o dispositivo legal apontado como violado previu expressamente essa possibilidade; (e) a decisão do STF que julga a interpretação incompatível com a Constituição Federal não necessita ser proferida em controle concentrado de constitucionalidade, pois o enunciado daquela norma “fala em título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ‘ou’ interpretação incompatível com a Constituição Federal” (fl. 97); (f) por se tratar de norma processual, a aplicação do art. 741 é imediata, incidindo nos processos futuros e naqueles em andamento, respeitadas as fases processuais; (g) iniciada a execução em momento posterior à edição da Medida Provisória supra, tem-se por válida a oposição dos embargos, com arguição de inexigibilidade do título, fundados no referido dispositivo; (h) entendimento em sentido contrário resultaria em total inutilidade da norma em questão, já que as decisões proferidas posteriormente à do STF já estariam adequadas ao novo entendimento. Sem contrarrazões. É o relatório.*

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Impõe-se, para a solução do caso, 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 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”. 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 [...] 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. Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição 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 a 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 dispendo contra o preceito magno afastará 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” (“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), p. 94/95). 3. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de dispositivo 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 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 do art. 741, parágrafo único, do CPC, 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. [...] 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, conseqüentemente, não afasta 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, [...]. (Grifo nosso)

A argumentação exposta e fundamentada do MM. Ministro Relator do Recurso Especial acima trouxe com nobreza diversos pontos que devem permear a possível aplicabilidade ou não do parágrafo único, do art. 741, do CPC, aos casos julgados.

Ainda, no seu voto, o MM. Ministro Zavascki elabora um apanhado de diversas e possíveis aplicações do dispositivo, conforme se transcreve:

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 integralmente inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª 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 redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª 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 preceito da Constituição que o STF considerou sem autoaplicabilidade; c) deixou de aplicar preceito da Constituição que o STF considerou autoaplicável; d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC, as sentenças, ainda que eivadas 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. 744 do CPC.

Com a exposição dos julgados acima e a leitura pormenorizada dos argumentos apresentados, acredita-se que toda aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC deve ser criteriosamente submetida à análise no caso concreto para se verificar a possibilidade de aplicabilidade ou não do dispositivo no processo em questão.

Devendo, ainda, tal aplicação sempre estar lastrada em interpretação ou declaração anterior de inconstitucionalidade da matéria tributária discutida pelo STF.

Considerações finais

Conclui-se que, a aplicabilidade da relativização da coisa julgada em matéria tributária, fundada no art. 741, parágrafo único, do CPC, é realidade na ordem jurídica brasileira e já se encontra presente em inúmeros julgados além dos referidos no presente artigo, que foram colados de maneira a ilustrar a aplicabilidade do dispositivo pelo STJ.

Como as relações sociais e a sociedade muda, o direito deve moldar-se a ela, e caminhar de maneira a atender seus anseios e resolver seus conflitos, portanto, a relativização da coisa julgada em matéria tributária tende a evoluir juntamente com a sociedade, suas relações sociais e o direito brasileiro.

Referências

- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. Coisa julgada: garantia constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 146, p. 11-31, abr. 2007.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3, Execução.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? Estudo destinado ao livro homenagem prestada ao Prof. Giuseppe Tarzia da Universidade de Milão, por ocasião de seus 40 anos de docência universitária. p. 1-13, 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2010.
- STJ, Recurso Especial 791.754-DF, Recurso Especial 934.649-MG e Recurso Especial 1.049.702-RS. Pesquisa processual disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo>>. Acesso em: 22 jan. 2010.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1507, 04 maio 2007a. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10117>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

_____. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1510, 20 ago. 2007b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10296>>. Acesso em: 31 jan. 2010.