

# A DUPLA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5º DO ART. 884 DA CLT

Estêvão Mallet\*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Urgência para edição de Medida Provisória não configurada; 3 Ofensa à garantia da coisa julgada; 4 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 2.180 contém, em sua última edição, mantida em vigor pelo art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32, dispositivo que adiciona um parágrafo ao art. 884, da CLT, com a seguinte redação:

“§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.” (NR)

A inexigibilidade do título – que na verdade significa inexecutabilidade – não constitui motivo inédito de embargos à execução. Já prevista no direito comum,<sup>1</sup> encontra antecedente ainda mais remoto no direito português, em que figura, aliás, como primeiro motivo para oferecimento de oposição à execução de sentença.<sup>2</sup> E mesmo antes, ao tempo do Código brasileiro de 1939, admitia-se, embora não houvesse dispositivo legal expresso, a apresentação de embargos fundados em “falta de efeito executivo ... da sentença exequenda”.<sup>3</sup>

De todo modo, trouxe, a Medida Provisória nº 2.180, importante novidade.

Tradicionalmente, a inexecutabilidade do título decorre da ausência de pressupostos para a instauração do processo executivo, seja por conta das características do documento apresentado, seja pelas condições formais desse documento, tal como no caso de ausência de testemunhas instrumentais (CPC, art. 585, inciso II), de iliquidez ou incerteza (CPC, art. 586, c/c art. 618, inciso I), de impugnação da decisão por meio de recurso recebido no efeito suspensivo (CPC, art. 587, parte final) ou de existência de condição ainda não verificada ou de termo não ocorrido (CPC, art. 572). A única exceção corresponde à hipótese de falta ou nulidade de citação, havendo corrido a ação à revelia (CPC, art. 741, inciso I) e se justifica pelo caráter absoluto e insanável dessa nu-

---

\* Doutor e Livre-Docente em Direito. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Advogado.

1. Art. 741, inciso II, do CPC.

2. Art. 813, alínea a, do CPC.

3. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, Rio de Janeiro, 1949, p. 403.

lidade.<sup>4</sup> Todas os demais casos mencionados decorrem, como facilmente se percebe, de circunstâncias inerentes ao próprio título executivo.

Agora, ao contrário, deseja-se incluir entre as causas de inexecuibilidade circunstância ligada não ao título judicial em si, mas ao seu processo de formação. Pretende-se fazer com que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal ou o emprego, no julgamento da causa, de interpretação em desconformidade com a Constituição sejam, por si só e não importa o momento em que tenham se manifestado, causa de ineficácia executiva, de pleno direito, do título. Embora possam estar presentes todos os elementos para a instauração da execução, apresentando-se de modo perfeito e regular o título, sua exequibilidade ficaria obstada por conta, única e exclusivamente, dos fundamentos da decisão.

Revela-se tal pretensão, no entanto, inaceitável, porque duplamente inconstitucional.

## 2 URGÊNCIA PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NÃO CONFIGURADA

Do ponto de vista formal, verifica-se, sem grande esforço, que a previsão de nova hipótese de cabimento de embargos à execução não envolve urgência de espécie alguma. Não se cuida de assunto que, não sendo regulamentado de imediato, com observância do processo legislativo normal, possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. E para comprovar essa afirmação, basta considerar que o art. 884, § 1º, da CLT, ao relacionar, de modo aparentemente taxativo, os casos de cabimento de embargos à execução no processo do trabalho, contém graves deficiências. Sua redação é bastante imperfeita. Além de nele faltar referência a matérias cuja arguição em embargos não há como afastar (falta ou nulidade da citação, correndo à revelia o processo, incompetência ou suspeição do juízo, ilegitimidade de parte, etc.), mencionam-se outras matérias em termos excessivamente amplos, de modo a dar a idéia – evidentemente

- 
4. Há mesmo quem chegue ao extremo de, invocando as Ordenações Filipinas (Livro III, § 75: “*A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo o tempo se pôde oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e portanto não he necessario ser della appellado. E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a aprte ser primeiro citada ...*”), afirmar a inexistência da sentença proferida em processo com vício não sanado de citação (LIEBMAN, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 179 e segs.). Ainda que não se vá tão longe, até porque, embora viciada, sentença há, uma vez que a relação processual se instaurou, ainda que de modo deficiente, impossível deixar de reconhecer a nulidade, absoluta e de pleno direito, do pronunciamento (assim, expressamente, MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, cit., vol. VI, p. 418; em jurisprudência TJSP – 6ª C.Cív., Ap. nº 113.310-1, Rel. Des. Alexandre Loureiro in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, nº 648, p. 71, 1989), suscetível em ação rescisória, em embargos ou até mesmo em ação anulatória não sujeita a prazo decadencial, consoante reiteradamente proclamado em jurisprudência (STF – 2ª T., RE 96.374/GO, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 30.08.1983 e STJ – 3ª T., REsp 12.586/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 08.10.1991 in DJU 04.11.1991, p. 15.684). Sobre o tema, amplamente, Adroaldo Furtado Fabricio, réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória, AJURIS, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1988, v. 42, p. 23.

falsa – de que mesmo a quitação ou a prescrição anteriores à sentença condenatória poderiam ser invocadas para obstar a execução. De todo modo, não teve a jurisprudência, com o amparo da doutrina, dificuldade alguma para, mediante interpretação corretiva, obviar todas essas deficiências. Passou a admitir hipóteses não consideradas pelo legislador,<sup>5</sup> afastando situações em que, mesmo aparentemente respaldados no teor literal da norma, os embargos não têm cabimento.<sup>6</sup> E tudo isso se fez sem qualquer necessidade de alteração legislativa. Daí porque, se a nova hipótese de cabimento dos embargos respondesse de fato a necessidades prementes e relevantes, encontraria reconhecimento jurisprudencial e doutrinário mesmo sem expressa previsão normativa, o que descaracteriza a natureza urgente da reforma realizada.

Firmado não haver urgência para a introdução da nova hipótese de cabimento dos embargos, a edição de Medida Provisória sobre a matéria torna-se exorbitante e descabida, na medida em que contrasta, literal e frontalmente, com os parâmetros traçados pelo art. 62, da Constituição, sendo inválidas, em consequência, as suas disposições.

E nada há de ilegítimo em impugnar-se a validade de Medida Provisória com fundamento na ausência do requisito da urgência, necessário à sua edição.

Não se nega que certos pronunciamentos, tomados por autoridades públicas, no exercício de competências que lhe são próprias, escapam ao controle judicial. São os chamados atos políticos ou discricionários sobre os quais não tem a autoridade judiciária poder de revisão.<sup>7</sup> Mas a presença ou não dos requisitos para a edição de Medida

5. Paradigmático, no particular, o seguinte julgado: “Falta ou nulidade de citação inicial no processo de conhecimento – Cabimento nos embargos à execução”. Ante o Princípio da Plenitude do Ordenamento Jurídico, que estabelece a necessidade de leitura gramatical, evolutiva, sistemática e teleológica, das normas jurídicas, e, em face da indeclinabilidade da garantia constitucional do *due process of law*, permite-se o conhecimento da arguição de “falta ou nulidade de citação inicial no processo de conhecimento” nos Embargos à Exceção, perante o Processo do Trabalho, pela subsidiariedade do art. 741, inciso I, do CPC, uma vez que o art. 884 da CLT é omissivo quanto à matéria processual” (TRT – 15ª Reg., 3ª T., Ac. nº 818.370/96, Rel. Juiz José Pitas in DJSP de 16.09.1996, p. 74). Em doutrina, no mesmo sentido, Eduardo Gabriel Saad, Consolidação das Leis do Trabalho comentada, São Paulo, LTr, 1988, p. 563, Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Viana e João de Lima Teixeira Filho, Instituições de direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1997, vol. II, p. 1.414, Christovão Piragibe Tostes Malta, Consolidação das Leis do Trabalho comentada, Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1980, p. 1.091/1.092.
6. “Execução – Prescrição intercorrente – Aplicação ao processo do trabalho. O art. 884, § 1º, da CLT autoriza que seja alegada, em execução, a ‘prescrição da dívida’ que, por óbvio, nada mais é do que a prescrição intercorrente, vez que inadmissível a alegação, na fase executória, de questão não levantada, ou rechaçada, no processo de conhecimento. Admitir-se o contrário seria permitir que o devedor, na execução, afrontasse a coisa julgada material, arguindo prescrição porventura já afastada no processo de conhecimento. Agravo a que se nega provimento.” (TRT – 10ª Reg., 2ª T., AP nº 949/99, Relª Juíza Heloisa P. Marques in DJDF de 28.04.2000, p. 48, in RDT 05/00, p. 56) Ressalve-se, porém, a referência a prescrição intercorrente, que é equivocada, como se procurou mostrar em outra oportunidade (Estêvão Mallet, Novas e velhas questões em torno da prescrição trabalhista in Os novos paradigmas do Direito do Trabalho – homenagem a Valentin Carrion, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 362 e segs).
7. Referindo-se aos atos políticos, assinala Thomas Cooley: “*over political questions the courts have no authority, but must accept the determination of the political departments of the government as conclusive*” (*The general principles of constitutional law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000, p. 138). De acordo com isso, decidiu a Suprema Corte norte-americana, em *Bus Employees v. Wisconsin*

Provisória com certeza não constitui matéria dessa natureza, diversamente do que já pareceu ao Supremo Tribunal Federal.<sup>8</sup>

Política é, na acertada conceituação de Pontes de Miranda, a matéria “que fica ao arbítrio dos poderes públicos”,<sup>9</sup> de modo que – prossegue ainda o mesmo autor – “tudo que se não lhe entrega com tal caráter é jurídico”.<sup>10</sup> Pois bem, a Constituição não deixou ao puro arbítrio do Presidente da República a expedição de Medida Provisória. Pelo contrário, diante do caráter excepcional de semelhante atividade, que rompe com a ordinária competência legislativa do parlamento, subordinou o seu legítimo exercício à existência de requisitos igualmente extraordinários,<sup>11</sup> desde logo enunciados (urgência e relevância). Assim fazendo, impôs limites à atuação do Poder Executivo, limites que não podem ser ignorados, desconsiderados ou mesmo tratados como se nada significassem. Não são meras recomendações ou simples conselhos. São regras jurídicas dotadas de imperatividade e de cogência.

Conseqüentemente, ausentes as condições exigidas, não tem cabimento a edição, com fundamento no art. 62, da Constituição, de ato normativo com força de lei. Se, mesmo assim, decide o Presidente da República baixá-lo, carecendo dos necessários poderes, pratica ato inválido.<sup>12</sup>

De fato, a edição de Medida Provisória, sem que estejam configurados os pressupostos do art. 62, da Constituição, mostra-se viciada, por deficiência de adequada iniciativa para legislar. Deu-se ao Presidente da República a prerrogativa de editar ato normativo com força de lei quando – e somente quando – presentes os pressupostos de urgência e relevância. Se os mencionados pressupostos não se verificam, essa compe-

---

*Board*, de 1951, (340 U.S. 383): “The very nature of the debatable policy questions raised by these contentions convinces us that they cannot properly be resolved by the Court. In our view, these questions are for legislative determination and have been resolved by Congress adversely to respondents”. No mesmo sentido, na doutrina nacional, M. Seabra Fagundes, O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, Rio de Janeiro, Forense, 1957, n° 74, p. 182. Há quem não aceite a doutrina dos atos políticos, considerando-a superada. Mesmo os que assim pensam não contestam a existência de certos atos que, embora prefiram não tratar como políticos, não se mostram suscetíveis de exame judicial, porque constituem “*esercizio di poteri discrezionali*” (*Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Padova, CEDAM, 1986, n° 3, p. 817).

8. Confira-se, por exemplo, o seguinte acórdão: “A apreciação dos casos de ‘urgência’ ou de ‘interesse público relevante’ ... assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República” (STF – Pleno, RE 62.739-SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 23.08.1967 in RTJ vol. 44, p. 54).
9. KONFINO, José. *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro, 1955, § 72, n° 2, p. 238.
10. *História e prática do habeas corpus*, cit., § 72, n° 2, p. 238.
11. Santi Romano refere-se às *ordinanze di necessità* como “*forma eccezionale di legislazione*”. (*Principii di diritto costituzionale generale*. Milano: Giuffrè, 1947, p. 279) Analogamente, vinculando a situações intrinsecamente extraordinárias o poder conferido “*in via straordinaria*” de editar *decreto-legge*, VIESTI, Giuseppe. *Il decreto-legge*. Napoli: Jovene, 1967, n° 23, p. 117.
12. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Perfil constitucional das medidas provisórias”. In *Revista de Direito Público*, São Paulo, n° 95, 1990, p. 32.

tência legislativa do chefe do Poder Executivo Federal não se manifesta.<sup>13</sup> Não tem ele, portanto, a possibilidade de iniciar o processo legislativo por meio de expedição de Medida Provisória, devendo observar o disposto no art. 64, da Constituição, sob pena de nulidade de seu ato e, conseqüentemente, de inevitável censura judicial.<sup>14</sup> Foi, aliás, o que reconheceu a Corte Constitucional italiana ao admitir, mesmo contrariando o pensamento de parte da doutrina,<sup>15</sup> controle não parlamentar a respeito dos pressupostos para a emissão de *decreto-legge*, aduzindo, em julgado que merece transcrição:

*“... la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura ... un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste ... non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge ... sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza ...”*<sup>16</sup>

Seria, na verdade, aberrante e paradoxal outorgar ao ato do Poder Executivo imunidade que nem mesmo aos atos do Poder Legislativo – a quem compete, ordinariamente, legislar – se dá. É pacífico que a lei maculada por defeito de iniciativa, ofendendo o princípio da separação dos Poderes,<sup>17</sup> é inconstitucional.<sup>18</sup> A gravidade de tal

- 
13. Mesmo em ordenamento sem clara definição da supremacia normativa da Constituição pôde Carré de Malberg anotar: “*La puissance gouvernementale, si elle n'est pas subordonnée à des habilitations législatives venues de l'organe législatif, n'existe du moins que sous la condition et dans les limites des habilitations constitutionnelles*” (*Contribution à la Théorie générale de l'État, tome premier*, Paris, Sirey, 1920, nº 177, p. 530).
  14. Observa José Joaquim Gomes Canotilho, a propósito, que, mesmo em se tratando de comportamento político, quando existem parâmetros constitucionais para esse comportamento, pode-se “apreciar a violação desses parâmetros” (*Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, 4ª ed., p. 1.264).
  15. Negando a possibilidade de qualquer controle, por parte da Corte Constitucional, dos pressupostos para a edição de *decreto-legge*. VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 667.
  16. Sentença nº 29, de 1995. Reiterando a possibilidade de controle dos pressupostos exigidos para expedição de *decreto-legge*, em caso de reiteração abusiva, a Sentença nº 360, de 1996, registrou: “*Devono considerarsi costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 77 Cost., i decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione*”.
  17. “Constitucional. Lei estadual. Jornada de trabalho de profissionais diplomados em engenharia, arquitetura, agronomia e veterinária. Vício de iniciativa. Lesão ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. Ação procedente.” (STF – Pleno, ADI 407, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03.02.1999 in DJU 19.11.1999, p. 54)
  18. “Normas que, dispondo sobre servidores públicos do Estado, padecem de inconstitucionalidade formal, por inobservância da reserva de iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo, corolário da separação dos poderes, imposta aos Estados pelo art. 25 da Constituição Federal e, especialmente, ao

vício, sempre sublinhada pela jurisprudência,<sup>19</sup> faz com que não haja convalidação possível. Nem mesmo a sanção sana o vício decorrente da quebra da iniciativa reservada ao Poder Executivo.<sup>20</sup> Por que deveria se passar de modo diverso no caso de ato do Poder Executivo, editado desde logo com força de lei e em contraste com os parâmetros firmados pela Constituição? Se já se firmou que, no Estado de Direito democrático-constitucional, nem mesmo a lei, elaborada mediante processo legislativo ordinário, é um ato completamente livre, apresentando-se como ato “positiva e negativamente determinado pela lei fundamental”,<sup>21</sup> por que a Medida Provisória não ficaria sujeita às determinações formais da Constituição? Como bem observado em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar vinculada a ação direta de inconstitucionalidade, envolvendo lei maculada por vício de iniciativa, “a só vontade do Chefe do Executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República”.<sup>22</sup>

A feição não política ou discricionária da competência atribuída ao Presidente da República para a emissão de Medida Provisória, de que decorre a possibilidade de censura judicial, confirma-se ainda pelo cotejo de diferentes dispositivos da Constituição, especialmente dos que se relacionam, como o art. 62, com o processo legislativo. O veto de projeto de lei envolve, sem dúvida alguma, juízo político ou discricionário, consoante proclamado, aliás, pela doutrina.<sup>23</sup> Embora tenha a Constituição indicado os motivos que justificam semelhante providência (inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público), conferiu unicamente ao Presidente da República a atribuição de verificar a ocorrência desses mesmos motivos, empregando locução que não deixa margem à dúvida (“Se o Presidente da República considerar ...” – art. 66, § 1º, da Constituição). Em relação às Medidas Provisórias, no entanto, adotou-se solução radicalmente diversa. Enunciaram-se as condições para a edição da norma com eficácia de lei,

---

constituente estadual, pelo art. 11 de seu ADCT.” (STF – Pleno, ADI 483, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 25.04.2001 in DJU 29.06.2001, p. 121); “Hipótese em que o projeto de iniciativa parlamentar, transformando-se em lei, apresenta vício insanável caracterizado pela invasão de competência reservada constitucionalmente ao Poder Executivo. Medida cautelar deferida.” (STF – Pleno, ADIMC 2.417, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 18.04.2001 in DJU 18.05.2001, p. 432)

19. “O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado.” (STF – Pleno, ADIMC 1.391, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 01.02.1996 in DJU 28.11.1997, p. 62.216)
20. “Inconstitucionalidade formal reconhecida em face do vício de iniciativa da Lei impugnada, de origem parlamentar, que não é convalidado nem mesmo pela sanção do Chefe do Poder Executivo. Precedentes.” (STF – Pleno, ADI 1.936, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 18.03.1999 in DJU 07.05.1999, p. 01)
21. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 244.
22. STF – Pleno, ADIMC 1.070, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.11.1994 in DJU 15.09.1995, p. 29.507.
23. MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*, cit., § 137, nº 4, p. 493.

dispondo-se que a presença de tais condições legitima a atuação do Presidente da República (“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias ...” – art. 62, *caput*). Não se diz, como se fez no caso do veto, que compete ao Presidente da República examinar se essas condições acham-se ou não presentes. Como se vê, a interpretação sistemática da Constituição comprova<sup>24</sup> não se ter deixado apenas à discrição ou ao juízo político do Presidente da República o controle dos pressupostos para a expedição de Medida Provisória.

Aliás, o já assinalado caráter excepcional da competência legislativa do Presidente da República<sup>25</sup> faz com que seja especialmente necessário o pleno controle de seu regular exercício, a fim de, como lembra Kelsen, evitar “atentado à fronteira politicamente tão importante entre a esfera do governo e a esfera do parlamento”.<sup>26</sup>

E mais inafastável ainda se torna a pertinência do controle judicial sobre Medida Provisória editada sem a presença dos pressupostos exigidos quando, além de ofensa à regra do art. 62, da Constituição, nela se contém agressão a direitos individuais. Em semelhante contexto, adquire enorme atualidade antigo aresto do próprio Supremo Tribunal Federal que, enfrentando tema análogo, assentou, com toda propriedade:

“Desde que uma questão está subordinada a textos expressos da Constituição, deixa de ser questão exclusivamente política. Os atos inconstitucionais do Poder Executivo não justificam a violação da liberdade individual, a qual o Poder Judiciário deve garantir.”<sup>27</sup>

Representou grande evolução, portanto, o reconhecimento, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, embora ainda sem a amplitude devida e sem romper completamente com sua orientação anterior, estabelecida ao tempo da Constituição de 1967, da possibilidade de controle judicial dos pressupostos para a emissão de Medida Provisória.<sup>28</sup> Logo depois se alargou ainda um pouco mais esse controle, invocando-se – com grande ênfase, aliás – o caráter nitidamente não urgente de determinadas alterações le-

24. Não será preciso aqui discorrer sobre a importância do método sistemático de interpretação. Vejam-se, apenas, as palavras de Francesco Ferrara: “*Il senso d’una disposizione sbalza netto e preciso, quando la si confronti con altre norme generali o sopra ordinate ... quando dai singoli precetti si risale all’intero ordinamento giuridico*” (*Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, p. 216). Na doutrina nacional, ver MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, n° 130 e segs., p. 128 e segs.

25. Antes, nota 11.

26. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione, La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 177.

27. Ac. de 23.05.1914, Rel. H. do Espírito Santo in *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, 1915, vol. 38, p. 103.

28. “Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar.” (STF – Tribunal Pleno, ADIMC 162/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 14.12.1989 in DJU 19.09.1997, p. 45.525)

gislativas relacionadas com o direito processual como argumento para suspensão, em controle concentrado de constitucionalidade, da eficácia de Medida Provisória.<sup>29</sup>

Em síntese, a efetiva existência de situação urgente caracteriza condição necessária à emissão de Medida Provisória. Não se trata, diante dos parâmetros traçados pela Constituição, de matéria sujeita a exame apenas pelo Presidente da República, comportando igualmente crítica judicial. O desrespeito a esses parâmetros compromete a norma posta, como aos poucos vai reconhecendo o Supremo Tribunal Federal. Daí que, editada sem que houvesse urgência a legitimar a competência decorrente do art. 62, da Constituição, a regra da Medida Provisória nº 2.180, que introduziu o § 5º, do art. 884, da CLT, é formalmente inconstitucional.

### 3 OFENSA À GARANTIA DA COISA JULGADA

Não bastasse o exposto, ainda outra circunstância faz inconstitucional a regra do § 5º, do art. 884, da CLT.

Pretender que a adoção de interpretação em desconformidade com a Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade da lei bastem, de pleno direito e por si só, para afastar a exequibilidade da decisão não se compreende nem se pode aceitar.

Se a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal à questão constitucional antecede a prolação da decisão que se vai executar ou o trânsito em julgado dessa decisão, sua aplicação ao litígio pendente observa o disposto no art. 462, do CPC. Dependendo, portanto, de pronunciamento do juízo – tomado até mesmo de ofício<sup>30</sup> –, para que seja o processo resolvido levando-se em conta o novo quadro jurídico. Se isso não ocorrer, seja porque não se considerou a alteração normativa decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal, seja porque essa alteração é posterior ao trânsito em julgado do título executando, não há como, sem qualquer formalidade, privar de exequibilidade a sentença. Se a decisão já transitou em julgado, a declaração de inconstitucionalidade não a atinge diretamente e nem pode afetá-la de imediato.

29. O acórdão tem a seguinte ementa: “Ação rescisória: MP 1.577-6/97, art. 4º e parágrafo único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parágrafo único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa”. (STF – Tribunal Pleno, ADIMC 1753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.1998 in DJU 12.06.1998, p. 51; negrito e sublinhado adicionados)

30. Expressamente, ver a Orientação Jurisprudencial nº 81, da SDI I, do Tribunal Superior do Trabalho: “Art. 462, do CPC. Fato superveniente. É aplicável de ofício aos processos em curso em qualquer instância trabalhista”.



O trânsito em julgado da decisão tem, entre outras conseqüências, a de sanar, em regra, os vícios do processo. Como ressalta Chiovenda, transcorrido o prazo recursal, “*preclude il diritto di impugnare la sentenza per nullità*”.<sup>31</sup> De modo idêntico, pondera Pontes de Miranda que “a força formal de coisa julgada traz consigo a sanação e impõe a atendibilidade da sentença”.<sup>32</sup> O que antes era causa de anulabilidade ou de nulidade do processo perde toda importância ou se transforma em mera causa de rescindibilidade, ressalvada apenas a hipótese do art. 741, inciso I, do CPC, cuja excepcionalidade, justificadora de tratamento diferenciado, já foi antes assinalada.<sup>33</sup> Enquanto não se rescinde o julgado, a ele se tem de dar integral cumprimento, sem que possam ser levadas em conta defesas ou alegações fundadas em fatos ou circunstâncias anteriores à sua prolação.<sup>34</sup> Daí porque, embora possa ter sido violada a lei, por qualquer motivo que seja, o trânsito em julgado da decisão torna obrigatório o respectivo comando, cujo cumprimento não fica afastado por conta do erro de julgamento. Nada muda se a alegação tem por fundamento a declaração de inconstitucionalidade da lei ou a adoção de interpretação em desacordo com a Constituição.

É verdade que o reconhecimento da inconstitucionalidade tem enorme importância e abrangência.<sup>35</sup> Além de vincular, quando tomado em controle concentrado, os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, produz efeitos também *ex tunc*, não ficando seus desdobramentos limitados aos fatos supervenientes.<sup>36</sup> Jorge Miranda

- 
31. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1965, p. 898. Na doutrina mais recente, MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 411, I, § 74.
  32. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 506. No mesmo sentido, em face já do Código de 1973, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro, 1976, p. 106.
  33. Item 1, especialmente nota 4.
  34. A propósito, Remo Caponi afirma que “*l’eventuale divergenza tra la situazione sostanziale preesistente e quella accertata dalla sentenza passata in giudicato è un fenomeno privo di rilevanza giuridica*”. (*L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 108) A observação é em grande medida correta. Apenas cumpre ressaltar que certa relevância jurídica pode ter essa divergência, na medida em que configurada alguma das hipóteses do art. 485, do CPC brasileiro.
  35. Ver, para maior desenvolvimento do tema, BERTI, Giorgio. *Interpretazione costituzionale*. Padova: CEDAM, 1990, nº 55, p. 617.
  36. Não encontrou acolhida no direito brasileiro – e mesmo no de diversos outros países – a doutrina de Kelsen, segundo a qual a norma inconstitucional seria válida, até o momento de sua desconstituição (*Il controllo di costituzionalità delle leggi, La giustizia costituzionale*, cit., p. 303. No mesmo sentido, diante dos termos do art. 136, da Constituição italiana, Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1968, volume terzo, p. 397). Afirmando, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade: “A declaração de inconstitucionalidade ... sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica ...” (STF – Pleno, ADIMC 1.434, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.08.1996 in DJU 22.11.1996, p. 45.684); “Atos inconstitucionais são ... nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados ...” (STF – Pleno, ADIQUO 652, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02.04.1992 in DJU 02.04.1993, p. 5.615) Ainda no mesmo sentido, cf. STF – 1ª T., RE 76.818, Rel. Min. Luis Gallotti, j. em 23.04.1974 in DJU 17.05.1974. Na jurisprudência da Corte Suprema norte-americana é freqüente a

justifica esse resultado assinalando que a Constituição, como fundamento de validade das demais normas jurídicas, deve prevalecer “desde o momento em que ... ocorre a contradição ou desconformidade, e não desde o instante em que a contradição é reconhecida”.<sup>37</sup> No direito brasileiro atual, essa eficácia *ex tunc* encontra-se expressamente prevista, tanto que depende de pronunciamento formal do Supremo Tribunal Federal, tomado por maioria qualificada, a fixação de outro termo inicial de eficácia, como resulta do art. 27, da Lei nº 9.868.<sup>38</sup>

De todo modo, há certos limites que não são e nem podem ser normalmente transpostos. A eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade não é regra absoluta. Comporta exceções.<sup>39</sup> Uma das mais salientes, sempre lembrada pela doutrina, é justamente a que decorre da coisa julgada. O reconhecimento da inconstitucionalidade de certa norma não prejudica os pronunciamentos já cobertos pela coisa julgada. A doutrina é firme no particular, anotando Vezio Crisafulli: “*ove, anteriormente alla pronuncia della Corte (constitucional), di quelle norme (declaradas inconstitucionais) si sia fatta definitiva applicazione in una sentenza passata in 'giudicato', quest'ultimo permane tuttavia con la sua caratteristica forza e la successiva declaratoria di incostituzionalità, non essendo in grado di rimuoverlo, nemmeno può esplicare, perciò, alcun effetto sul caso di specie con esso deciso*”.<sup>40</sup> Segue-se, do mesmo autor, a seguinte

---

afirmação de que a lei inconstitucional não é nem mesmo uma lei. Em *Chicago, I. & L. R. Co. V. Hackett*, 228 U. S. 559, de 1913, pode-se ler: “... *an unconstitutional act is not a law, and can neither confer a right or immunity nor operate to supersede any existing valid law*”. Já em *Ex Parte Siebold*, 100 U. S. 371, de 1879, afirma-se: “*An unconstitutional law is void, and is as no law*”. Dessa assertiva decorre que a relação jurídica envolvendo as partes deve ser resolvida como se a lei nunca houvesse sido editada, atribuindo-se, portanto, amplo efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade. Ver, todavia, adiante, nota 39.

37. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, Coimbra: Coimbra Ed., 1996, nº 140, p. 489.
38. “Art 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Aplicando esse dispositivo, sublinhou o Supremo Tribunal Federal ter a decisão declaratória de inconstitucionalidade em regra eficácia *ex tunc*: “A declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos *ex tunc*, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ...” (STF – Pleno, EDADI 483, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 22.08.2001 in DJU 05.10.2001)
39. A própria Corte Suprema norte-americana, que sempre considerou retroativa a decisão declaratória de inconstitucionalidade (cf. antes, nota 36), teve de admitir certas exceções a essa regra, aduzindo, em *Chicot County Drainage Dist. V. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371, de 1940: “*The actual existence of a statute, prior to such a determination, is an operative fact and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects, – with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official. Questions of rights claimed to have become vested, of status, of prior determinations deemed to have finality and acted upon accordingly, of public policy in the light of the nature both of the statute and of its previous application, demand examination. These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all – inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified*”.
40. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1974, II, 2, nº 30, p. 143.

síntese: “*il giudicato resiste alla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale*”.<sup>41</sup> De idêntica forma manifesta-se ainda a doutrina alemã,<sup>42</sup> sendo que em Portugal a matéria acha-se expressamente regulada na própria Constituição.<sup>43</sup>

Trata-se, na verdade, de resultado imposto pela necessidade de segurança jurídica, que faz com que se preserve o direito tornado certo pela decisão não mais suscetível de recurso.<sup>44</sup> Consoante pondera Canotilho, “o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da confiança e da segurança inerentes ao Estado de direito”.<sup>45</sup> Daí porque não há como desconsiderar decisão passada em julgado, ainda que tenha se fundado em norma declarada inconstitucional ou em interpretação em desacordo com a Constituição.

E não cabe dizer que a regra do § 5º, do art. 884, da CLT, não ofende a coisa julgada, porque não invalida a decisão tomada, apenas privando-a de exeqüibilidade. A coisa julgada consiste, como deixou bem claro a doutrina, na qualidade que torna imutáveis os efeitos da sentença.<sup>46</sup> Por isso, subtrair o efeito executivo outorgado por lei à decisão ofende a imutabilidade da sentença, contrastando com a garantia da coisa julgada.<sup>47</sup> Não é outra, aliás, a orientação assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como mostra acórdão com a seguinte ementa:

“... Incabível invocar contra o aresto, trânsito em julgado, a existência de ‘óbices intransponíveis de ordem legal’, inclusive a não mais existência do cargo reclamado ... De decisão judicial, trântisa em julgado, resulta, em favor de seus beneficiários, título de direito, que lei posterior ou ato normativo com força de lei não podem prejudicar (CF, art. 5º, XXXVI) ... Diante de decisão judicial, com plena eficácia, não cabe à administração ou ao destinatário do cumprimento do que decidido pretender, no âmbito de sua esfera administrativa ou competência, reabrir discussão sobre a matéria, em seu mérito, objeto do *deci-*

- 
41. *Lezioni di diritto costituzionale* cit., nº 30, p. 144. No mesmo sentido, PIERANDREI, Franco. *Corte costituzionale, Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, p. 974, nota 387. Acolhendo a tese, decidiu a Corte Constitucional italiana, na sentença nº 127, de 1966: “*La dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall’ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici. Essa ha carattere sostanzialmente invalidate ed è produttiva di effetti, assimilabili a quelli dell’annullamento sulle situazioni pregresse verificatesi nello svolgimento del giudizio nel quale è consentito sollevare, in via incidentale, la questione di costituzionalità, salvo il limite del giudicato ...*”.
  42. A propósito, HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, nº 688, p. 500.
  43. Art. 282, assim redigido: “1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal. ... 3. Ficam ressalvados os casos julgados ...”.
  44. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., tomo II, nº 140, p. 494.
  45. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 985.
  46. LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, nº 15, p. 54.
  47. Expressamente, sob o prisma da eficácia da decisão no tempo, ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1960, nº 105, p. 563.

## DOUTRINA

*sum*, quer com alegações de decadência, quer de existência de litisconsórcio necessário, quer de outra *quaestio juris* sobre a relação processual instaurada.”<sup>48</sup>

Assim, embora o julgamento de procedência proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta, por sua eficácia *ex tunc*, possa eventualmente justificar a propositura de ação rescisória<sup>49</sup> – o que nem mesmo é pacífico<sup>50</sup> –, não serve de pretexto, por si só, para que se deixe de respeitar a sentença. A garantia da coisa julgada faz com que se tenha de observar o que no processo se havia anteriormente resolvido.

### 4 CONCLUSÃO

A Medida Provisória nº 2.180, ao introduzir o § 5º, do art. 884, da CLT, porque editada sem que estivesse presente o pressuposto da urgência, é formalmente inconstitucional. É, ademais, materialmente inconstitucional, quando pretende afastar a executibilidade de sentenças já transitadas em julgado. Esses vícios, enquanto não reconhecidos em ação direta, podem e devem ser reconhecidos incidentalmente, por meio de controle difuso, para que não se afaste a executibilidade de sentença fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

---

48. STF – 2ª T., RCL 1.728-DF, Rel. Min. Neri da Silveira *in* Informativo STF, nº 255, 17 a 19 de dez./2001.

49. É o que tem afirmado a jurisprudência brasileira: STJ – 2ª T., REsp 180.570/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 11.09.2001 *in* DJU 12.11.2001, p. 134 e STJ – 2ª T., REsp 140.137/RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 19.05.1998 *in* DJU 24.05.1999, p. 122.

50. Negando a possibilidade de rescisão do julgado em decorrência de declaração de inconstitucionalidade da lei que o fundamentou, DELFINO, Felice. *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle legge – natura ed effetti*. Napoli: Jovene, 1970, p. 207 e, ainda, Franco Pierandrei, *Corte costituzionale* cit., p. 974, nota 387.