

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADOS NO § 5º DO ART. 884 DA CLT, AÇÕES AUTÔNOMAS E INCIDENTES NA EXECUÇÃO

Cláudio Armando Couce de Menezes*

01 - INTRODUÇÃO

“O hábito de alterar levemente as leis é um mal”; “Não desprezemos a experiência do passado: não há dúvida de que, ao longo de todos esses anos, essas coisas, se fossem boas, não teriam continuado desconhecidas.” (ARISTÓTELES, Política, II, 8 e II, 5)

De uns tempos para cá surgiu entre os processualistas um novo modismo: a relativização da coisa julgada. Após tantas outras formulações *fashion* (*querela nulitatis insanabilis*, exceção de pré-executividade, ação cautelar ou tutela antecipada para sobrestar a execução enquanto pendente ação rescisória), não raro manejadas de maneira inadequada e abusiva, apresentam agora, com ares de grande novidade, a flexibilização da coisa julgada. É a onda do momento... Coisas da pós-modernidade, onde o que se pretende inovador rapidamente vira lugar comum, dando lugar a outras tantas mudanças, num turbilhão sem fim¹.

* Juiz Vice-Presidente do TRT da 17ª Região - Ex-Procurador do Trabalho - Mestre em Direito do Trabalho - PUC-SP, Prof. EMATRA-ES.

¹ O pós-modernismo nada, e até se esponja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse. (HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*, São Paulo: Edições Loyola, 9ª ed., 2000, p. 49). O pensador inglês tenta explicar essa situação da seguinte maneira: Dentre as inúmeras conseqüências dessa aceleração generalizada dos tempos de giro do capital, destacarei as que têm influência particular nas maneiras pós-modernas de pensar, de sentir e de agir.

A primeira conseqüência importante foi acentuar a volatilidade e efemeridade de modos, produtos, técnicas de produção, processo de trabalho, idéias e ideologias, valores e práticas estabelecidas. A sensação de que tudo que é sólido se desmancha no ar raramente foi tão sentida. (HARVEY, David, ob. cit., p. 258).

Dominar ou intervir ativamente na produção da volatilidade envolvem, por outro lado, a manipulação do gosto e da opinião, seja tornando-se um líder da moda ou saturando o mercado com imagens que adaptam a volatilidade a particulares. Isso significa, em ambos os casos, construir novos sistemas de signos e imagens, o que constitui em si mesmo um aspecto importante da condição, aspecto que precisa ser considerado de vários ângulos distintos (HARVEY, David, ob. cit., p. 259).

De outro lado, o pensamento pós-modernista, com sua ênfase em conceitos como os de diferença e multiplicidade, sua celebração do fetichismo e de simulacros, seu fascínio contínuo pela novidade e pela moda, é uma descrição excelente dos esquemas capitalistas ideais de mercadoria e consumo, e por isso oferece uma oportunidade para perfeitas estratégias de *marketing* (HARDT, Michael e NEGRI, Antônio. *Império*, Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 170).

Isso se reflete no direito, em detrimento de institutos e normas de há muito assentados², com graves prejuízos à segurança e à estabilidade das relações jurídicas, sem falar na celeridade e efetividade do processo³.

Disso resulta uma grave crise de valores, onde o devedor passa a ser visto quase como um pobre coitado, mesmo quando ele é o Estado ou uma pessoa jurídica ou física dotada de recursos.

Essa postura ideológica privilegia o devedor, o mau pagador, o fraudador, em detrimento dos credores em geral, o que torna, muitas vezes, dramática a situação do credor trabalhista, em regra o empregado hipossuficiente⁴.

02 - A COISA JULGADA E SUA “FLEXIBILIZAÇÃO” - NOVAS ROUPAGENS PARA UMA VELHA QUESTÃO

Desde os romanos a coisa julgada traz em si a idéia de certeza, estabilidade e definitividade do que decidido⁵. Nela vislumbra-se força de lei⁶ ou até uma função criadora do direito⁷.

Essas características são confirmadas nas mais diversas latitudes. Na Itália, por exemplo, ALLORIO define a coisa julgada como *la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional; la cosa juzgada trunca e hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia del pronunciamiento; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo juez futuro*⁸.

² O hábito de alterar levemente as leis é um mal; e quando a vantagem da mudança é pequena, é melhor enfrentar certos defeitos, quer da lei, quer do governante, com uma tolerância filosófica (ARISTÓTELES, *Política*, II, 8). O poder da lei, de garantir a observância do seu mandamento e, por conseguinte, assegurar a estabilidade política, jurídica e social, depende em grande parte do hábito (DURANT, Will. *A História da Filosofia*, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 94). Passar levemente de velhas leis para outras novas é uma certa maneira de enfraquecer a essência mais íntima de todas as leis, sejam elas quais forem (ARISTÓTELES, *Ibid*, V, 8). Não desprezem a experiência do passado: não há dúvida de que, ao longo de todos esses anos, essas coisas, se fossem boas, não teriam continuado desconhecidas (ARISTÓTELES, *Ibid*, II, 5).

³ Esse fenômeno, conforme destaca LUIZ RODRIGUES WAMBIER, se traduz no enfraquecimento dos métodos executórios, especialmente em razão de sucessivas alterações legislativas, que, por bem intencionadas que sejam, na vida real acabam por privilegiar o calote. (“A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação”. *Revista de Processo*, São Paulo: RT n. 109, p. 134, 2003)

⁴ Neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues (ob. cit., p. 134) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (*Execução Trabalhista, estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*, coord. JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO e NEY JOSÉ DE FREITAS, LTr, maio/2002, pp. 364-365), a quem pedimos vênua para transcrever parte de suas considerações sobre esse estado de coisas: “O processo de execução no Brasil tem sido criticado, no que diz respeito à esfera cível, por ser um processo que privilegia em demasia o devedor. Será que este equilíbrio tem sido respeitado?

Será que se este equilíbrio estivesse sendo respeitado, a sabedoria popular teria criado a frase: se você acha que eu devo, corra atrás de seus direitos!

Não, este equilíbrio não está sendo respeitado.

Fundamentalmente, porque além destes dois princípios que devem ser contrabalançados para que se tenha um processo de execução saudável, nós, brasileiros, acrescentamos um: “a compaixão pelo devedor”.

CHIOVENDA, por sua vez, ensina que através da autoridade da coisa julgada, o bem da vida controvertido em juízo torna-se incontestável (*no finem controversiarum accipit*): a parte a quem se denegou o bem da vida não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente; em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, posteriores contestações a esse direito e esse gozo⁹.

Na França o quadro não é distinto: “*le principe de l'autorité de la chose jugée traduit l'effet extinctif et la force obligatoire du jugement à l'égard des parties. L'autorité de chose jugée fait obstacle à ce que les parties saisissent de nouveau le juge de la contestation qu'il a tranchée. Les parties n'ont plus de droit d'agir relativement à la contestation tranchée. Toute nouvelle demande identique à celle qui a été l'objet du jugement serait irrecevable*”¹⁰.

No Brasil, a lição da doutrina é contundente, ressaltando a relevância da imutabilidade e da imperatividade dos efeitos ou do comando da sentença coberto pela coisa julgada: Coisa julgada material é atribuído normal do pronunciamento do juiz que acolhe ou rejeita o pedido do autor; irradia efeitos para fora do processo em que o julgamento foi proferido e os projeta para o futuro. Porque vincula indistintamente todos quantos devam respeitar sua autoridade e “opera” não só no mesmo processo como também em outros processos relativos à mesma lide ou a outras lides logicamente subordinadas, falou MACHADO GUIMARÃES em eficácia preclusiva panprocessual da coisa julgada substancial”. É-lhe inerente a imutabilidade, que não pode ser infringida nem pelos juízes nem pelo legislador; está elevada à condição de garantia constitucional (CF, art. 5º, inc. XXXVI). O instituto da coisa julgada, escreveu LIEBMAN, pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional, o que revela o acerto com que agiu o constituinte brasileiro¹¹.

O devedor é visto (mesmo aquele devedor de dívidas oriundas da aquisição de bens caríssimos) como uma vítima. Como se o credor fosse certo tipo de culpado!

Nos últimos tempos, têm-se aberto para o devedor portas e mais portas para embaraçar a execução. Apesar dos expressos dizeres do art. 585, § 1º, no sentido de que nenhuma ação (à exceção dos embargos do devedor) tem o condão de paralisar a execução, a proliferação de liminares que, sob qualquer pretexto, paralisam as execuções, é impressionante!

Não adianta tornar-se a execução em si mesma mais efetiva se, correlatamente, não se eliminarem os excessos de válvulas de escape do devedor. O inadimplente tem de ser como tal tratado, e esta é uma contribuição que o sistema pode dar inclusive para a educação das novas gerações”.

⁵ No CPC vigente não é diferente a orientação do legislador. Art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

⁶ Art. 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” Confira-se o teor da seguinte ementa: “A coisa julgada tem força de lei, obrigando as partes entre as quais foi dada. Não pode uma das partes, unilateralmente, pretender livrar-se dos efeitos da sentença.” (RJ TJ SP 94/277)

⁷ “*En virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho*” (ALLORIO, Enrico. *Natureza de La Cosa Juzgada, in Problemas de Derecho Procesal*, Vol. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tradução do italiano de Santiago Sentis Melendo).

⁸ Ob. cit., pp. 130-1.

⁹ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, Campinas: Editora Brookseller, 1998, tradução do italiano Paolo Capitanio.

¹⁰ CADJET, Loïc. *Droit Judiciaire Privé*, 30 édition, Litec, 2000, pp. 625-628.

¹¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Edit. Aide, 1992, pp. 217-8.

Esta constância do resultado, a estabilidade que torna a sentença indiscutível para sempre entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido, é o que se denomina coisa julgada materia¹².”

“A coisa julgada é qualidade da sentença e de seus efeitos, e não efeito da sentença. Consiste, pois, em uma qualidade: a imutabilidade da sentença e seus efeitos, ou seja, a autoridade, e resulta dessa imutabilidade¹³.”

Portanto, o respeito à coisa julgada é nota típica dos países civilizados, sendo instituto já conhecido na antigüidade, estudado na idade média e rigorosamente observado nos tempos modernos¹⁴.

Consagrada na Constituição como verdadeira garantia do cidadão (art. 5º, XXXVI), a coisa julgada e seus atributos (imutabilidade, imperatividade, estabilidade e definitividade) assim como seus efeitos (p. ex: panprocessuais e preclusivos), baseia-se na exigência social de segurança nas relações jurídicas¹⁵.

Vestidas de novas roupas, sob a denominação equívoca de relativização ou, para usarmos uma palavra ainda mais na moda, flexibilização, eis que ressuscitam estudiosos e legisladores as chamadas “exceções contra a coisa julgada”, enterradas e esquecidas pelos séculos XIX e XX.

Com efeito, na Alemanha Imperial alguns juristas sustentaram, sem êxito, o sacrifício da autoridade da coisa julgada por razões de ordem moral e de equidade. Ações e incidentes poderiam ser utilizados para esgrimir contra a coisa julgada. Essa teoria não encontrou eco na Alemanha e na Itália, sendo, então, sepultada¹⁶.

Aliás, essas indagações sobre a coisa julgada em relação às sentenças possivelmente injustas são, em verdade, bem mais antigas.

BARTOLOLO¹⁷, no século XIV, já discutia o tema, dizendo que em alguns casos a sentença revela a própria verdade (*inducit ipsam veritatem*), mas em outros “*non facit hoc, sed perinde habetur ficta ac si esset*” (não faz isso, porém, é igualmente tida, fictamente, como se fosse verdade).

¹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 416, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

¹³ COSTA, Coqueijo. *Direito Judiciário do Trabalho*, Rio de Janeiro: Forense, p. 390, 1978.

¹⁴ Nos EUA, todavia, essa imutabilidade da coisa julgada pode ser superada em determinadas circunstâncias, contrariamente ao que ocorre nos países cujo direito é de origem romano-germânica, como França, Itália, Espanha, Portugal, Áustria, Alemanha e países da América Latina. (MILLAR. “*The historical relation of Estoppel by Record to res judicata*”, in *Illinois Law Review*, 1940, pp. 41-57 e KANE, Mary Kay, *Civil Procedure*, ST Paul (Minn), West Publishing, 1993, em coop. com. JACK H. FRIEDENTHAL e ARTHUR R. MILLER e *Civil Procedure*, pp. 40 ed., St Paul (Minn), West Publishing, 1996).

¹⁵ CHIOVENDA (ob. cit., p. 447); J. CARBONNIER, “*Droit Civil*”, 1, *Introduction*, PUF, 250 ed., 1997, n. 190 et 192 e COSTA, Coqueijo (ob. cit., p. 389). As palavras deste último merecem ser lembradas: “A coisa julgada é uma exigência de ordem social, política, prática, posto ser necessário dar solução a situações de incerteza, devendo prevalecer uma delas, a fim de que haja certeza nas relações jurídicas.”

¹⁶ ALLORIO (ob. cit., p. 160) e LIPARI (Allorio, p. 160).

¹⁷ GIOVANNI: Pugliese. “*Res iudicata pro veritate accipitur*”, *apud* Moniz Aragão, p. 204.

SAVIGNY, bem depois, também se debruçou sobre o assunto, sustentando que a coisa julgada consistiria em uma “verdade fictícia atribuída à sentença” que vincularia novos juízes¹⁸.

A verdade é que na atividade jurisdicional, o erro e a injustiça são riscos do dia a dia, porque prestada por seres humanos. UGO ROCCO registra com precisão esse aspecto:

“O Estado presta sua atividade jurisdicional, declarando o que é direito no caso concreto; presta-a do melhor modo possível, cercado-se de todas as garantias plausíveis; admite em algumas vezes a possibilidade de erro, porque, apesar de tudo, os meios do conhecimento humano são imperfeitos; após essas garantias, depois de sucessivos reexames, afasta a hipótese do erro, que, do ponto de vista do direito, não existe mais¹⁹.”

ALFONSO CATANÍA é do mesmo parecer: “*A auctoritas non veritas facit legem*: a sentença vincula as partes não porque seja expressão da verdade ou da justiça mas porque o legislador atribui à sentença, se passada em julgado, o caráter de escolha definitiva e definitivamente obrigante²⁰.”

No Brasil, MONIZ ARAGÃO²¹ endossa a conclusão dos mestres italianos quando leciona que “o processo visa à solução do litígio e em dado momento há de ser tido como ultimado; nesse momento definido pela lei formar-se-á a coisa julgada; estará assegurando a ambas as partes o bem (*a res*) sobre o que versa a disputa.

Essa também é a lição que se colhe na doutrina francesa: “*Ce qui donne au jugement sa pleine valeur (...), ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité?), c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (...). Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vide, tranche une fois pour toutes, ce que garantit stabilité, sécurité e paix entre les hommes*²².”

O ideal seria que as sentenças correspondessem à verdade, concedendo apenas o que devido, sem afronta alguma à lei, à idéia de justiça e aos mandamentos constitucionais. Todavia, por ser obra humana, por conseguinte falível, nem sempre esse escopo é alcançado. No entanto, certas ou erradas, justas ou injustas, conforme os preceitos vigentes ou não, quando cobertas pela coisa julgada deve cessar qualquer questionamento a seu respeito, sob pena de eternização da lide, o que só faz piorar o descrédito que as instituições judiciais e jurídicas gozam no seio da sociedade.

Por isso, deve prevalecer a segurança trazida pela estabilidade da autoridade emprestada à coisa julgada, imprescindível à vida dos direitos e ao comércio jurídico. A tranqüilidade social não condiz com a incerteza acarretada pela possibilidade de se reabrir discussões sobre a *res judicata*²³.

¹⁸ ARAGÃO, Moniz, ob. cit., p. 204.

¹⁹ TRATATTO..., *apud* ARAGÃO, Moniz, p. 207.

²⁰ *Apud* ARAGÃO, Moniz, p. 207.

²¹ Ob. cit., p. 207.

²² J. CARBONNIER, ob. cit., n. 190 e 192. Nesse sentido: CADIET, Loïc, ob. cit., p. 625.

²³ “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” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª ed., p. 985).

03 - A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5º DO ART. 884 DA CLT

O Executivo, adotando em parte a orientação revisionista da coisa julgada, formulou regra autorizando a descon sideração do 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.

Essa tomada de posição se fez através dos arts. 9º e 10º da Medida Provisória (n. 2.180/01) que acrescentou um parágrafo ao art. 884 da CLT (§ 5º) e ao art. 741 do CPC (parágrafo único). Os referidos preceitos tratam dos embargos do devedor contra título judicial (sentença e conciliação judicial)²⁴.

Presentes as hipóteses mencionadas na Medida Provisória, a coisa julgada não seria obstáculo a que fosse afastada a exeqüibilidade do título judicial.

Em suma, ter-se-ia a relativização da coisa julgada sempre que esta fosse “inconstitucional” (*sic!*).

Antes de abordamos a “coisa julgada inconstitucional”, cabe indagar se a Medida Provisória que a consagrou não é, por sua vez, inconstitucional.

Isso porque não poucos juristas vislumbram afronta aos requisitos da Magna Carta no tocante à expedição de Medidas Provisórias, além de afronta direta à Constituição por desrespeito ao mandamento que agasalha a intangibilidade da coisa julgada.

No aspecto formal, cabe a indagação acerca da possibilidade de inovação processual veiculada através de medida provisória²⁵. Na ADIn 1910-1, J. 22.04.99, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo suspendeu a eficácia de norma processual levada a efeito por medida provisória, já se antecipando à Emenda Constitucional n. 31/2001 que vedou, taxativamente, a edição desses expedientes legislativos em matéria processual²⁶, para evitar os abusos cometidos nessa área. Recorde-se que o Executivo estava a legislar diariamente, em desrespeito ao Poder Competente e, pior ainda, de maneira casuística e arbitrária.

No plano do requisito formal da urgência, também assaz duvidosa, emerge (ou submerge?) a constitucionalidade dos arts. 9º e 10º da Medida Provisória n. 2.180/01.

²⁴ O art. 884 da CLT passa a vigorar acrescido do seguinte § 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”.

O art. 741 do CPC passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

²⁵ Ponto bem lembrado por TALAMINI, Eduardo, “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade” (CPC, art. 741, parágrafo único), Repro 106, São Paulo: Editora RT, 04.06.02, p. 40.

²⁶ Apesar da Emenda aludir apenas ao processo penal e civil, há de ser considerada qualquer modalidade do direito processual, até porque no campo do direito processual civil *lato sensu* está inserido também o processual do trabalho.

JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO²⁷ e ESTÊVÃO MALLET²⁸ denunciam a absoluta ausência desse requisito. A matéria poderia perfeitamente aguardar o trânsito normal do processo legislativo, até porque não vinha sendo alegada nos pretórios trabalhistas, sequer havendo debates doutrinários a seu respeito²⁹.

Em verdade, o que ocorreu foi, conforme registra RODRIGUES PINTO³⁰, uma manobra de última hora, pois já era notório que a Emenda n. 32 viria coibir a expedição de medidas provisórias exorbitantes, sem relevância ou destituídas da urgência exigida pelo art. 62 da CF. Por isso, o Executivo de então expediu a malsinada regra, criando embaraços para quem já contava com a satisfação do seu crédito, em razão da eficácia preclusiva operada pela coisa julgada quanto às controvérsias possíveis sobre a lide (art. 474 do CPC).

Outrossim, não custa ressaltar a circunstância de que a Constituição, em momento algum, deixou ao puro arbítrio do Presidente da República a expedição da Medida Provisória³¹. Muito ao contrário, em razão da excepcionalidade das medidas provisórias, apenas em casos extraordinários, quando presentes a urgência e relevância, serão válidos tais expedientes³².

Na afronta à coisa julgada igualmente se baseia a tese pela inconstitucionalidade do § 5º do art. 884 da CLT e seu equivalente no CPC.

A coisa julgada não pode ser atingida por decisão posterior, seja qual for o seu teor. Isso é da essência deste instituto que cobre e sepulta questionamentos e impugnações de toda ordem (art. 474 do CPC).

Deste modo, possíveis alegações de afronta à lei, inclusive à Constituição (Lei Maior), não podem ser renovadas ou oferecidas pela primeira vez em sede de execução³³.

Aliás, não procede o subterfúgio utilizado pelo legislador quando tenta, em vão, contornar o instituto sob estudo, permitindo o ataque direto à exequibilidade (exigibilidade) do título, esquecendo que os efeitos condenatórios e executivos já estão cobertos pela coisa julgada, que tem justamente como uma de suas características a imutabilidade dos efeitos da sentença³⁴.

Mais uma vez, lembramos que o inciso XXXVI do art. 5º da CF dispõe ser impossível à lei atingir a coisa julgada, operando efeito retroativo³⁵. E o § 5º do art. 884 da CLT, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180/01, é mera norma ordinária. Destarte, o mandamento constitucional que assegura a coisa julgada não pode ser desautorizado por esse dispositivo de hierarquia inferior³⁶.

²⁷ "A autoridade da coisa julgada diante da Medida Provisória n. 2180/01". *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, 06/02, pp. 647-654.

²⁸ "A dupla inconstitucionalidade do § 5º do art. 884 da CLT". *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, 02/02, pp. 151-157.

²⁹ MALLET (ob. cit., pp. 151-2).

³⁰ Ob. cit., p. 654.

³¹ Ob. cit., p. 152.

³² MALLET (ob. cit.).

³³ MALLET (ob. cit., p. 155).

³⁴ MALLET (ob. cit., p. 156).

³⁵ "É peremptória a dicção constitucional de que 'a lei não prejudicará a coisa julgada' e isso não permite tradução diversa de que a lei nova não terá eficácia contra coisa julgada formada antes de sua vigência." PINTO, Rodrigues, ob. cit., p. 156, destaque do autor.

³⁶ PINTO, Rodrigues, ob. cit., p. 653.

A regra protetora da coisa julgada passa ao largo inclusive da declaração de inconstitucionalidade superveniente³⁷. Nem se argumente com a eficácia *ex tunc* da declaração, pois tal consequência nem sempre ocorre como deixa claro o art. 27 da Lei n. 9.868/99³⁸.

Hoje a tendência é justamente limitar essa retroatividade³⁹. E a coisa julgada é justamente uma das circunstâncias em que o reconhecimento desse vício não opera efeitos retroativos⁴⁰.

04 - ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO § 5º DO ART. 884 DA CLT

Caso afastada a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.180, caberia, nem que fosse a título de ilustração, delimitar o seu campo de aplicação legal da regra da relativização parcial da coisa julgada, abraçada pelo § 5º do art. 884 da CLT e pelo parágrafo único do art. 741 do CPC.

Em primeiro lugar, merece ser destacado que esses dispositivos pressupõem a existência de pronunciamento do STF, seja na declaração, seja na aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição⁴¹. Com efeito, os aludidos preceitos devem ser interpretados de modo sistemático, tendo em conta que incumbe ao STF a palavra final em sede de inconstitucionalidade, pois qualificado a proferir decisões com eficácia *erga omnes*⁴².

Dessa conclusão chega-se a outra: o mero incidente de inconstitucionalidade não é apto a ensejar os embargos com fundamento no § 5º do art. 884 da CLT e no parágrafo único do art. 741 do CPC⁴³.

³⁷ "...é assente no Supremo que a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional" (TALAMINI, ob. cit., p. 47). Assim, a desconstituição da coisa julgada está condicionada ao ajuizamento de ação rescisória. Passado o seu prazo, nenhum remédio processual poderá ser ministrado.

³⁸ Tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF, de acordo com o art. 27 da Lei n. 9.868/99, está autorizado a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

³⁹ Em algumas oportunidades o STF, antes da edição da Lei n. 9.868, teve ocasião de manter efeitos pretéritos de leis consideradas inconstitucionais, que haviam concedido ou aumentado a remuneração de servidores (RE 122.202 - MG 2ª T, rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.93, DJU 08.04.94). Assinala TALAMINI (ob. cit., p. 46) que nos próprios Estados Unidos, onde prevaleceu de modo tão marcante a tese da nulidade e da ineficácia absolutas da lei inconstitucional, a jurisprudência veio a reconhecer a necessidade de mitigação daquele entendimento, para que outros valores igualmente relevantes fossem resguardados. Em vários momentos, os tribunais americanos limitaram o efeito *ex tunc*, que o equivocado e inconstitucional § 5º do art. 884 da CLT insiste em reafirmar.

⁴⁰ Na Espanha (art. 161, n. 1, a) e em Portugal (art. 282, 1 e 3) a própria Constituição exclui as sentenças transitadas em julgado dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Na Itália, conforme nos informa MALLETT (ob. cit., p. 156), a preservação da coisa julgada se faz na jurisprudência da Corte Constitucional.

⁴¹ TALAMINI (ob. cit., p. 57).

⁴² *Ibid.*

⁴³ TALAMINI (ob. cit., 62).

É imprescindível que a decisão seja do Eg. STF em declaração decorrente de ação direta de inconstitucionalidade, porque quando esse vício é reconhecido apenas em controle difuso, mesmo quando a última decisão neste sentido seja do STF, inexistente eficácia *erga omnes* e força vinculante⁴⁴.

Como é notório, ao verificar a inconstitucionalidade do preceito legal na análise do caso concreto, o Supremo não exclui a regra do ordenamento jurídico, nem suspende ou cassa os seus efeitos.

Esse papel pertine ao Senado (inciso X do art. 52 da CF), que não tem prazo para fazê-lo. Aliás, sequer está obrigado a isso, podendo simplesmente se recusar a “suspender a norma⁴⁵”.

De resto, como adverte TALAMINI, pretender que decisões, ainda que do Supremo, possam ignorar ou desfazer a coisa julgada, é ir longe demais com um expediente, que por si só, é por demais discutível^{46 47}.

No tocante às hipóteses da aplicação ou interpretação em desacordo com a Constituição Federal, importante é destacar que se referem às técnicas trazidas pela Lei n. 9.868/99 (art. 28, parágrafo único) em sede de controle de constitucionalidade.

Assim é que na “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, com eficácia *erga omnes* (art. 28, parágrafo único), o STF assegura a integridade da norma controvertida, mas deixa claro ser inconstitucional determinado alcance ou sentido do texto legal.

Na interpretação conforme à Constituição, o STF aponta o sentido que deve ser dado ao dispositivo para que não desrespeite a Carta Magna. Disso resulta que qualquer outro fica terminantemente afastado, por incompatibilidade com a Constituição. A interpretação do STF ganha eficácia *erga omnes* e força vinculante se adotada em ações de controle direto (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99).

Por fim, no que concerne ao campo de aplicação do § 5º do art. 884 da CLT, talvez seja oportuno lembrar o “óbvio ululante”: os títulos judiciais que já gozavam da autoridade da coisa julgada antes da edição da Medida Provisória n. 2.180 estão fora do âmbito de incidência desse diploma.

O inciso XXXVI da CF mencionado neste estudo em diversas passagens reza que “a lei não prejudicará a coisa julgada”. Por conseguinte, não poderá gerar efeitos retroativos. Adverte CARLOS MAXIMILIANO que as leis “aplicam-se aos fatos e atos presentes e futuros; mas não produzem efeito retroativo”. “A lei olha para diante, não para trás⁴⁸.”

Note-se que essa posição está em consonância com a doutrina e a jurisprudência, inclusive do STF, sobre a aplicação no tempo de lei processual. A lei nova está obrigada a respeitar a coisa julgada, operando segundo o regramento

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ O que efetivamente ocorreu após o julgamento do RE 150.764 - PE.

⁴⁶ Ob. cit., p. 63.

⁴⁷ TALAMINI citando o Ministro GILMAR MENDES, defende a posição de que a desconsideração da “coisa julgada inconstitucional” só restará autorizada no controle incidental se o Senado retirar efetivamente a norma do ordenamento (ob. cit., pp. 63 e 66).

⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, 1946, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 3, p. 44.

vigente à época em que passada em julgado a sentença. Assim foi solucionada a questão acerca do aumento de casos de rescindibilidade da sentença, quando do advento do CPC de 1973⁴⁹.

Encerrando esse item, registro que a regra do § 5º do art. 884 da CLT se refere à desconsideração da coisa julgada tida por inconstitucional ou incompatível com a Constituição. De sorte que se o inverso acontece - a coisa julgada se funda na inaplicabilidade de lei ordinária considerada inconstitucional pelo juízo prolator da sentença, posição contrariada por jurisprudência posterior - não há que se falar em embargos para discutir a inexecutabilidade do título, pois nenhum vício nele existe. É justamente a situação das execuções e sentenças condenatórias relacionadas aos planos econômicos Bresser e Collor (URP e IPC).

05 - AÇÕES AUTÔNOMAS E INCIDENTES FUNDADOS NA ARGÜIÇÃO DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Tanto a CLT como o CPC, com a redação emprestada pela Medida Provisória n. 2.180, limitam aos embargos à execução a argüição da inexecutabilidade do título por inconstitucionalidade da coisa julgada.

De sorte que despropositada e tardia há de ser qualificada a ação ajuizada após o momento assinalado para os embargos, a fim de suprir sua omissão.

Seria permitir que o executado desrespeitasse o sistema de defesa na execução forçada, tornando o prazo e a ação de embargos uma inutilidade, com o grave desvirtuamento do sistema legal⁵⁰.

O mesmo quadro de ilegalidade teremos quando o executado embargar, mas não argüir o vício de inconstitucionalidade do título, por "cochilo" ou porque naquela oportunidade a Medida Provisória n. 2.180 ainda não havia sido editada⁵¹.

Outrossim, parece-me incabível da argüição da inconstitucionalidade da coisa julgada através de exceção ou objeção de pré-executividade⁵². Primeiro, porque essa alegação está adstrita pelo legislador aos embargos do devedor (§ 5º do art. 884 da

⁴⁹ Confira-se: LACERDA, Galeno de. *O Novo Direito Processual Civil e os Efeitos Pendentes*, Rio de Janeiro: Forense, 1974, cap. V, p. 56; NEGRÃO, Theotonio, *Código de Processo Civil, Legislação Processual em vigor*, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, nota 8 ao art. 1211 e TALAMINI (ob. cit., pp. 77-8).

⁵⁰ Este é o parecer de JOSÉ ALONSO BELTRAME. Lembra o ilustre processualista que a oposição de ação autônoma, após decorrido o prazo para embargos à execução, traduz a reabertura de "efeitos que já se tornaram impossíveis pela preclusão" (*Dos Embargos do Devedor*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 134, 1983).

⁵¹ A propósito, o STJ já se pronunciou: "Sendo a preclusão a perda de uma faculdade ou de direito subjetivo processual, inadmite-se a rediscussão de matéria sepultada em decorrência da reconhecida intempetividade dos embargos do devedor" (cf. ITARS, 75: 251; RJTA MG, 53: 187, in NEGRÃO, Theotonio, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor (anotado)*, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 502-8).

⁵² Assim também conclui TALAMINI: "especialmente em relação ao título executivo acobertado pela coisa julgada, o fundamento previsto no parágrafo único do art. 741 do CPC deve ser em regra matéria de embargos, e não de objeção dentro do processo executivo" (p. 74).

CLT e parágrafo único do art. 741 do CPC). Segundo, porque sendo questão de fundo, dependente de iniciativa da parte, não se enquadra na moldura da pré-executividade. Esta, em princípio, compreende apenas matérias de cunho processual, conhecíveis de ofício⁵³.

Por fim, considero um despropósito sem tamanho aceitar-se que uma mera alegação, lançada no curso da execução, possa ter a força de apagar do mundo jurídico a coisa julgada. É levar muito longe a discutível ideologia da relativização da coisa julgada. Penso que nem os seus apologistas chegariam a tanto!

06 - CONCLUSÕES

1) Ganha corpo na ciência processual e na jurisprudência postura ideológica de privilegiar o devedor em detrimento do credor, da coisa julgada e do título executivo. Incidentes de toda ordem são admitidos para obstar a execução. Nesse quadro, destacam-se as exceções de pré-executividade, para discutir matéria de mérito, cautelares e medidas de antecipação de tutela em sede de rescisória, ações declaratórias e anulatórias de título executivo e, última “novidade”, a relativização da coisa julgada;

2) A coisa julgada, instituto constitucional, é fundamental para a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. Assegurar a sua observância é imprescindível ao atendimento dos princípios da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, cada vez mais ameaçados pelos modismos processuais e por posições paternalistas em prol de devedores contumazes, freqüentemente empresas e empresários de grande capacidade econômica e financeira, sem falar na Fazenda Pública que nem sempre se distingue como boa pagadora;

3) A relativização da coisa julgada não é outra coisa que não a velha e surrada tese em defesa das “exceções contra a coisa julgada”, enterradas e esquecidas pelos séculos XIX e XX;

4) O Executivo, adotando a tese da relativização da coisa julgada, expediu a Medida Provisória n. 2.180/01, incluiu nos artigos 884 da CLT e 741 do CPC, parágrafos que autorizam a desconsideração daquele instituto quando a sentença for contrária à Constituição. Sucede que a Medida Provisória n. 2.180/01, neste particular, sofre de inconstitucionalidade formal, uma vez que não observados os requisitos formais para sua edição, e material, por afronta direta à Constituição;

5) Mesmo que afastada a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.180/01 e dos parágrafos 5º do art. 884 da CLT e único do art. 741 do CPC, a alegação da “coisa julgada inconstitucional” deve observar os seguintes parâmetros:

⁵³ Confira-se nosso artigo “Execução trabalhista: temas atuais e polêmicos”, *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 20, n. 234, pp. 7-21, junho/ 2003.

- a) A alegação da matéria há de ser feita quando dos embargos à execução do devedor, conforme disposto em lei. Incabível qualquer alegação fora desse momento. Ações declaratórias de anulação, embargos à arrematação ou adjudicação, exceções e objeções de pré-executividade, e o que se queira mais inventar, reclamam do juiz o indeferimento sumário;
- b) Apenas do pronunciamento do STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, poder-se-á falar em declaração, aplicação ou interpretação da Constituição aptas a ensejar o remédio extraordinário dos embargos para obter o afastamento da coisa julgada;
- c) A coisa julgada formada antes do advento da Medida Provisória n. 2.180 resta preservada, passando ao largo da incidência desse diploma;
- d) Se a coisa julgada se funda na inaplicabilidade de lei ordinária, considerada inconstitucional pelo Juízo prolator em controle incidental e difuso, apesar de posteriormente a jurisprudência se firmar em sentido contrário, não há espaço para os embargos fundados no § 5º do art. 884 da CLT. Isso porque esse preceito trata justamente da hipótese contrária.