

Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (*ex vi* art. 741, par. ún.)

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Advogado. Mestre e Doutor em direito processual na FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Professor Doutor de direito processual civil na FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Especializou-se em direito processual civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL - IBDP. Membro do INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL – IIDP e da *INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW*.
lucon@lucon.adv.br

Sumário:

- 1. Coisa julgada e seus aspectos relevantes**
- 2. Conteúdo e estrutura da sentença**
- 3. Momento próprio de produção da sentença**
- 4. Mérito**
- 5. Conteúdo, efeito e eficácia**
- 6. Conteúdo declaratório**
- 7. Conteúdo condenatório**
- 8. Conteúdo declaratório e execução**
- 9. Conteúdo constitutivo**
- 10. Sentença executiva *lato sensu*?**
- 11. Conteúdo mandamental**
- 12. Imutabilidade do conteúdo da sentença**
- 13. Sentença inconstitucional**
- 14. Embargos à execução contra Fazenda Pública fundados em sentença inconstitucional (art. 741, par. ún.)**
- 15. Conclusão sobre a sentença inconstitucional**

Resumo: o presente estudo versa sobre a coisa julgada, os possíveis conteúdos e efeitos da sentença de mérito, bem como sobre o tema da sentença inconstitucional (“coisa julgada inconstitucional”, “relativização da coisa julgada”) e dos embargos à execução contra a Fazenda Pública fundados em sentença inconstitucional (CPC, art. 741, par. ún.).

Palavras-chaves: coisa julgada, sentença, efeitos, eficácia, sentença inconstitucional, coisa julgada inconstitucional, relativização da coisa julgada, embargos à execução, Fazenda Pública.

1. Coisa julgada e seus aspectos relevantes

Existem três aspectos relevantes no estudo da coisa julgada, que são o ponto de partida para a perfeita compreensão do tema: conteúdo da sentença; efeitos da sentença; imutabilidade da sentença.¹

2. Conteúdo e estrutura da sentença

Toda a sentença é dotada de um conteúdo que compreende um juízo de valor e lógico. É, acima de tudo, um ato de inteligência ou de conhecimento.

Do ponto de vista estrutural, a sentença divide-se em relatório, motivação e dispositivo.

O relatório nada mais é que o resumo histórico do processo, ou seja, é no relatório em que se verifica os fatos mais relevantes ocorridos no processo a partir de um encadeamento lógico e cronológico que espelha todo o *arco procedimental* percorrido. Nele constata-se os eventos mais importantes do processo.

Na estrutura do procedimento comum ordinário, deverão estar presentes no relatório os pontos mais relevantes das seguintes fases: I) *fase postulatória*, em que as partes encartam aos autos as suas razões (petição inicial, exceções rituais, contestação, reconvenção e sua resposta,

¹ - Nesse sentido, BOTELHO DE MESQUITA, “A coisa julgada”, p. 2. O autor cita como terceiro aspecto para compreensão da coisa julgada os *efeitos do trânsito em julgado*, referindo-se à indiscutibilidade e imutabilidade da conclusão da sentença. No entanto, não se trata propriamente de um efeito do trânsito em julgado, mas de atributos do fato jurídico denominado trânsito em julgado. Por essa razão, optou-se pela imutabilidade da sentença.

impugnação ao valor da causa, ação declaratória incidental e sua resposta, intervenções de terceiros); II) *fase ordinatória*, em que o julgador verifica e decide acerca da presença ou não dos pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito, se o processo está ou não apto a ser sentenciado neste momento, bem como se pronuncia sobre o deferimento ou o indeferimento de provas; III) em seguida, se deferidas as provas, passa-se à *fase instrutória*, com a produção das provas propriamente ditas.

Já na motivação estão os fundamentos pelos quais o julgador decidirá desta ou daquela forma os pedidos deduzidos na petição inicial. Para o fenômeno da coisa julgada, não interessam as decisões que constituem as premissas da conclusão acerca dos pedidos. A motivação espelha o convencimento do juiz sobre o caso concreto. Existem, portanto, decisões na motivação, mas são atos que espelham diversos juízos lógicos sobre pontos de fato ou de direito suscitados no caso concreto. A motivação abrange (I) a interpretação das normas aplicadas; (II) o reconhecimento dos fatos; (III) a qualificação jurídica da *fattispecie* e (IV) a declaração das conseqüências jurídicas derivantes da decisão.²

Apenas frases prontas na motivação merecem repúdio, porque nada elucidam e dão a nítida e frustrante impressão de que o julgador nada examinou nos autos. Algumas decisões são, infelizmente, compostas por frases que poderiam estar em toda e qualquer ato decisório e nada trazem de novo. Daí a necessidade da inteireza da motivação (*completezza*) com o exame das peculiaridades de cada caso. Por óbvio, "o parâmetro com base no qual deve ser avaliada a inteireza da motivação é constituído pelas exigências de justificação surgidas em relação à decisão,

² - Cfr. TARUFFO, **La motivazione della sentenza civile**, n. 5, e, esp. p. 450.

sendo pois um parâmetro cujo significado varia sensivelmente em cada caso concreto, o que conseqüentemente torna pouco pertinentes eventuais critérios formulados de modo genérico e abstrato".³

A motivação tem grande importância sob o aspecto político de legitimação do poder estatal, pois é exigência fundamental do estado democrático de direito e uma garantia contra o arbítrio: se os casos submetidos aos órgãos jurisdicionais devem ser julgados com base em fatos provados e com a correta e imparcial aplicação do direito vigente, só podem assim ser por meio da exposição clara do caminho lógico que se percorreu para chegar à decisão.⁴

Para a coisa julgada, é relevante a conclusão da sentença que dispõe sobre os pedidos deduzidos, se obviamente presentes os pressupostos autorizadores para o seu julgamento. A autoridade da coisa julgada está restrita ao dispositivo da sentença, não abrangendo os motivos que serviram de suporte à decisão (CPC, art. 469).⁵ No entanto, a fundamentação permite a aferição do *raio de alcance da parte dispositiva da sentença*. O capítulo (ou capítulos) de sentença atinente ao dispositivo restará protegido independentemente do que foi alegado ou poderia ter sido alegado no processo de conhecimento (deduzido ou deduzível).⁶

³ - V. TARUFFO, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ - V. , nesse sentido, LIEBMAN, "Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença", p. 80

⁵ - O sistema brasileiro adotou a tese restritiva da coisa julgada, que atinge apenas o dispositivo da sentença. Nessa linha, entre outros, v. BARBOSA MOREIRA, **Questões prejudiciais e coisa julgada**, CRUZ E TUCCI, **A motivação da sentença no processo civil**, n. 12, p. 133; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, "Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual", p. 70; e **Sentença e coisa julgada**, p. 169.

⁶ - V. PROTO PISANI, **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 65; VERDE, **Profili del processo civile**, v. II, pp. 333-336.

3. Momento próprio de produção da sentença

Mas em que momento do processo vem a sentença? Evidente que essa resposta depende do procedimento adotado.

No procedimento comum ordinário, o juiz pode indeferir a petição com ou sem julgamento do mérito. Indeferirá com julgamento do mérito se reconhecer a decadência e a prescrição. Pelo Código Civil de 2002, antes mesmo da manifestação da parte contrária, pode indeferir a petição inicial, reconhecendo a prescrição se essa beneficiar incapaz (art. 194: "o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz"). Esse dispositivo foi revogado por força da Lei n. 11.280/06, que modificou o § 5º ao art. 219 do Código de Processo Civil: "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". Esse dispositivo impõe ao julgador verdadeiro *dever processual* de decretar de ofício a prescrição. Como é impossível repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, como estabelece o art. 882 do Código Civil, resta saber o que acontecerá nos casos em que o juiz deixou de reconhecer de ofício a prescrição e a parte sucumbente acabou por adimplir forçosamente a obrigação por força de sentença condenatória transitada em julgado. Teria o pagador de dívida prescrita, por força de processo em que o juiz deixou de reconhecer de ofício a prescrição, ação de reparação de dano contra o Estado?⁷

Enquanto a prescrição atinge as pretensões de natureza condenatória, a decadência incide sobre as pretensões de natureza

⁷ - Hipótese delineada por CARREIRA ALVIM, *Alterações do Código de Processo Civil*, p. 34.

constitutiva.⁸ A prescrição está vinculada ao nascimento da pretensão e a decadência ao exercício de um direito potestativo. Mais ainda: a prescrição deixa incólume o direito subjetivo, ao contrário do que ocorre com a decadência (como visto, é plenamente possível o pagamento de dívida paga).⁹ “Enquanto, frente aos ‘direitos à prestação’, a ação nasce da lesão e serve para a proteção do direito contra a violação, no caso dos direitos potestativos, a ação constitutiva não é meio de proteção, é forma de exercício do próprio direito, o qual não depende do sujeito passivo, nem pode por ele ser violado”.¹⁰ Já de acordo com o Código Civil de 2002, as diferenças entre os dois institutos residem nos seguintes pontos: I) somente haverá prazo prescricional se a lei assim tratar (arts. 205 e 206), não podendo as partes proceder a qualquer tipo de alteração nos prazos legais (art. 192); II) a decadência comporta divisão, podendo decorrer da lei (*decadência legal*) ou da fixação pelas partes para o exercício do direito potestativo (*decadência convencional*). Aqui, por óbvio, a fixação do prazo se sujeitará à vontade das partes (art. 211); III) a fluência dos prazos decadência é imune a obstáculos de impedimento, de suspensão ou de interrupção (art. 207), enquanto a prescrição possui a regulação de hipóteses que impedem e suspendem o prazo prescricional (arts. 197, 198, 199, 200 e 201) assim como permite a interrupção do lapso temporal do instituto (arts. 202, 203 e 204); IV) não é possível a renúncia da *decadência legal* (art. 209), ao passo que a prescrição é

⁸ - V., a propósito, AGNELO AMORIM FILHO, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, RT 300/7 e 744/725.

⁹ - TESHEINER, **Nova sistemática processual civil**, p. 52.

¹⁰ - HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho”, p. 182.

perfeitamente renunciável (art. 191) sendo a última, por tal passo, sempre *disponível*.¹¹

Outra hipótese de resolução imediata do processo ocorre com o decreto de improcedência no caso de processos repetitivos. O art. 285-A do Código de Processo Civil estabelece que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Trata-se de julgamento antecipadíssimo do mérito, já que antes mesmo da citação o julgador profere sentença *inaudita altera parte*. O contraditório não é violado com esse novo dispositivo, já que é ele apenas diferido para o caso de o autor apelar. Mais ainda: há a possibilidade de juiz se retratar da sentença proferida, reconsiderando a sua decisão e determinando de imediato a citação do demandado. É o que se verifica da redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A: “se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação”; “caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”. Esse dispositivo é aplicável quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isso não significa que a matéria versada na causa deva ser exclusivamente jurídica; pode a discussão ser de fato e de direito, mas os fatos constitutivos do direito do demandante já devem estar esclarecidos para o julgador em razão de já ter proferido sentença em outros casos absolutamente semelhantes. Nesse caso, o demandante não poderá alegar violação do direito à prova, porque, na convicção do julgador, nada mais há de ser esclarecido ou provado relativamente aos fatos. Assim, os

¹¹ - RODRIGO MAZZEI, **Reforma do CPC**, pp. 427-428.

pontos controvertidos devem ser exclusivamente atinentes à matéria jurídica. Se a controvérsia já é conhecidíssima pelo julgador, está ele autorizado a proferir sentença imediata de improcedência. Como está claro, a norma incide em processos repetitivos em que a *causa petendi* e *petitum* guardam bastante similitude a ponto de o julgador ter elementos suficientes para a rejeição. Entretanto, se o entendimento do julgador for pela procedência dos pedidos formulados, deve ser necessariamente observado o contraditório, ou seja, não se admite o julgamento antecipado do mérito a favor do autor sem que se proceda à citação do demandado.¹²

Ressalvadas essas hipóteses, neste momento inicial do processo, a sentença será necessariamente terminativa.

Após a fase postulatória, o juiz também pode extinguir o processo. Nesse momento, o juiz verifica se o processo está em ordem (daí a fase se chamar *ordinatória*) e certamente tomará uma das seguintes atitudes: I) se ausentes as condições da ação e os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e o processo não tiver condições de seguir adiante, será o caso de extingui-lo por sentença terminativa (*ex vi* art. 267 do CPC); II) se o processo estiver em ordem, com a presença desses requisitos de admissibilidade, e as provas constantes dos autos forem suficientes ou a matéria a ser julgada for exclusivamente jurídica, extingue-se o processo com julgamento do mérito (*ex vi* art. 330 do CPC); III) se houver necessidade de dilação probatória, o juiz profere decisão deferindo as provas na audiência preliminar do art. 331 (o que é raro) ou por

¹² - Pela defesa da constitucionalidade do dispositivo, v., entre outros, CARREIRA ALVIM, **Alterações do Código de Processo Civil**, pp. 80-83; GLAUCO GUMERATO RAMOS, **Reforma do CPC**, pp. 375-377; VICENTE DE PAULA ATAÍDE JÚNIOR, **As novas reformas do processo civil**, pp. 79-81.

meio do tradicional despacho saneador. É praxe muito comum o juiz determinar que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando a sua pertinência, seguindo assim a antiga tradição do Código de Processo Civil de 1939. Após a manifestação das partes, se o caso comportar a audiência preliminar, o julgador tenta conciliar as partes e se isso não ocorrer, deixa para proferir o deferimento ou indeferimento das provas em outro momento processual, fora da referida audiência.

Por fim, encerrada a fase instrutória, pode o juiz extinguir o processo com ou sem julgamento do mérito. Mas é claro que se o julgador chegou até aqui, é um grande desperdício de energia extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Esses são, enfim, os possíveis momentos para a produção da sentença, que deve espelhar o sentimento do juiz acerca do caso concreto.

A cognição ampla e exauriente é uma característica intrínseca do procedimento comum ordinário e por isso, tem a condição ideal de oferecer uma sentença de mérito passível de fazer coisa julgada material. A cognição, portanto, é que confere uma efetiva segurança jurídica para as partes e também para a sociedade ao produto judiciário por excelência, que nada mais é que a sentença de mérito. Entretanto, verifica-se, cada vez mais, uma tendência ao gradativo caráter residual do processo de conhecimento com a correlata sumarização dos processos.¹³ A exigência da celeridade acima de tudo, com o sacrifício de valores fundamentais, faz com que a coisa julgada, enquanto qualidade da sentença transitada em julgado, tenda a ser afastada.

¹³ - Nessa linha, PROTO PISANI, "Verso la residualità del processo a cognizione piena?", esp. n. 1, pp. 2-3.

Percebe-se também que a garantia da coisa julgada articula-se com harmonia com a do devido processo legal.¹⁴

4. Mérito

O mérito nada mais é que o julgamento do pedido, com a verificação da total ou parcial existência do direito do autor ou mesmo da sua completa inexistência. No primeiro caso, a demanda é procedente; no segundo, é parcialmente procedente (ou parcialmente improcedente); no terceiro, é integralmente improcedente. O julgamento do pedido nada mais é que a apreciação da pretensão processual veiculada na demanda e instrumentalizada na petição inicial. Sobre o ela o órgão jurisdicional se manifesta se obviamente presentes os pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito.

Já a coisa julgada tem natureza eminentemente prática e não se confunde com a sentença: seu escopo é de conferir estabilidade à tutela jurisdicional concedida na sentença de mérito.¹⁵ Se de um lado, constitui grave erro de perspectiva definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença ou mesmo identificá-la com a eficácia declaratória - sempre presente, em contraposição com outros possíveis efeitos (constitutivos ou condenatórios, inclusive mandamentais);¹⁶ de outro, certo é que a coisa julgada atinge o conteúdo da sentença na parte em que se concedeu a tutela

¹⁴ - Essa sintonia foi referida por BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", n. 5, p. 51.

¹⁵ - V. BARBOSA MOREIRA, "Coisa julgada e declaração", n. 3., p. 83.

¹⁶ - Nessa linha, v. LIEBMAN, **Eficácia e autoridade da sentença**, n. 7, p. 29.

jurisdicional.¹⁷ Ampliado o objeto do processo ou o *thema decidendum* por força da formulação de novos pedidos, por via de reconvenção, oposição ou ação declaratória incidental (para citar apenas alguns exemplos), ampliado está o feixe de incidência da autoridade da coisa julgada.

Quando, na sentença de mérito, o órgão jurisdicional formula a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida ao seu exame,¹⁸ está julgando a pretensão processual, deduzida na petição inicial. Daí porque, apesar de ser a coisa julgada um atributo da sentença, interessa também saber os seus possíveis conteúdos.

Portanto, não é apenas o *elemento* declaratório da sentença definitiva que tem aptidão para alcançar a *auctoritas rei iudicatae*,

¹⁷ - Ao contrário do sustentado por LIEBMAN (**Eficácia e autoridade da sentença**, p. 109), a coisa julgada não é a imutabilidade dos efeitos da decisão. Corretamente, BARBOSA MOREIRA afirma que os efeitos podem ser livremente modificados - assim, a imutabilidade está restrita ao conteúdo da sentença e não aos efeitos: "o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial. Faltou a LIEBMAN dar o passo decisivo no sentido de se libertar da problemática relativa à eficácia da sentença a teoria da coisa julgada" ("Coisa julgada e declaração", p. 89, e mais recentemente, "La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano", pp. 42 e ss.). Distoando desses dois posicionamentos e acompanhando HELLWIG, CELSO NEVES entende que a coisa julgada é um efeito da sentença (**Coisa julgada civil**, n. 7, p. 502). Já BOTELHO DE MESQUITA preconiza a ruptura entre *elemento* e *efeito declaratório*, aproximando-se por isso das conclusões de BARBOSA MOREIRA ("A coisa julgada", n. 7, p. 19). Negam também a correlação entre a coisa julgada e os efeitos da sentença, ARAKEN DE ASSIS, **Eficácia civil da sentença penal**, pp. 124 e ss.; MONIZ DE ARAGÃO, **Sentença e coisa julgada**, p. 239; NELSON NERY JR., **CPC comentado e legislação extravagante**, p. 145, nota 6; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, "Coisa julgada relativa", p. 14; SÉRGIO GILBERTO PORTO, **Coisa julgada civil**, p. 54; TESHEINER, **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**, pp. 72 e ss. Na doutrina italiana mais recente não prevalece a tese da correlação entre coisa julgada e efeitos da sentença. V., a propósito, COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, **Lezioni sul processo civile**, p. 7642; CONSOLO, **Spiegazioni di diritto processuale civile**, p. 147; PROTO PISANI, **Lezioni di diritto processuale civile**, pp. 61-63.

¹⁸ - *Cfr.* BARBOSA MOREIRA, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 1, p. 97.

mas todos os demais que se refiram à pretensão processual deduzida em juízo, sejam eles meramente declaratórios, constitutivos ou condenatórios.

5. Conteúdo, efeito e eficácia

Toda sentença tem um conteúdo distinto, que a torna particular e a distingue de todas as sentenças e de todos os demais atos jurídicos. Sem conteúdo, comprometida está a própria existência do ato. O conteúdo de uma sentença não se confunde com seus efeitos, que são as alterações por ela provocadas sobre as relações jurídicas existentes no mundo exterior, fora do processo. "Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra".¹⁹

Por outro lado, os efeitos não são, como se percebe, um atributo das sentenças, mas são as modificações provocadas no mundo dos fatos. Em princípio, esses efeitos se produzem imediatamente e independem do trânsito em julgado, fato jurídico consistente de não estar mais a sentença sujeita a recurso.²⁰

A eficácia é a aptidão, "virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito"²¹ - por isso, constitui a qualidade do ato gerador de efeitos.²² Já o efeito representa algo atual, demonstrando *in concreto* o comando emergente do ato jurisdicional.

¹⁹ - BARBOSA MOREIRA, "Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema", p. 175.

²⁰ - V. BOTELHO DE MESQUITA, "A coisa julgada", nn. 3-4, pp. 10-11.

²¹ - HOUAISS, **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**, p. 1102.

²² - V. ainda, BARBOSA MOREIRA, "Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema", p 175.

Em relação aos possíveis conteúdos da sentença, as sentenças no processo de conhecimento podem ser desmembradas em sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Essa classificação parte da denominada *classificação trinária* das ações de conhecimento. Há também quem sustente a chamada *classificação quinária*, que põe ao lado dessas três já mencionadas, as ações executivas *lato sensu* e mandamentais. Tal classificação considera não somente a natureza da tutela jurisdicional desejada (conteúdo), como também leva em conta a eficácia e o modo pelo qual o processo se desenvolve a partir da sentença.

Não obstante essa subclassificação, como já destacado, é certo que toda sentença civil tem natureza declaratória, pois sempre seu objetivo é definir qual a vontade concreta da lei a atuar entre os sujeitos da relação jurídica que vem submetida à decisão do juiz. Por sua vez, o juiz não é chamado, como usualmente se diz, a aplicar a lei ou a especificar a norma, mas simplesmente a declarar se e como a lei é por virtude propriamente aplicada, a declarar se e como a norma, tendo contato com determinada *fattispecie* concreta, é destinada a definir uma situação substancial, antes mesmo da existência do processo. Compete ao juiz fixar na decisão de mérito o objeto último de sua investigação, ou seja, a vontade da lei já previamente concreta, já especializada àquela situação substancial.²³ Portanto, o processo não tem por escopo criar direitos novos, mas limita-se à declaração de direitos preexistentes. O único caso em que o processo constitui fonte autônoma de direitos refere-se à condenação em honorários advocatícios e despesas processuais, pois a sentença “produz um direito a uma prestação”:²⁴

²³ - Cfr. CALAMANDREI, **La cassazione civile**, n. 11, vol. VII, p. 35.

²⁴ - CHIOVENDA, **Instituições de direito processual civil**, p. 240.

o simples desencadeamento do processo gera para uma das partes, qualquer que seja o seu resultado, o direito à sucumbência.

As funções de declarar, condenar ou constituir são coordenadas para a tutela de direitos lesados, insatisfeitos. Caberá ao demandante deduzir pedido que repute mais idôneo à tutela que objetiva, e essa parece ser a maior dificuldade presente nos casos concretos: a formulação correta da demanda de modo a tutelar o titular de um direito. A demanda deve ser apta a propiciar um provimento capaz de definir corretamente a situação substancial existente entre as partes, projetando efeitos externos ao processo. Daí a eficácia das decisões ter um papel fundamental na efetividade do processo.

6. Conteúdo declaratório

É certo que ordinariamente somente as sentenças de procedência produzem alterações nas relações existentes fora do processo.²⁵

Entretanto, ações declaratórias positivas ou negativas que produzam sentenças de mérito que descrevam a existência da obrigação, o que é devido (*an debeat*) e o quanto é devido (*quantum debeat*) tem aptidão para atuar nas relações jurídicas existentes fora do processo.

As ações meramente declaratórias devem ser utilizadas quando o demandante almeja a solução de uma crise de certeza e

²⁵ - Segundo BOTELHO DE MESQUITA, as sentenças de improcedência nunca produzem alterações no mundo exterior e não produzem o efeito de uma sentença declaratória a favor do réu, entendimento esse que aqui, respeitosamente, se discorda ("A coisa julgada", n. 1.2, p. 3; "A coisa julgada no Código do Consumidor", n. 2.4, pp. 25-26; "Coisa julgada - efeito preclusivo", n. 3, pp. 81-85).

sua propositura está condicionada ao interesse processual na declaração imperativa da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade de um documento (parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Civil).²⁶ A eliminação do estado de incerteza afasta a insegurança jurídica e todas as sentenças de mérito no processo de conhecimento têm um conteúdo declaratório, pois o reconhecimento do direito é a elas intrínseco. O interesse processual decorre da dúvida objetiva emergente de uma relação jurídica concreta, com fatos bem delineados, precisos e determinados. Estão fora da tutela jurisdicional meramente declaratória meras conjecturas e suposições, típicas de uma dúvida subjetiva.

No que se refere ao momento da eficácia, em geral a sentença meramente declaratória é *ex tunc*: seus efeitos não são apenas produzidos após o trânsito em julgado da decisão, mas também em relação ao passado. Pense-se, por exemplo, numa sentença declaratória de existência de obrigação: seria absurdo supor que a sua existência somente "surgiu" com a formação da coisa julgada e não desde o momento em que os convenientes a formularam.²⁷ O grau de efetividade da sentença meramente declaratória é muito grande, aproximando-se por vezes da plenitude: em alguns casos a sentença de mérito é por si só suficiente para outorgar a tutela almejada pela parte (como ocorre nas sentenças declaratórias negativas).

7. Conteúdo condenatório

²⁶ - LUCON, **Eficácia das decisões e execução provisória**, p. 154. BOTELHO DE MESQUITA entende que que na ação declaratória há um direito à segurança jurídica (**Da ação civil**, n. 47, p. 110).

²⁷ - V. a propósito, LUCON, **Eficácia das decisões e execução provisória**, n. 46, p. 153.

A ação condenatória destina-se a obter um provimento que obrigue o réu a cumprir determinado ato comissivo ou omissivo. Com essa ação, o demandante pede a condenação do réu ao cumprimento de uma prestação. Com a procedência da demanda, o juiz ordena alguém a dar, fazer ou não fazer (pagar uma soma de dinheiro, entregar certo bem móvel, desocupar determinado bem imóvel *etc.*). A ação condenatória tem por objetivo uma sentença que reconheça a existência de uma obrigação de fazer, não fazer (abstenção), entregar coisa ou pagar quantia que, como título (CPC, art. 475-N, I) é fundamento para a realização de atos práticos e materiais. Por óbvio, ela somente vai ter lugar se o réu não se conformar com a sentença, deixando de cumpri-la voluntariamente.

A sentença condenatória contém também declaração acerca da relação jurídica controvertida, embora a eficácia ou *carga prevalente* seja prevalentemente condenatória, pois impõe a sanção executiva, estabelecida pela lei diante do ato contrário ao direito praticado pela outra parte: “a condenação traduz-se na sujeição do devedor às medidas executivas previstas pela lei para a obrigação que ele não cumpriu”.²⁸ E sujeição nada tem de especial, pois consiste na situação em que se encontra um dos sujeitos parciais do processo, forçado a suportar os efeitos de um provimento jurisdicional.²⁹ Em resumo, a sentença condenatória declara a existência de um direito e sua insatisfação, condenando a parte devedora ao adimplemento; a condenação pode ser genérica ou ordinária.³⁰

²⁸ - LIEBMAN, **Manual de direito processual civil**, n. 84, p. 183.

²⁹ - *Cfr.* ainda, LIEBMAN, **Manual de direito processual civil**, n. 59, p. 123.

³⁰ - V. ROGNONI, **La condanna in futuro**, n. 11, p. 117.

Indica a sentença condenatória ordinária todos os elementos a respeito da obrigação, pois declara a existência da obrigação, a natureza dos bens que constituem seu objeto (*an debeat*) e a quantidade desses bens (*quantum debeat*). Além disso, aplica a já mencionada sanção executiva. Por isso se diz que o provimento condenatório contém dois momentos lógicos: enquanto o primeiro diz respeito à eficácia meramente declaratória, o segundo refere-se à sanção executiva.

Já a sentença condenatória genérica é incompleta, pois, embora declare a existência do direito (*an debeat*), não contém o *acertamento* referente ao valor da obrigação, ainda controvertido entre os sujeitos parciais do processo. O *quantum debeat* deverá ser objeto de outra fase processual. Será, portanto, na fase de liquidação que serão quantificados os bens devidos, tornando com isso possível a instauração da fase de execução.³¹

Na ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), a sentença condenatória genérica tem um grau de completude menor comparativamente ao sistema do Código de Processo Civil, pois lá parte do *an debeat* é objeto de *acertamento* em

³¹- No sistema jurídico italiano, a sentença condenatória genérica vem expressamente prevista no art. 278, 1: “quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione”. Tal sentença é fruto da criação jurisprudencial e tem a manifesta vantagem de fixar em um menor espaço de tempo a existência do *an debeat*. Sobre o tema, v. CALAMANDREI, **La condanna “generica” ai danni**, p. 503 et seq.; GUALANDI, **Domanda di condanna generica**, p. 1.141 e ss.; MONTESANO, **Condanna civile e tutela esecutiva**, p. 44 e ss.; ROGNONI, **Condanna generica e provvisoria ai danni**, pp. 7 e ss.; SATTA, **Condanna generica**, pp. 720 e ss.; DINAMARCO, **Execução civil**, n. 347, p. 517.

ulterior processo de liquidação. O processo condenatório desenvolve-se coletivamente, tendo por escopo a obtenção de uma sentença de mérito que *declare* a responsabilidade civil do réu, bem como a obrigação de indenizar pelos danos causados, e *aplique* a sanção executiva; já o processo de liquidação desenvolve-se individualmente, tendo por escopo a obtenção de uma sentença de mérito que *declare* a condição de lesado do titular do direito (destinatário da sentença condenatória genérica), bem como a extensão da reparação. Somente a partir daí, poder-se-á desenvolver a execução do *decisum*. Se não houver, entretanto, habilitados em número suficiente no interregno de um ano, os legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, poderão ingressar com a liquidação coletiva.³²

Como facilmente se percebe, o escopo da tutela condenatória é solucionar a crise de inadimplemento e essa solução é a que exige maior interregno temporal. Isso ocorre em razão de uma circunstância extremamente simples: as crises de inadimplemento não são dirimidas pela sentença condenatória, que simplesmente declara a existência do direito e a sua violação e cria condições para se executar (sanção executiva). O *bem da vida* não foi, de forma objetiva, outorgado ao jurisdicionado, permanecendo o estado de insatisfação. Eis o porquê se exige do poder estatal uma providência jurisdicional concreta, por meio de atos práticos e materiais de execução forçada. Apenas com a tutela executiva pode o juiz determinar a substituição do comportamento que se esperava de uma pessoa para atingir a satisfação de certa pretensão de outra, mediante atos de agressão legítima ao patrimônio.

³² - *Cfr.* ADA PELLEGRINI GRINOVER, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, art. 95, p. 687-688. V. ainda, BOTELHO DE MESQUITA, "A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor", pp. 21-42, esp. pp. 38-39, especialmente a crítica relacionada com o excesso de dispositivos legais inúteis no Código de Defesa do Consumidor, diante da disciplina da coisa julgada no Código de Processo Civil (esp. n. 4.5, pp. 38-39).

Nesses casos, o resultado útil somente se atinge com a conjugação das atividades de conhecimento e execução. O estreitamento dessas duas atividades, com a proteção das garantias constitucionais, tem sido um dos grandes desafios do processo.

8. Conteúdo declaratório e execução

A concessão da *sanção executiva* como atributo essencial para se executar merece ser revisto. Outros provimentos de natureza jurisdicional possuem força executiva.

A grande realidade é que todas as sentenças proferidas no processo civil que definam de modo completo uma norma jurídica, contendo prestação exigível, são títulos que, até por decorrência constitucional, ensejam ao credor o pedido de tutela satisfativa de direito.

Se a sentença meramente declaratória contiver todos os elementos identificadores da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez e exigibilidade), não há como se negar sua eficácia executiva. Impor uma nova cognição para que sentença futura imponha apenas a sanção executiva atenta contra o bom senso e a economia processual. O processo tornar-se-ia atividade burocrática e despicienda.³³

Na ação de consignação em pagamento, quando o juiz declara a insuficiência do depósito feito pelo autor, forma-se um título em favor do réu para execução por quantia certa da diferença (CPC, art. 899, § 2º).

³³- Nessa linha, TEORI ALBINO ZAVASCKI, **Título executivo e liquidação**, pp. 101-102.

Na ação de prestação de contas, havendo a declaração na sentença de um saldo, forma-se um título executivo em favor do autor ou do réu (CPC, art. 918).

Na denunciação da lide, a sentença que "declarar" o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos é título executivo (se líquida a obrigação) ou apto à liquidação (CPC, art. 76). Ou seja, declarada a existência do direito do evicto, forma-se um título executivo em que figura como executado o denunciado.

Na ação de desapropriação do Decreto-lei n. 3.365/41, o juiz declara o valor da indenização (art. 24), que obviamente constitui um título executivo em favor do réu se o valor inicialmente arbitrado e depositado houver sido inferior.

Outros exemplos podem ainda ser traçados: ações cognitivas autônomas, relativas ao débito (p. ex., declaratórias de inexistência de relação jurídica, anulatórias de título etc.), que descrevam por completo a existência da obrigação, são instrumentos hábeis a aparelhar futura execução forçada.

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência vem para corroborar essa linha de raciocínio: em rescisão contratual, a sentença representa título para a execução para a entrega de coisa, ainda que não tenha sido formulado pedido específico, uma vez que a obrigação de entregar o bem é efeito natural da resolução do compromisso.³⁴

Tudo isso vem ao encontro da premissa fundamental de que é preciso tomar-se consciência de que o processo não vale tanto pelo

³⁴ - Exemplo de TEORI ZAVASKI, "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", p. 55.

que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz. Mesmo porque a preocupação com a técnica é justificável, apenas e tão somente, enquanto meio para atingir fins.

A tutela jurisdicional deve ser concebida como algo além de uma mera garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas principalmente como garantia efetiva de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada, tempestiva e aderente aos interesses em jogo no processo.

O título executivo é o ato ou fato documental que torna adequada a tutela jurisdicional executiva. É documento, mas não prova a real existência do direito material; prova os predicados essenciais de um direito passível de ser executado: certeza (*an debeat*, consistente na precisa indicação do direito), liquidez (*quantum debeat* - valor do direito) e exigibilidade (esse elemento é, na realidade, externo à obrigação e refere-se à implementação de condição ou termo essencial à exigibilidade da obrigação). Assim, se a sentença apresenta todos os elementos descritivos da obrigação, não há como se negar a sua possibilidade de dar ensejo à execução de imediato.³⁵

³⁵ - Entretanto, a visão tradicional é outra: "é sabido que só a sentença condenatória atribui à parte vencedora o poder de promover ação executória contra o sucumbente. Nenhuma outra sentença é apta a produzir tal efeito. Não o produz decerdo, ainda quando reconheça ao autor a titularidade de um crédito em face do réu, a sentença meramente declaratória: tornando-se exigível o crédito declarado, e não se dispondo a satisfaze-lo o devedor, cumpre ao credor voltar a juízo com ação condenatória, e a penas a nova sentença que lhe julgue procedente o pedido constituirá em seu favor título hábil para a execução forçada (CPC, art. 290 e parágrafo único)" (BARBOSA MOREIRA, "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil", n. 1, p. 72). Na mesma linha, BEDAQUE: "o parágrafo único do dispositivo ora examinado (art. 4o) contém regra senão inútil, ao menos de reduzida relevância. Possibilita seja postulada tutela declaratória para situações em que já configurada a crise de inadimplemento. Pode o suposto titular de um crédito, portanto, alegar o inadimplemento da obrigação e simplesmente pedir a declaração de sua existência. Para tanto, deverá deduzir a crise de certeza, ou seja, afirmar que o não-cumprimento se deve ao fato de o devedor negar a relação jurídica ou o dever dela decorrente. Não se pode

9. Conteúdo constitutivo

A sentença constitutiva possui dois momentos lógicos: o primeiro é declaratório, pois o juiz declara a existência do poder substancial da parte de produzir a modificação por meio de um pronunciamento jurisdicional; o segundo é o constitutivo, resultante da própria declaração, pois diz respeito ao poder-dever do juiz de operar a modificação pedida pela parte.³⁶ Por meio da tutela constitutiva, o juiz constitui uma situação jurídica de conteúdo novo. CALAMANDREI a ela referia-se como uma atividade mista de jurisdição e administração, já que o seu cumprimento as mais das vezes exige um ato junto a órgãos com funções eminentemente administrativas (p. ex.: registro civil nas causas relativas a estado, registro no cartório de imóveis nos casos de sentença substituindo declaração faltante na venda e compra de imóveis relativamente à transferência da propriedade, registro da anulação de decisão assemblear junto ao órgão de comércio competente).³⁷ No entanto, em alguns casos a função administrativa simplesmente não é necessária e por isso, inexistente – v. g., a rescisão de um ato jurídico. Tradicionalmente, as sentenças constitutivas são classificadas

prescindir, pois, da dúvida objetiva. Se o inadimplemento alegado não decorre de negativa quanto à inexistência da obrigação, incabível a tutela declaratória. Isto é, a dívida vencida só pode ser objeto de ação declaratória se houver crise de certeza quanto à existência de direito. Essa tutela, todavia, não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastador pela tutela executiva, pois a sentença declaratória não é título. Terá o credor de postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via executiva" (**Código de Processo Civil interpretado**, n. 3, p. 49). V. defendendo o sentido do texto e diametralmente oposto àquele constante dessas passagens, TEORI ALBINO ZAVASCKI, "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", p. 56.

³⁶- V., a propósito, FERRI, **Profili dell'accertamento costitutivo**, p. 212-213.

³⁷- **Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile**, n. 9, p. 78-82.

como positivas e negativas. Outra classificação propõe que as sentenças de natureza constitutiva podem ser: a) constitutivas em sentido estrito; b) constitutivas extintivas; c) constitutivas modificativas.³⁸ Um exemplo bem elucidativo de sentença com eficácia *constitutiva negativa* é aquele da sentença que rescinde promessa de venda e compra de imóvel. Obviamente, nos casos em que o contrato dispõe de cláusula resolutiva expressa, a sentença tem eficácia meramente declaratória, já que há mero *acertamento* dos efeitos da resolução operada no passado. Caso contrário, a sentença terá eficácia constitutiva. Esse também seria um exemplo de *sentença constitutiva extintiva*, já que o provimento jurisdicional extingue a situação existente entre as partes no processo. Outros exemplos são: a dissolução de sociedade (total e não parcial, que é fruto da procedência de demanda condenatória de apuração de haveres); a anulação de casamento. Exemplo claro de eficácia *constitutiva positiva* é o provimento que concede a declaração de vontade faltante, pois o juiz por meio desse ato jurisdicional proporcionará os efeitos desejados pelo demandante com a modificação do estado jurídico.³⁹ Na obrigação de emitir a declaração de vontade, a sentença constitutiva não produz o resultado *equivalente*, mas a própria tutela desejada. Daí, não haver necessidade de “medidas de apoio” ou mesmo de aplicação da multa (CPC, art. 461, §§ 2.º, 4.º e 5.º), porque não há atuação sobre a esfera jurídica do obrigado.⁴⁰ De acordo com a segunda classificação, referido provimento jurisdicional seria uma *sentença constitutiva em sentido estrito*. Nessa mesma categoria se inclui

³⁸- Cfr. ZAFRA VALVERDE, **Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva**, p. 249 e ss.

³⁹- V. BARBOSA MOREIRA, “Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade”, n. 6, p. 215.

⁴⁰- Cfr. YARSHELL, **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**, esp. n. 2.6, p. 44-55.

também a constituição de servidão por decisão judicial. Ainda dentro da segunda classificação, são exemplos de *sentenças constitutivas modificativas* aquelas que impõem a separação dos cônjuges ou a que decreta a interdição. Pela classificação tradicional, no primeiro dos exemplos a sentença seria constitutiva negativa, pois extingue a situação substancial existente entre as partes; em contrapartida, no segundo exemplo seria constitutiva positiva, por criar uma nova situação jurídico-substancial.

As duas classificações são formas distintas de enxergar um fenômeno essencialmente único, pois em todos os casos analisados, a partir de uma visão ampla, o provimento jurisdicional *faz nascer* uma situação jurídica nova. Portanto, a sentença constitutiva tem a eficácia preponderante de *criar* essa nova situação mediante a criação, modificação e extinção de uma determinada relação jurídica. Além dessa eficácia, tal modalidade de sentença declara a subsistência do direito a uma modificação destinada a *criar* uma nova situação jurídica substancial por obra do juiz.

As constitutivas podem ser necessárias, ou seja, para se conseguir determinado efeito o processo torna-se indispensável. Tais casos referem-se a direitos considerados indisponíveis pelo legislador e ocorrem toda vez que uma controvérsia tenha por objeto uma relação jurídica que por lei não pode ser definida livremente pelas partes, senão com uma sentença judicial. Assim ocorre com a anulação do casamento e a separação judicial, já que para a desconstituição de determinada relação jurídica; a presença do magistrado torna-se indispensável.

A atuação das sentenças constitutivas é estabelecida a partir de atos independentes da participação do obrigado. Com o trânsito em julgado da sentença de natureza constitutiva, não há a instauração de um

processo de execução. Seu grau de efetividade é de tal ordem elevado que apenas a sentença é apta a proporcionar o resultado prático desejado. Quando muito, pode-se afirmar que há a necessidade de uma “execução imprópria”.⁴¹ O *bem da vida* desejado, consistente na modificação da situação jurídica substancial, é proporcionado pelo próprio provimento jurisdicional. Em alguns casos, para a integral satisfação do direito, torna-se necessária a prática de singelos atos materiais, realizados pelo próprio titular da posição jurídica de vantagem. Todavia, tais atos estão muito longe de impor a instauração de um processo executivo.

No que se refere à eficácia, normalmente a sentença constitutiva é *ex nunc*: seus efeitos só são produzidos após o trânsito em julgado da decisão, não havendo projeção de efeitos no passado. Excepcionalmente, porém, a eficácia pode retroagir a situações jurídicas pretéritas à formação da coisa julgada. Isso ocorre com a sentença de interdição, que mesmo com a interposição de recurso de apelação (CPC, art. 1.184) produz efeitos desde logo.

10. Sentença executiva *lato sensu* e a Lei n. 11.232/05

No Brasil, deve ser atribuída a PONTES DE MIRANDA⁴² a formulação dessa categoria de sentença, que não exige uma

⁴¹ - Segundo LIEBMAN, “execução imprópria” é “... a atividade desenvolvida por órgãos públicos não pertencentes ao poder judiciário e consistente na transcrição ou inscrição de um ato em registro público (registro civil, imobiliário), mesmo se ordenado pelo juiz. Escopo destas atividades é conferir publicidade aos atos respectivos, e tem por isso caráter executivo ou não, conforme o ato seja (ex.: penhora) ou não de execução” (**Processo de execução**, n. 3, p. 6).

⁴² - V. **Tratado das ações**, vol. I, p. 212, e vol. VII, p. 3-21; **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. X, p. 140 e 143-144. Sobre o tema, v. ainda OVÍDIO A. BAPTISTA DA

execução *ex intervallo* dependente da propositura de uma nova demanda (executiva), ou seja, o cumprimento do comando emergente da decisão realiza-se na própria relação jurídica processual em que foi proferido o ato decisório, sem a necessidade da instauração de um processo de execução. Esse aspecto distintivo e relacionado com o modo de ser de efetivação do provimento jurisdicional, perdeu totalmente o sentido com a Lei n. 11.232/05, que criou o processo sincrético.

Como se percebe, essa classificação diz respeito aos efeitos decorrentes da sentença e não ao seu conteúdo. A sentença executiva *lato sensu* sempre foi definida como um provimento jurisdicional portador de eficácia condenatória com uma força a mais: com ela não há necessidade de um novo processo, agora executivo, ou seja, o juiz simplesmente determina a realização prática do comando emergente da sentença de natureza condenatória, dispensando-se a iniciativa da parte para o início da execução. Isso significa que a sentença é apta a conduzir à efetiva satisfação do titular da situação jurídica de vantagem. O juiz na própria sentença de procedência emite um comando, ordenando a realização de atos práticos e materiais, sem a necessidade de o demandante-exeqüente propor demanda executiva com a citação pessoal do executado (art. 222, *d*). Como hoje o cumprimento da sentença se realiza independentemente da citação do executado e imediatamente com a penhora de seus bens, esse argumento diferenciador perdeu totalmente o sentido.

Além disso, em relação ao cumprimento da sentença executiva *lato sensu* não poderá ser oferecida impugnação, já que todas as

SILVA, **Ação de imissão de posse**, esp. p. 72-93; **Curso de processo civil**, vol. II, p. 21-22, e "Eficácias da sentença e coisa julgada", p. 101-102; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, **Nulidades do processo e da sentença**, n. 1.5.2, p. 77-78.

defesas devem ser necessariamente apresentadas na fase cognitiva. Eventuais abusos na fase executiva podem ser questionados por meio de simples petição, sem a necessidade de impugnação. Exemplos de provimentos jurisdicionais com essa eficácia são as sentenças proferidas nas ações possessórias e de despejo.

A diferenciação dessa categoria de sentença traz algumas repercussões práticas: I) inadmissibilidade de impugnação ao cumprimento da sentença; II) imposição de ser deduzida toda a defesa na fase de conhecimento, inclusive aquela relativa ao direito de retenção por benfeitorias, e não por meio de impugnação na fase executiva; III) execução realizada mediante a simples expedição de mandado, após a intimação do demandado para a desocupação no prazo fixado; IV) a possibilidade de o juiz dar início à fase executiva de ofício, bastando que o exequente forneça os meios para o cumprimento do julgado.

11. Conteúdo mandamental

A eficácia mandamental surgiu a partir da concepção de uma outra categoria ou espécie de sentença. Diferenciava-se tal categoria das demais em razão de conter um mandamento dirigido a outro órgão estatal. A origem da referida categoria está na idéia de que o Estado não sofreria atos executivos propriamente ditos, com efetiva agressão patrimonial e atos de sub-rogação. Em função de as prestações devidas pelos agentes estatais serem cumpridas por meio de simples comando, a *sentença mandamental* cumpriria

esse desiderato sem a necessidade de atos práticos e materiais de agressão patrimonial.⁴³

A moderna e atual idéia acerca das sentenças mandamentais é muito mais ampla e não apenas dirigida aos órgãos ou agentes estatais, mas também ao particular. Essa concepção destaca também a inegável diferença entre *condenar* e *ordenar*: com a *condenação*, há apenas um título executivo judicial que pode ser efetivado por simples ordem do juiz.⁴⁴

Ao comando emergente constante da sentença mandamental normalmente vem imposta uma medida coercitiva a ser aplicada no caso de renitência do demandado no descumprimento da ordem. Algumas medidas coercitivas vêm especificadas no próprio ordenamento jurídico; outras são parte integrante dos poderes do juiz. De qualquer modo, o escopo de todas elas é único: fazer com que as decisões dos órgãos jurisdicionais sejam cumpridas. As modalidades de medidas coercitivas mais conhecidas e aplicadas são a multa ou *astreintes* e, com menor frequência, a prisão civil. Em casos extremos (e só nesses casos), o descumprimento da ordem judicial pode configurar crime de desobediência ou, dependendo da autoridade pública destinatária do comando, crime de responsabilidade. Todos os meios lícitos de pressão psicológica devem ser admitidos. Assim, sanções penais, políticas e administrativas podem ser impostas a partir da provocação do próprio interessado ou do juiz, recaindo sobre o obrigado ou a autoridade recalcitrante.

⁴³ - A sentença mandamental foi concebida por KUTTNER, no ano de 1914, e mais tarde retomada por GOLDSCHMIDT (v. **Derecho procesal civil**, p. 113-115). No Brasil foi PONTES DE MIRANDA o grande defensor da sentença mandamental e da executiva *lato sensu* (v. **Tratado das ações**, vol. I, p. 133-135 e 211, vol. VI, p. 4-12).

⁴⁴ - *Cfr.* OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, **Curso de processo civil**, vol. II, p. 348-351.

Como facilmente se percebe, as *medidas coercitivas* têm por finalidade impor o cumprimento da obrigação na sua forma específica, exercendo sobre o ânimo do obrigado verdadeira e legítima pressão psicológica. No entanto, não obstante a possibilidade de sua aplicação, não devem ser descartadas *medidas sub-rogorárias* destinadas a conduzir ao resultado prático equivalente ao adimplemento. O relevante, ao se admitir a cumulação de tais medidas, é possibilitar o *acesso ao bem da vida desejado* no menor espaço de tempo possível. Com essa preocupação, dispõe o art. 461, § 5.º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994: “para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção de resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. O rol dessas medidas é meramente exemplificativo, podendo o juiz adotar quaisquer outras, observados sempre os *limites da adequação e da necessidade* (utilidade). Por isso, essas medidas sub-rogorárias dão ensejo a verdadeira execução indireta e podem ser consideradas exceções à regra segundo a qual é vedado inovar após a sentença, pois são *medidas de apoio* destinadas a permitir a efetiva realização da situação jurídica desejada. Se de um lado podem ser consideradas um *meio* (e esse é um atributo seu que sempre está presente), de outro essas medidas podem ser em alguns casos consideradas um *fim* no sentido prático, já que vão propiciar em alguns casos a própria situação substancial pretendida pela parte.

O *provimento mandamental* do art. 461, concedido na sentença ou mesmo mediante tutela antecipada (§ 3.º), não exige um processo separado de execução e deve, por si só, ser apto a proporcionar a

tutela específica pretendida pelo demandante por meio da colaboração do obrigado. A imposição de medida coercitiva deve ser uma *alternativa indireta* e a configuração de crime de desobediência (ou de responsabilidade), uma *alternativa excepcional*, na hipótese de eventual descumprimento do comando judicial.⁴⁵

Outros exemplos ilustrados pela doutrina são as sentenças proferidas em mandado de segurança e na ação de nunciação de obra nova.⁴⁶

Para parte da doutrina, nas sentenças executivas *lato sensu* estão englobadas as mandamentais, já analisadas. Assim ocorre com a sentença proferida com fundamento no aludido art. 461 do Código de

⁴⁵ - V. KAZUO WATANABE, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, n. 33, p. 45; Idem, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, art. 84, p. 652-660; ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, n. 6, p. 261-264. Os antecedentes legislativos do novo art. 461 do Código de Processo Civil são o art. 11, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), e o art. 84 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Na Itália, TARZIA, assim como a maior parte da doutrina daquele país, opõe-se à criminalização do inadimplemento da medida cautelar, sustentando que a sanção correta é aquela da *astreinte*, da *multa*, tal como se verifica da nova redação do art. 461 do Código brasileiro. Por isso, parece certo o entendimento segundo o qual a configuração de crime de desobediência (ou de responsabilidade) deva ser uma hipótese excepcional (“Medidas cautelares atípicas: uma análise comparativa”). Além disso, há quem sustente a necessidade de expressa previsão legal. No entanto, diante do reiterado descumprimento das obrigações, toma corpo a orientação de se aceitar a criminalização do processo civil, com a imposição das sanções decorrentes do crime de desobediência.

⁴⁶ - Sobre o tema da eficácia mandamental, *cf.* PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**, vol. I, p. 133-135 e 211, vol. VI, p. 4-12; ARAKEN DE ASSIS, **Cumulação de ações**, p. 83-84. KAZUO WATANABE, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)”, p. 21-29, esp. p. 24-27; e OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, que foi, sem dúvida, quem mais se dedicou ao tema: **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**, p. 164-192, esp. p. 164, nota 11; **Curso de processo civil**, vol. II, p. 333-431; “Sentenças mandamentais”, p. 78-79; “Eficácias da sentença e coisa julgada”, p. 102-104.

Processo Civil. No sentido de considerá-la um exemplo de executiva *lato sensu*: “quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas em seu § 5.º (*a sentença*), é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas, ou, em outras palavras, de *sentenças executivas lato sensu*”.⁴⁷ No sentido de também considerar o mencionado provimento como mandamental: “mas hoje as coisas mudaram: a prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica. Bem o demonstra o teor do § 4.º do art. 461, que permite ao juiz impor ao obrigado multa diária (desde que suficiente ou compatível com a obrigação), independentemente de pedido do autor: o pedido deste, portanto, terá sido de expedição de uma ordem para que, por meios sub-rogatórios, se chegue ao resultado prático equivalente ao adimplemento. Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (segundo o art. 5.º, LXIX, da Constituição vigente), como ocorre no mandado de segurança, mas sim qualquer demandado, titular de obrigação de fazer ou não fazer. O art. 84 do CDC e, agora, o art. 461 CPC demandam uma profunda revisão da crítica à existência da *sentença mandamental*, hoje realidade incorporada ao processo civil comum”.⁴⁸

⁴⁷- ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, n. 6, p. 261.

⁴⁸- ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, p. 263-264. Com esse mesmo entendimento, ZAVASCKI, **Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer**, p. 117-118. Deve ser também mencionado o art. 52, V, da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995), que tem como

Para outra parte da doutrina moderna, que também afasta como destinatária única da sentença mandamental a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público, o caráter distintivo existente entre a sentença mandamental e a sentença executiva *lato sensu* está no *plus* existente na primeira, que, além de condenar, *ordena, manda*; eventual descumprimento de um *comando mandamental* do juiz configura crime (de desobediência ou de responsabilidade). Isso sem prejuízo de medidas que o juiz deverá determinar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, a fim de assegurar o resultado prático equivalente, como os meios sub-rogatórios mais adequados para o específico cumprimento do comando judicial. Procura-se, antes de tudo, a tutela específica e não aquela meramente ressarcitória. Portanto, como se depreende, a eficácia mandamental pode vir conjugada à eficácia executiva *lato sensu* ou à eficácia condenatória, sendo certo que nos arts. 273 e 461 pode ser verificada a conjugação de muitas das eficácias já mencionadas.⁴⁹

Na verdade, as sentenças mandamentais e as sentenças executivas *lato sensu* parecem ser assimiláveis nas espécies contidas na classificação tradicional se levarmos em conta o conteúdo e os efeitos. Representam um modo diverso de verificação da eficácia externa das decisões no processo e têm a inegável função de melhor elucidar o *fenômeno da*

novidade a referência expressa às obrigações de entrega de coisa: “nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrar, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado”.

⁴⁹ - Nesse sentido, KAZUO WATANABE, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, n. 7-10, p. 24-29; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, **Nulidades do processo e da sentença**, n. 1.5.2, p. 78.

atuação do direito. Além disso, aproximam a *atividade de conhecimento* da *concreta realização dos direitos* e contribuem para diminuir ainda mais a dicotomia entre *conhecer* e *executar*, ultrapassando a *hendíadis* condenação-execução. Essa, sem dúvida, parece constituir a maior vantagem da distinção.

O importante na classificação da eficácia das decisões é esclarecer, da melhor maneira possível (e como parece óbvio), o efeito do ato jurisdicional no plano do direito substancial, i. e., o objetivo precípua é o de *integrar* cada vez mais o processo com o direito material ameaçado ou violado.⁵⁰

12. Imutabilidade do conteúdo da sentença

A autoridade da coisa julgada ou imutabilidade da sentença nada mais é que um atributo a ela conferido.⁵¹ No momento em que aquilo que foi decidido na parte dispositiva da sentença se torna indiscutível, independentemente de seu conteúdo, há o fenômeno da coisa julgada.

Assim é que a coisa julgada é essa qualidade (ou atributo) consistente na imutabilidade que a lei atribui ao conteúdo constante da parte dispositiva (conclusão) da sentença em decorrência do trânsito em julgado. Toda sentença, seja ela terminativa ou de mérito, faz coisa julgada. Ao contrário do que possa parecer aos menos avisados, a coisa julgada formal não é um fenômeno exclusivo das sentenças terminativas, mas de todas as sentenças não mais sujeitas a recurso. Por isso, a coisa julgada formal é um

⁵⁰ - V. RAPISARDA, **Profili della tutela civile inibitoria**, n. 2, p. 216-219. Esse é um dos motivos pelo qual se sustenta a *tutela inibitória* como uma outra categoria, distinta das demais tradicionalmente conhecidas.

⁵¹ - LIEBMAN, **Eficácia e autoridade da coisa julgada**, p. 6.

atributo consistente na imutabilidade da relação processual que se encerra em um dado processo. Quando a sentença tem um conteúdo exclusivamente processual, permite-se que a discussão sobre a matéria se reabra, já que a coisa julgada formal é um fenômeno interno das sentenças não mais susceptíveis de impugnação pela via recursal. Já a sentença de mérito sujeita-se à coisa julgada formal e material, com uma imunização completa. Assim, há sempre coisa julgada formal, mas nem sempre coisa julgada material. Se há coisa julgada material, há coisa julgada formal. No entanto, se há coisa julgada formal, não há necessariamente coisa julgada material. Ao conteúdo da sentença de mérito passada em julgado formalmente é atribuída autoridade de coisa julgada material em todos os futuros juízos estabelecidos entre as mesmas partes.

A coisa julgada atinge o conteúdo decisório da sentença que se relaciona com os pedidos deduzidos, seja ele declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental.

Já o trânsito em julgado nada mais é que um fato jurídico que gera a coisa julgada.⁵² Isso tudo em decorrência de terem sido

⁵² - Do ponto de vista funcional ou dos efeitos, os fatos jurídicos são os acontecimentos em razão dos quais as relações de direito nascem, modificam-se e extinguem-se (SAVIGNY referia-se apenas ao nascimento e à extinção das relações de direito, sendo, por isso, criticado – *cf.* **Sistema del derecho romano actual**, v. II, p. 142). Ou ainda, segundo Clóvis os “elementos propulsivos do direito” (**Theoria geral do Direito Civil**, p. 77). Todavia, a eficácia não elemento essencial do fato jurídico e sendo a eficácia resultado do fato jurídico, “não é conveniente definir a causa pela consequência, porque quando tivermos de definir a consequência teremos de nos reportar à causa e, assim, estará estabelecido um ciclo vicioso” (MARCOS BERNARDES DE MELLO, **Teoria do fato jurídico**, p. 106). Na verdade, o fato jurídico “é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no supor fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contêm fatos jurídicos. *Fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou

utilizados todos os recursos cabíveis na legislação processual em vigor (*esgotamento dos recursos*) ou de não terem sido os recursos utilizados ou ainda, por terem sido utilizados sem a observância de seus requisitos de admissibilidade (não conhecimento do recurso).

O Código de Processo Civil definiu a coisa julgada da pior forma possível: vale-se da negativa, dizendo o que não faz coisa julgada. É claro que com a exclusão dos elementos constantes dos incisos do art. 469 do Código de Processo Civil, chega-se à conclusão de que se tornarão imutáveis e não mais sujeitos à discussão as decisões constantes da parte dispositiva da sentença e que devem naturalmente refletir o que o acolhimento ou a rejeição dos pedidos deduzidos pelo demandante e que integram a pretensão processual.

13. Sentença inconstitucional

É crescente e inevitável a constitucionalização do processo. Isso se sente até mesmo em relação à coisa julgada, principalmente em relação ao polêmico tema relacionado com a sua "inconstitucionalidade" ou também chamada "relativização".⁵³

complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade" (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de direito privado**, v. I, p. 77).

⁵³ - V. sobre o tema, entre outros, ARAKEN DE ASSIS, **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**, esp. pp. 25-26; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, "Coisa julgada relativa?", esp. p. 11; BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", pp. 43-61; DELGADO, "Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais", pp. 77-122; DINAMARCO, "Relativizar a coisa julgada material", pp. 33-76; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "A Reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional", pp. 65-100; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle", pp. 123-161; MARINONI, "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a

As expressões "coisa julgada inconstitucional" e "relativização da coisa julgada" merecem ser criticadas pelos motivos a seguir expostos: I) a coisa julgada é uma qualidade da sentença, não podendo, por isso, ser constitucional ou inconstitucional; II) a inconstitucionalidade pode estar na sentença ou em qualquer ato de poder, nunca na coisa julgada; III) a sentença incompatível com a Constituição Federal assim já é, antes mesmo do trânsito em julgado; IV) não se "relativiza" a coisa julgada, quando muito há "a *ampliação* do terreno 'relativizado'" ou "o *alargamento* dos limites da 'relativização'"⁵⁴; v) aliás, "não faz sentido que se pretenda 'relativizar' o que já é relativo"⁵⁵, uma vez que a lei não confere nem nunca conferiu valor absoluto à coisa julgada material; VI) pelo contrário, a coisa julgada só prevalece dentro dos limites dispostos expressamente pelo ordenamento jurídico.

A partir do momento em que está configurada a coisa julgada material, não é possível - salvo se houver expressa previsão legal - indagar-se acerca de uma situação anterior que já fora ou poderia ter sido aduzida (voltamos ao deduzido ou deduzível referido por PROTO PISANI e GIOVANNI VERDE).⁵⁶

Fora dos limites do ordenamento jurídico, não é possível se questionar a justiça do julgamento ainda que o juiz tenha se

questão da relativização da coisa julgada material)", esp. pp. 147-155; NASCIMENTO, "Coisa julgada inconstitucional", pp. 1-32; TALAMINI, **Coisa julgada e sua revisão**, pp. 376-485; TERESA WAMBIER e MEDINA, **O dogma da coisa julgada**, esp. pp. 26-85.

⁵⁴ - BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", p. 44.

⁵⁵ - BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", p. 44.

⁵⁶ - **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 65; **Profili del processo civile**, v. II, pp. 333-336, respectivamente.

distanciado do direito material, indeferido provas relevantes ou mesmo apreciado mal aquelas encartadas aos autos. Não se pode, por isso, admitir a "relativização" ainda que tenha havido grave injustiça. Isso porque existe no sistema jurídico brasileiro "o direito público subjetivo de ser exigido respeito à coisa julgada".⁵⁷ Não é à-toa que o próprio Código de Processo Civil determina que o juiz reconheça de ofício a preliminar de coisa julgada (art. 301, inc. VI, § 4º) ou extinga o processo sem o exame do mérito ao verificar a ocorrência de coisa julgada (art. 267, inc. V).

É importante lembrar ainda que as decisões proferidas em ação direta de declaração de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de inconstitucionalidade não estão sujeitas à ação rescisória (Lei n. 9.868, de 10.11.1999, art. 26, parte final). Assim é que está claro ser impensável admitir-se uma ação fundada em "coisa julgada inconstitucional" nesses casos. O contrário é exatamente o que se extrai da norma: tamanho deve ser o respeito à coisa julgada e às decisões do Supremo Tribunal Federal, que nem mesmo rescisória será admitida.⁵⁸

O respeito à coisa julgada é elemento característico do Estado democrático de direito e impede que o juiz julgue novamente, seja qual for o teor da decisão. Admitir, sem limites normativos, a impugnação à sentença inconstitucional significa eternizar conflitos, já que ao sabor de cada momento histórico ou mesmo governante, a coisa julgada poderia ser afastada. Inadmissível, portanto, ingerências arbitrárias não contempladas no ordenamento jurídico. O respeito à garantia constitucional da coisa julgada e à

⁵⁷ - FREDERICO MARQUES, **Manual de direito processual civil**, p. 227.

⁵⁸ - Nesse sentido, "BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material, n. 10, p. 59.

lei é, sem dúvida, o melhor e mais razoável preço que o sistema como um todo paga como contrapartida da preservação de outros valores.⁵⁹

14. Embargos à execução contra a Fazenda Pública fundados em sentença inconstitucional (art. 741, par. ún.)

A denominada "coisa julgada inconstitucional" necessita de uma correta e detalhada disciplina infra-constitucional, sob pena de as primeiras boas intenções de abertura a respeito do tema cumprirem um intento de autoritarismo e arbítrio.

Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do art. 741, “para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

A exigibilidade, tal como exposta no inciso II do art. 741, está ligada a uma das condições da ação executiva. Por esse prisma exclusivo, pode o executado apresentar a defesa em sede de embargos à execução ou diretamente no processo executivo.

Certamente, no entanto, o legislador não empregou linguagem técnica na redação do dispositivo em comento.⁶⁰ A desconstituição do título judicial em razão da inconstitucionalidade da norma em que está

⁵⁹ - Nessa linha, BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", nn. 4 e 5, pp. 49-51.

⁶⁰ - No mesmo sentido, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, **As reformas de 2005 do Código de Processo Civil**, p. 105.

amparado é matéria estritamente vinculada à existência do direito material, estranha, por sua vez, às condições da ação executiva. Dessa forma, a matéria em questão pode ser alegada por meio de exceção apresentada diretamente na execução e provada por meio de prova pré-constituída, como também por embargos à execução ou ação cognitiva autônoma. Essas duas últimas parecem ser a via jurisdicional mais adequada para a alegação de matérias relativas ao mérito.

A norma em questão contém a *causa petendi* ou os fundamentos para a propositura de uma demanda, já que os embargos são uma ação ou via processual em que o executado apresenta a sua defesa.⁶¹ O fundamento constante do art. 741, par. ún., constitui causa de pedir autônoma e suficiente para dar ensejo à propositura de *ação cognitiva autônoma* imprescritível. A inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal constitui invalidez insanável e por isso, não pode estar restrita ao campo exclusivo dos embargos. Por essa razão, essa *causa petendi* pode viabilizar ação cognitiva autônoma com o escopo de desconstituir sentença que se baseou exclusivamente em lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal independentemente de seu conteúdo, seja o ato de poder meramente declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental.⁶²

⁶¹ - Sobre a natureza jurídica dos embargos à execução, v., mais amplamente, LUCON, **Embargos à execução**, n. 38, p. 84.

⁶² - TALAMINI entende que não se aplica a regra em comento aos pronunciamentos declaratórios e constitutivos, com fundamento no fato de que a sentença condenatória é uma "tutela incompleta" e que seria grave desconstituir uma sentença de mérito declaratória, constitutiva, mandamental e executiva (**Coisa julgada e sua revisão**, pp. 482-485). Pelas razões expostas no texto, o argumento do autor não pode prevalecer. Aliás, se aprovado o Projeto de Cumprimento de Sentença, todas as sentenças serão, utilizando a sua linguagem, "executivas" ou mandamentais e portanto, não estariam, a prevalecer esse entendimento, sujeitos à regra do art. 741. Em outra passagem, TALAMINI aduz que "não é

Além disso, o parágrafo único do art. 741 não diz respeito exclusivamente ao controle de concentrado de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Ao fazer menção à hipótese de inexigibilidade do título executivo judicial fundado em (I) norma (“lei ou ato normativo”) declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal ou (II) “aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, o dispositivo em tela permite a desconstituição do julgado pela via jurisdicional dos embargos mesmo nos casos de controle incidental de constitucionalidade.

O sistema pátrio de controle de constitucionalidade por meio do qual os efeitos da apreciação *incidenter tantum* da constitucionalidade produzem consequências exclusivamente para o caso concreto, pode conduzir à conclusão diversa.

possível descartar por completo a desconstituição da coisa julgada em casos limites envolvendo os pronunciamentos que independem de posterior realização prática (declaratórios e constitutivos)" e sugere "a aplicação analógica do art. 741, par. único (**Coisa julgada e sua revisão**, p. 484), Mais adiante sustenta a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada fora das hipóteses do par. único do art. 741, mencionando "casos não-padronizados por vezes únicos no que tange à violação constitucional neles contida" (p. 484). Afirma ainda que pode haver situações em que a segurança jurídica seria gravemente afrontada com a desconstituição pelo art. 741, par. único, "mesmo não tendo havido a integral realização da tutela" (**Coisa julgada e sua revisão**, p. 485). As soluções apresentadas - com todo o respeito ao autor - são, no mínimo, inusitadas e demonstram a total falta de compromisso com o ordenamento jurídico. Ampliar as hipóteses de se afastar a sentença inconstitucional, fora dos casos previstos no sistema, com o argumento de se garantir a "segurança jurídica" ou o "interesse público" é um pouco assustador. Estaria aberto o campo para o arbítrio e o totalitarismo. Da mesma forma, admitir a tese da "coisa julgada inconstitucional" ou da "relativização da coisa julgada" toda a vez que houver a violação da Constituição Federal significa criar um processo que nem mesmo KAFKA conseguiria conceber, já que teríamos a possibilidade de sempre haver um julgador disposto a considerar a última decisão inconstitucional. O processo não é um fenômeno de trato continuativo e desenvolvimento cíclico (GIOVANNI VERDE, **Profili del processo civile**, v. I, pp. 331-332.

No entanto, a parte final do dispositivo conduz a sua aplicação também a situações como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando ocorram no seio do controle concentrado de constitucionalidade, tendo inclusive eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, par. ún., da lei n. 9.868, de 10.11.1999).

É evidente que se o dispositivo em análise se estender também para os casos em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle incidental, os embargos e eventual ação cognitiva autônoma terão um âmbito de aplicação mais amplo. No fundo, o que se deseja é a supremacia da Constituição Federal, de acordo com o entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal, sobre todas as decisões judiciais. Entendimento contrário, torna o dispositivo menos eficaz, já que a sua aplicação será bem mais restrita.

Em síntese, a regra do art. 741, par. ún., diz respeito à possibilidade de se alegar uma nulidade absoluta reconhecida por força de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em caráter *principaliter* ou *incidenter tantum*. Não se trata, pela via dos embargos à execução ou por meio de ação cognitiva autônoma, de se reconhecer a ausência de uma condição da ação (impossibilidade jurídica).⁶³ Não se trata, igualmente, de se proclamar a inexistência do ato, já que a sentença inconstitucional existe e é eficaz, pois tem clara aptidão de produzir efeitos.⁶⁴

⁶³ - TERESA WAMBIER e JOSÉ MEDINA falam de ação declaratória de inexistência por ausência de uma das condições da ação, mais precisamente da impossibilidade jurídica do pedido (**O dogma da coisa julgada**, pp. 39 e ss.

⁶⁴ - DINAMARCO parece negar nesses casos a existência da coisa julgada material ("Relativizar a coisa julgada material", p. 61. No entanto, o que não existe no processo não pode ser inconstitucional e se inexistência houvesse (!) não haveria nem ao menos a

Como a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal pode ser realizada com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, ou ainda em momento ulterior a ser fixado pelo Pretório Excelso (*ex vi* art. 27 da lei n. 9.868, de 10.11.99), por uma questão de lógica apenas é possível a desconstituição do título caso no momento da oposição dos embargos à execução a declaração já seja eficaz. Nesses casos, o título executivo judicial será desconstituído por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa decisão seja superveniente à formação do título, o que aparentemente colidiria com a garantia constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). No entanto, tal garantia não constitui um bem ou valor intocável, já que a legislação infra-constitucional pode regular as situações em que ela poderá ser afastada (*cf.*, p. ex., os incisos do art. 485 do Código de Processo Civil). Conforme os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, no entanto, nem toda declaração de inconstitucionalidade autorizará a desconstituição do título. Enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é fator de extrema relevância no alcance de escopo fundamental do processo, a *pacificação social com justiça*. A desconstituição do título apenas será possível caso, na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e aquele albergado quando da declaração da inconstitucionalidade, esse último prevaleça no caso concreto.

Para que a declaração de inconstitucionalidade da norma determine a desconstituição do título executivo, é fundamental que a decisão judicial tenha alicerce exclusivo nessa norma. Se houver outro fundamento suficiente para lastrear a decisão, ela não pode ser desconstituída.

possibilidade de ação rescisória contra a sentença portadora de uma inconstitucionalidade (v., a propósito, BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", p. 45, texto e notas 4 e 5).

Ademais, se a decisão tiver mais de um capítulo e esses capítulos forem autônomos, caso apenas um deles tenha fundamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível a desconstituição do outro capítulo.

Os embargos à execução fundados no aludido parágrafo atingem diretamente as razões que serviram de alicerce ao título executivo judicial, abrindo nova possibilidade de discussão acerca de matéria já decidida, só que agora com um fundamento adicional consistente na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O parágrafo único do art. 741 não retira simplesmente a eficácia executiva do título. O julgador não estaria se cingindo a aplicar uma sanção de ineficácia ao título com a declaração de que tal ato estaria em contraste com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Retirar a eficácia executiva significa apenas inviabilizar essa modalidade de tutela; o parágrafo único além de permitir e viabilizar uma nova modalidade de desconstituição do título judicial, autoriza a declaração de que esse ato jurídico não está conforme a Constituição Federal segundo o entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo autoriza a declaração de inexistência do direito material sobre o qual se funda o título executivo, pela via jurisdicional dos embargos do executado ou por meio de ação cognitiva autônoma, antes ou depois de decorrido o prazo de embargos.

Ocorrida a desconstituição do título executivo por força da sentença proferida nos embargos à execução, para não ficar sem solução o processo que deu origem ao título, poderá ser cumulado nos próprios embargos opostos o pedido de novo julgamento da causa, ocorrendo assim a substituição da decisão proferida no processo originário pela sentença

dos embargos. Uma outra solução seria tornar novamente pendente o processo originário para que outra decisão seja proferida, tal como ocorre na hipótese do art. 741, inc. I. O importante, no entanto, é não ficar sem solução a demanda postulada no processo no qual foi constituído o título.

O dispositivo em análise, por ter um atributo rescisório, constitui um meio que o legislador encontrou para ampliar o prazo para a desconstituição da sentença transitada em julgado, que na ação rescisória, a teor do disposto no art. 495 do Código de Processo Civil, é de dois anos.

No que se refere ao direito intertemporal referente à norma em questão, necessário considerar que ela apenas é aplicável às sentenças transitadas em julgado após sua entrada em vigor. Entendimento contrário significaria uma substancial alteração nos contornos e alcance da coisa julgada após sua formação, importando violação ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.⁶⁵

15. Conclusão sobre a sentença inconstitucional

É certo que o direito positivo não conhece todas as situações aptas a desconsiderar a sentença trânsita em julgado, mas admitir a revisão do *decisum* já coberto pela autoridade da coisa julgada material em situações não previstas no ordenamento jurídico, pelas razões expostas, não pode ser aceita.

⁶⁵ - Nesse sentido, LUCON, **Código de Processo Civil interpretado**, n. 9, p. 2167-2169; ARAKEN DE ASSIS, **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**, n. 3.2, p. 26, TALAMINI, **Coisa julgada e sua revisão**, pp. 481-482.

Por isso, de *lege ferenda*, é o caso de se ampliar casos para a ação rescisória. No caso de descoberta científica apta a demonstrar o erro na solução dada ao caso concreto quando era impossível valer-se de determinada prova seria o caso de admitir a ação rescisória a partir do momento em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda.⁶⁶

Sem excluir a possibilidade de ação rescisória,⁶⁷ o art. 741, par. único, do Código de Processo Civil, viabiliza a oposição de embargos à execução e a propositura de ação cognitiva autônoma, vias obviamente não sujeitas ao prazo de dois anos da ação rescisória, contra sentença inconstitucional, desde que tenha havido o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei que serviu de fundamento para a sentença a ser atacada.

⁶⁶- O exemplo é de BARBOSA MOREIRA (v. mais uma vez, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", p. 61).

⁶⁷ - E a ação de *querela nullitatis* e os embargos fundados no art. 741, inc. I, do Código de Processo Civil (v. LUCON, **Embargos à execução**, n. 68, pp. 163-168; LUCON, **Código de Processo Civil interpretado**, n. 2, pp. 2163-2164).

BIBLIOGRAFIA

- AMORIM FILHO, Agnelo. , “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, *in* RT 300/7 e 744/725, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
----- . "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", *in* **Revista jurídica**, Porto Alegre, Notadez, 2002, v. 301.
- Ataíde Júnior, Vicente de Paula. **As novas reformas do processo civil**, Curitiba, Juruá, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade”, *in* **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**, Rio de Janeiro, Forense, 1996.
----- . “Coisa julgada e declaração”, *in* **Temas de direito processual - primeira série**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988.
----- . "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", *in* **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, vol. 377.
----- . "Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema", *in* **Temas de direito processual - quarta série**, Rio de Janeiro, Forense, 1989.
----- . "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", *in* **Temas de direito processual - primeira série cit.**
----- . "La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano", *in* **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 117.
----- . "Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil", *in* **Temas de direito processual - primeira série cit.**
----- . **Questões prejudiciais e coisa julgada**, Tese, Rio de Janeiro, 1967.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**, 2a ed., São Paulo, Atlas, 2005 (coord. Antonio Marcato).
- BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**, Campinas, Red, 1999.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. “A coisa julgada”, *in* **Coisa julgada**, Forense, Rio de Janeiro, 2004.
----- . "A coisa julgada no Código do Consumidor", *in* **Coisa julgada cit.**

----- . "Coisa julgada - efeito preclusivo", *in Coisa julgada cit.*
----- . **Da ação civil**, *in Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**, *in Opere giuridiche*, Nápoles, Morano, 1976, vols. VI e VII.

----- . **La condanna "genérica" ai danni**, *in Opere giuridiche cit.*, vol. V.

----- . **Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile**, *in Opere giuridiche cit.*, vol. I.

CARREIRA ALVIM, J. E., **Alterações do Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Impetus, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual**, São Paulo, Saraiva, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Lezioni sul processo civile**, Bolonha, Molino*, 1995 (em coop. com Corrado Ferri e Michelle Taruffo).

CONSOLO, Cláudio. **Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele**, 3^a ed., Bologna, Cisalpino, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**, São Paulo, Saraiva, 1987.

DELGADO, José Augusto. "Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais", *in Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**, 6^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

----- . "Relativizar a coisa julgada material", *in Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América jurídica, 2002.

FARIA, Juliana Cordeiro de. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle", *in Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América jurídica, 2002 (em coop. com HUMBERTO THEODORO JÚNIOR).

FERRI, Corrado. **Lezioni sul processo civile**, Bolonha, Molino*, 1995 (em coop. com Michelle Taruffo e Luigi Paolo Comoglio).

----- . **Profili dell'accertamento costitutivo**, Padova, Cedam, 1970.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**, Madrid, Labor, 1936, trad. da segunda edição alemã por Leonardo Prieto Castro.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

----- . "Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer", *in* **Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 1996, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira.

GUALANDI, A. "Domanda di condanna genérica", *in* **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, 1959.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**, Rio de Janeiro, 2001.

LIEBMAN, Enrico Túllio. "Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença", tradução de Teresa Alvim, *in* Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 29, 1983.

----- . **Eficácia e autoridade da sentença**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

----- . **Manual de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1985 (trad. de Cândido Dinamarco).

----- . **Processo de execução**, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, notar de Joaquim Munhoz de Mello.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005 (coord. ANTONIO MARCATO).

----- . **Eficácia das decisões e execução provisória**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

----- . **Embargos à execução**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)", *in* **Revista Gênesis**, Curitiba, vol. 31, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1981.

MAZZEI, Rodrigo. **Reforma do CPC**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006 (em coop. com Daniel Amorim Assumpção Neves, Glauco Gumerato Ramos, Rodrigo da Cunha Lima Freire).

MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada - hipóteses de relativização**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003 (em coop. com Teresa Arruda Alvim Wambier).

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1986.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. **Sentença e coisa julgada**, Rio de Janeiro, Aide, 1992.

MONTESANO, Luigi. **Condanna civile e tutela esecutiva**, Nápoles, Jovene, 1965.

NASCIMENTO, "Coisa julgada inconstitucional", *in* **Coisa julgada inconstitucional**, Rio de Janeiro, América jurídica, 2002.

NERY JR., Nelson. **CPC comentado e legislação extravagante**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1975, vol. X.

----- . **Tratado de direito privado**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Bolshoi, 1972.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1998.

PROTO PISANI, Andréa. **Lezioni di diritto processuale civile**, 2ª ed., Nápoles, Jovene, 1996.

----- . "Verso la residualità del processo a cognizione piena?", estudo apresentada nas VI Jornadas de Direito Processual Civil, Brasília, 2005.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**, Pádua, Cedam, 1987.

ROGNONI, Virginio. **La condanna in futuro**, Milão, Giuffrè, 1957.

----- . **Condanna genérica e provvisoria ai danni**, Milão, Giuffrè, 1961.

SANTOS, Ernane Fidélis. **As Reformas de 2005 do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 2005.

SATTA, Salvatore. "Condanna genérica", in **Enciclopédia del diritto**, Milão, Giuffrè, 1961.

SAVIGNY, M. F. C. Von. **Sistema del derecho romano actual**, trad. Jacinto Messia y Manoel Poley Centro), Madri, Góngora, 2ª ed., sem data.

SILVA, Ovídio Baptista da. "Coisa julgada relativa?", in **Revista jurídica**, Porto Alegre, Notadez, 2004, v. 316.

----- . "Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual", Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 14-15, 1979.

----- . **Ação cautelar nominada no direito brasileiro**, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

----- . **Ação de imissão de posse**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

----- . **Curso de processo civil**, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

----- . "Eficácias da sentença e coisa julgada", in **Sentença e coisa julgada**, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1979.

----- . "Sentenças mandamentais", in **Sentença e coisa julgada cit.**

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

TARUFFO, Michelle. **La motivazione della sentenza civile**, Padova, Cedam, 1975.

----- . **Lezioni sul processo civile**, Bolonha, Mulino, 1995 (em coop. com Corrado Ferri e Luigi Paolo Comoglio).

TARZIA, Giuseppe. "Medidas cautelares atípicas: uma análise comparativa", *in* **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, trad. de Paulo Henrique dos Santos Lucon.

TESHEINER, **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

-----, **Nova sistemática processual civil**, 2ª ed., Porto Alegre, Plenum, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle", *in* **Coisa julgada inconstitucional**, Rio de Janeiro, América jurídica, 2002 (em coop. com JULIANA CORDEIRO DE FARIA).

-----, "Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho", *in* **Reflexos do Novo Código Civil no direito processual**, Salvador, JusPODIVM, 2006 (coord. de Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei).

-----, "A Reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional", *in* **RBEP**, Belo Horizonte, vol. 89.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**, Nápoles, Jovene, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O dogma da coisa julgada - hipóteses de relativização**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003 (em coop. com José Miguel Garcia Medina).

-----, **Nulidades do processo e da sentença**, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", *in* **Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 1996, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira.

YARSHELL, Flávio. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**, São Paulo, Malheiros, 1993.

ZAFRA VALVERDE, **Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva (la constitución jurídica procesal)**, Madri, 1962.

ZAVASKI, Teori Albino. **Título executivo e liquidação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

----- . “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva”, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Processo, vol. 109.