

são da matéria — o Estado da Guanabara, por sua Procuradoria Geral, espera e confia que esse Egrégio Tribunal:

- a) acolha a preliminar de ilegitimidade dos Impetrantes para a causa, ou a de inexistência de direito líquido e certo;
- b) se, "ad argumentandum", vier o pedido a ser apreciado em seu mérito, seja ele denegado, com o reconhecimento da legalidade do ato do Exm.º Sr. Secretário de Obras Públicas,

condenados os Impetrantes, em qualquer hipótese, ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

JUSTIÇA!

Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 1973.

MÁRIO ALEXANDRE CAMPOS MENDONÇA
Procurador do Estado

RAZÕES FORENSES

Suspensão da execução pela propositura de ação rescisória. Decreto-lei n.º 1.030, de 1969. Inexistência de ofensa à garantia constitucional da coisa julgada.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.ª VARA
DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DA GUANABARA, nos autos da ação ordinária, ora em execução de sentença, movida nesse Juízo por Ernesto da Silva Pereira e outros, não se conformando, *data venia*, com a respeitável sentença de fls. 174/6, que rejeitou no mérito os embargos opostos pelo Estado à execução (fls. 131/2), vem interpor, contra tal decisão, o presente recurso de

A P E L A Ç Ã O

com fundamento no art. 820 do Código de Processo Civil, requerendo que, recebido no duplo efeito, seja processado nos termos legais e encaminhado à Egrégia 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, de competência preventiva.

P. Deferimento.

Em 17 de dezembro de 1971.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado

RAZÕES DO APELANTE

I — *Do cabimento da apelação*

1. Requerida pelos Apelados a execução da sentença, embargou-a o Apelante a fls. 131/2, pedindo fosse ela sobrestada, nos termos do art. 882, § único, no Código de Processo Civil (dispositivo acrescentado pelo Decreto-lei n.º 1.030, de 21/10/1969), pois já fora ajuizada pelo Apelante ação rescisória do V. Acórdão exequendo.

O pedido de sobrestamento constitui modalidade de embargos fundados em nulidade da execução. Com efeito, se a lei dispõe que, com a propositura da ação rescisória, se suspende a execução, é fora de dúvida que nenhum ato do processo executório, sob pena de nulidade, pode praticar-se na pendência da rescisória. A sentença fica desprovida de efeito executório, e a falta deste torna nula a execução (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. V, 1.ª ed., pág. 379, nota 9).

Fundando-se em nulidade da execução, têm os embargos o efeito suspensivo previsto no art. 1.010, n.º III, do Código de Processo Civil. Isso quer dizer que, denunciada ao Juízo da execução, pelo embargante, a propositura da rescisória, já não pode a execução prosseguir. E de fato, na espécie, não prosseguiu, tendo-se aberto o contraditório entre as partes, acerca da matéria deduzida nos embargos.

2. Admitem doutrina e jurisprudência que o juízo da execução rejeite liminarmente os embargos do executado por inadmissíveis. Nessa hipótese, terminando sem julgamento de mérito o processo dos embargos, cabível é o agravo de petição (Código de Processo Civil, art. 846).

Quando, porém, o juízo aprecia a matéria discutida nos embargos e rejeita-os por entendê-los *infundados*, profere decisão *definitiva*, e como tal suscetível de apelação (Código de Processo Civil, art. 820). É o ensinamento, *v.g.*, de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª ed., vol. VI, pág. 27; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições cit.*, vol. V, pág. 387; LIEBMAN, *Processo de Execução*, 2.ª ed., pág. 151. No mesmo sentido, a jurisprudência dos nossos tribunais, como se vê dos Acórdãos citados por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, vol. XXXV, n.ºs 37.655, 37.656-A, 37.656-B, 37.658, 37.668-O, etc.

In casu, o honrado julgador *a quo* sem dúvida apreciou o mérito dos embargos, desacolhendo o pedido de sobrestamento da execução, por entender *inconstitucional* a norma do art. 882, § único, do Código de Processo Civil. Inquestionável, pois, o cabimento da apelação. Aliás, o próprio Dr. Juiz recorreu de ofício, aplicando, naturalmente, a regra do art. 822, § único, n.º III, referente à apelação necessária.

II — *Da nulidade da sentença apelada*

3. No presente recurso, pleiteia o Apelante, em primeiro lugar, a cassação da respeitável sentença apelada. Está ela, realmente, eivada de

tão grave defeito, do ponto de vista processual, que não pode em absoluto subsistir, sem embargo do respeito e acatamento que merece o seu ilustre prolator.

No art. 1.016, determina categoricamente o Código de Processo Civil a realização de audiência para a instrução e o julgamento dos embargos do executado. Grande parte da doutrina chega mesmo a considerar que estes devem processar-se de acordo com o rito ordinário consagrado nos arts. 292 e seguintes. Ainda, porém, que se tenha por excessiva tal exigência, nenhuma dúvida pode haver, ante o texto cristalino da lei, sobre a necessidade de realizar-se a audiência. Confira-se, entre outros, o V. Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 13/10/1961:

“Pelo art. 1.016 do estatuto processual civil, está o juiz obrigado, quando oferecidos embargos à execução, a mandar contestá-los e a designar audiência de instrução e julgamento”. (Revista dos Tribunais, vol. 324, pág. 247).

Na espécie, o douto julgador *a quo* preteriu essa formalidade essencial do procedimento, apreciando os embargos no mérito sem mandar realizar audiência. Inválida, por conseguinte, a decisão.

III — *Da procedência dos embargos. Constitucionalidade do art. 882, § único, do Código de Processo Civil, acrescentado pelo Decreto-lei n.º 1.030.*

4. Se a respeitável sentença não for cassada — o que se admite apenas para argumentar — deverá ser *reformada*, para acolher-se o pedido do embargante e sustar-se a execução até o julgamento definitivo, em última instância, da ação rescisória proposta contra os exequentes. Com efeito, a fundamental razão de decidir, na sentença impugnada, é a suposta inconstitucionalidade do dispositivo introduzido no Código de Processo Civil pelo Decreto-lei n.º 1.030, por incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada, inscrita no art. 153, § 3.º, da Carta da República, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. As outras considerações aduzidas são manifestamente irrelevantes, como adiante se ressaltará.

Para chegar-se à conclusão de que é inconstitucional o dispositivo em foco, parte-se de duas premissas, explícitas ou implícitas:

1.ª — o art. 153, § 3.º, da Constituição Federal proíbe ao legislador ordinário criar qualquer remédio judicial tendente à desconstituição da coisa julgada;

2.ª — o Decreto-lei n.º 1.030, preceituando o sobrestamento da execução pela propositura da ação rescisória, criou remédio tendente a tal desconstituição.

Ambas as premissas são falsas. Não é de se surpreender, assim, que seja também falsa a conclusão.

5. *Falsidade da primeira premissa: o art. 153, § 3.º, da Carta da República não proíbe o legislador ordinário de criar remédios judiciais tendentes à desconstituição da coisa julgada.*

Importa bem precisar o sentido e o alcance da garantia constitucional relativa à coisa julgada. A regra do art. 153, § 3.º, é tradicional em nosso direito e tem figurado não só nas várias Constituições republicanas, mas em outros textos, como o da antiga Introdução ao Código Civil, art. 3.º, e o do Decreto-lei n.º 4.657 (Lei de Introdução ao Código Civil), art. 6.º, com a redação da Lei n.º 3.238, de 1/8/1857. Na interpretação de todos esses dispositivos, jamais se pôs em dúvida que o preceito disciplina questão de direito *intertemporal*. Tem ele o escopo de evitar que as leis sejam aplicadas retroativamente com ofensa a determinadas situações que se quer imunizar contra os reflexos da mudança do ordenamento positivo. Entre essas situações, ao lado do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, figura a coisa julgada.

Significa isso que, decidida irrecorrivelmente uma causa, a lei nova, que entre em vigor após o trânsito em julgado, nenhuma relevância pode ter com relação à lide já composta. Uma vez cristalizada a *norma concreta* que o juiz formulou na sentença, a eventual modificação da *norma abstrata*, por obra do legislador, deixa intacta a solução dada ao litígio, não se podendo invocar a regra jurídica superveniente para quebrantar o julgamento.

6. É nesses termos que a doutrina pátria, sem voz discordante, tem entendido os dispositivos, insertos na Constituição ou alhures, a fim de resguardar a autoridade da coisa julgada. Comentando o art. 3.º da antiga Introdução ao Código Civil, escrevia CLÓVIS BEVILACQUA:

“Assim, no direito brasileiro, a não retroatividade das leis quer dizer: respeito aos direitos adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e ao caso julgado”. (*Código Civil Comentado*, 4.ª ed., vol. I, pág. 98; sem grifo no original).

Pelo mesmo diapasão afina PONTES DE MIRANDA: “Cumpre ainda notar que a regra jurídica do art. 153, § 3.º, dirigida, principalmente, aos legisladores, só se refere à *lei nova* (...). Só existe infração do art. 153, § 3.º, quando a lei nova invade o domínio temporal da lei antiga *contra* as regras jurídicas dessa, ou do seu *sobredireito*” (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, 2.ª ed.*, 1971, pág. 73 — grifos do autor).

7. A garantia constitucional da coisa julgada impede, sim, que se conteste ou desconheça o resultado do processo findo com base na mera superveniência de lei nova que, se aplicada à causa, levaria a resultado

diverso. Não impede, contudo, que se facultem ao interessado, em certos casos, meios idôneos à destruição daquele mesmo resultado efetivamente atingido.

Não se pode, é certo, pretender derrubar sentença passada em julgado só porque, ao depois, se modificaram as regras jurídicas à luz das quais fora proferida. Pode-se, entretanto, atacar a sentença, se, já à vista do sistema de normas vigente na data da sua edição, continha ela defeitos cuja gravidade seja capaz de torná-la, aos olhos do legislador, suscetível de invalidação *ainda posteriormente ao trânsito em julgado*. É manifestamente absurdo entender a garantia constitucional como impeditiva de *qualquer* impugnação às decisões judiciais transitadas em julgado. Semelhante inteligência importaria, nada mais nada menos, que ter de reputar-se incompatível com a Lei Magna a existência mesma da ação rescisória, que visa, justamente, a desconstituir a coisa julgada. Nessa perspectiva, inconstitucional não seria apenas o art. 882, § único, mas todo o título III do Livro VI do Código de Processo Civil!!!...

8. No Decreto-lei n.º 1.030, que acrescentou o § único ao art. 882 do Código de Processo Civil, só se poderia enxergar, portanto, incompatibilidade com o art. 153, § 3.º, da Constituição Federal, se contivesse ele regra de direito intertemporal capaz de provocar a aplicação de lei superveniente a alguma causa já irrecorivelmente decidida. *Inexistiria ofensa ao mandamento da Lei Maior* desde que o novo diploma se houvesse limitado a criar algum outro meio de ataque à autoridade da coisa julgada.

Com efeito: se nunca se duvidou da legitimidade da ação rescisória, no quadro do nosso direito constitucional, razão alguma haveria para que se duvidasse da legitimidade de *outro* remédio judicial com escopo idêntico ou análogo. Ao legislador ordinário seria lícito criar, a seu talante, tantas vias processuais idôneas à desconstituição da coisa julgada, quantas lhe parecessem necessárias. Seria seu, e exclusivamente seu, o juízo de conveniência a tal respeito, afastada a pertinência de qualquer objeção que procurasse apoio no preceito constitucional.

9. *Falsidade da segunda premissa* — O sobrestamento da execução, previsto no art. 882, parágrafo único, do Código de Processo Civil, *deixa intacta* a autoridade da coisa julgada.

O art. 882, parágrafo único, do Código de Processo Civil, acrescentado pelo Dec.-lei n.º 1.030, determina que fique sobrestada, em certos casos, a execução da sentença, se proposta ação rescisória. Pretende-se ver, em tal sobrestamento, providência capaz de vulnerar ou de pôr em xeque a autoridade da coisa julgada. Para que fosse verdadeira semelhante suposição, teriam de ser:

conceptualmente idênticas ou, pelo menos, necessariamente coincidentes, a exequibilidade da sentença e a autoridade da coisa julgada.

Com efeito: se suspender a *execução* é atingir a *coisa julgada*, cumpre admitir que esta não pode subsistir sem a possibilidade de promover-se aquela. A proposição é, desde logo, manifestamente falsa quanto às sentenças declaratórias e constitutivas, que jamais comportam execução, sem por que isso deixem de revestir-se, uma vez esgotados os recursos, da autoridade da coisa julgada. Passa o Apelante, porém, a demonstrar que, mesmo em relação às sentenças *condenatórias* — as únicas suscetíveis de execução —, não existe nem *identidade conceptual*, nem *coincidência necessária* entre exequibilidade e coisa julgada.

10. Chama-se exequibilidade à aptidão que a sentença tem para servir de título à execução forçada. Com apoio na sentença exequível, o vencedor (ou outro legitimado, de acordo com a lei) pode reclamar do órgão judicial, se o vencido não cumpre espontaneamente a decisão, a prática de atos destinados a produzir, sem a colaboração do vencido, ou até agora a sua vontade, resultado tanto quanto possível equivalente ao que se obteria se ele adimplisse voluntariamente a sua obrigação. Sentença exequível é, pois, sentença dotada de efeito executório.

Totalmente distinta do efeito executório ou exequibilidade é a autoridade da coisa julgada, que concerne à *imutabilidade do conteúdo* da sentença. Diz-se que uma sentença se reveste da autoridade da coisa julgada quando o seu conteúdo — a norma jurídica concreta formulada pelo juiz para disciplinar a situação litigiosa — se torna imutável. Caso essa imutabilidade só prevaleça dentro do *mesmo processo* em que a sentença foi proferida, tem-se a coisa julgada *formal*; caso ela prevaleça ainda noutros processos, a coisa julgada *material*.

Do ponto-de-vista conceptual, obviamente, exequibilidade não importa imutabilidade, nem imutabilidade importa exequibilidade. Com toda a facilidade se concebe que uma sentença seja exequível sem ser imutável, ou seja imutável sem ser exequível. Não há nisso qualquer contradição lógica.

11. Não se trata apenas de entidades conceptualmente distintas, mas também de entidades que, *de fato*, não coexistem necessariamente. Há, *na realidade*, sentenças exequíveis apesar de não revestidas da autoridade da coisa julgada, e sentenças inexecutíveis apesar de revestidas dessa autoridade.

São exequíveis as sentenças sujeitas a recurso recebido somente no efeito devolutivo (Código de Processo Civil, art. 882, n.º II). Ora, tais sentenças *ainda não* possuem a autoridade da coisa julgada, que exige a preclusão *total* das vias recursais (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º, § 3.º). Nesse caso, falta a autoridade da coisa julgada sem que falte o efeito executório.

As vezes, é o contrário que acontece: já existe a autoridade da coisa julgada, sem que exista ainda o efeito executório. Não está aludindo o Apelante, repita-se, a sentenças constitutivas ou meramente declaratórias, que nunca se tornam exequíveis, a despeito de passarem em julgado. Está aludindo a sentenças *condenatórias, inexecutíveis embora transitadas em julgado*. Por exemplo: “se a execução depender de prova de contraprestação devida ao executado pelo credor”, só poderá ser instaurada — quer

dizer, a sentença só se tornará exequível — desde que provada a contra-prestação (Código de Processo Civil, art. 892). “Quando o exercício do direito depender de condição ou de termo fixado em dia determinado, a execução poderá instaurar-se depois de verificada a condição, ou de transcorrido o dia aprazado” (Código de Processo Civil, art. 893) — isto é: antes do implemento da condição, ou do advento do termo, a sentença é inexecutível.

12. A doutrina processual, em nosso país e no estrangeiro, não tem deixado de assinalar o fato. Sublinham os escritores que *não se identificam os conceitos* de exequibilidade e de coisa julgada, e também que os dois fenômenos *sem sempre se superpõem na prática*.

Na literatura alemã, a observação é correntia, bastando citar, a título exemplificativo, ROSENBERG e NIKISCH:

“La ejecutoriedad de la resolución tiene por efecto que el facultado pueda exigir, del órgano estatal designado para ello, la ejecución de la orden de prestación dada al obligado en la resolución. No es, pues, autoridad de cosa juzgada; esta puede existir sin aquélla y aquella sin esta” (ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1955, t. II, pág. 443).

“Rechtskraft und Vollstreckbarkeit sind nicht nur begrifflich verschieden, sondern brauchen auch durchaus nicht Hand in Hand zu gehen. (A coisa julgada e a exequibilidade não são apenas conceptualmente distintas, mas tampouco têm de andar sempre de mãos dadas)” (NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., 1952, pág. 409).

A exequibilidade, ou o efeito executório, constitui à evidência *um aspecto da eficácia* da sentença. Atente-se, então, para o que ensina, entre nós, AMILCAR DE CASTRO:

“Numa sentença, deve-se distinguir a sua *eficácia* da sua imutabilidade, de vez que pode ser eficaz antes de ser imutável, como no caso de apelação recebida apenas no efeito devolutivo”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.^a ed., vol. X, págs. 15/16; grifado no original).

Last but not least, recorde-se a lição de LIEBMAN, que dedicou todo um livro, muito justamente considerado como um clássico da literatura processual, à demonstração da tese:

“Non si può dunque dubitare che l'efficacia giuridica della sentenza possa e debba distinguersi dall'autorità della cosa giudicata” (*Efficacia ed autorità della sentenza*, 1962, reimpressão, pág. 27).

13. Do mesmo modo que pode faltar, *ab initio*, o efeito executório, apesar de já formada a coisa julgada, também pode ocorrer que esse efeito se veja *suspensio*, no curso da execução de uma sentença transitada em julgado. Vulnera-se porventura, assim, a autoridade da coisa julgada? Não: a sentença permanece *inmutável em seu conteúdo*, embora não se possa prosseguir na execução.

Se, por exemplo, falece qualquer das partes, ou o procurador de alguma delas, suspende-se a instância (Código de Processo Civil, art. 197, números III e IV). Verificando-se o fato no curso da execução, fica ela paralisada, até que termine o prazo da suspensão, e nenhum ato pode ser praticado nesse ínterim (art. 199). Em outras palavras: a exequibilidade cessa temporariamente, sem que a autoridade da coisa julgada seja por isso atingida.

Os embargos opostos à execução com fundamento em qualquer das circunstâncias enumeradas no art. 1.010 do Código de Processo Civil suspendem o processo executório. Enquanto não julgados os embargos, suspensão fica a exequibilidade da sentença, mesmo que se trate de execução definitiva — isto é, de execução de sentença *passada em julgado* —, em nada afetando tal suspensão a autoridade da coisa julgada. Leia-se, ao propósito, o que explica PONTES DE MIRANDA:

“Enquanto a sentença está embargada com efeito suspensivo, a execução é inoperante, pois que a suspensão provém da lei, — do art. 1.010. *Não é a coisa julgada, nem a formal, nem a material, que se suspende*, confusão em que incorrerá RAMALHO, (...), que ainda estava longe da distinção entre força ou efeito de *coisa julgada*, formal ou material, e *efeito executivo* “exercido” (que é somente o que se suspende)” (*Comentários cit.*, 1.^a ed., vol. VI, pág. 410) (grifamos).

14. Terá por acaso o Dec.-lei n.º 1.030 atribuído à propositura da ação rescisória o feito de *modificar o conteúdo* da sentença exequenda? De modo algum: a sentença continua *inmutável*, ao menos até que se julgue a ação rescisória. Nesse julgamento, pode suceder que se rescinda ou que se mantenha a sentença, isto é, a autoridade da coisa julgada pode vir ou não a ser afastada. A propositura da ação rescisória, todavia, por si só, não atinge minimamente a autoridade da coisa julgada, mas limita-se a tornar inoperante, *si et in quantum*, o efeito executório da sentença. Se a ação rescisória for julgada improcedente, a execução poderá retomar seu curso.

Para convencer-nos de que a suspensão da execução, pela propositura da ação rescisória, *em nada afeta a coisa julgada*, basta considerarmos a seguinte questão: se, na pendência da rescisória — e, pois, enquanto suspensão a execução —, alguma das partes voltar a demandar acerca da relação a cujo respeito a sentença se pronunciou, acaso não lhe poderá a outra parte, e o próprio juiz, objetar a existência da coisa julgada?

Claro que sim! É porventura concebível que, nesse meio-tempo, se possa obter outra sentença sobre a mesma lide? Evidentemente, não!

Ora, as respostas seriam diferentes se a autoridade da coisa julgada fosse posta de lado só pelo fato de suspender-se a execução. Bastaria, então, *propor* a ação rescisória para eliminar o obstáculo ao rejuízo da matéria. Mas não é disso que se trata. A matéria só poderá ser rejuída, eventualmente, na hipótese de acolher-se o pedido de rescisão da sentença. O que fica suspenso — como bem frisa PONTES DE MIRANDA no tocante aos embargos do art. 1010 — é apenas o efeito executório, não a autoridade da coisa julgada.

15. É surpreendente — seja lícito ao Apelante notá-lo — que se levante tão grande celeuma em torno de fenômeno que não tem sequer a marca do ineditismo. Com efeito: a Lei n.º 1.533, art. 5.º, n.º II, permite, *a contrario sensu*, a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial insuscetível de recurso ou de correição. Se a decisão é originariamente irrecorrível, transita em julgado *com a publicação*. Pode ainda, entretanto, ser atacada por via de mandado de segurança.

Ora, de acordo com o art. 7.º, n.º II, do mesmo diploma legal, se o fundamento é relevante e há perigo de que a medida se torne ineficaz, cabe ao juiz *mandar suspender liminarmente a execução*. Com base nesse dispositivo, muitas e muitas vezes tem-se obstado à execução de sentenças *trânsitas em julgado*, sem que ninguém até agora haja sentido o mais leve odor de inconstitucionalidade em semelhante prática!

A analogia é perfeita. A concessão da liminar, no mandado de segurança, tolhe, *si et in quantum*, efeito executório à decisão judicial. Não atinge a autoridade da coisa julgada; somente priva a sentença, a título provisório, do mencionado efeito. A única diferença relevante consiste em que, no mandado de segurança, a concessão da liminar não é obrigatória, de modo que fica à discricção do juiz suspender ou não a execução do ato impugnado, ao passo que o legislador, ao redigir o Dec.-lei n.º 1.030, não deixou margem a qualquer valoração discricionária do órgão judicial.

16. Recapitulemos, em forma silogística:

— A garantia constitucional da coisa julgada significa que nenhuma lei pode ser retroativamente aplicada a matéria já decidida por sentença *trânsita em julgado*;

— Ora, o Dec.-lei n.º 1.030 não prevê nenhuma aplicação retroativa desse tipo;

— Logo, o Dec.-lei n.º 1.030 não ofende a garantia constitucional da coisa julgada.

Por outro lado:

— Não é inconstitucional a lei ordinária que crie remédio judicial tendente à desconstituição da coisa julgada; *a fortiori*, não é inconstitucional a lei ordinária que apenas retire ou suspenda a exequibilidade da sentença *trânsita em julgado*;

— Ora, o Dec.-lei n.º 1.030, sem criar remédio judicial tendente à desconstituição da coisa julgada, limita-se a suspender, em certos casos, a exequibilidade da sentença *trânsita em julgado*;

— Logo, o Dec.-lei n.º 1.030 não é inconstitucional.

IV. *Análise do precedente: o V. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Rescisória n.º 863.*

17. É verdade que, em V. Acórdão de 2/12/1970, o Colendo Supremo Tribunal Federal, julgando Agravo Regimental na Ação Rescisória n.º 863, afirmou a inconstitucionalidade do art. 882, parágrafo único, do Código de Processo Civil, acrescentado pelo Dec.-lei n.º 1.030. Trata-se, como já acentuou o Apelante a fls. 170/1, de pronunciamento emitido *incidenter tantum*, no exame de caso concreto, e portanto sem força vinculativa que exceda os limites daquele mesmo processo em que ocorreu. O dispositivo em foco não teve a sua execução suspensa na forma do art. 41, n.º IX, da Constituição da República, de modo que os outros órgãos judiciais brasileiros podem e devem aplicá-lo, desde que não reconheçam a suposta inconstitucionalidade. O próprio Supremo Tribunal Federal pode, neutra hipótese qualquer, recuar da posição adotada e considerar legítima a norma. Nada teria de inédito a mudança de orientação do Excelso Pretório, que tantas e tantas vezes tem modificado a sua própria jurisprudência.

Não obstante, convém analisar o precedente, para demonstrar, *data venia*, o equívoco em que incorreu o Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 2/12/1970. Sem quebra do respeito devido às decisões da nossa mais alta Corte Judiciária, a declaração da inconstitucionalidade no Dec.-lei n.º 1.030 fundou-se em razões de total inconsistência. Correto foi, a respeito, o voto vencido do eminente Ministro ELOI DA ROCHA. Senão, vejamos.

18. O ilustre Relator da matéria, Ministro ADAUCTO CARDOSO, proferiu voto breve (fls. 153/4), em que assim raciocina:

— a ação rescisória visa a desconstituir a coisa julgada;

— ora, a coisa julgada é garantida pela Constituição;

— logo, a suspensão da execução de sentença ainda não rescindida ofende a Constituição.

Salta aos olhos, *concessa venia*, o defeito formal do raciocínio. Das premissas postas pelo douto Ministro a conclusão que seria lícito esperar é a seguinte:

— logo, a ação rescisória ofende a Constituição.

Essa conclusão não seria *verdadeira*, mas seria ao menos *logicamente correta*. A que foi tirada não é nem uma coisa, nem outra.

O engano do honrado Ministro Relator é duplo. Em primeiro lugar, dá à garantia constitucional da coisa julgada sentido diverso daquele que realmente possui, e que se cinge a tornar *immune à lei nova* a sentença trânsita em julgado. Em segundo lugar, supõe que a suspensão da *execuibilidade* da sentença afete, de algum modo, a autoridade da coisa julgada — o que já se demonstrou que não acontece.

No mesmo equívoco — seja dito também com a necessária vênia — incorreu o não menos ilustre Ministro THOMPSON FLORES (fls. 157), para quem, “cumpridas que fossem as determinações do Decreto-lei, até o desfecho da sempre demorada ação rescisória, ficariam suspensos os efeitos da *coisa julgada*”. A verdade é que fica suspensa apenas a *execuibilidade* da sentença, com a qual a coisa julgada não se confunde e nem sequer — para repetir a expressão de NIKISCH — “anda sempre de mãos dadas”.

No voto do eminente Ministro AMARAL SANTOS, lê-se que “a lei não pode afastar o efeito da coisa julgada”, e em seguida que “só a ação rescisória é que poderá desconstituir a coisa julgada”. Mas, se realmente não pudesse a lei criar meios de “afastar o efeito da coisa julgada”, então não haveria porque abrir exceção para a ação rescisória, que não é objeto de ressalva alguma no texto do art. 153, § 3.º, da Carta da República. O que ali se proíbe — repita-se ainda uma vez — é a aplicação retroativa da lei a lides já decididas por sentença passada em julgado. Quanto à desconstituição da coisa julgada, pode a lei criar livremente quantos remédios queira para ensiná-la, e os dispositivos que se editarem com tal fim serão tão legítimos, do ponto-de-vista constitucional, quanto o art. 798 do Código de Processo Civil, que trata da ação rescisória. Acontece, porém, que nada disso vem ao caso, a rigor, porque a suspensão da *execução* da sentença, pela propositura da ação rescisória, *não afeta a coisa julgada*.

19. Com a razão estava, no seu voto vencido, o honrado Ministro ELOI DA ROCHA. Lembrou S. Exa., de início, que já o Código de Processo Civil previa a suspensão da execução em várias hipóteses de embargos. A objeção feita pelo Ministro AMARAL SANTOS, de serem *taxativos* esses casos, é, *data venia*, irrelevante, porque o mesmo legislador que os criou pode criar outros, tantos quantos lhe pareça.

Acentuou ainda o Ministro ELOI DA ROCHA a afinidade entre a suspensão prevista no art. 882, parágrafo único, do Código de Processo Civil, acrescentado pelo Dec.-lei n.º 1.030, e a suspensão decorrente do oferecimento de embargos à execução, com fundamento na nulidade desta. Contra-argumentou o Ministro THOMPSON FLORES que os embargos “têm desfecho breve”, ao passo que a ação rescisória é de processamento demorado. A isso, porém, respondeu o Ministro ELOI DA ROCHA que “a demora no andamento da ação rescisória não afeta o princípio em exame”. Com efeito: se a suspensão da execução vulnerasse a garantia constitucional da coisa julgada, como se poderia distinguir entre *ofensas breves e ofensas demoradas*? Ou há ofensa na suspensão, ou não há, independentemente do tempo que ela dure!

Tampouco impressiona outra objeção do Ministro AMARAL SANTOS: a de que, nas hipóteses de suspensão resultante de embargos, o exequente “já está segurado quanto ao seu direito”, através da penhora ou do depósito. Em primeiro lugar, a afirmação nem sempre corresponde à verdade: a Fazenda Pública pode embargar a execução, em qualquer caso, sem prévia penhora, *que seria inconcebível*, à vista da impenhorabilidade dos bens públicos. Ademais, exata que fosse a premissa, que conclusão se poderia tirar? No máximo, a de ser *injusta* a suspensão da execução prevista no Dec.-lei n.º 1.030; jamais, a de ser ela *inconstitucional*.

V. Outras razões invocadas na respeitável sentença apelada.

20. Diz o ilustrado Julgador *a quo* — e diz bem — que “a ação rescisória é uma ação à parte, e não um recurso com efeito suspensivo” (fls. 174). Traz à colação, em seguida, o magistério de PONTES DE MIRANDA, segundo o qual a ação rescisória não suspende a execução.

A ação rescisória é, realmente, *ação autônoma de impugnação*. Não é recurso, nem a transformou em tal o Dec.-lei n.º 1.030. Mas isso, *data venia*, nada tem que ver com a questão. O mandado de segurança contra decisão judicial *também não é recurso*; mas, quando concedida a liminar, *suspende a execução*. Os embargos do executado *tampouco têm a natureza de recurso*; no entanto, se fundados em qualquer dos fatos que o art. 1.010 do Código de Processo Civil arrola, *suspendem a execução*.

O trecho de PONTES DE MIRANDA, transcrito na sentença, data de 1964. Era correto, corretíssimo, até a entrada em vigor do Dec.-lei n.º 1.030. Expunha o mestre o direito *então vigente*. Hoje, o direito vigente é outro. Não se pode recusar aplicação a uma lei simplesmente porque revogou ou derogou a lei anterior. Isso não a faz, em absoluto, *inconstitucional*!

21. Ao eminente Dr. Juiz *a quo* parece-lhe que o parágrafo único, acrescentado ao art. 882 do Código de Processo Civil, acarreta “insegurança” para os julgados e “trará conseqüências imprevisíveis, ao colocar em descrédito as decisões judiciais finais”. Parece-lhe, mais, que a nova regra deixa “ao alvedrio de uma das partes” a paralisação do processo e causa prejuízo ao vencedor, premiando “o culpado” (fls. 175).

Nessas palavras reflete-se apenas um *juízo de conveniência*, muito respeitável como tal, mas inteiramente irrelevante na perspectiva da *constitucionalidade* da norma. Fica-se sabendo que, se legislador fosse o honrado Dr. Juiz *a quo*, jamais teria editado o Dec.-lei n.º 1.030. Não são, entretanto, necessariamente *inconstitucionais* as regras jurídicas que o ilustrado Julgador, no hipotético exercício da função legiferante, se recusaria a editar.

Ao órgão judicial, com freqüência, deparam-se normas que não são do seu gosto, ou que êle preferiria diversas. É uma contingência inevitável, essa de não coincidirem os gostos e as preferências do legislador e do aplicador da lei. Ao juiz, porém, *concessa venia*, não é lícito afastar ou

desconhecer a lei só porque lhe pareça inconveniente, esdrúxula, mal inspirada, chocante, odiosa, injusta. Numa única hipótese está ele autorizado a deixar de aplicá-la: quando for *inconstitucional*. Ora, ainda a admitir-se — *ad argumentandum tantum* — que o parágrafo único do art. 882 do Código de Processo Civil realmente provoque a “insegurança” dos julgados, ou ponha “em descrédito as decisões judiciárias finais”, ou prejudique o vencedor e premie “o culpado”, nem por isso se torna êle incompatível com a Carta Magna, onde *não há preceito algum que fulmine de ilegítima a lei inconveniente, esdrúxula, mal inspirada, chocante, odiosa ou injusta.*

22. Lê-se também na respeitável decisão apelada que o Dec.-lei n.º 1.030 “rompe toda a estrutura do Código de Processo Civil no que tange à coisa julgada e ao princípio da imutabilidade do comando emergente da sentença” (fls. 175). Romper a sistemática do Código de Processo Civil não é incorrer na pecha de inconstitucionalidade, simplesmente porque *o Código de Processo Civil não é a Constituição: é lei ordinária, de hierarquia igual à do Dec.-lei n.º 1.030. Numerosas leis extravagantes têm consagrado, para as mais variadas matérias, disciplina aberrante do sistema do Código, sem que nunca hajam sido, só por isso, tachadas de inconstitucionais.*

O Dec.-lei n.º 1.030 acrescentou ao art. 882 do Código de Processo Civil um parágrafo único. A partir da sua entrada em vigor, para saber-se qual é a sistemática do Código, tem-se de levar em conta o disposto nesse parágrafo único. Portanto, o Dec.-lei n.º 1.030 não rompeu, propriamente, a sistemática do Código: não se pode raciocinar como se se tivesse, de um lado, o Código, com determinada sistemática, e de outro lado, o Dec.-lei n.º 1.030, com disposição mal ajustável a ela. O parágrafo único do art. 882 *faz corpo* com o restante do Código, que não tem, agora, outra sistemática senão a que resulta da conjugação do parágrafo único do art. 882 com os demais dispositivos.

23. A autoridade de LIEBMAN, que o eminente Dr. Juiz *a quo* invoca na última linha de fls. 175, não lhe traz o mínimo socorro. O parágrafo único acrescentado ao art. 882 não trata de *coisa julgada*, trata da *exequibilidade* da sentença, excluindo-a (ou melhor, suspendendo-a) em virtude da propositura da ação rescisória. A exequibilidade, ou o efeito executório, vale repetir, *é um aspecto da eficácia da sentença*. Ora, ninguém mais do que LIEBMAN, na doutrina processual, timbrou em distinguir entre a *eficácia da sentença* e a *autoridade da coisa julgada*. Chegou a escrever um livro inteiro — o Apelante já teve ocasião de recordá-lo — para explicar e ilustrar a distinção.

Além do trecho transcrito em o n.º 12, *fine*, destas razões, muitos outros poderiam documentar a posição de LIEBMAN, diametralmente oposta, na matéria, à que parece atribuir-lhe a respeitável sentença apelada. v.g.:

“L’efficacia della sentenza deve logicamente e praticamente distinguersi dalla sua immutabilità”. (*Effic. ed autor. della sent. cit.*, pág. 39).

“... l’autorità della cosa giudicata non é un’effetto, nè somma degli effetti della sentenza ...” (*id.*, pág. 93).

“... la legittimità della distinzione tra efficacia della sentenza e autorità della cosa giudicata mi sembra indiscutibilmente dimostrata” (*id.*, pág. 136).

Ao Apelante, *data venia*, parece-lhe supérfluo alongar-se no tópico, que nem sequer teria aflorado se não se visse na contingência de desfazer o equívoco em que incorreu — seja dito sempre com o maior respeito — o douto Julgador *a quo*, invocando a autoridade de LIEBMAN. É óbvio que, afinal, não se trata de saber se o Dec.-lei n.º 1.030 se harmoniza ou não com a construção doutrinária liebmaniana, mas apenas de saber se se harmoniza *com a Constituição*...

Demonstrado está, pois:

1.º) que a suspensão da execução da sentença, pela propositura da ação rescisória, não seria inconstitucional *mesmo que importasse a criação de novo remédio tendente à destruição da coisa julgada;*

2.) que tal suspensão, entretanto, afeta *unicamente um aspecto da eficácia da sentença, inconfundível com a autoridade da coisa julgada;*

3.º) que a garantia consagrada no art. 153, § 3.º, da Carta da República *não exclui a legitimidade de medidas suspensivas da eficácia da sentença em geral, e do efeito executório em particular;*

4.º) que, portanto, a suspensão da execução, nos termos do art. 882, parágrafo único, do Código de Processo Civil, *não se choca com o preceito contido no art. 153, § 3.º, da Constituição Federal;*

5.º) que todas as outras razões de decidir constantes da respeitável sentença apelada *são absolutamente irrelevantes na perspectiva da constitucionalidade.*

Pelos motivos expostos, espera o Apelante que, se não for cassada a decisão, porque processualmente inválida, seja ela reformada, acolhendo-se os embargos de fls. 131/2 para determinar-se que a execução continue suspensa até o julgamento definitivo da ação rescisória proposta contra os exequentes.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 1971.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado