



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
COORDENAÇÃO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO

RENATA ÉMILI LEITE MOTA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: considerações sobre a
declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF

FORTALEZA

2012

RENATA ÉMILI LEITE MOTA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: considerações sobre a
declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF

Monografia submetida à Coordenação de
Atividades Complementares e Monografia
Jurídica da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito

Orientadora: Professora Janaína Soares Noleto
Castelo Branco

FORTALEZA

2012

RENATA ÉMILI LEITE MOTA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: considerações sobre a
declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF

Monografia submetida à Coordenação de
Atividades Complementares e Monografia
Jurídica da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito

Aprovada em __ / __ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestranda Ana Cecília Bezerra de Aguiar
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Felipe Meira Marques
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus pais, Francisco e Ely.

AGRADECIMENTOS

Ao final de mais uma etapa é inegável a compreensão de que, para chegar aqui, contei com o apoio de diversas pessoas que, gratamente, cruzaram o meu caminho e às quais devo agradecer pelas lições a mim ofertadas...

A Deus pelo dom da vida, por me conceder o equilíbrio e discernimento necessários, por guiar meus passos e por me fazer crer que o melhor sempre prevalece.

Aos meus pais, entusiastas dos meus sonhos e suspeitos por completo da avaliação tão orgulhosa de tudo que faço, por terem me ensinado desde a infância o valor e a importância da educação. Mais que isso, pelo amor, dedicação e esforço essenciais à concretização de mais este sonho. Essa conquista também pertence a eles!

Às minhas tias Bela, Rita e Teresa e ao meu tio Elivan e pelo eterno incentivo aos estudos.

Ao Thales, namorado e companheiro, pelo carinho e apoio incondicionais.

À professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco pela diligência, suporte material e intelectual oferecidos no desenvolvimento desta monografia.

Aos mestrandos Ana Cecília Bezerra de Aguiar e Felipe Meira Marques pela disponibilidade e gentileza em aceitar participar da avaliação do presente trabalho.

Enfim, a todos que contribuíram, ainda que indiretamente, para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Trata-se de estudo, construído mediante ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que tem por escopo a análise da polêmica acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. Inicia-se pela análise doutrinária do instituto da coisa julgada, expondo seu fundamento constitucional, como corolário do princípio da segurança jurídica. Examina-se, ademais, a possibilidade de colisão da segurança jurídica com outros princípios de igual estatura, estabelecendo a necessidade ponderação entres os valores conflitantes. Outrossim, é analisado o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e a necessária submissão dos atos jurisdicionais ao princípio da Supremacia da Constituição. Expõe-se a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade pelo STF e suas repercussões sobre situações concretas já consolidadas. Adentra-se, em seguida, no estudo específico do fenômeno da coisa julgada inconstitucional, apresentado seu conceito e as razões que justificam sua relativização. Apresentam-se, de maneira detalhada, as espécies de coisa julgada inconstitucional, demonstrando o meio pelo qual o vício de inconstitucionalidade pode contaminar uma sentença. Ao final, são expostos os meios processuais destinados à impugnação da coisa julgada inconstitucional e, em seguida, apresenta-se, com arrimo nas lições de alguns processualistas de tendência inovadora, uma proposta de ação rescisória adaptada, com vistas a contribuir para o debate acerca da necessidade de suprimir a atual omissão legislativa no que concerne à regulamentação de meio próprio de impugnação de todas as espécies de coisa julgada inconstitucional.

Palavras-chave: coisa julgada – coisa julgada inconstitucional – relativização da coisa julgada inconstitucional – meios de impugnação

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une étude, construit selon une vaste recherche documentaire et jurisprudentielle, sur l'analyse de la controverse au sujet de la possibilité de relativisation de la *res judicata* inconstitutionnelle. Dans la première partie, on aborde l'analyse de la doctrine de l'institut de l'autorité de la chose jugée, exposant son fondement constitutionnel, comme un corollaire du principe de la sécurité juridique. On y discute la possibilité de collision de la sécurité juridique avec d'autres principes d'égale stature, il nous faut pondération entre les valeurs en conflit. De même, est analysé l'exercice du contrôle de constitutionnalité par le Suprême Tribunal Fédérale et de la nécessaire sujétion des actes juridictionnels pour le principe de la suprématie de la Constitution. On aborde, puis, l'étude du phénomène de chose jugée inconstitutionnelle, présentant son concept et les raisons qui justifient sa relativisation. On y discute, en détail, l'espèces de chose jugée inconstitutionnelle, démontrant les moyens par lesquels le vice d'inconstitutionnalité peuvent contaminer une décision judiciaire. Nous avons exposer, en fin de compte, les moyens de procédure destiné pour contester la *res judicata* inconstitutionnelle et, puis, sur la base des enseignements de certains chercheurs qui a une tendance de novatrice, on y presente une proposition de “ação rescisória” adaptée. Tout cela est abordé sous la perspective de contribuer au débat sur la nécessité de supprimer l'actuelle omission du législateur en ce qui concerne les règlement d'un moyen de contester toutes les espèces de chose jugée inconstitutionnelle.

Mots-clés: res judicata - chose jugée inconstitutionnelle - relativisation de chose jugée inconstitutionnelle - moyens d'appel

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 COISA JULGADA	12
2.1 Breves considerações sobre a coisa julgada.....	12
2.2 Fundamento constitucional: a coisa julgada como corolário da segurança jurídica.....	16
2.3 Segurança jurídica versus justiça: uma colisão de princípios	20
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF.....	25
3.1 A supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais	25
3.2 O exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal... 	29
<i>3.2.1 Noções de controle difuso de constitucionalidade</i>	<i>30</i>
<i>3.2.2 Noções de controle concentrado de constitucionalidade.....</i>	<i>32</i>
3.3 Eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF	34
3.4 Nulidade da lei e sua repercussão em situações concretas	38
4 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	41
4.1 Conceito de coisa julgada inconstitucional.....	41
4.2 Sentença inconstitucional: uma questão de nulidade	42
4.3 Relativização da coisa julgada inconstitucional.....	46
4.4 Espécies de coisa julgada inconstitucional.....	51
<i>4.4.1 Sentença que determina a aplicação de dispositivo legal inconstitucional.....</i>	<i>52</i>
<i>4.4.2 Sentença que deixa de aplicar dispositivo de lei por considerá-lo inconstitucional, quando não há qualquer inconstitucionalidade.</i>	<i>53</i>
<i>4.4.3 Sentença que ofende diretamente a Constituição Federal.....</i>	<i>54</i>
<i>4.4.4 Sentença que interpreta lei infraconstitucional de forma incompatível com a Constituição Federal.....</i>	<i>55</i>
<i>4.4.5 Sentença inconstitucional em decorrência de ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF.....</i>	<i>56</i>

5 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	60
5.1 Meios tradicionais de impugnação da coisa julgada inconstitucional	61
<i>5.1.1 Ação Rescisória.....</i>	<i>61</i>
<i>5.1.2 Embargos à execução e Impugnação de Sentença.....</i>	<i>65</i>
<i>5.1.3 Exceção de pré-executividade</i>	<i>68</i>
<i>5.1.4 Ação Declaratória de Nulidade Absoluta – Querela Nullitatis Insanabilis</i>	<i>69</i>
5.2 Nossa Proposta: Ação Rescisória Adaptada.....	71
 6 CONCLUSÃO.....	 76
 REFERÊNCIAS	 80

1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, o princípio da Supremacia da Constituição representa a garantia de que os direitos contidos na Lei Maior serão respeitados. Assim, todo e qualquer ato do Poder Público deve apresentar-se em conformidade com os ditames constitucionais, uma vez que a Constituição Federal encontra-se no topo da pirâmide hierárquico-normativa do ordenamento jurídico.

Em razão da necessidade de defesa do sistema jurídico, foram criados mecanismos de controle de constitucionalidade de atos e decisões de todos os poderes constituídos, ou seja, não apenas os atos legislativos e administrativos devem se submeter aos comandos constitucionais, pois também a atividade jurisdicional deve observância ao texto e valores da Constituição. Assim sendo, o princípio da supremacia da Lei Maior há de incidir sobre os atos judiciais, dentre os quais a decisão com trânsito em julgado.

Nesse sentido, o dogma da imutabilidade da *res iudicata* vem, gradativamente, desconstituindo-se, pois há hipóteses em que se faz necessário o afastamento da autoridade da coisa julgada, em virtude da inconstitucionalidade que a inquina, como meio de garantir a supremacia da Constituição e a justiça no caso concreto.

Dessa forma, a eficácia da declaração do STF sobre a inconstitucionalidade de lei repercute diretamente em situações individuais em que a decisão transitada em julgado utiliza como fundamento a norma objeto do controle de constitucionalidade, pois nesse caso o ato judicial afronta a Constituição, sendo necessária, portanto, a sua retirada do universo jurídico, por meio da relativização da coisa julgada inconstitucional.

O presente trabalho tem por objeto a inconstitucionalidade da coisa julgada e sua relação com os princípios da segurança jurídica e da supremacia da Lei Maior. A controvérsia pertinente ao tema sob análise, portanto, diz respeito à necessidade de definição do fenômeno da coisa julgada inconstitucional em seus diversos aspectos, bem como à possibilidade de relativização de sentença transitada em julgado que viola a Constituição Federal.

Nessa perspectiva o capítulo inicial destina-se a analisar, ainda que brevemente, o instituto da coisa julgada, abordando desde seus aspectos mais elementares ao seu fundamento

constitucional, tendo em vista a intrínseca relação com o princípio da segurança jurídica e ainda a possibilidade de colisão com o valor justiça.

Em seguida, serão apresentadas breves notas sobre o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, examinando, inicialmente, o alcance do princípio da supremacia da Constituição e a necessária submissão dos atos jurisdicionais aos comandos da Lei Maior. Ademais, analisar-se-á a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade pela Corte e sua repercussão em situações concretas, tendo em vista a nulidade da lei objeto do controle.

A partir do terceiro capítulo, adentra-se de maneira mais específica no objeto do presente trabalho monográfico, delimitando o fenômeno da coisa julgada inconstitucional através do seu aspecto conceitual, da sua natureza jurídica e dos fundamentos que justificam a proposta de relativização no atual contexto de constitucionalização do processo. Por meio de uma análise detida do instituto, são apresentadas hipóteses de sentença que, em razão do vício insanável de inconstitucionalidade que a contamina, impõe o afastamento da autoridade da coisa julgada que sobre ela recai.

Por fim, são analisados os meios processuais de impugnação da sentença inconstitucional atualmente existentes e aceitos majoritariamente pela doutrina e jurisprudência como hábeis a relativizar a coisa julgada inconstitucional. Ao final, apresenta-se uma proposta de adequação de meio impugnatório existente, com o escopo de aperfeiçoar o sistema de relativização da coisa julgada inconstitucional.

É com o objetivo de contribuir para o debate que passamos à análise do tema.

2 COISA JULGADA

2.1 Breves considerações sobre a coisa julgada

Para se adentrar no estudo da relativização da coisa julgada inconstitucional, faz-se necessário tecer breves considerações acerca da *res judicata*, buscando conhecer a importância do instituto, com vistas a tornar possível sua flexibilização.

A coisa julgada é, sem dúvidas, um dos institutos processuais mais antigos, cujas origens remontam à regra *bis de eadem re ne sit actio* do direito romano, expressão que significava que “sobre a mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei, isto é, o processo”.¹

Apesar de se tratar de um instituto milenar, o conceito de coisa julgada não se encontra imune a críticas, na medida em que não há unanimidade quanto a sua delimitação conceitual², mormente, em razão das diversas correntes doutrinárias que perfilharam diferentes acepções sobre o instituto.

O primeiro dos posicionamentos doutrinários vislumbra a coisa julgada como um efeito da sentença, ou seja, seria o elemento da decisão que tornaria a declaração nela contida obrigatória e indiscutível às partes que a ela se vinculam.³

Contrapondo-se a tal concepção, surge uma segunda corrente, capitaneada por Liebman, para quem os efeitos da sentença não se confundem com a autoridade da coisa julgada, haja vista ser esta o modo como se produzem os efeitos da própria decisão. Nesse sentido, a coisa julgada define-se como uma qualidade que se agrega à sentença, tornando-a imutável.⁴

Manifesta-se, ainda, Liebman acerca de sua concepção de coisa julgada como sendo um atributo não apenas dos efeitos da sentença, mas também de seu conteúdo:

¹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-66.

² Ibid., p. 27,

³ DIDIER JUNIOR, Fredie ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 4. ed. Salvador: Jus Pudivm, 2009, p. 412

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato em seu conteúdo e torna, assim, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.⁵

Com efeito, a coisa julgada é instituto que agrega à decisão judicial irrecorrível a qualidade de imutável, ou seja, a coisa julgada não seria um efeito autônomo da sentença, mas um atributo a ela conferido, razão pela qual nos filiamos à teoria de Liebman.

Assim, sendo a coisa julgada o atributo que confere à sentença a qualidade de imutável, é o instituto que impossibilita a rediscussão do que já foi objeto de decisão judicial, seja por meio de interposição de recursos, seja através da repropositura da ação. Percebe-se, portanto, que a intangibilidade que qualifica a sentença pode se restringir aos limites do processo em que foi proferida ou projetar-se para além dele ⁶.

No primeiro caso, temos a formação da coisa julgada formal que decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, nesse caso, diz-se que a decisão transitou em julgado, porquanto não é mais cabível a interposição de recursos, operando-se uma espécie de preclusão, a que se convencionou chamar de preclusão máxima.

Liebman, entretanto, ensina que, muito embora se assemelhem, coisa julgada formal e preclusão máxima não representam o mesmo fenômeno:

preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente.⁷

No que concerne à coisa julgada material, seria ela a imutabilidade que impede a renovação da discussão da lide em outros processos, uma vez que o mérito já foi definitivamente apreciado e julgado, ou seja, trata-se de fenômeno com eficácia extraprocessual. Assim, com a formação da coisa julgada material, a “sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e da questão decidida”, conforme preceitua o art. 468 do CPC.

⁵ Ibid., p. 51.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 55-56, ano 30, São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, jan./dez. 2001.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 68.

Percebe-se, por oportuno, que a coisa julgada formal antecede a coisa julgada material, pois para que a imutabilidade da sentença irradie seus efeitos para além do processo em que foi proferida, deve obrigatoriamente tornar-se indiscutível internamente. A recíproca, contudo, não é verdadeira, porquanto é possível que uma decisão passe em julgado formalmente e seja rediscutida em outra ação, a exemplo o que ocorre com as sentenças em que não há resolução de mérito ⁸.

Assim, para determinar se a sentença estará acobertada pela coisa julgada material, Fredie Didier aduz ser necessário que a decisão seja fruto de atividade jurisdicional e deva versar sobre o mérito da causa, tendo sido este analisado em cognição exauriente, não sendo mais suscetível de recursos, em virtude da coisa julgada formal ⁹.

Outrossim, tendo em vista que o objeto do presente trabalho cinge-se à relativização da coisa julgada em virtude do vício de inconstitucionalidade que contamina a sentença, devemos acrescentar aos pressupostos aludidos a necessária compatibilidade da decisão com a Constituição Federal, porquanto só haverá a formação da coisa julgada material se o conteúdo da sentença estiver em consonância com a Lei Maior, conforme será demonstrado no capítulo pertinente.

Estando a decisão acobertada pela coisa julgada, faz-se mister identificar quais os sujeitos estarão impedidos de rediscutir o conteúdo da sentença em outra ação. Nesse aspecto, os limites subjetivos da coisa julgada se restringem àqueles que figuraram como partes no processo, daí falar-se que o Código de Processo Civil estabeleceu que, em regra, a *res judicata* se opera *inter partes*, na medida em que a “sentença faz coisa julgada entre as partes às quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (art. 472).

Ademais, a coisa julgada também possui limites objetivos, isto é, não é toda a decisão judicial que será alcançada pela autoridade da coisa julgada, pois apenas a parte dispositiva da sentença tornar-se-á intangível, conforme dispõe o art. 468 do CPC. Isso significa que, em regra, nem mesmo a fundamentação e demais questões prejudiciais fazem

⁸ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p.53.

⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 4. ed. Salvador: Jus Pudivm, 2009, p 410.

coisa julgada (art. 469 do CPC¹⁰), salvo se a parte assim o requerer, o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide (art. 470 do CPC¹¹).

Reforçando a ideia de restrição da coisa julgada ao dispositivo da decisão judicial, o art. 474 preceitua que “passada em julgada a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Desse modo, com a formação da coisa julgada, tornam-se irrelevantes os argumentos que poderiam ter sido suscitados, mas não o foram¹². Eis a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Aspecto também relevante para a compreensão do tema diz respeito aos fundamentos que justificam a autoridade da coisa julgada, sendo um de ordem política e outro de ordem jurídica. Fundamenta-se, politicamente, na necessidade de estabilização das decisões proferidas nos litígios submetidos ao Poder Judiciário. Quanto ao fundamento de ordem jurídica, destina-se a coisa julgada a por termo aos processos judiciais, impedindo a eternização dos conflitos.¹³

De todo o exposto, facilmente se vislumbra a importância da coisa julgada na harmonia do sistema jurídico, motivo pelo qual concluímos estas breves considerações sobre o instituto da *res judicata* com a elucidativa colocação de Luiz Guilherme Marinoni:

“[...] a coisa julgada não é mera regra de processo, mas uma regra indispensável à existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição. A coisa julgada, antes de ser uma regra destinada a legitimar o conteúdo do discurso é uma regra imprescindível à sua própria existência.”¹⁴

¹⁰ Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

¹¹ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

¹² CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 57.

¹³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 174.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme *apud* ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O impacto do exame pericial de DNA sobre a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade*. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10079>. Acesso em 10 abr. 2012.

2.2 Fundamento constitucional: a coisa julgada como corolário da segurança jurídica

Como cediço, a atividade jurisdicional destinada à solução de litígios tem uma finalidade que transcende os interesses subjetivos da causa, qual seja, a pacificação social e a estabilidade das relações humanas. Para alcançar tal fim, as decisões de mérito, proferidas ao final de um processo, devem ser dotadas de especial estabilidade, consubstanciada na chamada coisa julgada, conforme visto linhas atrás.

Assim sendo, o principal fundamento da coisa julgada é o princípio da segurança jurídica. Com efeito, o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal ao asseverar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, revela a existência da segurança jurídica, identificada “na relativa certeza de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”¹⁵.

Convém destacar, conforme adverte Nelson Nery Júnior, que “a coisa julgada formal, não é objeto da garantia constitucional”, pois a norma da Constituição só abrange “a coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*), entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário, nem à remessa necessária”.¹⁶

Nesse sentido, o intuito do constituinte originário ao imunizar a coisa julgada à retroatividade da lei foi impedir que uma lei infraconstitucional superveniente à sentença transitada em julgado pudesse alterar seu conteúdo, gerando a malfadada insegurança nas relações jurídicas, pois a estabilidade oriunda da eficácia da coisa julgada estaria à mercê da vontade legislativa. Sob esta perspectiva, Janaína Castelo Branco, entendendo que a proteção constitucional recai sobre a coisa julgada no caso concreto, conclui com a seguinte observação:

Nessa linha de raciocínio, qualquer modificação no tratamento do instituto que venha a enfraquecê-lo ou venha a alargar o rol de hipóteses de ataque ao julgado, respeitado o princípio da segurança jurídica, é constitucional, a exemplo da ação

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

¹⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.

rescisória, não produzindo, todavia, efeitos sobre os casos julgados anteriores à alteração legislativa.¹⁷⁻¹⁸

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, reconhecendo a importância do instituto da coisa julgada no ordenamento jurídico, concebem-na como forma de expressão do Estado Democrático de Direito:

Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito.¹⁹

Em igual sentido, entendendo haver uma intensa relação entre a coisa julgada e o Estado de Direito, Teresa Wambier e José Medina sobre o instituto da *res judicata* afirmam:

[...] trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja este plenamente configurado é imprescindível a garantia da estabilidade jurídica, de segurança e orientação e realização do direito.²⁰

Demais disso, sobre a previsão constitucional da coisa julgada, seguem expondo:

Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada – muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, no art. 5º, inc. XXXVI, no sentido de não permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada – porquanto está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito.²¹

Percebe-se, portanto, que o respeito à coisa julgada revela-se não apenas como direito fundamental, mas também como norma assecuratória do princípio da segurança jurídica, uma vez que representa a garantia da estabilidade das relações jurídicas e a certeza

¹⁷ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 61-62.

¹⁸ Em igual sentido é o entendimento de José Afonso da Silva: “A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez no art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio da ação rescisória. In: *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 436-437.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 598.

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel García. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 22.

dos atos estatais, tendo como fundamento prático a necessidade de evitar a perpetuação dos litígios.

Demonstrando a importância da segurança jurídica para o ordenamento pátrio, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera ser este um princípio que coincide com uma das mais profundas aspirações da humanidade, qual seja “a da segurança em si mesmo, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano”²², razão pela qual aduz o seguinte:

Este princípio não pode ser radicado em quaisquer dispositivos constitucionais específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.²³

Desse modo, vislumbra-se facilmente a natureza principiológica da segurança jurídica, uma vez que se projeta para além do ordenamento, sendo um de seus vetores, servindo de orientação para a elaboração de atos estatais, sob pena de violação não só do texto constitucional, mas, sobretudo, dos valores jurídicos que compõem a sociedade.

Tendo como premissa a perene necessidade do ser humano de segurança não apenas jurídica, mas, especialmente, social, J. J. Gomes Canotilho considera como elementos constitutivos do Estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da confiança do cidadão.²⁴

Ademais, Canotilho assevera que o princípio da segurança jurídica se desenvolve em torno da estabilidade ou eficácia *ex post* e da previsibilidade ou eficácia *ex ante*²⁵. Nessa perspectiva, Janaína Castelo Branco, interpretando as lições do mestre português de modo a abranger quaisquer atos estatais, inclusive, os judiciais, enuncia:

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

²³ *Ibid.*, p. 118.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 375.

²⁵ “[...] pode-se dizer que as ideias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.” (grifos do original). *Id. Ibid.*, p. 384.

A eficácia *ex ante*, no tocante à coisa julgada, corresponderia à certeza que tem o cidadão de que as decisões emanadas do Poder Judiciário, revestidas sob seu manto, produzirão os efeitos nela declarados. A eficácia *ex post* seria a confiança do jurisdicionado, após formada a coisa julgada, de que esta não pode sofrer modificação arbitrária, ou seja, salvo nos casos previstos em lei.²⁶

A segurança jurídica é, portanto, um princípio que se destina a disseminar na sociedade o sentimento de previsibilidade, ou seja, é a garantia que o indivíduo tem de articular-se com tranquilidade, na certeza de que as relações jurídicas não serão alteradas de modo imprevisível.

Assim, proferida uma sentença acobertada pela autoridade da coisa julgada, o direito declarado na norma jurídica concreta deve ser respeitado em nome da paz social e, sobremaneira, da necessidade de se concretizar os princípios jurídicos insertos da Constituição.

Com efeito, enunciando a importância da segurança jurídica para a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico, Carmen Lúcia faz a seguinte observação:

Segurança jurídica firma-se como paládio de convicções e confiança. Se o direito não se firma por seguro e garantidor de segurança para as pessoas, direito ele não é, pelo menos não como expressão maior da criação social e estatal. Por isso, segurança jurídica produz-se na confiança que se põe no sistema e na convicção de que ele prevalece e observa-se obrigatória e igualmente a todos.²⁷

Conclui-se, portanto, que a imutabilidade dos efeitos da sentença decorrente da formação da coisa julgada, cujo desiderato maior é o fim dos litígios e a consequente pacificação social, guarda intrínseca relação com o princípio da segurança jurídica, sendo, na prática, um de seus desdobramentos. Desta feita, sendo corolário da segurança jurídica, patente é o fundamento constitucional da coisa julgada.

²⁶ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 65

²⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 169.

2.3 Segurança jurídica versus justiça: uma colisão de princípios

Demonstrou-se, no tópico precedente, que o fundamento da coisa julgada como decisão judicial imutável é a necessidade de segurança e certeza do Direito. Assim a segurança jurídica entendida como elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, em virtude da sua natureza principiológica, justificaria, em regra, a intangibilidade dos efeitos da decisão judicial transitada materialmente em julgado.

Ocorre que, sendo um princípio constitucional, a segurança jurídica deve harmonizar-se com outros princípios de igual estatura, por meio de uma atividade de ponderação, pois no campo do Direito, nenhum princípio pode ser visto ou aplicado como absoluto.

Decorrência lógica do caráter relativo da segurança jurídica é a desmistificação do absolutismo da coisa julgada e a consequente possibilidade de relativização do instituto em casos em que se imponha a prevalência de outro princípio constitucional. Cumpre destacar que a relatividade da segurança jurídica e da imutabilidade da *res judicata* não implica em sua exclusão no caso concreto, mas tão somente na redução do seu espectro de abrangência.

A possibilidade de relativizar o princípio da segurança jurídica advém, sobretudo, da necessidade de sua compatibilização com a justiça, pois o caso concreto pode mostrar que, nem sempre, o que é seguro corresponde ao que é justo, uma vez que o escopo primeiro da imutabilidade oriunda da coisa julgada é a estabilidade das decisões judiciais e não a justiça. Nesse sentido, manifesta-se Carmen Lúcia Rocha:

A Justiça busca realizar-se pela verdade, enquanto a certeza busca efetivar-se pela estabilidade. A verdade jurídica justa produz segurança. E é a estabilidade que produz coisa julgada, tradução de firmeza e fixidez das decisões judiciais prolatadas pelo Estado. O Direito busca estabilidade que realize a segurança do jurídico justo. Nem sempre se obtém tanto. Nunca se há de deixar de buscá-lo, no entanto. [...] é fato que nem sempre, contudo, o que se tem por certo e posto é sinônimo de justeza e justiça.²⁸

Apesar de se tratar de valor social relevante e princípio cuja carga axiológica se espalha por todo o ordenamento jurídico, a noção de justiça não é de fácil conceituação, pois

²⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica*: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 170.

“nenhum problema da Ética ou da Filosofia do Direito é tão difícil e complexo como o da justiça”²⁹. Na realidade, a justiça é uma idéia ou um ideal que guarda intrínseca relação com os valores próprios de uma sociedade em um dado momento histórico, dependendo, pois, de razões de ordem política, econômica, social, cultural etc.

Nesta mesma perspectiva, entendendo a complexidade que envolve a justiça, mas reconhecendo seu relevante papel para a construção não apenas do discurso jurídico, mas, principalmente, das relações humanas, aduz Miguel Reale:

Todavia, por maiores que sejam os obstáculos opostos ao nosso propósito de desvendá-la, [...] nem por isso desaparece nossa aspiração no sentido de que haja atos justos que dignifiquem a espécie humana. É que, se não conseguimos defini-la, nem por isso podemos viver sem ela.³⁰

E continua o mestre acerca das implicações advindas da relação da justiça com os demais princípios do sistema jurídico:

Por outro lado, acontece que a justiça nunca se põe como um problema isolado, válido em si e por si, porque sempre se acha em essencial correlação com outros da mais diversa natureza, [...] estando sempre inserida em distintos conjuntos de interesses e de idéias.³¹

Assim, clara está a possibilidade de colisão entre os princípios da justiça e da segurança jurídica, razão pela qual se impõe, na análise do caso concreto, o necessário sopesamento dos valores conflitantes para se determinar em que grau de intensidade deverão ser cumpridos.

Nesse sentido, faz-se mister destacar que a natureza principiológica de justiça e segurança jurídica deve ser considerada para a solução do conflito, porquanto, são os princípios “mandamentos de otimização”³², na medida em que podem ser cumpridos em maior ou menor intensidade, a depender das possibilidades reais e jurídicas existentes.

Com efeito, os princípios quando se confrontam não geram uma situação de contradição, mas de tensão, uma vez que prevalecerá, no caso concreto, o princípio que tiver

²⁹ REALE, Miguel. *Variações sobre Justiça (I)*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 4 ago. 2001. Disponível em <http://home.comcast.net/~pensadoresbrasil/MiguelReale/variacoes_sobre_a_justica.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

maior dimensão de peso, isto é, aquele que se mostrar mais importante e que conduza a uma melhor solução.

Os princípios como mandamentos de otimização além de observar a estrutura de ponderação devem ainda expressar o princípio da proporcionalidade, na medida em que deverá se considerar a relação entre o grau de não satisfação ou prejuízo do princípio preterido com o grau de satisfação e importância do princípio preponderante.³³

Trata-se, em verdade, da aplicação do princípio de interpretação constitucional da concordância prática, que “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”³⁴. Assim, partindo da noção de unidade da Constituição, os princípios constitucionais devem coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual colisão, porquanto sejam preceitos integrados de um sistema unitário, que é a Constituição.

Logo, a solução para a colisão entre princípios será sempre dependente das circunstâncias que o cercam, revelando-se, portanto, seu caráter de relatividade, haja vista o alto grau de abstração que lhe é inerente.

Desta feita, o princípio da segurança jurídica não é absoluto, pois havendo conflito com o valor justiça, esta é que deve prevalecer, pois “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”³⁵, por isso não se pode conferir à coisa julgada caráter absoluto.

Assim, admitir que a segurança jurídica não tem caráter absoluto, aplicando-a em menor grau de intensidade, ante a prevalência de outro valor que se mostrou superior, não é medida absurda, pois se justifica se a injustiça que contamina a sentença seja de tal ordem grave que ameace a harmonia do ordenamento jurídico.

E por injustiça deve-se entender um vício objetivamente considerado que macula o fundamento de validade da sentença, qual seja a inconstitucionalidade. Assim, a injustiça de que trata o presente trabalho monográfico cinge-se à incompatibilidade da sentença com os preceitos constitucionais, isto é, a coisa julgada inconstitucional. Isso porque o princípio da

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94/95.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 234.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 55-56, ano 30, São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, jan./dez. 2001.

segurança jurídica que fundamenta o instituto da *res judicata* só poderá ser aplicado em menor grau de intensidade se a injustiça que contamina a decisão judicial for de tal maneira grave que viole a Constituição Federal.

Desse modo, não há como manter a segurança jurídica incólume, se a decisão judicial que ela visa a tutelar padece da maior das injustiças: a inconstitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica. Nesse sentido, são elucidativas as observações de Carmen Lúcia Rocha:

É que a segurança justa há de se basear na verdade jurídica. E a verdade jurídica é aquela constitucionalmente estatuída. Quando a estabilidade decidida pelo ato judicial não se ativer nos conteúdos e continentes constitucionais, tem-se a certeza do decidido, mas não se tem a justiça da decisão.

[...]

Não há verdade jurídica contra a Constituição. Não se produz direito contra Constituição.³⁶

Nesse ponto, Carlos Valder do Nascimento assevera ser absurda a tentativa de suplantar a justiça sob o pretexto de se evitar a perpetuação da lide:

Não existe pertinência entre as sentenças iníqua, injusta e inconstitucional, com a segurança jurídica, visto configurar coisas diametralmente opostas. A segurança jurídica pressupõe a decisão conforme a constitucionalidade, encontrando no princípio da moralidade o pilar básico de sua sustentação. Fora disso, é a consolidação do absurdo, como pretexto para tornar definitiva uma situação que não resiste ao menor argumento ético e jurídico.

[...]

De fato, a busca da justiça não deve sofrer limitação de qualquer ordem, pois, se assim fosse, haveria de correr-se o risco de transformar a iniquidade num manto de satisfação.³⁷

É dizer, a Justiça é o princípio maior da Constituição e, dessa forma, todos os demais princípios constitucionais cedem a ela, uma vez que não se pode negar-lhe primazia, ao argumento de que é preciso evitar a eternização da lide, pois, consoante nos ensina Eduardo Couture, “[...] quando encontrases o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”.³⁸

³⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica*: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 170.

³⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 122.

³⁸ COUTURE, Eduardo. *Mandamentos do Advogado*. Disponível em: < <http://www.direitoemdebate.net>>. Acesso em: 14 jan. 2012.

Dessa forma, havendo conflito entre o princípio da segurança jurídica e a justiça da decisão, esta deve prevalecer por ser valor de maior peso e relevância. Assim, a imutabilidade que revestia a coisa julgada aos poucos tem sido mitigada para dar precedência a valores tal como o da justiça, pois não há como se sustentar o “absolutismo” da *res iudicata* diante de uma decisão eivada de injustiça, em razão do vício de inconstitucionalidade que a contamina.

Sendo assim, deve-se buscar uma relação harmoniosa entre a segurança jurídica, princípio materializado pela coisa julgada, e justiça, com o escopo de tornar efetiva a prestação jurisdicional, porquanto somente por meio de decisões justas é possível se alcançar a paz social.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF

3.1 A supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais

A idéia de Constituição como um documento escrito e solene é uma conquista do Estado Moderno, nascida dos ideais liberais das revoluções americana e francesa. Com o objetivo principal de limitar o poder dos governantes, tendo em vista a necessidade de formação de um Estado de Direito, múltiplos foram os sentidos atribuídos à Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico³⁹. Não obstante a diversidade de conceitos, as teorias constitucionais que se desenvolveram convergem para um mesmo ponto: “a idéia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”⁴⁰.

Trata-se, pois, do princípio da supremacia constitucional, segundo o qual a Constituição é soberana no ordenamento jurídico, pois todas as demais espécies normativas devem observância aos comandos nela contidos. Assim, a Constituição ocupa o vértice da estrutura hierárquico-normativa do sistema jurídico, de tal sorte que todas as normas devem nela buscar seu fundamento de validade.

Em outras palavras, conforme aduz Hans Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”⁴¹. Daí a ideia da existência de um escalonamento de normas, no qual a Constituição tem primazia, pois é o fundamento de validade de todas as demais normas.

³⁹ Gilmar Ferreira Mendes em obra de coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco enumera aquelas que considera as mais importantes teorias constitucionais da atualidade, quais sejam, Constituição como garantia do *status quo* econômico e social (Ernst Forsthoff), Constituição como instrumento de governo (Hennis), Constituição como processo público (Peter Häberle), Constituição como ordem fundamental e programa de ação (Bäulin), Constituição como programa de integração e representação nacionais (Kruger), Constituição como legitimação do poder soberano, segundo a idéia de Direito (Burdeau) e finalmente a Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta, de determinada comunidade (Konrad Hesse). In *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-14.

⁴⁰ Id. Ibid., p. 949.

⁴¹ KELSEN, Hans *apud* VOGAS, Rosíris Paula Cerizze. *Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2109, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12597>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

A esse respeito, Canotilho ressalta a importância da supremacia da Constituição para o desenvolvimento do Estado de Direito:

O Estado de Direito é um *Estado Constitucional*: pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “*primado do direito*” do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.⁴² (grifos do original)

Ademais, segue o mestre português afirmando que a defesa da constituição pressupõe a existência de meios destinados a garantir sua aplicação, dentre os quais a vinculação constitucional dos poderes públicos:

A constituição é a normas das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior directamente vinculante em relação a *todos* os poderes públicos.⁴³ (grifei)

Desse modo, no Estado Democrático de Direito, o princípio da Supremacia da Constituição representa a garantia de que os direitos contidos na Lei Maior serão respeitados. Assim, todo e qualquer ato do Poder Público deve apresentar-se em conformidade com os ditames constitucionais.

Logo, em razão da necessidade de defesa do sistema jurídico, todos os atos e decisões dos poderes constituídos devem coadunar-se com os mandamentos nucleares da Constituição, ou seja, não apenas os atos legislativos e administrativos devem se submeter aos comandos constitucionais, pois também a atividade jurisdicional deve observância ao texto e valores da Constituição. Desse modo, o princípio da constitucionalidade, expressão da supremacia da Lei Maior, há de incidir sobre os atos judiciais.

Muito embora a submissão dos atos do Poder Judiciário à Constituição seja decorrência lógica da Supremacia que ostenta, durante longos anos, pouca ou quase nenhuma atenção foi dada à análise da constitucionalidade dos atos judiciais, pois, como bem observa Paulo Otero, as razões para o esquecimento se justificam pela “persistência do mito liberal

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 364.

⁴³ Id. Ibid., p. 970.

que configura o juiz como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ e o poder judicial como ‘invisível e nulo’ (Montesquieu)”⁴⁴.

Entretanto, tal noção de impermeabilidade das decisões judiciais não merece guarida, já que em um Estado Democrático de Direito, em que se busca evitar arbítrios por parte do Poder Público, a necessária compatibilidade dos atos estatais com os comandos constitucionais é medida que se impõe, conforme magistério de Carlos Valder do Nascimento, ao concluir que “sendo certo que as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzirem a manifestação de vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com esses ditames constitucionais”⁴⁵.

Reforçando a idéia de que a atividade jurisdicional encontra-se subordinada ao princípio da constitucionalidade, assevera Paulo Otero:

O princípio da constitucionalidade determina [...] que a validade de quaisquer actos do poder público dependa sempre da sua conformidade com a Constituição. Por isso mesmo, as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, consequentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade.⁴⁶

Assim, independentemente do ato inconstitucional ter se originado do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário será considerado inválido porque contrário à Constituição.

No que concerne, especificamente, aos atos emanados do Judiciário, na hipótese de violarem a Constituição, a própria sistemática processual, prevê a análise da constitucionalidade das decisões judiciais, em primeiro lugar, por meio da interposição de recursos, especialmente o extraordinário, que é instrumento hábil a impugnar decisão que contrarie a Constituição Federal, nos termos do art. 102, III, “a”. Ademais, cabível ainda o ajuizamento de ação rescisória, se já houver trânsito em julgado da decisão, sem exclusão de outras vias que serão estudadas adiante.⁴⁷

⁴⁴ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993, p. 32.

⁴⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 59.

⁴⁶ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. op. cit., p. 61.

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 289-290.

Diante da importância que a Constituição assume na sistematização do ordenamento jurídico, uma vez que a validade de uma norma ou de um ato emanado do Poder Público condiciona-se à sua compatibilidade com a Constituição⁴⁸, surge a necessidade de resguardá-la, pois “não basta que a Constituição outorgue garantias, tem, por seu turno, de ser garantida”⁴⁹. Assim, o constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos insertos na Constituição Federal, prevendo sanções em face de atos violadores da supremacia constitucional.

Nesse sentido, preceitua Canotilho que a garantia de observância das normas constitucionais e a consequente sanção dos atos que lhes são desconformes conduzem à proteção do Estado constitucional democrático, *in verbis*:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse o mínimo de *garantias e sanções*: garantias da observância, estabilidade de preservação das normas constitucionais, sanções contra actos dos órgãos de soberania e de outros poderes públicos não conformes com a constituição. A idéia de *protecção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de *defesa do Estado*, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).⁵⁰

Ante o exposto, percebe-se que, em razão do princípio da constitucionalidade, mostra-se inconcebível a existência de atos estatais violadores da Lei Fundamental, devendo ser retirados do universo jurídico de modo a preservar não apenas a supremacia da constituição, mas a própria harmonia do ordenamento. Surge, nesse contexto, o controle de constitucionalidade como instrumento hábil a salvaguardar a supremacia da Lei Maior.

⁴⁸THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 174.

⁴⁹MIRANDA, Jorge *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, *Ibid.*, p. 175.

⁵⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 969.

3.2 O exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Demarcada a necessidade de compatibilização dos atos do Poder Público, inclusive os judiciais, com os comandos constitucionais, em razão da Supremacia da Constituição, o próprio legislador constituinte originário instituiu mecanismo para prevenir e expurgar as normas dissonantes da Lei Maior, qual seja, o controle de constitucionalidade.

É assim um mecanismo de sanção destinado a preservar a força normativa da Constituição, mantendo seu caráter vinculante perante as demais normas jurídicas, pois “é inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”⁵¹.

A inconstitucionalidade é, portanto, a relação de compatibilidade entre a Constituição e as demais espécies normativas, incluindo-se as decisões judiciais, que nada mais são que uma norma jurídica concreta e individualizada. Nas palavras de Jorge Miranda, é a relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento “que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”⁵².

Assim, na análise da constitucionalidade de um ato teremos sempre um parâmetro e um objeto de controle. Quando se diz que há um parâmetro para o controle de constitucionalidade, se está referindo às normas da Constituição, que devem ser invocadas para aferir a (in) constitucionalidade de um objeto. A partir dessa premissa, toda a Constituição é considerada parâmetro, à exceção do preâmbulo, já que não tem caráter normativo⁵³.

Quanto ao objeto do controle, será este o ato impugnado que, conforme visto, poderá ter se originado de qualquer dos Poderes Públicos. Ademais, tendo em vista que o cerne do presente trabalho é a relativização da coisa julgada inconstitucional, o objeto de controle será a decisão judicial transitada em julgado que viole a Constituição.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 953

⁵² MIRANDA, Jorge *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 62.

⁵³ Sobre a ausência de relevância jurídica do preâmbulo da atual Constituição, conferir voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 2.076-AC, rel. Min. Carlos Velloso, 15.08.2002, DJ 08.08.2003.

Assente as noções preliminares de controle de constitucionalidade, faz-se mister trazer à baila algumas considerações sobre o modo como se realiza no sistema jurídico pátrio, para, em seguida, ser analisada a relação entre a decisão proferida pelo STF e a coisa julgada inconstitucional.

3.2.1 Noções de controle difuso de constitucionalidade

Sob clara inspiração no direito norte-americano, a Constituição Republicana de 1891, consagrou, no direito brasileiro, o sistema difuso de constitucionalidade, por meio do qual qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária, pode apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Trata-se, em verdade, de um controle de constitucionalidade exercido pela via incidental, ou seja, a compatibilidade do ato com a Constituição é analisada como questão prejudicial ao exame de mérito, sendo, portanto, causa de pedir da ação e não pedido.

Conforme dito, é espécie de controle que pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, contudo, caso a questão da constitucionalidade seja suscitada perante um tribunal, deve-se observar a chamada cláusula de reserva de plenário, que estabelece que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial⁵⁴ poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97 da CF/88).

Em razão da norma constitucional, sempre que questão desse jaez for suscitada perante órgão fracionário de tribunal o julgamento do processo será suspenso e a apreciação da inconstitucionalidade será submetida ao pleno ou órgão especial do tribunal, nos termos dos arts. 480 a 482 do CPC.

No entanto, tendo em vista a economia e a celeridade processual, o legislador ordinário fez inserir o parágrafo único no art. 481 do CPC, norma que excepciona a regra

⁵⁴ O art. 93, XI da CF/88 estabelece a formação do órgão especial: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído *órgão especial*, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”(grifei)

geral de observância da cláusula de reserva de plenário, dispondo que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Ademais, tendo em vista a eventual interposição de recursos, é possível que o Supremo Tribunal Federal realize o controle difuso de constitucionalidade de forma incidental, por meio da análise do recurso extraordinário, por exemplo.

De toda forma, em se tratando de processo de índole subjetiva, a decisão proferida em sede de controle difuso, seja por um juiz monocrático, seja pelo STF, tem eficácia *inter partes*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia apenas em relação aos litigantes.

No entanto, há a possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do STF em sede de controle difuso, por meio de Resolução do Senado Federal. Nesse caso, tendo o STF declarado incidentalmente e por maioria absoluta de seus membros a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, deverá ser comunicado, logo após o trânsito em julgado da decisão, ao Senado para os efeitos do art. 52, X da CF/88.

A seu turno, o art. 52, X da CF/88 estabelece ser competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que se concretizaria por meio da edição de uma resolução.

A doutrina majoritária entende que a atuação do Senado é discricionária, ou seja, a Casa Legislativa, após prévio juízo de oportunidade e conveniência e em nome da separação de poderes, poderia ou não suspender a execução da lei declarada inconstitucional, na medida em que seria ato político.

Convém, por oportuno, registrar uma tendência, ainda tímida, capitaneada por Gilmar Mendes, de abstrativização do controle difuso, segundo a qual as decisões do STF, seja no controle difuso ou concentrado, produziriam efeitos *erga omnes*. Sustenta-se a teoria na necessidade de preservação da força normativa da constituição e no papel desempenhado pelo STF na jurisdição constitucional. Nesse sentido, sendo o STF o guardião da Constituição, a ele cabe dar a palavra final acerca de sua interpretação, devendo, portanto, suas decisões

terem eficácia geral, pois interpretações divergentes de outros órgãos do Judiciário enfraqueceriam a força normativa da Constituição. Logo, o art. 52, X da CF/88 estaria passando por um processo de mutação constitucional, porquanto a resolução do Senado destinar-se-ia apenas a conferir publicidade à decisão do STF.⁵⁵⁻⁵⁶

Em que pese a opinião do respeitável constitucionalista, não há como se admitir uma interpretação constitucional que conduza a uma construção exatamente contrária àquela estabelecida pela constituinte originária, uma vez que o fenômeno da mutação constitucional encontra limitações na própria vontade do legislador, não podendo ser suplantada pelo argumento da necessidade de se dar à Constituição novos sentidos, se estes lhe forem opostos.⁵⁷

No que tange à eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle difuso, adiante tratar-se-á do tema de maneira mais detalhada, tendo em vista o modo como repercutem sobre situações jurídicas concretas. Por ora, importa destacar que, no momento em que a decisão é proferida produz efeitos retroativos, atingindo a lei desde a origem, tornando-a nula de pleno direito.

3.2.2 Noções de controle concentrado de constitucionalidade

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade teve sua primeira previsão no sistema jurídico brasileiro, embora com alcance limitado, na Constituição de 1934, responsável pela criação da Representação Interventiva⁵⁸. Todavia, o controle concentrado exercido pela via principal de ação ganhou destaque no ordenamento pátrio por meio da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que criou a Representação de

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1036-1037.

⁵⁶ Cf. Rcl. 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes.

⁵⁷ Há de se registrar a possibilidade do STF editar súmula vinculante, conferindo efeitos *erga omnes* às suas decisões também em sede de controle de difuso, consoante disposto no art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

Inconstitucionalidade de competência exclusiva do STF, cujo único legitimado ativo era o Procurador-Geral da República.

Com a promulgação da atual Constituição, houve uma espécie de alargamento da jurisdição constitucional concentrada e abstrata, na medida em que, hoje, “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (art. 102, I, “a” da CF/88).

Assim, além da previsão de Ação Direta de Inconstitucionalidade (antiga Representação de Inconstitucionalidade), a Carta de 1988 também foi responsável por inovações no ordenamento pátrio, a exemplo da criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da Ação Declaratória de Constitucionalidade⁵⁹.

Há de se reconhecer que a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC são as principais formas de expressão do controle concentrado de constitucionalidade. A primeira destina-se a expurgar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a Constituição, ao passo que a ADC visa ao afastamento da incerteza sobre a constitucionalidade do ato questionado sobre o qual há relevante controvérsia jurídica.

O controle concentrado de constitucionalidade é exercido em sua maioria pela via direta ou principal de ação⁶⁰, pois nele não há litígio a ser solucionado, já que se trata de um processo de índole objetiva, em que não há partes no sentido estritamente processual, isto é, não há uma situação concreta de conflito intersubjetivo de direitos. Assim, a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado é a questão principal a ser enfrentada, ou seja, é o próprio objeto da ação. Quanto à objetividade do processo no controle concentrado e abstrato de normas nos ensina Teori Albino Zavascki:

⁵⁹ Convém ressaltar que a previsão da Ação Declaratória de Constitucionalidade na CF/88 é fruto da atividade do poder constituinte de reforma, uma vez que a introdução da ação no sistema jurídico brasileiro se deu por meio da EC 03/93.

⁶⁰ A exceção a essa regra é a Ação Direta Interventiva (art. 36, III da CF/88), que é ação do controle concentrado concreto, pois o objetivo final não é declarar a inconstitucionalidade da lei, mas resolver o conflito federativo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309.

[...] faz-se atuar a jurisdição, com o objetivo de tutelar, não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante a solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos.⁶¹

Por não haver interesse subjetivo a ser tutelado, a Constituição Federal estabeleceu, em rol taxativo, a legitimação para a propositura das ações do controle concentrado (art. 103, I a IX).

No que concerne aos efeitos subjetivos, de maneira geral, a decisão do STF no exercício do controle concentrado tem eficácia *erga omnes*, além de efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública (art. 102, §2º da CF/88 e art. 28 da Lei 9.868/99). O STF é o único órgão do Poder Judiciário que não fica vinculado aos efeitos de sua decisão, com objetivo de não impedir que, no futuro, outras soluções, quiçá melhores, sejam proferidas, evitando-se, assim, o fenômeno conhecido como fossilização da Constituição. Outrossim, o Poder Legislativo não é atingido pela eficácia vinculante da decisão, uma vez que em, um Estado democrático, o Judiciário não pode impedir o legislador de elaborar novas normas, mesmo que seja idêntica àquela declarada inconstitucional⁶².

Ademais, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo e sua consequente retirada do ordenamento jurídico, a decisão do STF produz ainda efeitos *ex tunc*, conforme será detalhado no item a seguir.

3.3 Eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF

Como consignado em tópicos anteriores, o controle de constitucionalidade é instrumento hábil a expurgar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que viole à Constituição Federal, visando à preservação da harmonia do sistema. No entanto, questão de extrema relevância se põe ao examinar a eficácia temporal das decisões declaratórias de inconstitucionalidade: devem ou não tais decisões ter efeitos retroativos?

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 42.

⁶² Quando se diz que o Poder Legislativo não é atingido pela decisão do STF, significa que não é tingido em sua típica função legiferante. No entanto, se tratando do exercício de função administrativa ou jurisdicional, vincula-se à decisão do Supremo.

A priori, deve-se perquirir qual categoria de vício a inconstitucionalidade representa, ou seja, a norma inconstitucional é inexistente, inválida ou ineficaz? Trata-se, em verdade, de analisar os três diferentes planos que a norma jurídica contempla. No plano da existência, indaga-se a respeito da presença de todos os elementos estruturais da norma, assim, ausente quaisquer deles, a norma não ingressa no mundo jurídico por ser inexistente.

Existindo a norma, passa-se ao exame inerente à sua validade, ou seja, verifica-se se a norma é perfeita, isto é, se estão presentes os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico ou se está eivada de algum vício ou defeito que a inviabilize. Por fim, a eficácia das normas jurídicas consiste em sua aptidão para produzir efeitos.⁶³

Nesse sentido, uma norma jurídica inconstitucional, muito embora inquinada de grave vício, é ato existente, uma vez que presentes todos os seus elementos constitutivos. Na realidade, a inconstitucionalidade é vício que afeta a lei em seu plano de validade, porquanto não é compatível com norma que lhe é hierarquicamente superior, da qual deve extrair fundamento de validade. Decorrência lógica do reconhecimento da invalidade da norma é a sua ineficácia, na medida em que norma inconstitucional não deve ser aplicada.

Pode-se, então, afirmar que a doutrina brasileira, em sua maioria, adota a Teoria da Nulidade, ou seja, lei inconstitucional é ato nulo de pleno direito, porquanto padece de um vício congênito, que a contamina desde a origem. Afirmando que o dogma da nulidade da lei inconstitucional já se encontra arraigado no sistema jurídico brasileiro, aduz Gilmar Ferreira Mendes:

Fundada na antiga doutrina America, segundo a qual “the unconstitutional statute is not Law at all”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.⁶⁴ (grifos do original)

Em igual sentido, expõe seu posicionamento Luís Roberto Barroso, para quem a nulidade da norma impõe-se como corolário natural da supremacia da constituição:

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12-14.

⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 526.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa da vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não pode conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.⁶⁵

Sendo o vício de inconstitucionalidade aferido no plano de validade da norma, o ato inconstitucional é “nulo, írrito e, portanto, desprovido de força vinculativa”⁶⁶. Nesse sentido, a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, sendo, portanto, ato declaratório, uma vez que reconhece situação preexistente.

Percebeu-se, porém, que a frieza com a qual se eliminava do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição Federal impedia o julgador de enxergar a complexidade da situação posta em tablado, tendo em vista a realidade social que poderia ser drasticamente atingida pela retroatividade da decisão. Assim, a casuística acabou admitindo, excepcionalmente, a mitigação da regra geral da nulidade absoluta da lei inconstitucional⁶⁷.

Consciente da insuficiência da aplicação ortodoxa da teoria da nulidade e da “fulminante eficácia *ex tunc*”⁶⁸ da declaração de inconstitucionalidade, o legislador ordinário, ao regulamentar o processo e julgamento da ADI e ADC, por meio da Lei 9.868/99, introduziu no sistema jurídico brasileiro a técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Prevê, portanto, o art. 27 da referida lei que o STF mediante *quorum* qualificado confira eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* à decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social⁶⁹.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

⁶⁶ BUZAID, Alfredo *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

⁶⁷ Alguns exemplos colhidos em decisões do STF demonstram a preocupação da Corte com as relações jurídicas constituídas sob o império da lei antes da declaração de sua inconstitucionalidade, tal como no julgamento do RE 78.533/SP, em que o STF não invalidou atos praticados por servidor público investido no cargo pela lei declarada inconstitucional.

⁶⁸ RE 147776, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19-06-1998. EMENTA: [...] 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. [...].

⁶⁹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de

Acerca da constitucionalidade do dispositivo legal, reputamos salutar a observação de Janaína Castelo Branco:

Não discordamos da opção legislativa, que apenas aparentemente ofende o princípio da superioridade normativa constitucional. É que, enquanto este princípio prescreve o respeito à Carta da República, esta mesma prevê o direito à segurança como direito fundamental (art. 5º, caput, da Constituição Federal), sendo, ainda, indiscutível que o princípio da segurança das relações jurídicas é subprincípio concretizador do Estado de Direito. Dessa forma, o respeito à Constituição implica a conservação da segurança jurídica, que, como princípio, é máxima de otimização.⁷⁰

Ademais, refutando os argumentos que entendem que o STF, por meio da modulação da temporal, estaria conferindo validade a atos inconstitucionais, negando a nulidade decorrente da inconstitucionalidade, explica Teori Albino Zavascki:

Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que os atos foram válidos, nem está assumindo a função de legislador positivo, criando uma norma – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para invalidar os atos inconstitucionais, o que o Supremo faz, ao preservar determinado status quo, formado irregularmente, é típica função de juiz.⁷¹

Destarte, percebe-se que, em regra, a inconstitucionalidade conduz a invalidade da norma desde a sua origem, possuindo, portanto, eficácia *ex tunc*, seja a decisão proferida em sede de controle concentrado ou difuso, pois o vício que contamina a norma não será mais ou menos grave caso suscitado como questão principal ou incidental.

Quanto à concessão de efeitos prospectivos mediante decisão expressa e qualificada do STF, em que pese a literalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 ao restringir a hipótese de modulação temporal à decisão em ADI e ADC, o dispositivo pode ser aplicado por analogia no controle difuso, aliás, com muito mais propriedade, haja vista estar-se diante de um caso concreto, cuja função precípua é a proteção de direitos subjetivos.⁷²

seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁷⁰ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 120.

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 50.

⁷² Merece destaque o julgamento do RE 197.917/SP em que o STF mitigou o princípio da nulidade em controle difuso, aplicando por analogia o art. 27 da Lei 9.868/99. Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo visando reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal do Município de Mira Estrela de 11 para 9, adequando-o ao mínimo constitucional previsto no art. 29, IV da CF/88. No julgamento do recurso extraordinário entendeu o STF que apesar da inconstitucionalidade flagrante, a aplicação

De todo o exposto, podemos concluir que a nulidade do ato inconstitucional é capaz de alcançar todos os atos praticados com base na lei impugnada. No entanto, deve-se analisar a extensão dos efeitos retroativos da decisão, de modo a conhecer as implicações da desconstituição das situações jurídicas consolidadas com base na lei posteriormente declarada inconstitucional.

3.4 Nulidade da lei e sua repercussão em situações concretas

A decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de uma norma e, por conseguinte, sua nulidade produz efeitos imediatos ao retirá-la do ordenamento jurídico, privando-a de eficácia. Tal é o que ocorre no plano normativo. Diversos, entretanto, são os efeitos da decisão no plano concreto, pois, muito embora a nulidade da norma tenha o condão de invalidar os atos praticados sob seu império, a desconstituição das situações daí decorrentes deve ser vista com cautela, mormente, quanto à necessidade de instauração de um devido processo legal ⁷³.

Aduz-se, portanto, que no plano concreto os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não são automáticos, haja vista a necessidade de o interessado provocar uma nova manifestação do Judiciário demonstrando que a alteração no plano normativo atinge uma dada situação concreta, ou seja, a parte afetada deve suscitar a decisão do STF com fito de desfazer a situação constituída com base na lei declarada inconstitucional. Nesse sentido, são as palavras de Gilmar Mendes:

Importa, portanto, em assinalar que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou impugnação. ⁷⁴

de efeitos *ex tunc* representaria grave violação à segurança jurídica e ao interesse público, motivo pelo qual se concedeu efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade incidental.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 204.

⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 594.

O que se afirma é que as decisões definitivas do STF em sede de controle concentrado e a suspensão da execução da lei por Resolução do Senado modificam o estado de direito das relações jurídicas baseadas na lei objeto do controle de constitucionalidade. Assim, em virtude da inovação que opera no universo jurídico, a decisão repercute nas relações jurídicas apreciadas por sentença que examinou o caso concreto.⁷⁵

Tem-se, na realidade, um conflito entre a sentença do caso concreto e a proferida em controle de constitucionalidade pelo STF, sendo inegável a supremacia desta, em razão não apenas da superioridade da autoridade da decisão do Supremo na jurisdição constitucional, mas também da necessidade de dar tratamento isonômico a todas as situações que reclamam a aplicação do princípio da igualdade.⁷⁶

Desse modo, havendo uma demanda individual em curso em que se discuta a aplicação de lei ou ato normativo objeto de controle de constitucionalidade com superveniente decisão do STF, o órgão julgador competente fica adstrito ao conteúdo da sentença daquela Corte, em razão dos efeitos vinculante que lhe são atribuídos (art. 102, § 2º da CF/88), devendo julgar de acordo com a decisão do Supremo.

Solução semelhante ocorre no caso de uma relação jurídica concreta já estabilizada pela formação da coisa julgada, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, pois a decisão do Supremo que declarara a nulidade da lei conduz à invalidade de quaisquer de seus efeitos, até mesmo aqueles revestidos pela autoridade da coisa julgada.

Logo, é irrelevante se a declaração de inconstitucionalidade da norma por decisão do STF é anterior ou posterior ao trânsito em julgado da sentença que determinou sua aplicação, pois de toda forma, sendo a lei inválida desde a sua origem, jamais produziu efeitos.⁷⁷

No entanto, há de se destacar que a limitação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei repercute nos casos em que já há coisa julgada anterior à sentença do STF. A despeito disso, observa Janaína Castelo Branco que o executado pode

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 110.

⁷⁶ Id. Ibid, p. 112-113.

⁷⁷ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 118.

alegar a inconstitucionalidade da norma quando ao tempo da decisão do STF o processo já estava em fase de execução, pois “[...] a partir do momento fixado pela Suprema Corte, não mais pode surtir efeitos, sendo que a execução do julgado é, sim, por via reflexa, um efeito da lei cuja aplicação foi determinada pela sentença exequenda”.⁷⁸

Sendo a relação jurídica baseada em prestação de trato sucessivo, a nulidade da lei declarada pelo STF inibe apenas seus efeitos futuros, com a suspensão da execução das prestações vincendas, ressaltando, porém, que as vencidas não podem ser repetidas.⁷⁹

De modo geral, percebe-se que a nulidade da lei influencia de maneira direta as relações jurídicas já constituídas, mesmo tendo transitado em julgado, pois autoridade da coisa julgada tem como condição implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, “a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existente quando da prolação da sentença”⁸⁰. Assim, a nulidade da norma altera a situação de direito em que se baseia a sentença acobertada pela coisa julgada, permitindo a desconstituição da relação jurídica contrária e anterior à decisão do STF.

Em igual sentido, após criticar a opção do constituinte português de por a salvo os casos julgados da eficácia retroativa da decisão declaratória de inconstitucionalidade, assevera Paulo Otero:

A eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deveria, em bom rigor, determinar também a destruição dos casos julgados fundados em normas desconformes com a Constituição e agora formalmente banidas da ordem jurídica.⁸¹

Assim, a repercussão da decisão que declara a nulidade da norma, operando efeitos *ex tunc*, sobre situações já constituídas e consolidadas, ganha especial relevância na análise da relativização da coisa julgada, pois, *in casu*, teremos o conflito entre a sentença transitada em julgado no caso concreto a reclamar a preservação da segurança jurídica e a eficácia da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da lei em que se baseou a coisa julgada, tornando-a, portanto, inconstitucional.

⁷⁸ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 122.

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 59.

⁸⁰ Id. Ibid, p. 97.

⁸¹ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993, p. 49.

4 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1 Conceito de coisa julgada inconstitucional

No capítulo inicial do presente trabalho monográfico, tecemos algumas considerações acerca do instituto da coisa julgada, mormente quanto à sua importância para a estabilização das decisões proferidas nos litígios submetidos ao Poder Judiciário e a consequente pacificação social.

Ademais, conceituamos a coisa julgada, com esteio nas lições de Liebman, como o instituto que agrega à decisão judicial irrecorrível a qualidade de imutável, sendo um atributo conferido à sentença e não um de seus efeitos. Desse modo, estando a decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada, fica vedada a rediscussão da causa, salvo nas hipóteses previstas, em rol taxativo, pela lei processual.

No entanto, consoante consignado anteriormente, há de se reconhecer que a sentença transitada em julgado, como ato estatal que é, pode apresentar-se em conformidade com os mandamentos da Constituição ou ser-lhes contrária. Assim, na hipótese de uma decisão revestida pela autoridade da coisa julgada violar comando constitucional, teremos uma sentença inconstitucional transitada em julgado.

Nesse sentido, se a sentença prolatada em desconformidade com o texto constitucional torna-se irrecorrível, temos a formação da coisa julgada inconstitucional, que nada mais é que uma sentença transitada em julgado incompatível com a Constituição Federal.

A explicação mostra-se necessária, tendo em vista termos conceituado a coisa julgada como um atributo conferido à sentença. No entanto, na expressão “coisa julgada inconstitucional”, ao invés de adjetivar a sentença, a *res judicata* surge como o substantivo que recebe a qualidade de “inconstitucional”. Trata-se, em verdade, de expressão já consagrada na doutrina, conforme nos ensina Janaína Castelo Branco:

[...] convém abrir parênteses para explicar a expressão ultimamente corrente na doutrina “coisa julgada inconstitucional”. Afinal, não se qualifica um atributo, mas,

pelo contrário, é o atributo que qualifica o referencial. Inconstitucional, em rigorosa linguagem técnica, não é a coisa julgada, mas a sentença com autoridade de coisa julgada. O linguajar doutrinário, no entanto, já consagrou a expressão, que, após essas explicações, manteremos, por questões didáticas, com o sentido de sentença inconstitucional transitada em julgado.⁸²

Há de se reiterar, portanto, que também os atos do Poder Judiciário estarão sujeitos ao controle de constitucionalidade, porquanto poderão ser proferidos atos que contrariem à Constituição. Nesse diapasão, concorde-se com o que sublinha Paulo Otero:

[...] tal como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição.⁸³

Assim, chegamos à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional é a decisão transitada em julgado que se encontra inquinada do mais grave de todos os vícios, a inconstitucionalidade, ou seja, em vez de coadunar-se com os preceitos constitucionais, deles se distancia, devendo, portanto, se buscar meios de relativizá-la, de modo a restabelecer a harmonia do sistema jurídico.

4.2 Sentença Inconstitucional: uma questão de nulidade

Partindo do conceito de coisa julgada inconstitucional como sendo a sentença inconstitucional com trânsito em julgado, questões de ordem prática se apresentam, especialmente, no que tange à identificação da espécie de vício que contamina a sentença inconstitucional: nulidade ou inexistência? Consequência da fixação da natureza jurídica de tal vício é a identificação do meio de impugnação adequado para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, conforme veremos adiante.

Para se chegar à resposta acerca desse questionamento é preciso mais uma vez destacar o significado de nulidade e inexistência de atos jurídicos para, em seguida, analisar

⁸² CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 49.

⁸³ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993, p. 32.

as suas consequências. Para tal intento invocamos as lições de Miguel Reale, para quem os atos nulos “carecem de validade formal ou vigência, por padecerem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação que a lei declara essenciais”⁸⁴. Quanto aos atos inexistentes, segue aduzindo que seriam aqueles que “carecem de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda *in fieri*, devendo ser declarada a sua não significação jurídica se alguém o invocar como base de sua pretensão”⁸⁵.

Em síntese, temos que os atos inexistentes sequer chegam a se aperfeiçoar em razão da ausência de um elemento essencial à sua constituição, ao passo que os atos nulos revestem-se de todos os requisitos formais para adentrar no universo jurídico, mas padecem de um vício irreparável, que os impede de produzir efeitos.

Nesse sentido, gozando o direito processual de autonomia, a verificação dos planos de existência e validade de um ato processual dá-se a partir da análise dos pressupostos de existência e validade, pois a relação jurídica processual está sujeita a requisitos próprios, diferentes daqueles aos quais se submete a relação jurídica material.

Na lição de Teresa Wambier, são pressupostos processuais de existência a jurisdição, a capacidade postulatória, a petição inicial e a citação⁸⁶. Assim, sempre que uma ação for movida e se instaure estando ausentes quaisquer destes pressupostos não existirá processo e, por consequência, teremos uma sentença inexistente.

Estabelecida tal premissa, não há que se falar em sentença inconstitucional como um ato inexistente⁸⁷, pois o processo na qual foi proferida é processo existente, na medida em que não lhe falta nenhum elemento material necessário à sua ocorrência. É o que demonstra Janaína Castelo Branco:

[...] É o caso da sentença inconstitucional. É sentença existente, porque o processo em que foi proferida é regular. O juiz que a profere é investido de jurisdição; as partes que o compõem possuem capacidade postulatória; a demanda se iniciou por meio de petição inicial apta; e a relação processual se triangularizou, ou seja, houve

⁸⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Sariaeva, 2001, p. 235.

⁸⁵ Id., *Ibid.*, p. 236.

⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade do Processo e da Sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

⁸⁷ Em sentido contrário, Teresa Wambier considera ser inexistente a sentença inconstitucional pela ausência da possibilidade jurídica do pedido: “[...] a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois, em regra, fruto de pedido feito com base em lei que não era lei, ou seja, proferida para atender pedido juridicamente impossível”. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade do Processo e da Sentença*, p. 388.

citação válida das partes. Todos os pressupostos processuais de existência do processo estão presentes.⁸⁸

Assim, “não se pode ter como mera aparência uma sentença proferida em processo regular, e que tenha transitado em julgado, ainda que contaminada por inconstitucionalidade”⁸⁹. Em igual sentido, Paulo Otero, refutando a ideia de que a coisa julgada inconstitucional é ato inexistente, pois “apenas as decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade são passíveis de um juízo de inconstitucionalidade”⁹⁰, aduz que:

As meras aparências de actos judiciais não são reconduzíveis ao conceito de inconstitucionalidade, antes se afirmam como casos de inexistência jurídica ou, segundo uma outra perspectiva como verdadeiros não-actos judiciais [...] ⁹¹

Os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões judiciais inconstitucionais.⁹²

Isso ocorre porque a contrariedade à Constituição conduz a nulidade da sentença, pois o vício dá-se tão somente no plano da validade. Assim, a sentença inconstitucional é ato nulo, em razão da ausência do mais importante de todos os pressupostos de validade do ato jurídico: a conformidade com a Lei Maior.

Ademais, no nosso sistema jurídico, a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato do Poder Público corresponde a sua nulidade, não havendo razão para um tratamento diferenciado no que concerne à coisa julgada inconstitucional, já que derivada da atividade jurisdicional, que é ato estatal por excelência. Desse modo, para um mesmo vício, qual seja, a inconstitucionalidade, deve haver a mesma consequência, a nulidade.⁹³

Assim, a coisa julgada inconstitucional resolve-se no plano da validade, uma vez que é ato nulo. Explicando o significado de validade para a compreensão da espécie de vício

⁸⁸ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 97.

⁸⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 183.

⁹⁰ Apud BEZERRA, Francisco Antonio Nogueira. *Impugnação da Coisa Julgada Inconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Ceará. 2005, p. 90.

⁹¹ Ibid., mesma página.

⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. op. cit., p. 183-184.

⁹³ Ibid., p. 184.

que contamina a sentença inconstitucional, Janaína Castelo Branco invoca as letras de Marcio Diniz:

A validade (ou validade técnico-formal) da norma jurídica seria, pois, sua conformidade com outra norma que regula a sua produção e por, (sic) vezes, o seu conteúdo, vale dizer, que constitui o seu fundamento. Em nosso sistema jurídico a validade da lei ordinária decorre do fato de ter sido elaborada de acordo com as regras de competência e forma, previstas na Constituição, bem como, no que se refere ao seu conteúdo, não infringir as normas e princípios plasmados no Texto Constitucional.⁹⁴

A toda evidência trata-se de nulidade absoluta que tem o condão de invalidar todo o processo e conseqüentemente a sentença ao final proferida, pois os atos inconstitucionais são nulos e destituídos de eficácia jurídica. Assim, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade na sentença transitada em julgado desampara as situações constituídas sob sua égide, já que ato inválido é inapto a produzir efeitos jurídicos. Esta é a opinião de Carlos Valder do Nascimento, *in verbis*:

No caso do ato jurisdicional desconforme com a Constituição, este é destituído de aptidão para produzir efeitos válidos, em face do vício que o contamina e, por isso, é nulo. A declaração de nulidade do ato judicial, mediante ação autônoma de impugnação, afasta situações constituídas sob seu império. Daí fica claro que nenhum direito pode ser agasalhado por sentença que não se coaduna com os ditames informativos imprescindíveis ao seu conteúdo de validade.⁹⁵

Destarte, uma vez reconhecido o vício da inconstitucionalidade, deve o mesmo ser declarado pelo juízo competente para que o julgado seja considerado inválido e desprovido de qualquer eficácia jurídica. Logo, faz-se mister analisar as situações em que se mostra justificável e razoável a desconstituição da coisa julgada em virtude da inconstitucionalidade da decisão.

⁹⁴ DINIZ, Marcio Augusto Vasconcelos *apud* CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 100.

⁹⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 78.

4.3 Relativização da coisa julgada inconstitucional

Conforme consignado linhas atrás, a coisa julgada inconstitucional nada mais é que uma sentença transitada em julgado que se apresenta contrária à Constituição. Trata-se de decisão judicial que, em razão da gravidade do vício que a contamina, deve ser revista e corrigida, de modo a restabelecer a harmonia do ordenamento jurídico.

Assim, a proposta de relativização da coisa julgada apresenta-se como um instrumento hábil a garantir a supremacia da Lei Maior, através da revisão da sentença que contraria os princípios insertos na Constituição, apesar da autoridade da *res judicata* que sobre ela recai.

Não se trata de desconsiderar o instituto da coisa julgada, nem o princípio da segurança jurídica que o fundamenta, pois a relativização da *res judicata* será medida excepcional, pelo que se deve concordar, apenas com uma ressalva adiante exposta, com a seguinte observação feita por Dinamarco:

Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral.

⁹⁶

Quando sustentamos a relativização da coisa julgada inconstitucional, nos amparamos na hipótese de ocorrência da mais grave das injustiças, a inconstitucionalidade, conforme assentado no capítulo primeiro. Portanto, a coisa julgada não seria relativizada ante a mera alegação de injustiça da sentença, mas tão somente nos casos em que esta viole algum preceito constitucional, sob pena de tornar inexistente o efeito negativo da coisa julgada⁹⁷.

O tema vem suscitando intensos debates, principalmente, em razão da constitucionalização do processo, impondo uma releitura de institutos de direito processual,

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55-56, ano 30, São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, jan./dez. 2001.

⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 287.

sobretudo, no que tange à coisa julgada, que há muito permanecia soberana, amparada pelo princípio da segurança jurídica.

Assim, a imutabilidade que revestia a coisa julgada aos poucos tem sido mitigada para dar precedência a valores tais como o da justiça e da efetividade, pois não há como se sustentar o “absolutismo” da *res iudicata* diante de uma decisão eivada de injustiça, em razão do vício de inconstitucionalidade que a contamina. Não admitindo ser a coisa julgada um ato pétreo do Estado e intangível pelo próprio Estado, Carmen Lúcia Rocha faz a seguinte reflexão:

Se nem mesmo a Constituição é intocável, admitindo-se a sua reforma quando se faz necessário e mais justo e legítimo, o que seria de um Estado no qual a força das coisas mostradas e demonstradas parecessem intocáveis por ter um juiz decidido de forma definitiva...⁹⁸

Assim, diante da gravidade do vício que inquina uma sentença inconstitucional, não há como mantê-la imutável apenas em razão da autoridade da coisa julgada, pois a própria segurança jurídica estaria em risco com a permanência de uma decisão judicial violadora dos mandamentos constitucionais. Nesse sentido, afirma Chiovenda:

Que a lei admita a impugnação da coisa julgada, nada tem, em si, de infenso à razão, pois que, efetivamente, a própria autoridade da coisa julgada não é absoluta e necessária, senão estabelecida por propósito de utilidade e oportunidade, e de tal forma que tais propósitos podem, uma que outra vez, aconselhar-se o sacrifício, para evitar o inconveniente e o mal maior, que resultaria da manutenção de uma sentença intoleravelmente injusta.⁹⁹

Desse modo, reconhecer a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional não significa negar a existência do instituto, ao contrário, é reforçar a segurança jurídica que a fundamenta, pois não haveria insegurança maior que a instabilidade da ordem constitucional com a permanência, no universo jurídico, de uma sentença violadora dos preceitos da Lei Maior. Assim, “permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato

⁹⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 174.

⁹⁹ *Apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 168.

contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança”¹⁰⁰.

Em outras palavras, inseguro estaria o jurisdicionado se o juiz pudesse decidir contra a Constituição e tal inconstitucionalidade fosse intangível em virtude de outra norma constitucional vedar a desconstituição dos seus efeitos, após o reconhecimento da invalidade da decisão proferida, sob o argumento da obrigatoriedade da preservação da segurança jurídica.¹⁰¹

Também neste sentido manifestam-se Teresa Wambier e José Medina:

Quem fica com a possibilidade de impugnar tais decisões opta não só pelo valor justiça, mas pelos valores justiça e segurança, num sentido um pouco diverso do tradicional. Segurança, com olhos voltados para o futuro, segurança no sentido de previsibilidade.

[...]

A segurança pela qual optamos, que não é segurança por si mesma, mas a segurança de se ter conseguido o melhor, portanto segurança *com conteúdo*.¹⁰² (grifos do original)

Percebe-se, portanto, que o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, assim como não o é a segurança jurídica que o fundamenta, pois, como princípios que são, devem ser interpretados de modo a se compatibilizarem com outros valores constitucionalmente tutelados, preservando a supremacia da Carta Magna. Dessa forma, a coisa julgada não deve valer em si mesmo e sim com o objetivo de garantir a estabilidade e a segurança jurídica das relações, desde que elas estejam de acordo com os ditames da Constituição Federal.

Da análise desse posicionamento é possível concluir que o princípio da supremacia da norma constitucional se sobrepõe ao princípio da coisa julgada, não havendo que se permitir a perpetuação de inconstitucionalidade, sob o argumento de preservação da coisa julgada. Nesse sentido, conclui Dinamarco:

¹⁰⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 164.

¹⁰¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 182.

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

[...] é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.¹⁰³

Ademais, o vício que contamina a sentença inconstitucional é de tal ordem grave que nem mesmo o decurso do tempo ou o trânsito em julgado da decisão é capaz de sanar. Trata-se, em verdade, de conferir tratamento diferenciado aos casos em que a nulidade absoluta da sentença advém do vício de inconstitucionalidade que a inquina, pois, ao contrário do que ocorre com as sentenças eivadas de ilegalidade cuja nulidade preclui com o trânsito em julgado da decisão ou com o decurso *in albis* do biênio decadencial para a propositura da ação rescisória, as sentenças inconstitucionais podem ser impugnadas a qualquer tempo.

É dizer, se uma sentença transitada em julgado ofende uma lei infraconstitucional é possível que tenha seus efeitos jurídicos validados com o decurso do tempo, ou seja, a ilegalidade que contamina a coisa julgada é sanada em razão da necessidade de preservação da segurança jurídica. Trata-se de solução no que concerne à coisa julgada ilegal e não inconstitucional, pois, nesse caso, os valores da segurança e certeza não possuem força constitucional autônoma para validar atos inconstitucionais.¹⁰⁴

Outrossim, cumpre destacar que a sentença inconstitucional, embora seja decisão de mérito, não faz coisa julgada material¹⁰⁵, ou seja, a coisa julgada inconstitucional não tem o condão de impedir a rediscussão da causa em ação posterior, pois, como dito, pode ser rescindida a qualquer tempo.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55-56, ano 30, São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, jan./dez. 2001.

¹⁰⁴ Cf. Paulo Otero: “Pelo contrário, a sentença violadora da vontade constituinte não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indirecto para daí retirar sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia (processual e/ou substantiva) na ordem jurídica como caso julgado. Na ausência de expressa habilitação constitucional, a segurança e certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional. Na realidade, a certeza e segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição. Todavia, tais valores carecem de força positiva autônoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais.” *Apud* BERALDO, Leonardo de Faria. A Relativização da Coisa Julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 156.

¹⁰⁵ Em sentido contrário, aduz Alexandre Freitas Câmara: “Assim, porém, e *data venia*, não me parece. A sentença, mesmo a inconstitucional, é alcançada pela autoridade de coisa julgada. Preclusa a faculdade de interpor recurso contra tal sentença, terá a mesma alcançado a *auctoritas rei iudicatæ*. E, sendo de mérito a sentença, alcançadas serão a coisa julgada formal e a material.” Disponível em <http://www.unipli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/Laura_/Leonardo/relativizacao_coisajulgada.pdf> . Acesso em 25 abr. 2012.

Este fenômeno ocorre em razão da sentença inconstitucional veicular um preceito juridicamente impossível, ou seja, ao apresentar conteúdo violador das normas constitucionais, a decisão judicial não se encontra apta a produzir quaisquer efeitos jurídicos. Em suma, não há formação da coisa julgada material ante a impossibilidade jurídica do resultado pretendido por violar a ordem constitucional. É o que nos ensina Dinamarco:

Ora, como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incide é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se. Por isso, como a Constituição não permite que um Estado se retire da Federação, ou que se imponha por execução forçada o cumprimento da obrigação de dar um peso da própria carne *etc.*, da *inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los.*¹⁰⁶ (grifamos)

Do exposto, conclui-se ser a relativização da coisa julgada inconstitucional compatível com o Estado Democrático de Direito e essencial para a preservação da supremacia da Constituição. Logo o desafio não é simplesmente relativizar a coisa julgada, mas equilibrá-la com outras garantias constitucionais de modo a produzir resultados justos e, sobretudo, de acordo com os ditames constitucionais, ou seja, torná-la compatível com os anseios de busca de uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Nesse sentido, finaliza-se mais esta etapa do trabalho na certeza de que as mudanças, que aos poucos vão dando nova roupagem ao processo, tornando-o mais dinâmico e consentâneo com a realidade deste início de século, representam um esforço renovador na tentativa de aperfeiçoar o sistema jurídico. Inspiramo-nos, portanto, nas lições de Alexandre Freitas Câmara:

O direito processual moderno é um sistema orientado à construção de resultados justos. A ideologia do processualista contemporâneo, conhecida como *processo civil de resultados*, leva à necessária revisão de diversos conceitos que pareciam firmemente estabelecidos no panteão dos dogmas jurídicos. Isto se dá porque não é aceitável que, em um momento histórico como o atual, em que tanto se luta por justiça, possamos abrir mão dela em nome de uma segurança que não dá paz de espírito ao julgador nem tranquilidade à sociedade. É preciso, pois, relativizar a coisa julgada material, como forma de se manifestar crença na possibilidade de se criar um mundo mais justo.¹⁰⁷

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55-56, ano 30, São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, jan./dez. 2001.

¹⁰⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada Material*. Disponível em <http://www.unipli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/Laura_/Leonardo/relativizacao_coisajulgada.pdf>. Acesso em 25 abr. 2012.

4.4 Espécies de coisa julgada inconstitucional

Estabelecida a possibilidade de uma decisão judicial contrariar preceitos da Constituição, cumpre delimitar as situações em que a sentença transitada em julgado será considerada inconstitucional, sendo necessária sua revisão mediante a relativização da coisa julgada que a qualifica.

Entretanto, antes de apresentar a classificação das espécies de sentença passíveis de impugnação, mostra-se imperiosa a definição de um critério para a identificação da coisa julgada inconstitucional, a fim de evitar a celeuma acerca da proposta de relativização acima apresentada, mormente, quanto ao temor de transformar em regra algo absolutamente excepcional, conforme consignado anteriormente.

Para tanto, será fixado um critério objetivo, qual seja, considerar inconstitucional aquilo que o STF assim julgar, ou seja, a coisa julgada só será considerada inconstitucional se a lei ou a interpretação em que se baseia a sentença for declarada incompatível com a Constituição pela Suprema Corte.

Parte-se dessa premissa em razão do inegável papel de destaque do STF na jurisdição constitucional, uma vez que é a Corte responsável pela guarda da Constituição, por expressa delegação do constituinte originário. É assim o órgão a quem compete dar a palavra final em matéria constitucional, ou seja, “a Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é”¹⁰⁸. Assim, utilizar-se-á como critério para declarar a inconstitucionalidade da coisa julgada as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade, seja concentrado ou difuso, neste último caso desde que haja resolução do Senado suspendendo a eficácia da lei nos termos do art. 52, X da CF/88.

Apesar da aparente amplitude do critério adotado, será visto que não há como afastar as decisões proferidas no controle difuso, sob o argumento de que matérias de somenos importância seriam tratadas pela Corte quando do julgamento de recurso extraordinário ou ações de sua competência originária. Deve-se atentar para o fato de que, quando o STF aprecia incidentalmente a constitucionalidade de algum ato, a relevância da

¹⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino *apud* CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 133.

matéria é determinada pela própria Constituição, a exemplo da necessidade de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário, prevista no art. 102, §3º da CF/88.

Ademais, o exercício do controle concentrado pelo STF é por excelência a realização da jurisdição constitucional, porquanto o objetivo principal, conforme assentado no capítulo anterior, é aferir a compatibilidade da lei ou ato normativo com a Carta Magna, com vistas a preservar a supremacia constitucional e a harmonia do sistema.

Conclui-se, portanto, que somente pode fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de sentença transitada em julgado decisão definitiva oriunda do STF, haja vista não ser todo juízo de inconstitucionalidade que compromete a eficácia da sentença.

Consignado, portanto, o critério a ser utilizado na identificação da coisa julgada inconstitucional, cumpre analisar, conforme anunciado linhas atrás, as espécies de sentenças transitadas em julgado que por serem violadoras de preceitos constitucionais devem ser impugnadas. Para tanto seguir-se-á a classificação adotada por Janaína Castelo Branco na obra *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*.

Serão analisadas as quatro espécies de sentenças inconstitucionais apresentadas, somando-se, ao final, uma quinta hipótese de coisa julgada inconstitucional, cuja abordagem será feita sob a rubrica de “Sentença inconstitucional em decorrência de ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF”.

4.4.1 Sentença que determina a aplicação de dispositivo legal inconstitucional

Trata-se de decisão judicial que determina a aplicação de norma inconstitucional. Assim, estando baseada em norma incompatível com a Constituição, a sentença também será inconstitucional, pois o vício que invalida a norma aplicada *in casu* contamina a sentença, tornando-a nula de pleno direito.

Nesse caso, temos uma decisão transitada em julgado que já nasceu defeituosa, isto é, uma sentença que emerge inconstitucional. Isso ocorre nos casos em que, ainda no

curso do processo, a lei foi declarada inconstitucional pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade ou na hipótese de suspensão da lei pelo Senado Federal, que conferiu efeitos *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo.

A retirada da lei do ordenamento jurídico dá-se, portanto, antes da prolação da decisão, ou seja, o juiz ao sentenciar determina a aplicação de norma já expurgada do sistema. Importante recordar o que foi dito no capítulo anterior quanto à inaptidão de uma norma inconstitucional produzir efeitos jurídicos, por ser nula de pleno direito, porque disso decorre a impossibilidade de invocação de qualquer direito.

Em síntese, é hipótese de sentença que estaria determinando a prática de uma inconstitucionalidade, ao impor a aplicação de lei incompatível com a Carta Magna.

4.4.2 Sentença que deixa de aplicar dispositivo de lei por considerá-lo inconstitucional, quando não há qualquer inconstitucionalidade.

Esta espécie de sentença inconstitucional não se origina de um ato comissivo do juiz ao proferir a decisão, uma vez que não determina a aplicação de lei inconstitucional, como na primeira hipótese, tampouco ofende diretamente a Constituição. Trata-se, em verdade, de sentença que, de maneira equivocada, deixa de aplicar norma plenamente compatível com os ditames da Lei Maior, por entendê-la inconstitucional.

Ainda que pela via indireta, tal hipótese de sentença encontra-se inquinada de inconstitucionalidade, pois a ordem constitucional determina não apenas a exclusão de norma violadora da Carta Magna e sua consequente ineficácia jurídica, mas, sobretudo, a aplicação de normas que se coadunem com a Constituição Federal. É o que nos ensina Janaína Castelo Branco:

Portanto, o controle de constitucionalidade, tal como estruturado pelo constituinte originário, tem como funções impedir a aplicação de atos normativos incompatíveis com a Constituição Federal, bem como garantir a aplicação daqueles que lhe sejam

conformes, através dos institutos constitucionais do recurso extraordinário e da ação declaratória de constitucionalidade.¹⁰⁹

Trata-se, em verdade, da concretização do princípio da constitucionalidade das normas, ou seja, até pronunciamento definitivo do STF acerca da compatibilidade da norma com a Constituição, aquela será plenamente válida, devendo ser observada nas hipóteses que reclamem sua aplicação. Assim, embora não viole diretamente a Constituição, tal espécie de sentença também deve ser considerada inconstitucional, pois deixar de aplicar dispositivo perfeitamente compatível com a Lei Maior implica em inconstitucionalidade, sendo, portanto, decisão inválida.¹¹⁰

4.4.3 Sentença que ofende diretamente a Constituição Federal

Trata-se de hipótese de sentença inconstitucional, cujo conteúdo viola os preceitos constitucionais de maneira direta, ou seja, é o próprio comando da decisão que é inconstitucional e não a lei que lhe serviu de base.

Elucidativo é o exemplo trazido por Janaína Castelo Branco com arrimo nas lições de Paulo Otero. Explica a processualista que tal espécie de sentença inconstitucional poderia ocorrer na hipótese de uma decisão negar a aplicação do princípio da proporcionalidade sob o argumento de que a Constituição não o prevê de modo expresso, razão pela qual não seria aplicável ao caso concreto.

¹⁰⁹ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 107.

¹¹⁰ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Junior afirma se tratar de questão de inconstitucionalidade reflexa, uma vez que a sentença viola, em verdade, a lei ordinária não aplicada sob pretexto de ser inconstitucional: “No caso, porém, de não aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia. Não se pode, *data venia*, dizer que, na não-aplicação da norma infra-constitucional, se tenha configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, *ipso facto*, nula. A recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, como questão constitucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais.” THEODORO JUNIOR, Humberto. A Coisa Julgada Inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 184.

A inconstitucionalidade, neste caso, estaria patente, pois a validade do princípio da proporcionalidade ou de qualquer outro princípio constitucional implícito em casos que reclamem sua aplicação é hipótese já há muito consolidada na doutrina e jurisprudência, em virtude do disposto no art. 5º, §2º da CF/88: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem* outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

4.4.4 Sentença que interpreta lei infraconstitucional de forma incompatível com a Constituição Federal

É espécie de sentença inconstitucional baseada em um erro de interpretação da norma a ser aplicada no caso concreto. É dizer, a lei em que se funda a decisão é plurissignificativa, ou seja, comporta várias interpretações, porém, nem todas são compatíveis com a Constituição. A inconstitucionalidade da decisão se perfectibiliza, então, na hipótese de o magistrado, ao proferir a sentença, dê à lei uma interpretação, dentre as diversas possibilidades, que não se coadune com a Constituição.

Muito se assemelha a hipótese de sentença que determina a aplicação de lei inconstitucional, conforme tratamos no item 3.4.1. No entanto, a diferença reside no fato de que a primeira espécie de sentença se funda em norma de sentido unívoco, isto é, uma norma que apresenta uma única interpretação possível, que, na prática, é inconstitucional. Na hipótese presente, o vício que contamina a sentença não está propriamente na lei que fundamenta a decisão, mas na interpretação que lhe é dada, na medida em que comporta múltiplos sentidos.

Isso ocorre porque o intérprete, no exercício da hermenêutica jurídica, ao se deparar com duas ou mais interpretações possíveis de uma lei, deve dar preferência àquela que se revele compatível com os preceitos constitucionais, ou seja, na dúvida, o juiz deve reconhecer a constitucionalidade da norma, devendo, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivizar uma lei constitucional. Ademais, deve-se ressaltar que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas do ordenamento sejam interpretadas em consonância com seu texto.

Assim, ao magistrado é imposta a obrigação de zelar pela correta observância das normas constitucionais, ou seja, “o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição”¹¹¹.

Ademais, também neste caso, devemos ter como critério para identificação da coisa julgada inconstitucional o pronunciamento do STF acerca da matéria constitucional envolvida *in casu*. Isso ocorre porque ao Supremo é facultada a possibilidade de, ao invés de extirpar a norma do ordenamento, conferir-lhe uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, fixar dada interpretação como constitucional e, implicitamente, excluir a possibilidade de interpretação incompatível com a Carta Magna.

Semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição, temos a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Neste último caso, ao invés de fixar uma interpretação compatível com a Constituição, o STF exclui expressamente determinadas hipóteses de aplicação da norma, por inconstitucionalidade.¹¹²

Desta feita, se o magistrado ao julgar o caso concreto aplica determinada norma jurídica dando-lhe uma interpretação que contraria o precedente do Supremo, que, reitere-se, é o órgão responsável por dar a palavra final em matéria constitucional, a sentença será inconstitucional, por interpretar a lei de forma incompatível com a Lei Maior.

Assim, o juiz ao conferir uma interpretação incompatível com a Constituição à lei em que se baseia a sentença, acaba por também torná-la inválida e, por consequência, inapta a produzir efeitos jurídicos, o que, na prática, corresponde à impossibilidade de gerar direitos ou obrigações.

4.4.5 Sentença inconstitucional em decorrência de ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1190.

Cuida-se de situação específica em que, transitada em julgado determinada sentença, sobrevém declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da norma em que se fundou a decisão. É espécie de sentença que é originariamente constitucional, ou seja, no momento em que foi proferida era compatível com a Constituição, não havendo qualquer vício de ordem formal ou material a inquiná-la. No entanto, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão, a lei que lhe serviu de fundamento é expurgada do ordenamento jurídico em decorrência da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

É hipótese de sentença inconstitucional bastante peculiar, mas que, na prática, não raras vezes se verifica, sobretudo, em razão da demora excessiva na tramitação de processos na jurisdição constitucional, o que possibilita a superveniência de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Sob esta perspectiva, elucidativas são as observações de Gilmar Ferreira Mendes:

No sistema difuso de controle de constitucionalidade, em razão da multiplicidade de instâncias e de entendimentos, a definição de um juízo definitivo sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma interpretação consome tempo significativo.

Essa demora permite que muitas decisões acabem por transitar em julgado antes da consolidação de uma posição definitiva por parte do Supremo Tribunal Federal. Essa distância no tempo entre as posições dos Tribunais ou instâncias ordinárias e a do Supremo Tribunal Federal possibilita o surgimento daquilo que se acostumou a denominar, entre nós, de ‘coisa julgada inconstitucional’.¹¹³

A questão que se apresenta é a impossibilidade de a coisa julgada se sobrepor ao reconhecimento de inconstitucionalidade declarada por um órgão de superior hierarquia e cujas decisões proferidas em jurisdição constitucional têm efeitos vinculantes, conforme destacamos no capítulo anterior.

Assim, em regra, as sentenças proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade terão eficácia *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos do Judiciário, além de alcance *ex tunc*. Em outras palavras, todos serão atingidos pelos efeitos dessa decisão, que retroagirá atingindo a lei ou o ato normativo desde o momento da sua criação, eliminando-se todos os efeitos gerados por ela até o momento da pronúncia da sua inconstitucionalidade pela Corte.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. In NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 87.

Cumprе ressaltar, consoante explicitado no segundo capítulo do presente trabalho monográfico, que o legislador ordinário previu a possibilidade de, em razão de segurança jurídica ou relevante interesse coletivo, conferir efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, isto é, fazer com que o efeito da decisão somente passe a valer a partir do momento em que ela foi proferida ou de termo a ser fixado pelo tribunal. Nesse caso, havendo modulação temporal dos efeitos da decisão do STF, a sentença proferida anteriormente, em determinado caso concreto, não será atingida pela decisão do Supremo, ou seja, não será tida como sentença inconstitucional.

Desse modo, autoridade da coisa julgada, que porventura tenha revestido determinada sentença que tenha se fundamentado em lei posteriormente declarada inconstitucional, não mais produzirá efeitos, implicando na possibilidade de rediscussão da causa que a princípio havia se consolidado. Atenta à necessidade de reapreciar a lide baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional, assevera Carmen Lúcia Rocha:

Modificado o estado do mundo jurídico pelo advento da declaração de inconstitucionalidade, está claro que o quanto que estava acobertado pelo julgado não mais prevalece e precisa ser, institucionalmente, reintroduzido para nova resposta estatal, coerente com a nova realidade do mundo jurídico e adaptado aos ditames constitucionais que submetem todos os provimentos estatais.¹¹⁴

Assim, a sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade é nula, não sendo possível que dela emane qualquer direito ou obrigação. Isso porque assim como a norma que serviu de base, a sentença viola não apenas a Constituição, mas também a autoridade do pronunciamento do Supremo.

Disso resulta que a posterior declaração de inconstitucionalidade da lei que fundamenta a sentença, torna a decisão proferida no caso concreto contrária aos preceitos constitucionais, haja vista que o comando nela contido é incompatível com a Lei Maior.¹¹⁵

A rigor, a coisa julgada inconstitucional somente poderia ocorrer nesta última hipótese, isto é, a sentença só seria verdadeiramente inconstitucional a ponto de exigir uma

¹¹⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 186.

¹¹⁵ OLIANI, José Alexandre Manzano. Impugnação da sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência? In: *Revista de Processo*, n. 112, ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2003, p. 228.

revisão mediante a relativização da coisa julgada, no caso de sentença transitada em julgado baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade.

Isso porque, caso a inconstitucionalidade da norma fundamentadora da decisão fosse reconhecida no curso do processo, as partes ainda teriam a oportunidade de argui-la em eventual recurso a ser interposto, especialmente, o recurso extraordinário, que levaria a matéria a ser analisada pelo STF, caso cumpridos os requisitos de admissibilidade. Ademais, possível ainda o ajuizamento de ação rescisória, que conforme será visto adiante é remédio processual previsto no ordenamento apto a sanar o vício.

Ocorre que o controle de constitucionalidade dos atos judiciais, mormente da decisão sobre a qual recai a autoridade da coisa julgada, é de recente aceitação nos tribunais, pois, somente há bem pouco tempo, tem sido acolhida a tese de rejeição da exceção de coisa julgada quando verificada a hipótese de coisa julgada inconstitucional. Do exposto, a inconstitucionalidade de sentenças transitadas em julgado está suscetível de ocorrer tanto nos casos em que a sentença emerge inconstitucional, como também na hipótese de superveniência do vício.

Vislumbradas, portanto, as hipóteses de sentenças inconstitucionais, cumpre analisar os meios de impugnação adequados ao ataque da coisa julgada que viole preceitos constitucionais.

5 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Nos capítulos anteriores do presente estudo, demonstrou-se a importância da realização de um controle de constitucionalidade em relação aos atos jurisdicionais, tendo em vista a necessidade de preservação não apenas da Supremacia da Constituição, mas também da harmonia do ordenamento jurídico. Outrossim, restou consignado que uma sentença transitada em julgado violadora de preceitos constitucionais - a que se convencionou chamar de coisa julgada inconstitucional, em razão da gravidade do vício que a macula, tornando-a inválida e nula de pleno direito, deveria ser revista, relativizando-se a autoridade da *res judicata* que sobre ela recai.

Destarte, ante a inconveniência de manter, no universo jurídico, ato judicial que ofenda a Constituição, faz-se mister analisar os meios processuais hábeis a impugnar a coisa julgada inconstitucional. No entanto, embora se trate de vício de grande monta, capaz de invalidar todo e qualquer efeito jurídico gerado sob sua égide, apenas recentemente o legislador ordinário positivou de maneira específica instrumento processual destinado à impugnação da sentença inconstitucional, previsto no art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

Conforme será demonstrado adiante, a previsão legal a que nos referimos não é mecanismo hábil para impugnar todas as espécies de sentenças inconstitucionais delimitadas no tópico precedente, razão pela qual doutrina e jurisprudência ainda divergem quanto a vários aspectos que envolvem a relativização da coisa julgada, mostrando-se pouco exigente quanto ao remédio processual mais adequado ao afastamento da chamada coisa julgada inconstitucional.

Admite-se, assim, a possibilidade do manejo de alguns instrumentos, tais como a ação rescisória, notadamente pela aplicação do inciso V do art. 485 do CPC, os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença, pela aplicação, respectivamente, do art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC, a exceção de pré-executividade e a *querela nullitatis*, reconhecendo-se a sua sobrevivência no sistema processual moderno.

Tendo em vista a diversidade de formas de impugnação da sentença inconstitucional, faz-se necessária a aplicação do princípio da fungibilidade¹¹⁶, na medida em que ao jurisdicionado não se pode impor prejuízos decorrentes da falta de clareza da lei, devendo, pois ser aceito qualquer instrumento que se mostre apto a desconstituir a coisa julgada inconstitucional, pelo que concordamos com Paulo Otero:

Trata-se, afinal, de concretizar uma manifestação do direito de acesso aos tribunais contra actos jurídicos inconstitucionais. Neste sentido, qualquer mecanismo processual a utilizar contra as decisões judiciais inconstitucionais desempenha uma função instrumental relativamente à tutela dos bens em causa: a defesa e garantia da constitucionalidade e, por outro lado, a protecção de situações jurídicas subjectivas.
117

Adiante, serão analisados quatro possíveis instrumentos processuais atualmente aceitos pela doutrina e jurisprudência como meios de impugnação da coisa julgada inconstitucional, sem receio de que outros possam vir a ser utilizados com a mesma finalidade, alcançando, portanto, uma prestação jurisdicional efetiva. Ao final, será apresentada uma proposta de adaptação da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional.

5.1 Meios tradicionais de impugnação da coisa julgada inconstitucional

5.1.1 Ação Rescisória

A ação rescisória é meio de que dispõem as partes para, em determinadas hipóteses, impugnar sentenças de mérito transitadas em julgado, a fim de que seja declarada nula ou até mesmo desconstituída, havendo, ainda, a possibilidade de devolver a questão à apreciação da autoridade judiciária competente, isto é, ao juízo rescisório. É dizer, a ação

¹¹⁶ Nesse sentido, José Alexandre Manzano Olinari. Impugnação da sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência? In: *Revista de Processo*, n. 112, ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2003, p. 236: “[...] há divergências na doutrina e na jurisprudência acerca do meio correto para atacar tal sentença [inconstitucional], donde extrai-se que há dúvida objetiva acerca do meio adequado para tal fim e, portanto, deve-se aplicar o princípio da fungibilidade dos meios.”

¹¹⁷ *Apud* CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 135-136.

rescisória comporta duplo pedido: o primeiro de natureza desconstitutiva e o segundo consistente no rejugamento da causa ¹¹⁸. Não se trata de recurso, mas de ação autônoma de impugnação, pois seu ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com a formação de nova relação jurídica processual.

Sendo remédio processual de natureza excepcional, além dos pressupostos comuns a qualquer ação, a admissibilidade da rescisória pressupõe o atendimento a três requisitos. O primeiro deles diz respeito à obrigatoriedade da decisão a ser rescindida ter apreciado o mérito da questão. Exige-se, ainda, o requisito do trânsito em julgado da decisão, mas não o esgotamento prévio de todos os recursos possíveis, conforme entendimento consolidado na Súmula 514 do STF, que assevera "Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotados todos os recursos".

Ademais, o vício que inquina a sentença a ser impugnada deve estar previsto em uma das hipóteses elencadas, em rol taxativo, no art. 485 do CPC. Em se tratando de sentença inconstitucional, doutrina e jurisprudência já firmaram entendimento no sentido do seu enquadramento no inciso V do referido dispositivo legal, que prevê o cabimento de ação rescisória quando a decisão “violar literal dispositivo de lei”, pelo que invocamos as lições de Teori Albino Zavascki:

O vocábulo “lei” nele utilizado não tem o significado de lei em sentido estrito, mas em sentido amplo, designando o gênero normativo de que fazem parte não apenas a lei ordinária, mas todas as demais espécies jurídicas, inclusive a constitucional. O Código, em suma, emprega o vocábulo como sinônimo de direito, de norma jurídica, conforme reconhece nossa doutrina mais autorizada. ¹¹⁹

O propósito de uma interpretação menos restritiva e literal do inciso V do art. 485 do CPC é garantir a máxima eficácia da ordem jurídica, permitindo a excepcional revisão daqueles julgados em que houve violação de dispositivo constitucional.

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência empregam tratamento diferenciado no que concerne à coisa julgada inconstitucional, pois nesse caso é inaplicável o enunciado da Súmula n. 343 do STF, que dispõe: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição

¹¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 304.

¹¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 143.

de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.¹²⁰

Assim, não pode ser objeto de ação rescisória uma sentença que tenha violado dispositivo legal que comporte mais de uma interpretação, todas razoáveis. No entanto, em relação às normas constitucionais não basta que a interpretação seja razoável, porquanto deva ser a melhor. E a melhor interpretação deve ser aquela oriunda do STF, na medida em que é o órgão responsável por dar a palavra final em matéria constitucional, já que lhe compete precipuamente a guarda da Constituição. Dessa forma, independentemente de haver controvérsia nos tribunais, se a sentença contraria precedente do Supremo pode ser impugnada mediante ação rescisória.

Percebe-se, portanto, que a sujeição à ação rescisória de sentenças que contrariam interpretação de normas constitucionais fixada pelo STF guarda perfeita sintonia com o critério estabelecido, no capítulo anterior, para identificar as sentenças inconstitucionais que deveriam ter relativizada a autoridade da coisa julgada. Assim, sentença contrária a precedente do STF fixado no exercício do controle de constitucionalidade difuso, com suspensão da lei pelo Senado Federal ou concentrado enseja a propositura de ação rescisória.

Deve-se observar, contudo, que a ação rescisória por violação a dispositivo constitucional pode envolver matéria sobre a qual o STF ainda não tenha se pronunciado. Nesse caso, Teori Albino Zavascki doa importante contribuição no sentido de admitir a ação rescisória, desde que haja a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra o acórdão que lhe julgou o mérito, pois este seria o único modo de viabilizar que o STF se posicione quanto à controvérsia acerca do alegado vício de inconstitucionalidade que contamina à sentença rescindenda, uniformizando a aplicação da Constituição.¹²¹

Ademais, a ação rescisória é meio processual hábil à impugnação de qualquer espécie de sentença inconstitucional, seja quando esta ofende diretamente o texto

¹²⁰ Nesse sentido, STF: “Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.” (RE 328812 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 11-04-2003 PP-42).

¹²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 159-160.

constitucional, o que corresponde à literalidade da redação do inciso V do art. 485 do CPC, seja em razão da aplicação de norma inconstitucional ou no caso de negar validade à lei por entendê-la, equivocadamente, inconstitucional¹²², ou ainda por superveniência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF¹²³.

No entanto, apesar de mostrar-se como instrumento processual adequado à desconstituição da coisa julgada inconstitucional, não apenas por possibilitar a rescisão da sentença viciada, mas também por permitir o rejuízo da causa, sem a necessidade do ajuízo de nova demanda, a ação rescisória apresenta sério óbice à sua aplicação ao caso concreto, na medida em que se sujeita ao prazo decadencial de dois anos, tendo tal prazo por termo *a quo* o momento exato o trânsito em julgado da decisão.

Tendo em vista a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado ser vício dos mais graves, alguns processualistas propõem o afastamento do biênio decadencial fixado no art. 495 do CPC, uma vez que a ofensa à Constituição pode ser invocada a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Assim, engajados em uma visão mais instrumentalista do processo civil, propõem uma espécie de reforma no dispositivo regulamentador da ação rescisória. A respeito do tema, adiante será tratado, ao ser exposta uma proposta de adaptação da ação rescisória aos casos de impugnação da coisa julgada inconstitucional.

¹²² PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, CPC. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE PRECEITO LEGAL NO QUAL SE LOUVARA O ACÓRDÃO RESCINDENDO. Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que "deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna.

Ação procedente. (AR 870/PE, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/12/1999, DJ 13/03/2000, p. 123)

¹²³ Cf. trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes: "Indaga-se: nas hipóteses em que esta Corte fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, para o fim de ajustá-la à ordem constitucional, a contrariedade a esta interpretação do Supremo Tribunal, ou melhor, a contrariedade à lei definitivamente interpretada pelo STF em face da Constituição ensejaria a utilização de ação rescisória? Penso que sim. Penso que aqui há uma razão muito clara e definitiva para a admissão de ações rescisórias. Quando uma decisão desta Corte fixa uma interpretação constitucional, entre outros aspectos está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa infraconstitucional em face daquele parâmetro maior, que é a Constituição." (RE 328812 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJ 03/04/2008)

5.1.2 Embargos à execução e Impugnação de Sentença

Trata-se de instrumentos processuais destinados à defesa do executado, na hipótese de exigência do crédito exequente por parte daquele que possui o direito reconhecido em título executivo. No entanto, apesar de se prestarem ao mesmo objetivo, são meios de defesa utilizados em situações distintas. O executado defende-se por meio de embargos no caso de execução fundada em título extrajudicial, ao passo que a impugnação ao cumprimento de sentença dá-se em procedimento de execução de título judicial.

Em ambas as hipóteses, o executado pode defender-se alegando a inexigibilidade do título sobre o qual se funda a pretensão creditícia, conforme previsão nos arts. 475-L, II e 741, II, ambos do CPC. Pois bem. A lei 11.232/05, fruto da conversão da Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, acrescentou o parágrafo primeiro ao art. 475-L e o parágrafo único ao art. 741, ambos do CPC, com a seguinte redação: “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.”

Na realidade, o dispositivo “veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais”¹²⁴. Isto quer dizer que a inovação legislativa trouxe nova hipótese de rescisão de sentença, que não se submete ao regime jurídico aplicado à ação rescisória. Assim, o executado pode opor resistência à satisfação do crédito suscitando matéria atinente à formação do próprio título executivo, quando ele estiver fundado em preceito ou interpretação contrária a precedente do STF.

No entanto, não são todas as espécies de sentenças inconstitucionais que podem ser impugnadas por essa via processual, pois só serão consideradas inconstitucionais as

¹²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 333.

sentenças que (a) aplicaram norma inconstitucional, ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional.¹²⁵

Cumpre destacar que a solução oferecida pelo dispositivo legal, ao restringir-lhe o uso a determinadas hipóteses de sentenças incompatíveis com a Lei Maior não afasta a possibilidade de utilização de outros mecanismos ordinários ou especiais para impugnar a coisa julgada inconstitucional ou mesmo dos embargos do devedor, haja vista a necessidade de observância do princípio fungibilidade, senão vejamos o que nos ensina Janaína Castelo Branco:

A omissão legislativa, no entanto, não tem o condão de impedir o prejudicado por estes tipos de sentença de utilizar-se da via dos embargos do devedor, visto que nosso entendimento é no sentido de que a regra legislativa apenas explicita o óbvio – a inexigibilidade do título judicial inconstitucional.¹²⁶

Há um elemento comum às três hipóteses de inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença, qual seja, o vício que a contamina deve ter sido reconhecido em precedente pelo STF. A propósito, tal decisão do Supremo pode ter sido resultado do controle difuso ou concentrado, na esteira do critério que adotamos no capítulo anterior, pois os precedentes do STF atuam com idêntica força, sendo irrelevante a natureza do processo do qual emanam.¹²⁷

Outrossim, na hipótese da utilização dos embargos à execução ou da impugnação de sentença para atacar título executivo inconstitucional, depara-se, mais uma vez com um óbice de natureza temporal, pois também estes meios de impugnação devem ser apresentados dentro do prazo previsto em lei. No caso da impugnação deverá ser apresentada no prazo de 15 dias contados da intimação do auto de penhora e avaliação (art. 475-J, §1º, do CPC), ao

¹²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 334.

¹²⁶ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 148.

¹²⁷ Fazendo uma exegese mais ampliada do dispositivo ora em comento, Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria entendem não ser necessária a declaração de inconstitucionalidade pelo STF para que o juiz deixe de aplicar no caso concreto sentença desconforme com a Constituição, haja vista a possibilidade de o juiz, ao apreciar os embargos à execução, afastar a eficácia do título executivo se este houver se fundado em sentença inconstitucional, mesmo que transitada em julgado. Nesse caso, exerceria o controle difuso e incidental de constitucionalidade da sentença em que se baseia a execução. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 191-192.

passo que os embargos à execução deverão ser oferecidos também no prazo de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, caput, do CPC).

Ademais, a análise acerca do dispositivo legal comporta uma questão atinente ao direito intertemporal, ou seja, a regra inserta nos arts. 475-L e 741 aplica-se às sentenças transitadas em julgado em data anterior à vigência da MP 2.180-35, de 24.08.2001, que a introduziu no ordenamento jurídico?

Apesar de ter aplicação imediata em razão da natureza processual que possui, o dispositivo não pode ser aplicado retroativamente, em observância ao comando do art. 5º, XXXVI da CF/88, segundo a qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Nesse caso, não é possível sua aplicação às sentenças transitadas em julgado antes de 24.08.2001, pois se estaria prejudicando a coisa julgada formada no caso concreto.

Convém ressaltar, entretanto, que não se está a falar que esse tipo de sentença inconstitucional não possa ser impugnada, pelo contrário, porque padece de vício que a torna inválida e inapta a produzir efeitos jurídicos, deve ser desconstituída, mas, no caso, por outro instrumento processual em vigor à época de seu proferimento. Em outras palavras, não se está a negar que a inconstitucionalidade que contamina a sentença não seja vício que a macula desde a origem, até mesmo porque o dispositivo legal apenas constatou uma situação jurídica preexistente, ou seja, não foi a alteração legislativa que tornou o título inexigível, pois este já o era desde a sentença que reconheceu o direito do exequente à pretensão creditícia, já que baseado em lei ou interpretação inconstitucional.

Do exposto, resulta que o art. 475-L, §1º e art. 741, parágrafo único inserem-se na recente tendência de relativizar a coisa julgada inconstitucional, sendo a primeira previsão expressa no sistema jurídico de desconstituição de sentença em razão do vício de inconstitucionalidade que a contamina.

5.1.3 Exceção de pré-executividade

Não obstante o devedor possuir dois meios processuais previstos em lei para sua defesa, quais sejam, os embargos à execução e a impugnação de sentença, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, questioná-la por meio de simples petição, a que se convencionou chamar de exceção de pré-executividade.

Assim, a exceção de pré-executividade, por construção doutrinária e jurisprudencial, passou a ser meio hábil a alegação de matérias de ordem pública, sem necessidade de garantir o juízo. Desse modo, a inconstitucionalidade, por ser a mais relevante das questões de ordem pública, pode ser alegada para impedir a execução, mediante o presente meio de impugnação. Isso porque “se o título inconstitucional é inexigível, é forçoso reconhecer que não serve para instruir a exordial da ação executiva”.¹²⁸

A principal vantagem deste meio de defesa é a ausência de prévia garantia de juízo, conquanto, em alguns casos, não se mostra razoável que o executado sofra constrição em seu patrimônio para alegar matérias de ordem pública que poderiam ser reconhecidas *ex officio*.

No entanto, com a reforma na execução civil, que dispensou a prévia garantia em juízo para o oferecimento de embargos à execução, questiona-se a subsistência da exceção de pré-executividade, pois, a princípio, parece não haver mais utilidade na oposição deste meio de defesa. Nesse sentido, é possível falar-se que, atualmente, este meio de defesa não é mais utilizado na execução extrajudicial, uma vez que a alteração do art. 736 do CPC permite o ajuizamento de embargos de devedor sem a necessidade de penhora prévia. Desse modo, o devedor não pode mais opor a exceção, por ausência de interesse de agir, uma vez que possui instrumento próprio à impugnação do título executivo, sem necessidade de prévia constrição do seu patrimônio. Contudo, em relação ao cumprimento de sentença, este instituto ainda é aplicável, porquanto ainda depende de garantia prévia para seu ajuizamento.

¹²⁸ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 151.

Carlos Valder do Nascimento pronunciando-se acerca da possibilidade de oposição de exceção de pré-executividade para impugnar título inconstitucional, principalmente, em razão da dispensa de prévia garantia, assevera:

Conquanto sejam os embargos à execução e a ação autônoma os instrumentos indicados para desconstituir o título sentencial eivado de inconstitucionalidade, não se pode descartar a exceção de pré-executividade, sem qualquer receio de inadequação ao fim colimado. Nesse caso, especialmente, quando há impossibilidade de segurar o juízo, tanto que, como já se disse, desembocaria para o campo de obstaculização da plena realização do direito justo.¹²⁹

Desta feita, doutrina e jurisprudência têm admitido a utilização da exceção de pré-executividade como meio de impugnação da execução fundada em título executivo inconstitucional, sendo, portanto, mais um instrumento processual apto a desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

5.1.4 Ação Declaratória de Nulidade Absoluta – Querela Nullitatis Insanabilis

Diante da omissão legislativa em positivar um instrumento de impugnação apto a desconstituir todas as espécies de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, tem a doutrina apresentado propostas visando a solucionar a questão, haja vista ainda persistir, no ordenamento jurídico pátrio, uma lacuna referente ao meio de impugnação hábil a eliminar do sistema a sentença inconstitucional, sem óbice de natureza temporal.

Nesse sentido, uma das soluções mais aceitas pela doutrina consiste na utilização da ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, como forma de subsistência no direito processual brasileiro da chamada *querela nullitatis insanabilis*. Veja-se a opinião de Carlos Valder do Nascimento:

Por outro lado, não pode ser declarado outro instrumento processual, remédio, também, indicado para remover os obstáculos advindos da coisa julgada inconstitucional. Trata-se da ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença. De inspiração romana, pois, derivada da *querela nullitatis*, pode ser utilizada sem observância de prazos prescricionais ou decadências, portanto, a

¹²⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185.

qualquer tempo com o objetivo de declarar a nulidade da relação jurídica viciada, fundada em preceito imoral ou inconstitucional.¹³⁰

Com efeito, por se tratar de uma ação declaratória, não se sujeita a prazo algum, pois seu objetivo é a obtenção de uma certeza jurídica, qual seja, a invalidade da sentença que contraria a Constituição Federal. Ora, se a inconstitucionalidade é vício insanável que macula o ato judicial desde a origem, a ação visará tão somente à declaração desta situação jurídica preexistente e inconvalidável. Isso porque o tempo não tem a virtude de transformar um ato nulo de pleno direito em ato juridicamente válido, isto é, a natureza do ato não se modifica com o tempo.

É em razão da ausência de prazo para a propositura que a doutrina tem aderido fortemente à *querela nullitatis* como meio de impugnação da sentença inconstitucional, principalmente, após o biênio decadencial para o ajuizamento da ação rescisória, porquanto persiste o vício de inconstitucionalidade.

Cumprido destacar, no entanto, que a ação declaratória deve ser manejada na hipótese de não mais ser possível o ajuizamento de ação rescisória, visto ser esta o instrumento processual eleito pelo sistema vigente para a impugnação das nulidades absolutas e insanáveis pela autoridade coisa julgada, conforme nos ensina Janaína Castelo Branco:

O cabimento da rescisória para impugnar a coisa julgada inconstitucional não representa, portanto, óbice à utilização da *querela nullitatis*. No entanto, faz-se imperioso reconhecer que, antes do prazo decadencial bienal da rescisória (art. 495 do CPC), falta interesse de agir no manejo da ação declaratória, uma vez que disponível no sistema via não-ordinária de combate da sentença inconstitucional. Todavia, e porque se trata de questão de ordem pública, a eleição da via ordinária não obsta que se reconheça o vício. Trata-se de aplicar aqui o princípio da fungibilidade dos meios de impugnação, com vistas a garantir o direito de acesso à justiça, que não pode ficar à mercê das indefinições do sistema.¹³¹

A *querela nullitatis* será de grande valia nos casos de desconstituição de sentença inconstitucional de natureza condenatória, pois nesse caso, o sucumbente terá o objetivo de tão somente declarar a invalidade ou nulidade da decisão judicial que o tenha condenado a uma prestação de dar, fazer ou não-fazer. No entanto, nos casos em que seja necessário o

¹³⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

¹³¹ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 155.

rejulgamento da causa, a exemplo da sentença inconstitucional que julga improcedente o pleito autoral, a ação declaratória não alcançará uma prestação jurisdicional efetiva, pois não é meio apto à reapreciação do mérito da causa. Nesses casos, o prejudicado poderá valer-se da propositura de uma nova ação, idêntica à anterior, caso não seja mais cabível a ação rescisória.

Nesta nova ação, deverá ser alegada a insubsistência da coisa julgada, uma vez que a inconstitucionalidade que a macula a torna ineficaz, ou seja, incapaz de produzir efeitos jurídicos. Em outras palavras, conforme dito no capítulo anterior, a inconstitucionalidade da sentença impede a formação da coisa julgada material, do que decorre a não produção de seu efeito negativo, qual seja, impedir a rediscussão da questão em uma nova demanda.

De todo o exposto, percebe-se que a sentença inconstitucional, mesmo revestida pela autoridade da coisa julgada, apresenta vício insanável, razão pela qual pode ser impugnada a qualquer tempo. Ademais, a omissão legislativa no trato do combate à coisa julgada inconstitucional impõe uma leitura menos ortodoxa dos meios processuais destinados a impugná-la, motivo pelo qual defendemos a aplicação do princípio da fungibilidade até que a legislação indique de forma clara o(s) instrumento(s) hábeis a extirpar do universo jurídico ato judicial contrário aos preceitos constitucionais.

5.2 Nossa Proposta: Ação Rescisória Adaptada

Conforme dito linhas atrás, alguns doutrinadores demonstrando preocupação, principalmente, com a questão da limitação temporal que caracteriza a ação rescisória têm lançado propostas para adaptar o uso da ação para a impugnação da coisa julgada inconstitucional. Assim, por entender a necessidade de aperfeiçoamento do sistema com a previsão de um instrumento próprio à impugnação da coisa julgada é que será apresentada, com arrimo nas lições de alguns processualistas de tendência mais inovadora, uma proposta doutrinária, que chamaremos de “Ação Rescisória Adaptada”.

Busca-se com a proposta utilizar um instrumento processual já existente no ordenamento jurídico que oferece uma vantagem que os demais meios de impugnação não possuem, qual seja, a possibilidade de inversão da sucumbência, na medida em que o autor

poderá “cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa”, nos termos do art. 488, I do CPC. Nesse sentido, manifesta-se Janaína Castelo Branco:

Entendemos que somente a ação rescisória serviria ao intento de reverter a situação desfavorável do vencido. É que a lei prevê expressamente a possibilidade de proferimento de novo julgamento em sede de ação rescisória, o que a torna via apta a sanar com eficiência o vício da coisa julgada inconstitucional nesse caso.¹³²

A proposta que ora expomos sustenta-se na necessidade de imprimir um tratamento distinto à sentença que ofende à Constituição em relação àquela que viola apenas dispositivo legal, pois equiparar os atos jurisdicionais ilegais com atos inconstitucionais traduz uma forma direta de desconstitucionalizar atos violadores da Constituição, conforme nos ensina Paulo Otero.¹³³

Em igual sentido posicionam-se Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria:

A admissibilidade de ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional [...] não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento. Do contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que é não só inconveniente como avilta o sistema de valores da Constituição.

[...]

Há de serem extraídas todas as consequências da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo a que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo.

Deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos [...].¹³⁴

Percebe-se, portanto, que a pedra fundamental da proposta de uma ação rescisória adaptada é o afastamento do biênio decadencial para seu ajuizamento.¹³⁵ Isso ocorre porque o

¹³² CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 173.

¹³³ *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2003, p. 107.

¹³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Ibid.*, p. 107.

¹³⁵ De igual forma, Sérgio Gilberto Porto: “Assim, em tempos de reformas processuais, parece oportuno a revisão das hipóteses de cabimento de ação rescisória e, quiçá, até mesmo, o exame da vigência do prazo decadencial existente, observando, por derradeiro, que no plano criminal a revisão - irmã siamesa da rescisória - não goza desta limitação, em face da natureza relevante do direito posto em causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável. Desta forma, a ampliação das hipóteses de cabimento de demanda de cunho rescisório, a dilação do prazo decadencial para interposição destas e a supressão deste para hipóteses excepcionálíssimas, vez que portadoras de vícios inconvalidáveis, parece ser uma bem temperada

vício de inconstitucionalidade é insanável, isto é, incapaz de ser convalidado com o decurso do tempo.

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara, acreditando que a falta de positivação de um remédio processual específico à impugnação da coisa julgada inconstitucional pode gerar uma insegurança prejudicial à pacificação social, apresenta uma proposta de ação rescisória adaptada, que chama de proposta *de lege ferenda*. Defende o processualista o acréscimo de um parágrafo ao art. 495 do CPC, o qual estabeleceria que “sendo a ‘ação rescisória’ fundada em violação de norma constitucional o direito à rescisão pode ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo”.¹³⁶

A necessidade do afastamento do prazo decadencial ganha maior importância em se tratando de uma sentença transitada em julgado baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional. Isso porque, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a voz do STF só será ouvida após anos de tramitação das questões nas instâncias ordinárias e, até mesmo nos casos de competência originária da Corte, tal como as ações do controle concentrado, a tramitação destes processos consome tempo excessivo. Assim, até o pronunciamento definitivo do STF sobre determinada questão constitucional, muitas relações jurídicas já se consolidaram. Em outras palavras, as sentenças proferidas pelas instâncias ordinárias no caso concreto só se tornariam inconstitucionais por ulterior decisão do Supremo após anos do seu trânsito em julgado, o que impediria, em tese, a utilização da via rescisória, já que vencido o biênio decadencial para sua propositura.

Nesse sentido, o apego ao prazo da ação rescisória representaria a precedência da coisa julgada assentada em uma lei inconstitucional, o que implicaria no reconhecimento de que um ato incompatível com a Constituição estaria apto a produzir efeitos jurídicos. Sob esta ótica, estar-se-ia defendendo que a inconstitucionalidade é vício sanável, em razão da sua convalidação pelo decurso *in albis* do biênio decadencial.

Entendendo ser este raciocínio um desmesurado prestígio à coisa julgada e, por conseguinte, a uma pseudo segurança jurídica, em detrimento da justiça, manifesta-se José Alexandre Oliani:

fórmula de pacificação jurídica”. In: Cidadania processual e relativização da coisa julgada. In: *Revista de Processo*, n. 112, ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2003, p. 32.

¹³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada Material*. Disponível em <http://www.unipli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/Laura_/Leonardo/relativizacao_coisajulgada.pdf>. Acesso em 29 abr. 2012.

A rigor, se admitido que após o encerramento do biênio decadencial para a propositura da ação rescisória a sentença baseada em lei inconstitucional restaria convalidada, estar-se-ia defendendo uma aberração jurídica consistente na solução de um determinado litígio, mediante a aplicação de preceito não albergado pelo ordenamento jurídico ao qual a lide deduzida em juízo está submetida.¹³⁷

Demais disso, a proposta de adaptação do instituto da ação rescisória prevê ainda a supressão da omissão legislativa no que concerne à violação de dispositivo constitucional, por meio da modificação do inciso V do art. 485 do CPC, que passaria a prever expressamente a violação à Constituição pela sentença transitada em julgado como hipótese de cabimento da via rescisória.

Por fim, tendo em vista a excepcionalidade da relativização da coisa julgada e, por consequência, o uso da ação rescisória para desconstituí-la, Janaína Castelo Branco propõe ainda um critério objetivo para a utilização da via rescisória após passado o prazo decadencial de dois anos:

A solução por nós proposta seria, portanto, não somente o afastamento do prazo decadencial bienal no caso de violação à Constituição, mas, também, a fixação do critério da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal para a propositura da demanda após passado o biênio. Assim, a implementação da reforma do art. 495 do CPC, excluindo o prazo decadencial a ação rescisória de impugnação da coisa julgada inconstitucional, há de prever, ainda, que, após o biênio, somente será admitida a ação se a sentença rescindenda contrariar decisão definitiva da Suprema Corte, o que restaria por vedar a via, caso esta ainda não se tivesse manifestado a respeito.¹³⁸

Ademais, a fixação do critério da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal para a propositura da ação rescisória, implica na obrigatoriedade da procedência do pedido de rescisão das sentenças que contrariem precedente do STF, em virtude da força vinculante de que gozam seus pronunciamentos, conforme nos ensina Teori Albino Zavascki:

E, em se tratando de situação individual proveniente de sentença transitada em julgado, a via para efetuar o seu ajustamento é a da ação rescisória. A eficácia *erga omnes* e vinculativa da decisão em controle concentrado traz como consequência, não apenas o cabimento, sob tal aspecto, da rescisória (juízo de admissibilidade), mas a procedência do pedido de rescisão (juízo rescindente) das sentenças a ela

¹³⁷ OLIANI, José Alexandre Manzano. Impugnação da sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência? In: *Revista de Processo*, n. 112, ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2003, p. 230.

¹³⁸ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 178.

contrárias. [...] Pouco importa, para esses efeitos, que o pronunciamento do Supremo, na ação de controle concentrado, tenha surgido após o trânsito em julgado da sentença rescindenda. É que a declaração de inconstitucionalidade e o reconhecimento da constitucionalidade de um preceito normativo têm eficácia *extunc*, alcançando, portanto, todas as situações jurídicas anteriores.¹³⁹

Em síntese, a proposta de uma ação rescisória adaptada funda-se em três pilares básicos. O primeiro deles consiste na previsão expressa de violação ao texto constitucional como hipótese de cabimento da ação rescisória, que estaria livre de qualquer prazo decadencial, podendo, portanto, a inconstitucionalidade ser declarada a qualquer tempo, caracterizando, assim, a segunda e necessária adaptação da via rescisória. Ademais, a sentença só poderia ser rescindida caso houvesse pronunciamento definitivo do STF acerca da questão constitucional.

Desta feita, espera-se que a proposta doutrinária ora apresentada seja positivada pelo legislador ordinário como forma de alcançar o equilíbrio entre os valores segurança jurídica, consubstanciada na autoridade da coisa julgada, e justiça, entendida aqui como conformidade com a Lei Maior.

¹³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 152-153.

6 CONCLUSÃO

A complexa questão analisada no presente trabalho é tema que vem suscitando intensos debates, principalmente, em razão da constitucionalização do processo. Tais discussões que a respeito vêm sendo desenvolvidas acompanham o processo de releitura de institutos de direito processual, sobretudo, no que tange à coisa julgada, que há muito permanecia soberana, amparada pelo valor da segurança jurídica.

Assim, a imutabilidade que revestia a coisa julgada aos poucos tem sido mitigada para dar precedência a valores tais como o da justiça e da efetividade, pois não há como se sustentar o “absolutismo” da *res iudicata* diante de uma decisão eivada de injustiça, em razão do vício de inconstitucionalidade que a contamina. Sendo assim, deve-se buscar uma relação entre a segurança jurídica, princípio materializado pela coisa julgada, e o princípio da justiça, com o escopo de tornar efetiva a prestação jurisdicional.

Como demonstrado no capítulo inaugural, a atividade jurisdicional destinada à solução de litígios tem uma finalidade que transcende os interesses subjetivos da causa, qual seja, a pacificação social e a estabilidade das relações humanas. Para alcançar tal fim, as decisões de mérito, proferidas ao final de um processo, devem ser dotadas de especial estabilidade, consubstanciada na chamada coisa julgada.

Nesse sentido, conceituou-se a coisa julgada como o instituto que agrega à decisão judicial irrecorrível a qualidade de imutável, ou seja, a coisa julgada não seria um efeito autônomo da sentença, mas um atributo a ela conferido.

Ademais, foi analisado o instituto da *res judicata* sob a ótica dos direitos fundamentais, tendo em vista a previsão inserida no art. 5º, XXXVI da CF/88. A garantia da coisa julgada encontra-se, exatamente, inserida nessa norma constitucional, tendo como fundamento prático a necessidade de evitar a perpetuação dos litígios. Da análise do dispositivo constitucional, depreende-se o princípio da segurança jurídica, pois, ao dotar de intangibilidade a sentença transitada em julgado, materializada pela coisa julgada, buscou-se a sua tutela. Dessa forma, chegou-se a conclusão que o respeito à segurança jurídica e, por conseguinte, à coisa julgada é forma de expressão do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, o princípio da segurança jurídica, assim como a garantia da coisa julgada, por não ser absolutos, devem ser sopesados quando da análise conjunta com outros princípios de igual estatura.

Desta feita, o caráter absoluto da imutabilidade da coisa julgada, que antes representava a plena garantia da segurança jurídica, não mais condiz com os atuais questionamentos relativos ao tema, mormente àqueles que dizem respeito à decisão judicial transitada em julgado que viola à Constituição, pois, em casos tais, necessária se faz a relativização da coisa julgada, visando a privilegiar valores, como o da justiça, entendida neste trabalho como compatibilidade com a Lei Maior.

Sob este aspecto, foi abordada a questão da constitucionalidade das decisões judiciais e dos efeitos da inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, pois, conforme demonstrado, supremacia da Constituição impõe o controle de constitucionalidade de atos de todos os poderes, inclusive, do Judiciário, haja vista não estarem imunes à necessária compatibilidade com a Lei Maior.

Assim, diante da importância que a Constituição assume na sistematização do ordenamento jurídico, destacou-se que a validade de uma norma ou de um ato emanado pelo Poder Público condiciona-se à sua compatibilidade com a Constituição. Desse modo, o constituinte originário criou mecanismo por meio do qual se controla os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição Federal, o chamado controle de constitucionalidade, que no Brasil opera-se de modo difuso e concentrado.

Seja no exercício do controle difuso ou concentrado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade adotou a teoria da nulidade, isto é, a decisão que declara a inconstitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público produz efeitos *ex tunc*. Trata-se, em verdade, de decisão declaratória de uma situação pré-existente, pois o ato inconstitucional carrega consigo um vício congênito que o invalida desde a origem. Assim, é ato nulo a sentença transitada em julgado que viola a Constituição. Trata-se, pois de caso de nulidade e não de inexistência, haja vista a sentença ter sido proferida em processo regular, presentes todos os pressupostos de existência, mas ausente um dos requisitos de validade do processo, qual seja, sua conformidade com a Constituição.

Nesse sentido, se a sentença prolatada em desconformidade com o texto constitucional torna-se irrecorrível, temos a formação da coisa julgada inconstitucional, que

nada mais é que uma sentença incompatível com a Constituição Federal com trânsito em julgado. Deve-se ressaltar, contudo, que apesar de ser sentença de mérito, não há formação de coisa julgada material, mas apenas formal.

Portanto, as decisões definitivas de mérito do STF, no exercício do controle concentrado, autorizam a rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado, pois a proposta de relativização da coisa julgada visa a possibilitar a revisão de uma decisão que afronte a Constituição, tendo em vista a supremacia da Lei Maior e a premente necessidade de manter-se a harmonia do ordenamento jurídico.

Assim, a relativização da coisa julgada inconstitucional tem como ponto fulcral a discussão acerca da ponderação entre o princípio da segurança jurídica e da supremacia da Constituição. Todavia, conclui-se que a segurança não pode representar óbice à concretização da proposta ora apresentada, podendo a sentença inconstitucional ser impugnada mesmo depois do trânsito em julgado.

Estabeleceu-se as decisões definitivas de mérito do STF no exercício do controle de constitucionalidade como critério de identificação da coisa julgada inconstitucional. Ademais, elencamos cinco espécies de sentenças inconstitucionais, a saber: (a) sentença que determina a aplicação de lei inconstitucional; (b) sentença que afasta a aplicação de lei compatível com a Constituição, sob pretexto de sua inconstitucionalidade; (c) sentença que ofende diretamente a Constituição Federal; (d) sentença que dá à lei interpretação incompatível com a Constituição e (e) sentença em decorrência de ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Tendo em vista, portanto, a ocorrência de alguma dessas situações é facultada ao prejudicado a utilização de meios de impugnação hábeis a desconstituir a sentença violadora da Lei Maior. Assim, passou-se à fase final do presente trabalho, qual seja, a apresentação dos remédios processuais adequados a tarefa impugnatória. Para tanto, foram demonstrados os meios de impugnação atualmente existentes e comumente aceitos pela doutrina e jurisprudência.

De início, apresentou-se a ação rescisória, suas vantagens e seu principal óbice quando se trata de coisa julgada inconstitucional: o biênio decadencial para a propositura da ação. Em seguida, foram analisados os embargos à execução e a impugnação de sentença, destacando a possibilidade expressa do seu manejo para tal desiderato. Examinou-se, ainda, a

exceção de pré-executividade e a ação declaratória de nulidade da sentença, como forma de subsistência da *querela nullitatis insanabilis*.

Ao final, foi apresentada uma proposta de ação rescisória adaptada, como tentativa de adequar meio de ataque já existente à impugnação da sentença inconstitucional. O cerne da proposta consiste no afastamento do prazo decadencial na hipótese de violação à Constituição, uma vez que o vício de inconstitucionalidade é insanável e inconvalidável com o decurso do tempo.

Assim sendo, a polêmica questão mostra-se atual e relevante, merecendo especial atenção dos juristas pátrios no combate aos atos judiciais que afrontam à Constituição da República. Nesse sentido, a investigação acerca do tema que ora se apresentou buscou analisar as mudanças que aos poucos vão dando nova roupagem ao processo, tornando-o mais dinâmico na busca da verdade e da justiça em suas decisões. Não se espera, portanto, com este breve estudo, trazer uma “nova coisa julgada”, mas apenas contribuir para o debate que lança novo olhar sobre o instituto na tentativa de compatibilizá-lo com a Constituição e com os anseios, sempre prementes, na sociedade, de busca pela Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. A Relativização da Coisa Julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 127-197.

BEZERRA, Francisco Antonio Nogueira. *Impugnação da Coisa Julgada Inconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 283-300.

_____. *Relativização da Coisa Julgada Material*. Disponível em <http://www.unipli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/Laura_/Leonardo/relativizacao_coisajulgada.pdf>. Acesso em 29 abr. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa Julgada Inconstitucional: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2009.

COUTURE, Eduardo. *Mandamentos do Advogado*. Disponível em: <www.direitoemdebate.net>. Acesso em: 14 abr. de 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 4. ed. Salvador: Jus Pudivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 55-56, ano 30, São Paulo: Centro de Estudos da PGESP, jan./dez. 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.869, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. In NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto. (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 87-103.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIANI, José Alexandre Manzano. Impugnação da sentença transitada materialmente em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou declaratória de inexistência? In: *Revista de Processo*, n. 112, ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2003, p. 221-239.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. In: *Revista de Processo*, n. 112, ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2003, p. 23-32.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.

_____. *Variações sobre Justiça (I)*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 4 ago. 2001. Disponível em <http://home.comcast.net/~pensadoresbrasil/MiguelReale/variacoes_sobre_a_justica.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2003, p. 77-126.

_____. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 161-194.

VOGAS, Rosíris Paula Cerizze. *Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2109, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12597>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidade do Processo e da Sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 301-330.

_____. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O impacto do exame pericial de DNA sobre a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade*. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10079>. Acesso em 10 abr. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

_____. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 331-344.