



Thiago Mendonça Mafra

Tema: A coisa julgada inconstitucional

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do grau de pós-graduado em Direito
Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de
Direito Público - IDP

Brasília - DF

2013

RESUMO

A pesquisa tem como objeto investigar a possibilidade de reanálise de questões encobertas sobre o manto da coisa julgada em razão de posterior inconstitucionalidade no Estado Constitucional, levando em consideração o princípio da segurança jurídica. Utilizou-se a técnica dogmática-instrumental para identificar os conceitos principais para a pesquisa, quais sejam a segurança jurídica, a coisa julgada, e os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade no controle de constitucionalidade concentrado. Pretende-se responder a pergunta sobre a possibilidade de desconstituição da coisa julgada com base em legislação posteriormente declarada inconstitucional. Identificou-se que a segurança jurídica no Estado Constitucional representa a garantia dos direitos fundamentais, superando o previsto no Estado de Direito que a tem como garantidora de estabilidade e previsibilidade nas relações sociais. Delimitou-se a garantia à coisa julgada no ordenamento jurídico tanto na seara infraconstitucional, quanto na seara constitucional, sendo que, no primeiro caso, verifica-se a imutabilidade da sentença, enquanto na última se impõe limite à retroatividade das leis. Com breve passagem pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade percebeu-se a tendência à flexibilização da teoria da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, que tem como consequência a possibilidade de desconstituir a coisa julgada guiando-se pelo princípio da proporcionalidade. Após, verificou-se que a relação da segurança jurídica com a coisa julgada é mais próxima de preservá-la como garantia constitucional do que como instrumento de previsibilidade e estabilizador das relações sociais, característica ligada ao princípio da irretroatividade de lei nova. Ao final trouxe-se a conhecimento as manifestações de quem de direito na discussão sobre a possibilidade de desconstituição de coisa julgada, alvo de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Estado Constitucional, Segurança Jurídica, Coisa julgada, Coisa julgada inconstitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1. ESTADO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA	6
1.1. Supremacia da Constituição	6
1.1.1. <i>Origem e estruturação do poder estatal</i>	6
1.1.4. <i>A Supremacia da Constituição no contexto do Estado Constitucional</i>	7
1.2 Segurança Jurídica	11
1.2.1 <i>Concepção material da segurança jurídica</i>	13
1.2.2 <i>O princípio da constitucionalidade como fundamento de validade</i>	16
1.2.3 <i>Rigidez e mobilidade da Constituição</i>	17
2. COISA JULGADA	200
2.1 Coisa julgada no Código de Processo Civil	20
2.2 Coisa julgada na Constituição Federal	23
2.3 Coisa julgada material e formal	25
2.4 Coisa Julgada com vício de inconstitucionalidade	27
3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	300
3.1. Controle abstrato de constitucionalidade	300
3.1.2. <i>A nulidade da norma declarada inconstitucional</i>	33
3. 2. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade	35
3.3 Vias de desconstituição	36
3.3.1 <i>Ação Rescisória</i>	36
3.3.2 <i>Embargos à execução</i>	38
3.4. A Coisa julgada inconstitucional no Supremo Tribunal Federal	39
CONCLUSÃO	47

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a análise da possibilidade de desconstituição da coisa julgada quando a decisão judicial encontrar fundamentação em legislação posteriormente declarada inconstitucional. Para tanto, serão delineados os pilares conflitantes do ordenamento jurídico em tal caso, quais sejam, a segurança jurídica garantida pelo trânsito em julgado de decisão judicial, bem como o controle de constitucionalidade abstrato que compete ao Supremo Tribunal Federal – STF.

O que justifica o presente estudo é o interessante conceito de segurança jurídica, fundamento paradoxalmente utilizado tanto para a tese de possibilidade quanto para a de impossibilidade de desconstituição de decisão que fez coisa julgada.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXVI que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o que levou os juristas a crerem, até recentemente, que a sentença transitada em julgado, contra a qual não coubesse mais recurso, era revestida de imutabilidade, ainda que contrária à Constituição Federal, somente sendo possível sua rescisão apenas nos estritos limites da ação rescisória.

Todavia, com a Constituição de 1988, ocorreu uma inclinação pela doutrina, seguida pela jurisprudência, no sentido de se admitir o Estado Constitucional como alternativa ao Estado de Direito clássico.

O Estado Constitucional tem como características preponderante a garantia dos direitos fundamentais e controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Assim, surge situação de possibilidade de decisão que fez coisa julgada com base em legislação posteriormente declarada inconstitucional, o que colocaria os pilares do Estado Constitucional em aparente conflito.

Objetiva-se demonstrar que no Estado Constitucional a garantia da coisa julgada não configuraria, necessariamente, segurança jurídica, visto ser contraditório se falar em segurança jurídica proveniente de decisão fundamentada em legislação contrária à Constituição Federal.

A pesquisa segue a linha dogmático-jurídica e utiliza das técnicas bibliográfica e de levantamento, com análise da doutrina e dos diplomas aplicáveis, bem como da discussão a respeito do tema, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo irá explorar a fundamentação teórica necessária e se divide em dois tópicos, um para tratar o conceito de Supremacia da Constituição e outro para delinear o conceito de segurança jurídica, apresentando sua concepção material e relação com a Lei Maior.

Após a base conceitual, no segundo capítulo, adentra-se no conceito da coisa julgada e como encontra proteção na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, partindo para a análise do problema da coisa julgada com vício de inconstitucionalidade.

A seguir, o terceiro capítulo enfrentará a questão da coisa julgada inconstitucional com base no controle de constitucionalidade, os efeitos de declaração de inconstitucionalidade e as possibilidades de desconstituição da coisa julgada.

Por fim, far-se-á breve análise da discussão sobre a constitucionalidade de dispositivos que preveem a possibilidade de relativização da coisa julgada, em curso no Supremo Tribunal Federal.

1. ESTADO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA

1.1. Supremacia da Constituição

Para que se discorra sobre a forma como figura a Constituição no ordenamento jurídico pátrio, é apropriado tecer breves comentários sobre a ascensão do Diploma maior ao posto máximo da ordem jurídica.

1.1.1. Origem e estruturação do poder estatal

O *poder*, em seu sentido amplo, tem origem inalcançável, uma vez que decorre de qualquer relação social entre dois homens. Conveniente trazer a lição do mestre Miguel Reale¹ quando constata, em artigo a respeito de poder e direito, que ambos têm origem no início da vida em conjunto de seres humanos. Ainda, constata que o poder não é conceito *empírico secundário*, resultante da experiência social, mas sim primário, pois condiciona o início de qualquer forma de coletividade.

No mesmo sentido, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior² constata a dificuldade de isolamento do fenômeno do poder, diante de sua irredutibilidade. Continua, a discorrer sobre o núcleo essencial do poder, dizendo:

“É impossível adotar o que há de mais central – e oculto – *em seu processo*. Mas dizer-lhe o núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa, que nos assalta a cada passo com uma descoberta adolescente. Por isso, o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, na vitória, na resistência, e até na fraqueza e no despreparo.”

¹ REALE, Miguel. *Espaço – tempo e cultura*. in TÔRRES, Heleno Távora (coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005. p. 110,

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

Das lições acima, forçoso concluir que o poder é um fenômeno que pode se expressar de diversas formas em razão de seu caráter multifacetado, seja no ambiente familiar, seja na sociedade ou em relações de emprego.

Os indivíduos, diante das angústias e riscos do estado de natureza, e para preservar seus bens e obter proteção à suas vidas, instituem poder soberano comum incumbido de proteger a existência e o desfrute da propriedade, havendo por contrapartida, de entregar seus amplos direitos, dos quais dispunham no estado de natureza.³

1.1.2. A Supremacia da Constituição no contexto do Estado Constitucional

Ainda na base clássica, a noção de Estado de Direito começou a tomar forma. Seja no *Rule of Law* inglês, ou no *Etat legal* francês, ou ainda no *Rechtsstaat* alemão, é evidente que cada Estado, na sua forma, procura estabelecer alicerces para a juridicidade estatal. O poder político, ao estabelecer o direito, passa a ser limitado por sua própria criatura.⁴

O Professor José Afonso da Silva⁵ leciona que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”

No entanto, após a Segunda Grande Guerra se observa mais claramente a aproximação dos conceitos de constitucionalismo e de democracia, gerando “uma nova forma

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco*. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47

⁴ FERNANDES, *Neoconstitucionalismo*, cit., p. 146.

⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

de organização política, que atende por diversos nomes: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático”.⁶

Professor Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes muito bem define Constituição como “criatura do Poder Constituinte”, incumbida de gerar e organizar os poderes (constituídos) do Estado, sendo, portanto, superior a eles.

No Estado Democrático de Direito, seguindo a ideia de limitação do Poder político do Estado e do primado da lei, há a preocupação constante com a garantia da Supremacia da Constituição como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade. Nesse sentido, os sistemas jurídicos, em sua maioria, buscam assegurar mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público.⁷

Nesse sentido, tem-se que a Constituição é norma fundamental, portanto, é nela que se busca o fundamento de validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico, devendo todas elas guardar compatibilidade com a Lei Maior, o ápice da pirâmide de Kelsen⁸, sob pena de não alcançarem validade.⁹

O Estado Constitucional é baseado na defesa da eficácia da Constituição, na necessidade do reconhecimento dos princípios como legítimos e, portanto, aplicáveis, a

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Boletim de Direito Administrativo. Ano XXIII, no. 1. São Paulo: Editora NDJ, jan-2007, p. 21.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, jul/set 2001. P. 542.

⁸ Vide: Regina Macedo Nery Ferrari descreve a pirâmide de Kelsen: “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.” (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.41.)

⁹ FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2003.

necessidade de desenvolvimento de novos mecanismos para sua concretização. Ainda, na busca pelo comprometimento dos juristas na constitucionalização do direito infraconstitucional.¹⁰

A nova hermenêutica exigida pelo Estado Constitucional é um dos instrumentos para a aproximação do Direito aos valores morais, que traz uma conseqüente aproximação entre a Constituição e da realidade por meio de seus princípios fundamentais.¹¹

A proposta do Estado Constitucional consiste na migração dos valores compartilhados na sociedade para o Direito, materializando-os em princípios, que passam a compor a Constituição de maneira explícita ou implícita.¹² O reflexo de tais valores na Lei Maior é ilustrado pela supramencionada metáfora, segundo a qual a Constituição retrata o momento do poder político.

Para ser qualificado como Estado Constitucional de Direito, o Estado “deve ser um Estado de direito democrático” contendo duas grandes qualidades, quais sejam, Estado de Direito e Estado Democrático. Logo, o Estado Constitucional “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”¹³

Diante do deslocamento da superioridade da legislação para a superioridade da Constituição, da reserva da lei para a da Constituição e do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade, evidencia-se a mudança dos ordenamentos

¹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>. Acesso em: 10/09/2011.

¹¹ BARROSO, *Neoconstitucionalismo*, cit., p. 21.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Temas de direito constitucional – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28-29.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93.

jurídicos dos sistemas democráticos, com a Constituição no topo destes, o que resulta na inclinação para a terminologia Estado Constitucional – e não mais Estado de Direito.¹⁴

Faz-se, portanto, imperioso que o juiz seja mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁵ devendo, segundo a lição do Ministro Luís Roberto Barroso, exercer função não meramente de conhecimento técnico, mas de “co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.¹⁶

O magistrado acrescenta ainda que a ponderação de normas, bens ou valores há de ser levada em conta pelo intérprete para que possa fazer concessões recíprocas, preservando ao máximo cada um dos interesses em disputa; proceder à escolha do direito que prevalecerá, em concreto, em obediência à vontade constitucional.¹⁷

Ressalta que o processo hermenêutico constitucional deve estar aberto a novas considerações e inovações para não se tornar um sistema fechado e estático. É necessário que se encontrem dentro da Constituição diferentes possibilidades como instrumentos que venham a garantir os direitos da minoria, o equilíbrio justo e razoável entre os interesses e, ainda, a sua própria conservação.¹⁸

¹⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho* n. 23. Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 61.

¹⁵ Montesquieu. Extraída a referência do “Curso Introdutório de Ciência Política” elaborado pelo Professor Cleber Fernandes Pessoa. Disponível no endereço eletrônico a seguir: <http://olibat.web139.f1.k8.com.br/documentos/Apostila%20Cleber%20Pessoa%20120.pdf>, acesso em 24/09/2011.

¹⁶ BARROSO. *Neoconstitucionalismo*. cit., p. 21

¹⁷ BARROSO, *Neoconstitucionalismo*, cit., p. 21.

¹⁸ BARROSO, *Neoconstitucionalismo*, cit., p. 21.

Não obstante a necessidade de adequação aos anseios sociais da Constituição, esta tem a função de restringir o poder do Estado ante o indivíduo, visando garantir a paz social e a estabilidade nas relações decorrentes da vida em sociedade.

Desta forma, a Lei Maior deve ser respeitada, já que ocupa o ápice da pirâmide jurídica¹⁹. Assim, a segurança jurídica proveniente de decisão judicial transitada em julgado que for fundamentada em legislação que vá de encontro à Constituição configura tentativa de predominância do interesse do particular sobre o da sociedade, não podendo jamais prosperar.

1.2 Segurança Jurídica

Segundo a lição de Professor José Afonso da Silva²⁰ “a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: (i) segurança como garantia; (ii) a segurança como proteção dos direitos subjetivos; (iii) a segurança como direito social e (iv) a segurança por meio do direito”.

Sobre o primeiro tipo, o autor narra que “o caput do art. 5º fala em inviolabilidade do direito[...] a segurança que a pesquisa nos seus incisos revela tratar-se de um conjunto de garantias, natureza que, aliás, ínsita no termo segurança”²¹. Pode-se constatar, segundo a análise transcrita e de acordo com a Constituição Federal e a legislação nacional, que o autor se refere à segurança de inviolabilidade do domicílio, à inviolabilidade da intimidade,

¹⁹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes.

²⁰ SILVA, José Afonso. *Constituição e segurança jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e segurança jurídica-direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

²¹ SILVA, *Constituição*. cit., p. 17.

das correspondências; segurança à integridade física e psicológica da criança, do idoso, das mulheres –reforçada pela entrada em vigor da Lei Maria da Penha.

Em relação ao segundo tipo, diz que a segurança de direito “se refere à proteção do direito objetivo, à sua positividade; exige o seguro conhecimento das normas jurídicas [...]”²². Veja-se que aqui o autor se refere ao dever do Estado e da sociedade em garantir “a estabilidade dos direitos adquiridos”.²³

Relevante recordar o inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna que prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.²⁴

O terceiro tipo – segurança como direito social – diz que a “segurança social significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas”²⁵. Note-se que a previsão de Seguridade Social constante do artigo 201 da Constituição ilustra tal preocupação.

O quarto e último tipo – segurança por meio do direito – diz respeito a dois tipos de segurança, segundo “a segurança do Estado, que se refere às condições básicas de defesa do Estado e à segurança das pessoas, que se refere à manutenção da ordem pública contra o crime em geral”.²⁶

Por defesa do Estado, entende-se se tratar da defesa da soberania nacional, de defesa da pátria – do território, contra ameaça estrangeira, não da questão geopolítica, da defesa

²² SILVA, *Constituição*. cit., p. 19.

²³ SILVA, *Constituição*. cit., p. 19.

²⁴ Constituição da República, Brasil.

²⁵ SILVA, *Constituição*. cit., p. 23.

²⁶ SILVA, *Constituição*. cit., p. 24.

das instituições democráticas de interesse da sociedade como um todo. Já como segurança das pessoas, o autor em comentário destaca duas vertentes, sendo estas “a segurança pública”, que garante os nacionais contra eventuais “ataques criminosos de outros indivíduos privados”, e “as garantias penais”, as quais “protegem a pessoa contra arbitrariedades de agentes públicos”.²⁷

1.2.1 Concepção material da segurança jurídica

É de se observar que a segurança jurídica é frequentemente vista sob duas perspectivas: a objetiva, baseada na certeza e na previsibilidade do ordenamento; e a subjetiva que tem base na proteção e confiança das expectativas legítimas do indivíduo.²⁸

Dentro da perspectiva objetiva, sob o prisma formal, a segurança é representada pela positividade do Direito, ou seja, pela regulação estatal por meio do Direito – com a função de garantir a harmonia social e compor os conflitos – enquanto que sob a concepção material, a ideia de uma segurança tão-somente preocupada com a previsibilidade na solução dos conflitos pautados no ordenamento jurídico estritamente formal está ultrapassada, por não ter como objetivo principal a proteção aos direitos fundamentais.²⁹

Muito embora a limitação do poder estatal seja fundamental para que se fale em segurança jurídica, não se pode olvidar da proteção aos direitos fundamentais. Cumpre frisar que o poder estatal não pode significar ameaça ao Estado Constitucional, mas sim apoio, já que é necessário que as atividades do Legislativo e do Judiciário estejam em consonância e voltadas para o mesmo fim – a proteção dos direitos fundamentais.³⁰

²⁷ SILVA, *Constituição*. cit., p. 26.

²⁸ DERBLI, Felipe. *Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade*. Revista Ciências Sociais, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v.10, n.1-2, p.109.

²⁹ DERBLI, *Segurança*. cit., p.110.

³⁰ DERBLI, *Segurança*. cit., p.110.

Nas palavras de Paulo Bonavides, “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, [...] a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero e as regras e princípios a espécie”.³¹

Para que ocorra o reconhecimento da normatividade da Constituição – em especial os princípios constitucionais – exige-se do Estado o respeito à Constituição e não somente à lei.

Segundo se extrai da Lei Maior, a segurança jurídica pode ser entendida em um sentido amplo, no qual assume sentido de garantia, proteção e estabilidade de situação, e num sentido estrito, no qual assume também sentido de garantia, proteção e estabilidade, mas aqui em relação ao negócio jurídico. Adotando-se o sentido estrito, como consequência básica, tem-se a certeza de que as partes na relação jurídica com a qual se envolveram se manterá estável, ainda que se modifique a base legal que regeu seu estabelecimento.³²

Frise-se que a concepção material de segurança jurídica inclui um sentido funcional que é “a certeza de que as normas, formuladas de modo hipotético, serão aplicadas às situações de fato concretas com respeito absoluto aos seus preceitos e sem variações de critério para a solução de casos similares”, o que significa que as normas não de ser corretamente aplicadas pelos órgãos responsáveis que devem adequá-las ao caso concreto. A ponderação da norma em no caso concreto não pode ser tida como ameaça à segurança jurídica,

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 288.

³² SILVA, *Constituição*. cit., p.17.

já que se afigura como possibilidade de interpretação da norma, não ameaçando, mas sim completando a segurança jurídica em sua concepção material.³³

Na prática, a segurança jurídica material obedece aos requisitos fundamentais de obediência ao princípio da igualdade, o que significa que casos semelhantes devem ser resolvidos de forma semelhante, bem como a necessidade de motivação da decisão, a fim de que se evite a arbitrariedades.³⁴

Não se pode confundir o citado princípio com o da legalidade e com o da irretroatividade das leis. Isto porque àquele engloba os outros dois e, sem óbice, os últimos podem ser afastados para a correta aplicação do primeiro.³⁵

Isto porque o a segurança jurídica tem conteúdo próprio, não se limitando à estrita legalidade. A segurança jurídica pode ser contrária à interpretação literal da lei para garantir direito fundamental envolvido no caso concreto.³⁶

Ainda, consoante acima narrado, é evidente que o princípio da irretroatividade contribui com a segurança jurídica. Veja-se que o supratranscrito artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, demonstra que a proibição da incidência de lei nova sobre os efeitos pendentes de ato jurídico praticado antes do início da sua vigência, garantindo, deste modo, as expectativas dos cidadãos.³⁷

³³ DERBLI, *Segurança*. cit., p. 114.

³⁴ DERBLI, *Segurança*. cit., p. 114.

³⁵ DERBLI, *Segurança*. cit., p. 119.

³⁶ DERBLI, *Segurança*. cit., p. 120.

³⁷ DERBLI, *Segurança*. cit., p. 122.

Assim, tem-se que a segurança jurídica contribui para a proteção dos direitos fundamentais delineando a necessidade de previsões legais de exceções ao princípio da irretroatividade objetivando protegê-los quando o alcance retroativo for benéfico, bem como evitar o que o alcance seja desproporcional.³⁸

1.2.2 O princípio da constitucionalidade como fundamento de validade

Acompanhou-se acima a inclinação pelo regime Constitucional Democrático em sucessão ao Estado de Direito. Nesse sentido, tem-se a sucessão também do princípio da legalidade pelo da constitucionalidade como fundamento de validade da segurança jurídica. No Estado de Direito, não se admite avaliação do justo no caso concreto, pois de acordo com o princípio da legalidade, a norma é válida por figurar no ordenamento jurídico, por ter sido posta lá por autoridade competente.³⁹

Já no Estado Constitucional, a validez da norma e, por consequência lógica, também das decisões, há de estar em consonância com os princípios constitucionais, não dependendo somente da forma. Nesse sentido, pode-se dizer que no Estado Constitucional a Constituição disciplina mais do que somente a forma de produção legislativa, vez que impõe ao Legislativo, em relação ao conteúdo normativo, obrigações, referentes principalmente aos direitos sociais, e proibições, relacionadas aos direitos de liberdade, atinentes ao conteúdo.⁴⁰

Mutatis mutandis, diante do processo de constitucionalização, o princípio da legalidade deve passar por uma necessária releitura, já que as leis cedem lugar às normas constitucionais que passam a protagonizar o papel de unificação do sistema. Assim, vê-se que

³⁸ DERBLI, *Segurança*. cit., p. 124-125.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Pasato Y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 15.

⁴⁰ FERRAJOLI, *Pasato*. cit., p. 18.

a legalidade não supre adequadamente a exigência de concretização da Constituição, como forma de limitação do poder estatal, por ser mais inclinada ao formalismo e menos aos ideais de garantia dos direitos fundamentais.⁴¹

Pode-se entender ainda que o princípio da legalidade se encontra atualmente contido no princípio da juridicidade ou constitucionalidade, pois este traduz com maior fidelidade a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico. Diante do princípio da constitucionalidade, o Poder Legislativo perde a soberania para a Constituição, para que o juiz possa aplicá-la num processo criativo-interpretativo, diante de um caso concreto que exija ponderação entre direitos fundamentais, o que se faz necessário ante a velocidade de informações na sociedade pluralista que exige maior agilidade na satisfação dos interesses e direitos constitucionalmente protegidos.⁴²

É preferível, portanto, que o julgador decida em consonância com os preceitos constitucionais, de modo que a criação do Direito não dependa exclusivamente do Poder Legislativo, ideia que reforça a função normativa das Constituições.⁴³

1.2.3 Rigidez e mobilidade da Constituição

Ressaltada a ideia de supremacia da Constituição, cumpre lembrar que conforme mencionado anteriormente, a Lei Maior representa o contexto social e político em determinado momento, de modo que sua atualização é constante e necessária.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa*. In: VIERA, José Ribas (Org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 56.

⁴² OLIVEIRA, *Neoconstitucionalismo*. cit., p. 58.

⁴³ OLIVEIRA, *Neoconstitucionalismo*. cit., p. 65.

Nesse sentido, conveniente lembrar que a rigidez da Lei Maior é atributo ligado intimamente ao princípio da supremacia da Constituição. A superioridade da Constituição no conjunto de normas do ordenamento jurídico “se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu”. [...] “Tal rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais.”⁴⁴

É necessário que haja coordenação entre rigidez e mobilidade para que ambas possam exercer seu papel, de modo que a rigidez não deve se opor ao movimento e ao progresso e a mobilidade não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias.⁴⁵

É de suma importância o reflexo da sociedade na Constituição, posto que identifica a possibilidade de realização dela, já que a validade da Constituição se relaciona com sua capacidade de influenciar e motivar a conduta humana.

A força normativa da Constituição está condicionada pela “vontade atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”. Há de refletir os anseios sociais. A realidade e a Constituição são condição *sine qua non* para a concretização dos valores constitucionais para que se possa admitir que a segurança jurídica depende da conformidade do caso concreto com a Constituição.⁴⁶

⁴⁴ MENDES, *Curso. cit.*, p. 72

⁴⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 45.

⁴⁶ HESSE, *Elementos. cit.*, p. 50.

Para que se possa falar em segurança jurídica no Estado Constitucional, cumpre ressaltar que uma situação jamais seria aceita como ‘realidade constitucional’ se contrária o conteúdo da Constituição, haja vista que isso significaria contradição à identidade do povo, às suas experiências históricas, às esperanças e aos desejos para o futuro.⁴⁷

Restando delineado que a Constituição é o ordenamento fundamental do Estado e da sociedade, que essa Lei Maior possui validade jurídica formal de natureza superior, cria a estabilidade que limita e racionaliza o poder do Estado e da sociedade⁴⁸, cumpre ressaltar a importância da segurança jurídica – aliada à garantia da coisa julgada – como princípio norteador da concretização da Constituição, haja vista seu efeito estabilizador.

Estabelecidos os conceitos do Estado Constitucional e da Segurança Jurídica, há base sólida para adentrar a questão da coisa julgada, por meio de conceituação e previsão, tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Civil, para que se possa adentrar o problema da coisa julgada que padece de vício de inconstitucionalidade, o que se fará a seguir.

⁴⁷ HESSE, *Elementos*. cit., p. 51.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libro/libro.htm>. Acesso em : 23.10.2007.

2 COISA JULGADA

A expressão *coisa julgada* deriva da equivalente latina *res judicata* que é instituto que guarda relação próxima com o princípio da segurança jurídica. Tal princípio se funda em dois conceitos, quais sejam, (i) o da estabilidade e (ii) o da previsibilidade das decisões dos poderes públicos.⁴⁹

Conforme a lição do professor José Afonso da Silva, anteriormente mencionada, a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica sendo a segurança como garantia, como proteção dos direitos subjetivos, como direito social e segurança por meio do direito.⁵⁰

Para o presente trabalho, cumpre discorrer sobre a coisa julgada, a segurança jurídica como proteção dos direitos subjetivos, que assegura constitucionalmente a certeza de que as relações realizadas sob uma norma devem perdurar ainda que tal norma seja substituída por outra nova, e a proteção conferida pela segurança jurídica, neste caso, trata especialmente da sucessão de leis no tempo.⁵¹

2.1 Coisa julgada no Código de Processo Civil

De acordo com o Código de Processo Civil pátrio, “denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a

⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

⁵⁰ SILVA, *Constituição*. cit., p. 17.

⁵¹ SILVA. *Constituição*. cit., p. 19.

recurso ordinário ou extraordinário”⁵², atribuindo-se assim força de lei à sentença “nos limites da lide e das questões decididas”.⁵³

Observa-se que a condição de coisa julgada é atribuída por lei processual que torna a sentença impassível de modificação. Já de acordo com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁵⁴, especificamente o artigo 6º, § 3º “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”, o que faz notar a imprecisão da antiga Lei de Introdução ao Civil – LICC – por não distinguir os aspectos formais e materiais atinentes à sentença.

O Código de Processo Civil, posterior à Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, revê em seus artigos 467 e seguintes, o conceito de coisa julgada trazido por esta para esclarecer que somente a sentença de mérito constitui coisa julgada.

Pontes de Miranda diz que a sentença “é a prestação estatal, com que o juiz solve a obrigação do Estado de decidir a questão quanto à aplicação do direito, ainda que controvertido, declarando, constituindo, condenando, emitindo mandamento, ou executando”.⁵⁵

No Direito Processual, a coisa julgada estende ou projeta os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Importante frisar que a coisa julgada diz respeito à segurança extrínseca das relações jurídicas, o que a difere da preclusão, que diz respeito à segurança intrínseca do processo. Assim, tem-se que a coisa julgada garante a impossibilidade

⁵² Código Processo Civil, artigo 467.

⁵³ Código Processo Civil, artigo 468.

⁵⁴ Nova redação dada à “Lei de Introdução ao Código Civil” pela Lei nº 12.376, de 2010.

⁵⁵ Apud NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48.

de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão, enquanto a preclusão assegura a irreversibilidade, no processo, das situações jurídicas ali cristalizadas.

O instituto da preclusão se traduz na perda do direito de praticar determinado ato processual pela inércia de uma das partes durante o prazo para tal ato, extinguindo uma faculdade ou poder no processo.⁵⁶ A eficácia preclusiva, no entanto, fica restrita ao interior do processo se a coisa julgada for formal, porém se formar coisa julgada material, o efeito preclusivo projeta-se para fora do processo.⁵⁷

Diz a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, que, segundo Liebman, a autoridade da coisa julgada seria um acréscimo na estabilidade dos efeitos inerentes a sentença. Portanto, a autoridade da coisa julgada não seria efeito da sentença, mas a qualidade de imutabilidade que se agrega ao comando da sentença ou da solução da lide para determinada situação.⁵⁸

Observa-se, neste ponto, que o conceito de coisa julgada constante do Código de Processo Civil não é exatamente aquele proposto por Liebman, que via na autoridade da coisa julgada uma qualidade da sentença e dos seus efeitos, uma vez que define a eficácia da sentença como autoridade da coisa julgada.⁵⁹

Cumprido transcrever breve comentário que ilustra a pertinente crítica feita por Paulo Roberto de Oliveira Lima a respeito da definição acima, quando diz que “se um artista

⁵⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p. 38.

⁵⁷ Apud NASCIMENTO, *Por uma teoria*. cit., p. 77.

⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio, apud ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 185.

⁵⁹ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

produz uma escultura bela, aberrada da lógica dizer-se que a beleza da escultura, por ser uma qualidade, não é resultado do trabalho do artista”.⁶⁰

A imutabilidade não é efeito ou complementação da sentença, mas somente atributo dos efeitos originais do julgado.

Assim, continuando a lição de Teresa Wambier, interpretando Liebman, “a coisa julgada não pode ser vista como um efeito autônomo da sentença, mas sim, indica a forma como certos efeitos exteriorizam a sua força, a sua autoridade.”⁶¹

2.2 Coisa julgada na Constituição Federal

A Constituição da República prevê expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 5º, inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Luís Roberto Barroso entende que a intangibilidade da coisa julgada está consagrada na Constituição Federal, e se encontra sob a proteção do art. 60, § 4º, da Constituição Federal que prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda que tende a abolir os direitos e as garantias individuais⁶². Com o acréscimo da doutrina de Leonardo Greco tem-se ainda que a coisa julgada é garantia fundamental do processo, extraída do artigo 5º da Constituição Federal, relacionando a coisa julgada com o princípio da segurança jurídica.⁶³

⁶⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 16.

⁶¹ WAMBIER, *O dogma*. cit., p. 19.

⁶² BARROSO. *Fundamentos*. cit., p. 50.

⁶³ Apud SIQUEIRA, *A coisa*. cit., p. 46

A Constituição atribui instituto da coisa julgada à prestação jurisdicional como o principal objetivo de eliminar conflitos, trazer estabilidade às relações humanas e conferir solução final às controvérsias. Ainda que a prestação jurisdicional não tenha chegado a um resultado justo, é importante que a controvérsia judicial adquira a qualidade de coisa julgada.⁶⁴

Em contrapartida, Humberto Theodoro Júnior afirma que a intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem base constitucional, mas advinda de legislação ordinária – o Código de Processo Civil.⁶⁵

Segundo Humberto Theodoro Júnior, o legislador constituinte preocupou-se apenas em “pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica, objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados” e que, portanto, trata-se de tema de direito intertemporal, consagrando-se o princípio da irretroatividade da lei nova.⁶⁶

Continua assinalando que “a regra do art. 5º, XXXVI se dirige apenas ao legislador ordinário”, sendo sobre-direito, haja vista que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, impondo limites ao legislador para que não prejudique a coisa julgada.⁶⁷

Ainda que se debata se a intangibilidade da coisa julgada é princípio constitucional ou fora apenas mencionada na Lei Maior, pode-se concluir que a coisa julgada é

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori. Segurança jurídica e supremacia da Constituição: a ação rescisória em matéria constitucional. IN: MARTINS, Ives Gandra, ROSAS, Roberto, VELLOSO, Carlos M. da Silva (Org.). *Princípios constitucionais fundamentais*. São Paulo, Lex, 2005, p. 937.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa*. cit., p. 550.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa*. cit., p. 549.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa*. cit., p. 549.

elemento que guarda relação próxima com o princípio da irretroatividade da lei, obrigando a Constituição Federal a retirar do alcance de uma nova lei a coisa julgada⁶⁸. Ainda, faz-se notar a relação estrita entre a coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, essencial ao Estado Democrático de Direito e que reflete nas relações intersubjetivas a garantia da previsibilidade dos efeitos jurídicos advindos da regulação das condutas sociais.

Sem óbice, forçoso concluir que “a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença dada em contrariedade à Constituição Federal”, pois o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário.⁶⁹

2.3 Coisa julgada material e formal

Importante demonstrar a distinção entre a coisa julgada material e a coisa julgada formal para que se possa definir a extensão da imutabilidade da sentença. Segundo Liebman “a coisa julgada formal refere-se à imutabilidade da sentença enquanto ato processual e a coisa julgada material indica a mesma imutabilidade em relação ao conteúdo”.⁷⁰

Assim, tem-se que a imutabilidade ocorrida na coisa julgada formal restringe-se ao âmbito do processo no qual foi proferida, não impedindo que seja proferida nova decisão em outro processo sobre o tema. Já em relação à coisa julgada material, deve prevalecer a mesma decisão em processos distintos com o mesmo conteúdo.⁷¹

⁶⁸ WAMBIER, *O dogma*. cit., p.171.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa*. cit., p. 558.

⁷⁰ Apud SIQUEIRA, *A coisa*. cit., p. 81.

⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Janeiro-Fevereiro, v. 377, 2005, p.50.

Note-se que, em se tratando de coisa julgada formal, a decisão corresponde ao processo em que foi proferida, considerado o contexto fático que levou o julgador a decidir daquela forma, de forma que eficácia da decisão pode ser transitória, mesmo após esgotadas as vias recursais. Ademais, ambas as formas de coisa julgada – formal e material – possuem como característica comum a não impugnabilidade do conteúdo da decisão no processo na qual foi proferida. Não obstante, a coisa julgada material também possui imutabilidade fora da relação do processo.⁷²

Todas as sentenças formam a coisa julgada formal, todavia, somente as sentenças que adentram a demanda de mérito – seja para acolher ou para rejeitar – alcançam a coisa julgada material. Conclui-se, portanto, que a coisa julgada formal integra o percurso da decisão em direção à coisa julgada material, de forma que não podem ser considerados institutos distintos.⁷³

Outra conclusão possível é a de que a coisa julgada material não se afigura como efeito da sentença, nem tampouco como qualidade da mesma, representando situação jurídica inédita caracterizada por impossibilidade de alteração ou de discussão do conteúdo da decisão judicial.

Segundo a doutrina de Fredie Didier Júnior, para que a decisão judicial se torne revestida pelo instituto da coisa julgada material, há de preencher quatro requisitos, quais

⁷² SIQUEIRA, *A coisa*. cit., p. 83.

⁷³ DINAMARCO, *Relativizar*. cit., p. 36.

sejam: (i) ser decisão jurisdicional; (ii) versar sobre o mérito da causa; (iii) analisar o mérito em cognição exauriente; e (iv) ter ocorrido preclusão máxima (coisa julgada formal).⁷⁴

Assim, pode-se concluir que após a preclusão máxima – representada pela coisa julgada formal – a sentença adquire outra qualidade, que lhe expande a autoridade para além do processo no qual foi proferida, que é a coisa julgada material. O comando da decisão judicial adquire autoridade de coisa julgada, impedindo que seu conteúdo venha ser reexaminado em outro processo.⁷⁵

2.4 Coisa Julgada com vício de inconstitucionalidade

Merece atenção o caso da coisa julgada com vício de inconstitucionalidade, que ocorre no plano de validade, quando o conteúdo da sentença que transitou em julgado vai de encontro a princípios e regras constitucionais, o que culmina, necessariamente, com a sua desconstituição.

Segundo a lição de Pedro Siqueira o ato inconstitucional é eficaz, existente e inválido. Eficaz porque a coisa julgada gera efeitos mesmo que a lei que a embasou seja posteriormente declarada inconstitucional. Existente pois fez surgir a coisa julgada. Inválido porque face à contrariedade do conteúdo da coisa julgada à Constituição, no plano da validade, os efeitos da coisa julgada devem ser desconstituídos, sucumbindo diante da norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico.⁷⁶

⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: Obra recomendada para concursos públicos*. 4ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2004, p. 257.

⁷⁵ SIQUEIRA, A coisa. cit., p. 85.

⁷⁶ SIQUEIRA, A coisa. cit., p. 134-135.

Consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal é analisar a eficácia da lei no tempo e dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas situações que ocorreram sob sua vigência.⁷⁷

Eficácia da lei no tempo é expressão que indica o lapso temporal de vigência da norma. A revogação de uma norma por outra que disponha da mesma matéria faz com que a primeira seja considerada revogada. Não obstante, a eficácia da norma antiga continua em relação aos direitos adquiridos em sua vigência, de forma que a nova lei não produz efeitos imediatamente.⁷⁸

Não se pode falar em vigência de lei que ainda não fora promulgada, pois o nascimento de lei se dá com a promulgação desta. Assim, o conflito entre as leis se dá ao determinar o limite da eficácia da nova lei, ou ainda a eficácia da antiga lei nas situações jurídicas já consolidadas⁷⁹, no caso do presente estudo, em relação à coisa julgada.

Para solucionar tal conflito, se há de levar em conta, de um lado, a segurança e a estabilidade das relações jurídicas e de seus consequentes direitos, e, do outro, a necessidade de respeito e reconhecimento das alterações sociais, que nascem a partir das necessidades apresentadas pela sociedade que devem ser satisfeitas.⁸⁰

Pode-se concluir que muito embora a coisa julgada inspire confiança do cidadão para com o Poder Judiciário, pois garante que a decisão judicial não poderá ser impugnada, é preciso levar em consideração que se a decisão for fundamentada em legislação

⁷⁷ FERRARI, *Efeitos*. cit., p. 82.

⁷⁸ FERRARI, *Efeitos*. cit., p. 83.

⁷⁹ FERRARI, *Efeitos*. cit., p. 86.

⁸⁰ FERRARI, *Efeitos*. cit., p. 86.

posteriormente declarada inconstitucional, não poderá figurar no mundo jurídico, por ser nula de pleno direito. Assim, não obstante tenha ocorrido a coisa julgada, faz-se necessário que tal decisão seja atacada pelo meio processual mais adequado, para que se evite a proliferação de efeitos inconstitucionais de uma decisão transitada em julgado. Isto porque a legislação que deu origem aos efeitos vai de encontro ao ápice do ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição Federal, e legislação que vai de encontro à Lei Maior não pode existir, nem tampouco decisão poderá prosperar com base em legislação não aplicável.

Imagine-se, apenas para aclaradora contribuição, com a remissão do que a metáfora nos proporciona, que a legislação é a fundação de uma construção predial, sendo o edifício os seus efeitos. Uma vez declarada a inconstitucionalidade dessa legislação, ela deixa de figurar no ordenamento jurídico, ou seja, deixa de existir. Na situação narrada, retirada a fundamentação de um edifício, este jamais poderia se manter em pé, caindo por terra.

Portanto, forçoso concluir que a decisão, ainda que transitada em julgado, que seja fundamentada em legislação posteriormente declarada inconstitucional, é nula de pleno direito e deve ser desconstituída.

O terceiro capítulo do presente estudo tratará da solução do conflito de leis no tempo, especificamente no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Conforme anteriormente narrado, a Constituição da República é revestida, num sistema de balanceamento entre a mobilidade e a rigidez, de possibilidade de alteração para acompanhamento das mudanças da sociedade. Isto porque deve estar condicionada à realidade histórica na qual está inserida. Segundo Lassale “a Constituição é boa e duradoura quando corresponder à constituição real e tiver raízes nos fatores de poder que regem o país”.⁸¹

Ainda, segundo a lição de Gilmar Mendes, citando Kelsen, “uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente obrigatória.” [...] e que “por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante”.⁸²

No presente capítulo serão explorados o controle abstrato de constitucionalidade⁸³, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e as vias de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, a seguir.

3.1. Controle abstrato de constitucionalidade

Didaticamente, a doutrina divide o controle de constitucionalidade em dois modelos, quais sejam, o difuso, também chamado de americano e o concentrado, também chamado de austríaco⁸⁴. De acordo com o modelo difuso, qualquer juiz pode deixar de aplicar norma que considerar incompatível com a Constituição, levando em consideração o caso

⁸¹ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

⁸² KELSEN, Hans, apud MENDES, *Curso*. cit., p. 1057.

⁸³ Para o objeto da presente pesquisa, que tem enfoque principal na segurança jurídica, optou-se por discorrer apenas sobre o modelo abstrato de controle, posto que nos modelos concentrado e difuso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada implicam na análise da eficácia temporal da norma, o que fugiria do foco do presente estudo.

⁸⁴ MENDES, *Curso*. cit., p. 1060.

concreto. Já de acordo com o sistema concentrado, deve haver um único órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, esse órgão deve proteger o sistema jurídico em abstrato, sem se preocupar com questões subjetivas e pode ser provocado apenas por poucos legitimados na Constituição.

Não obstante, surge também a forma mista de controle, que congrega os dois sistemas anteriores. Em geral, nos modelos mistos, os órgãos do Poder Judiciário possuem prerrogativa de afastar a aplicação de lei em ações e processos judiciais, ao mesmo tempo em que se reconhece a competência de determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, classificado como misto, conjuga o tradicional modelo difuso com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.⁸⁵

O controle abstrato de constitucionalidade, realizado por meio de ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e tem o texto constitucional como parâmetro da discussão acerca da inconstitucionalidade de uma norma.

A discussão no controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal é um exercício atípico da jurisdição, porque nele não há litígio a ser solucionado por

⁸⁵ MENDES, *Curso. cit.*, p. 1062

meio de aplicação de lei pelo órgão julgador. No controle abstrato, o pronunciamento é acerca da própria lei, não de caso concreto, daí o nome de controle em tese ou abstrato.⁸⁶

Os legitimados para ajuizamento de ações de controle são os enumerados no rol do artigo 103 da Constituição da República. Não obstante, teoricamente, não se pode falar em legitimados passivos, posto que não há lide, o objeto da ação é o controle do ordenamento jurídico. No entanto, devem constar como requeridos os responsáveis pela elaboração da norma impugnada. Dessa forma, o Advogado Geral da União⁸⁷, como consultor jurídico máximo da União, atua como curador da presunção de constitucionalidade da norma.

Os atos normativos que podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade são os constantes do artigo 59 da Constituição da República. Já o processo e julgamento são regidos pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.⁸⁸

Segundo professor José Afonso da Silva, a inconstitucionalidade por ação é resultado do princípio da Supremacia da Constituição que diz que as normas que integram o ordenamento só serão válidas se compatíveis com as normas constitucionais. A incompatibilidade pode ser classificada como formal – ocorre quando a lei for elaborada por autoridade incompetente ou quando não observados procedimentos previstos na Constituição – ou material – quando o conteúdo da lei infraconstitucional contraria preceitos ou princípios fundamentais.⁸⁹

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina na análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114-115.

⁸⁷ Constituição da República, Art. 103, § 3º - “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

⁸⁸ Preâmbulo da Lei 9.868/99: “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

⁸⁹ SILVA, *Curso*. cit., p. 46-47.

3.1.2. A nulidade da norma declarada inconstitucional

Diante da declaração de inconstitucionalidade da norma, questiona-se a qual o plano deve ser aferida a natureza dos atos inconstitucionais, se da existência, da validade ou da eficácia dos atos jurídicos. Explica-se:

No plano de existência, o ato jurídico deve reunir elementos essenciais, tais como agente, objeto e forma, para incidir no mundo dos fatos, caso contrário, reputar-se-á inexistente. Os atos normativos editados pelo órgão estatal em desrespeito às normas de produção legislativa serão inexistentes e, se também desrespeitarem normas relativas ao conteúdo que provierem diretamente da Constituição, tais atos normativos serão inconstitucionais. Portanto, um ato normativo pode ser ao mesmo tempo inexistente e inconstitucional, mas não cabe classificar um ato normativo posteriormente declarado inconstitucional como inexistente.⁹⁰

No plano da validade, devem estar presentes, além dos elementos necessários para sua existência, os atributos necessários para seu aperfeiçoamento no ordenamento jurídico (por exemplo, não basta para a prática de um ato que exista um agente público, mas que esse seja dotado de competência). É necessário para a validade do ato normativo que este possua forma adequada e objeto lícito e possível. É o grau dessa invalidade que determinará se o ato é nulo ou anulável; é no plano da validade que se afere o vício de inconstitucionalidade.⁹¹

A eficácia de um ato constitui a sua aptidão para a produção de efeitos, que diz respeito a sua aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade. Assim, após o reconhecimento

⁹⁰ BARROSO, *O controle*. cit., p. 12-13.

⁹¹ BARROSO, *O controle*. cit., p. 12-13.

da invalidade, configura-se a ineficácia da norma inconstitucional que não deve mais ser aplicada.⁹²

Cumprе ressaltar que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde com a sua revogação.⁹³

A revogação é a retirada de uma norma do mundo jurídico, incidindo no plano de existência. Por via de regra ocorrerá com a edição de nova lei pelo legislativo que operará seus efeitos para o futuro, *ex nunc*, ou seja, a partir da substituição ou extinção. Em contrapartida, a declaração de inconstitucionalidade compete ao judiciário e seus efeitos, em regra, serão retroativos, *ex tunc*, no caso da anulação, sendo que a nulidade estende seus efeitos ao momento do surgimento da norma inválida.⁹⁴

O que define se um ato será nulo ou anulável é a gravidade do vício. O ato inconstitucional será nulo de pleno direito. A doutrina de Barroso justifica a classificação do ato em nulo, posto que “se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos válidos, isso representaria negativa de vigência da Constituição, naquele mesmo período, em relação àquela matéria.”⁹⁵

Aplicando-se a mesma linha de raciocínio, a decisão do órgão que exerce controle de constitucionalidade não tem o condão de anular o ato inconstitucional, mas apenas

⁹² BARROSO, *O controle*. cit., p. 13.

⁹³ BARROSO, *O controle*. cit., p. 13.

⁹⁴ BARROSO, *O controle*. cit., p. 13.

⁹⁵ BARROSO, *O controle*. cit., p. 15.

declara que ele padece de nulidade preexistente, razão pela qual deve ser considerado, em regra, ineficaz desde o momento em que foi editado.⁹⁶

3. 2. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr, interpretando passagem de Karl Larenz, “O direito moderno não se pode contentar apenas com a verdade formal, em nome de uma tutela à segurança e certeza jurídicas. No Estado de Direito, especialmente no Estado brasileiro, a justiça é também um valor perseguido (Preâmbulo da Constituição Federal). O que se busca, hodiernamente, é que se aproxime ao máximo do Direito justo”. Diz ainda, que não há “nada mais injusto que uma decisão judicial contrária aos valores e princípios consagrados na Constituição Federal”.⁹⁷

Continuando a lição acima e corroborando o entendimento até aqui esposado, acrescenta que não se pode falar em decisão judicial inexistente, por não lhe faltarem elementos materiais para existir como sentença. Em contrapartida, “embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo, estando sujeito, ‘em regra geral, aos princípios aplicáveis a quaisquer outros actos jurídicos inconstitucionais’^{98,99}”.

Com efeito, a coisa julgada inconstitucional se submete ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do Poder Legislativo. Nesse sentido, em consonância com o princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual a norma que não se coadune

⁹⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 344-345.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, A coisa. cit., p. 552.

⁹⁸ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p.9.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, A coisa. cit., p. 552-553

com a Constituição não se consolida na ordem jurídica, ato inconstitucional, em obediência ao sistema geral de nulidades, não está sujeito à prescrição.¹⁰⁰

Ocorre que o ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo cuja previsão seja expressa para o controle da coisa julgada inconstitucional. O supramencionado artigo 102, I, “a” da Constituição revela tendência clássica de preocupação apenas com o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo dotados de força normativa, prevendo ação direta de inconstitucionalidade apenas para tais atos, não contemplando os atos decisórios do Poder Judiciário, agasalhados pelo manto da coisa julgada.¹⁰¹

Muito embora não haja previsão expressa de instrumento de controle, não se pode afirmar que tal controle não possa ser realizado. Isto porque a coisa julgada que padece de vício menor que o da inconstitucionalidade, qual seja, o da ilegalidade, pode ser impugnada por meio da Ação Rescisória ou de Embargos à Execução.¹⁰²

3.3 Vias de desconstituição

3.3.1 Ação Rescisória

A ação rescisória é a modalidade apta a desconstituir a coisa julgada material, com eventual rejuízo daquilo que fora anteriormente decidido na sentença (ou acórdão).¹⁰³ Está prevista nos artigos 485 a 495, todos do Código de Processo Civil.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, *A coisa*. cit., p. 553.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, *A coisa*. cit., p. 553.

¹⁰² A ação rescisória e os embargos à execução são os instrumentos processuais aceitos pela doutrina majoritária, razão pela qual, no presente estudo optou-se por não discorrer sobre as outras formas, quais sejam, mandado de segurança, ação declaratória de nulidade, exceção de pré-executividade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e reclamação.

¹⁰³ SIQUEIRA, *A coisa*. cit., p. 145.

Trata-se de via de impugnação de decisão de mérito que transitou em julgado, mas que padece de vício de legalidade, portanto, atende satisfatoriamente, segundo a jurisprudência pátria, os requisitos para apresentar ao judiciário, para reexame, decisão com vício de inconstitucionalidade. Tal instrumento pode ser aplicado, inclusive, às decisões proferidas pelo STF, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “j”¹⁰⁴.

A coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, é revestida de aparência de coisa julgada, de forma que, em obediência ao princípio da instrumentalidade e economicidade, pode ser atacada por rescisória. Não obstante, a admissibilidade da rescisória para impugnação da coisa julgada inconstitucional não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal. Isso significa que os prazos aplicáveis a esta última não atendem àquela, que deve ser submetida ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para os quais não há prazo.¹⁰⁵

Os pressupostos para cabimento da rescisória são a existência de condições da ação, pressupostos processuais e trânsito em julgado da decisão (o que pressupõe o esgotamento dos recursos). Não é cabível para avaliar interpretação da realidade fática ou reexame de prova, mas para corrigir erro de legalidade e, se for o caso, desconstituir decisão de mérito transitada em julgado.

Conclui-se que o papel da ação rescisória é impedir que as situações atentatórias ao direito sejam protegidas pela coisa julgada. A rescisória resulta da necessidade

¹⁰⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados.

¹⁰⁵ THEODORO, *A coisa*. cit., p. 554-555.

do equilíbrio entre dois valores, a segurança jurídica e a justiça, não podendo prevalecer decisão que não seja justa.

3.3.2 Embargos à execução

Os embargos à execução contra título fundado em lei inconstitucional encontram previsão no parágrafo único do artigo 741 do CPC ¹⁰⁶, posto que cabem “para arguir ‘inexigibilidade de título’, e sendo nula a coisa julgada inconstitucional, não se pode tê-la como ‘título exigível’ para fins executivos.”¹⁰⁷

A utilização dos embargos à execução representa uma inovação quanto à possibilidade de revisar títulos executivos, inclusive os protegidos pela coisa julgada material, independentemente de ação rescisória, e até mesmo se extrapolarem o prazo decadencial de dois anos. ¹⁰⁸

Frise-se que devem ser consideradas duas premissas para estabelecer o conteúdo e o alcance desse instrumento, a de que “ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade e [...] que esse vício específico tem que ter sido reconhecido em precedente do STF” ¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Art. 741, parágrafo único do CPC - Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II (inexigibilidade do título) 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.

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, *A coisa*. cit., p. 555.

¹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 424.

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR. Fredie (Org). *Relativização da coisa julgada*. 2.ed.Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 3331-332 .

Conclui-se, portanto, que a parte prejudicada pela sentença nula de pleno direito ou inexistente, para se furtar aos seus devidos efeitos poderá opor embargos quando a parte vencedora intentar execução da sentença, não havendo que depender do ajuizamento de ação rescisória.¹¹⁰

Foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade questionando os dispositivos acima mencionados – artigo 475-L, §1º e artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil –, fundadas na violação da coisa julgada, tema que será abordado no tópico a seguir.

3.4. A Coisa julgada inconstitucional no Supremo Tribunal Federal¹¹¹

Atualmente, há ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite na Corte Suprema contra o §1º do artigo 475-L, bem como do parágrafo único do artigo 741¹¹², todos do Código de Processo Civil.

A alegação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é de que os dispositivos supramencionados atentam contra o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, que assegura que a lei não prejudicará a coisa julgada, pois permitem que seja tornada sem efeito decisão judicial transitada em julgado.¹¹³

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, *A coisa*. cit., p. 558.

¹¹¹ Muito embora haja mais de uma ação tratando sobre o mesmo tema, no presente trabalho será estudada a mais recente, de número 3.740, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

¹¹² A ADI também ataca a redação original do mencionado dispositivo, antes da alteração dada pela Medida Provisória 2.180-35 de 2001. Tal redação dispunha da seguinte forma: “Parágrafo único. 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.”

¹¹³ ADI 3740. p. 6-7.

Também se traz à baila o argumento de que a admissão de impugnação da decisão transitada em julgado porque fundada em norma declarada inconstitucional, fora da ação rescisória, significaria negar aos juízes e tribunais competência para julgar causas nas quais há debate acerca de norma legal em confronto com a Constituição Federal. Recorda que mesmo a reclamação – que tem por escopo preservar a autoridade das decisões do STF e do STJ – deve ser ajuizada antes do trânsito em julgado da decisão.¹¹⁴

Sustenta-se, citando Sasha Calmon, que “ter-se-á ‘a provisoriedade de todas as decisões que não’ sejam ‘do STF sobre questão constitucional, ainda que já transitadas em julgado, formal e materialmente falando’”.¹¹⁵

A seguir, a Consultoria da Advocacia Geral da União alega que as alterações impugnadas buscam trazer efetividade e celeridade ao processo, em obediência ao princípio da razoável duração do processo.¹¹⁶

Além disso, que a redação do artigo 741 do Código de Processo Civil já prevê hipótese de inexigibilidade de título executivo judicial e que, portanto, todos os incisos do mencionado artigo também seriam incompatíveis com a Constituição Federal. Acrescenta que segundo o entendimento do requerente, a própria previsão dos embargos à execução seria incompatível com a Lei Maior.¹¹⁷

Sustenta a consultoria da Advocacia Geral da União que a ação rescisória objetiva a desconstituição de título executivo judicial e pede novo julgamento, enquanto os

¹¹⁴ ADI 3740. p. 8.

¹¹⁵ ADI 3740. p. 8-9.

¹¹⁶ ADI 3740. p. 60.

¹¹⁷ ADI 3740. p. 61.

embargos à execução fundados na inexigibilidade do título objetivam oferecer oposição aos efeitos de decisão incompatível com a Constituição Federal, não sendo hipótese de rescisão de julgado, mas de impedimento de produção de efeitos por atos inconstitucionais.¹¹⁸

Alega ainda que não há qualquer lesão ao princípio da segurança jurídica, pois “ao impedir a produção de efeitos de atos inconstitucionais, impede a consolidação de situações jurídicas de fato. Os embargos à execução são obviamente prévios à produção de tais efeitos indesejáveis e, assim, não implicam desconstituição alguma – mas antes o próprio exercício – de vantagens inconstitucionais”.¹¹⁹

Aduz ainda, citando precedente da Corte Suprema, que o princípio da nulidade da lei inconstitucional possui *status* constitucional em nosso ordenamento jurídico¹²⁰.

Por fim, acrescenta ainda que “como não pode haver direito líquido e certo contra a Constituição Federal, não há que haver sanção, tendo sido coerente o legislador ordinário”¹²¹

Em conclusão, afirma “que o parágrafo único do art. 741 e que o § 10 do art. 475-L do CPC se compadecem com a Carta Política, sendo mais um instrumento à disposição da parte para buscar seu direito”, pugnando pela improcedência da ação e consequente declaração de constitucionalidade das normas impugnadas.¹²²

¹¹⁸ ADI 3740. p. 61.

¹¹⁹ ADI 3740. p. 63.

¹²⁰ ADI 3740. p. 66.

¹²¹ ADI 3740. p. 73.

¹²² ADI 3740. p. 75.

Instada a se manifestar, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça corrobora os entendimentos expostos pelo parecer da Consultora da AGU, acrescentando que a ação “não comporta provimento, pelo que não decorre das razões apresentadas pelo requerente a pretensa incompatibilidade dos mencionados dispositivos legais com o instituto da coisa julgada material”.

Em informações prestadas pelo Senado Federal o parecerista responsável acrescenta, corroborando o entendimento de constitucionalidade dos dispositivos atacados, que “uma sentença fulcrada exclusivamente numa lei ou ato inconstitucional é, por composição orgânica, também inconstitucional”, citando a afirmação do então Ministro Paulo Brossard¹²³ que diz que “a lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si”. Acrescenta ainda a questão metafórica sobre a possibilidade de se manter em pé um edifício após o desaparecimento de sua fundação.¹²⁴

Em sede de conclusão, o parecer entende pela improcedência da ação direta, acrescentando que “entretanto, se assim entender o STF, mostrar-se-ia adequado aplicar aos dispositivos impugnados a técnica da *interpretação conforme*, sem redução do texto, para que seja ressalvada a exequibilidade da sentença nos casos em que esta tenha sido proferida durante vigência excepcional da lei inconstitucional, eventualmente admitida nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999”.¹²⁵

Da manifestação do Advogado Geral, consta alegação de que a aplicação dos dispositivos impugnados “exige que a prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal – acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que embasou a sentença exequenda ou

¹²³ Supremo Tribunal Federal, julgamento da ADI nº 2, Pleno. DF 21/11/1997, p. 60585.

¹²⁴ ADI 3740. p. 236.

¹²⁵ ADI 3740. p. 238.

da incompatibilidade com a Constituição da interpretação feita pelo julgador do *decisum* formador da *res judicata* – possua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e *ex tunc*.”¹²⁶

Acrescenta ainda que as normas atacadas apenas criam mais uma hipótese de controle de constitucionalidade, “assegurando que a prestação jurisdicional entregue seja conforme a Constituição, nos termos do que decidido posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal”.¹²⁷

A respeito da coisa julgada, aduz que embora possua *status* constitucional, “toda a sua disciplina processual é ditada por legislação infraconstitucional, e não pela Constituição” e que, portanto, “o regime jurídico-processual da coisa julgada é totalmente infraconstitucional”.¹²⁸

Concluindo pela constitucionalidade dos dispositivos guerreados, o Advogado Geral da União assinala que “assim como é grave a lei inconstitucional, também o é a sentença inconstitucional, razão pela qual não apenas os atos legislativos, mas também os provimentos do Poder Judiciário podem ser impugnados sob a alegação de vício de inconstitucionalidade”.¹²⁹

Por fim, mas não menos importante, tem-se nos autos da ADI 3740 a manifestação do Ministério Público Federal que corrobora os entendimentos expostos no parecer emitido pelo Senado Federal, com a mesma ressalva de que se deve dar interpretação conforme a Constituição. Desta forma, conclui pela procedência parcial do pedido, “de modo

¹²⁶ ADI 3740. p. 273.

¹²⁷ ADI 3740. p. 273.

¹²⁸ ADI 3740. p. 274.

¹²⁹ ADI 3740. p. 281.

que sejam autorizados os instrumentos processuais de contrariedade ao caso julgado apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade emanada em controle abstrato de constitucionalidade das leis”.

Cumpre informar que ainda não há manifestação dos Egrégios Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ações que tratam do tema em questão.

Pode-se ver do breve relatório da ação direta de inconstitucionalidade, com a devida *vênia* da não-correspondência ao brilhantismo das manifestações, que o requerente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encontra tarefa árdua quando pugna pela inconstitucionalidade dos dispositivos que são objeto da ação. Isto porque a doutrina tem consolidado entendimento de que a coisa julgada não é absoluta quando o *decisum* for fundamentado em legislação posteriormente declarada inconstitucional.

Tal posicionamento pode significar evolução do sistema jurídico brasileiro, pois a Constituição Federal ocupa o topo do ordenamento, exercendo supremacia sobre as demais formas de legislação, o que garante extrema importância ao controle de constitucionalidade.

No Estado Constitucional, o juiz exerce papel de interlocutor da norma jurídica havendo de aplicá-la mediante interpretação da Constituição, de forma que as normas adquirem característica de em conceitos abertos e indeterminados. Consequentemente, cresce a preocupação com a constitucionalidade e a legalidade das decisões proferidas pelo Judiciário, e a necessidade, mesmo com relação à coisa julgada, de controle de conformidade com a Constituição.

Não há que se falar em incerteza jurídica por causa da possibilidade de desconstituição da coisa julgada que afronte a Lei Maior, pois o que se busca é exatamente a garantia de que a legislação seja respeitada e, para que seja respeitada, deve integrar o ordenamento jurídico, sendo obrigatoriamente conforme a Constituição Federal.

Portanto, seja pela motivação constitucional, seja pela processual, não é razoável pensar em decisão absoluta eivada de vício, motivo pelo qual não poderá esta subsistir.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal se vê numa difícil situação, havendo de desagradar quem entenda absolutamente intangível a coisa julgada ou, em oposição, quem entenda pela possibilidade de desconstituição desta, desde que fundamentada em legislação posteriormente declarada inconstitucional.

Não será a primeira vez que a Corte Suprema enfrentará dilema de tal magnitude, vide por exemplo o caso da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF – sobre a possibilidade de aborto de anencéfalos. Naturalmente que o caso mencionado tem discussão de cunho mais político, porém a comparação é válida, vez que o que é discutido no Supremo Tribunal Federal são dispositivos legais para que se conclua a partir de quando se pode considerar um ser portador de direitos. A importância do exemplo é ilustrar que a coisa julgada, por si só, já constitui “injustiça material”, pois a impossibilidade de discussão do julgado pela parte vencida, a sucumbência por si só, já configura injustiça para esta parte. Logo, em qualquer lide, há alguma parte insatisfeita com o julgado, no todo ou em parte.

Não obstante, é importante para o cidadão poder contar com a segurança jurídica advinda do trânsito em julgado de decisão. Importante ressaltar que o simples trânsito em julgado, diante de todo o exposto no presente trabalho, não é intangível, absoluto. Deve ser

compatível com o ordenamento jurídico. E não há norma que possa figurar no ordenamento jurídico em dissonância com aquela que ocupa o ápice deste, a Constituição Federal.

De mais a mais, não acredito serem opostas as ideias de segurança jurídica e de supremacia da Constituição, vez que a primeira somente se dá em razão da segunda, não sendo violada no caso mencionado de desconstituição de coisa julgada, mas pelo contrário, sendo reforçada, pois não se pode falar em segurança jurídica sem garantias constitucionais e supremacia da Constituição.

Ex positis, não há que se falar em inconstitucionalidade de dispositivos que preveem a possibilidade de desconstituição de coisa julgada inconstitucional, vez que em plena consonância com a Constituição Federal, devendo, via de consequência, ser declarada a constitucionalidade dos dispositivos impugnados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade em tela.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou investigar a possibilidade de desconstituição da coisa julgada na hipótese de a decisão transitada em julgado haver sido fundada em legislação posteriormente declarada inconstitucional. Foram analisadas as questões concernentes à coisa julgada, segurança jurídica e controle concentrado de constitucionalidade.

Partiu-se do conceito de Estado Constitucional trazendo a evolução histórica da constituição até atingir o ápice do ordenamento jurídico, demonstrando o deslocamento da superioridade da legalidade para a Constituição, da reserva legal para a reserva constitucional e do controle jurisdicional legal para o constitucional. Demonstrou-se a importância da Constituição na limitação e regulação do poder estatal e colocando o interesse do povo acima do interesse do Estado.

Foi possível verificar também que a garantia dos direitos fundamentais, por meio do princípio da constitucionalidade – sucedendo o princípio da legalidade – fundamenta a segurança jurídica no Estado Constitucional. Também, traçou-se breve paralelo entre a rigidez e a mobilidade da Constituição, aparentemente opostas, mas na prática incumbidas com o mesmo objetivo, que é garantir a adequação dos anseios sociais ao Diploma Maior, vez que a rigidez impede a perda de força pela facilidade de alteração e a mobilidade pela concretização da Lei Maior pela prática da sociedade.

Após, adentrou-se à questão da coisa julgada como instrumento de garantia da segurança jurídica, fazendo-se necessário interpretar os conceitos deste instituto, sejam formais ou materiais, bem como a maneira como figura nos diplomas aplicáveis, tanto na seara constitucional quanto infraconstitucional.

Assim, se constatou que a Constituição não possui previsão expressa da coisa julgada que signifique mais do que irretroatividade da lei, sendo tal instituto regulado por legislação infraconstitucional, o Código de Processo Civil, que prevê a imutabilidade de sentença da qual não caiba mais recurso.

A seguir, fez-se necessário esclarecer os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como suas consequências no tempo e com relação aos atos já constituídos com base na legislação declarada inconstitucional, tendo-se concluído que os efeitos da declaração são retroativos até a constituição da lei, que por sua vez é nula, o que invalida as decisões fundamentadas nela.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal tem competência para determinar o momento em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade causarão invalidade dos atos judiciais com base na legislação atacada.

Dessa forma, havendo declaração de inconstitucionalidade de legislação e, conseqüentemente, de decisões com base em tal legislação, faz-se necessário possibilitar ao prejudicado que acione o judiciário para que este reveja o teor da decisão infundada. De valia acrescentar a metáfora de que um prédio não pode ficar em pé uma vez que sua fundação não existe mais. Assim, foram delineados no terceiro capítulo os instrumentos para desconstituição da coisa julgada, quais sejam, a ação rescisória e os embargos à execução.

No final do último capítulo trouxe-se a estudo a mais recente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugnando dispositivos do Código de Processo Civil que preveem a possibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Infelizmente ainda não há posicionamento do Supremo Tribunal Federal no mencionado processo, porém, das manifestações constantes dos autos processuais se pode extrair que sugerem a improcedência do pleito, restando-nos aguardar decisões dos Egrégios Ministros da Corte Suprema.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal enfrentarão debate árduo para solucionar o mencionado caso, vez que serão enfrentados o princípio da proporcionalidade, a garantia constitucional da coisa julgada, a flexibilidade – ainda que obedecendo à rigidez – da Constituição, que tem por objetivo a atualização para atendimento dos anseios sociais.

Cumprе lembrar que eventualmente o Supremo Tribunal Federal se vê diante de “sinucas de bico¹³⁰”, como no caso da lei apelidada de Lei da Ficha Limpa¹³¹. Em apertada síntese, tal lei impediria alguns políticos de se candidatarem caso entrasse em vigor, porém, só entraria em vigor em desrespeito à anterioridade constitucional¹³², o que contraria preceitos da Constituição. Os ministros se viram obrigados a optar pela correta aplicação do direito ou atendimento ao clamor social, num interessante dilema entre a proteção da Constituição e sua flexibilização. A decisão fora desempatada apenas com a convocação de ministro para ocupar vaga em aberto, a meu ver, corretamente, pois a Corte Suprema tem a função de Guardiã da Constituição, não devendo afastá-la para agradar a sociedade, que, ignorante¹³³, não obstante tenha sido protegida juridicamente, demonstrou insatisfação.

¹³⁰ Analogia ao jogo de sinuca (ou bilhar), no qual se chama “sinuca” a situação em que o jogador não encontra passagem direta entre a bola comum (bola branca) e a bola da vez, por impedimento de bola adversária ou de bola que não possa ser atingida, havendo de se utilizar das laterais da mesa ou de efeitos para atingir sua meta. A sinuca de bico acima mencionada é situação ainda mais complicada, pois a bola branca está encostada nas curvas das bocas (também chamadas de bicos), o que impossibilita qualquer alternativa de resolução.

¹³¹ Lei Complementar 105/2010.

¹³² Constituição Federal, Artigo 16: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”

¹³³ Ressalte-se que aqui não há crítica social, mas trata-se de utilização de adjetivo apenas no que tange aos conhecimentos jurídicos.

Portanto, por se tratar de matéria relevante e já levantada diversas vezes, os ministros do Supremo Tribunal Federal, apesar da difícil tarefa, hão de nos presentear com votos interessantíssimos sobre o tema, deixando apenas que vós nobres juristas – ainda não me incluo nesse rol, pois apenas aspirante a tanto – aguardem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional brasileiro. *Temas de direito constitucional* – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina na análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XXIII, no. 1. São Paulo: Editora NDJ, jan-2007

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. *Revista Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v.10, n.1-2, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: Obra recomendada para concursos públicos*. 4ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2004.

_____. (Org). *Relativização da coisa julgada*. 2.ed.Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. Dissertação de Mestrado. Uberlândia, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasato Y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Editora Método, 2003

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 23.10.2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1995.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco*. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Janeiro-Fevereiro, v. 377, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

_____. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa*. In: VIERA, José Ribas (Org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio Janeiro: Lumem Juris, 2007.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993

PESSOA, Cleber Fernandes. *Curso introdutório de Ciência Política*. Disponível em <http://olibat.web139.f1.k8.com.br/documentos/Apostila%20Cleber%20Pessoa%20120.pdf>, acesso em 24/09/2011.

REALE, Miguel. *Espaço – tempo e cultura*. in TÔRRES, Heleno Távora (coord.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>> Acesso em: 10/09/2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). *Constituição e segurança jurídica-direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Moacyr Motta. *A justiça social como destinação dos direitos sociais*. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32812-40652-1-PB.pdf>. p. 8. Último acesso em 02/06/2013.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de Inconstitucionalidade 3.740.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, jul/set 2001. P. 542.

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

ZAVASCKI, Teori. *Segurança jurídica e supremacia da Constituição: a ação rescisória em matéria constitucional*. in: MARTINS, Ives Gandra, ROSAS, Roberto, VELLOSO, Carlos M. da Silva (Org.). *Princípios constitucionais fundamentais*. São Paulo, Lex, 2005

_____. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. in: DIDIER JR. Fredie (Org). *Relativização da coisa julgada*. 2.ed.Salvador: JusPODIVM, 2006.