

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

VIVIAN FERRAZ DE ARRUDA SALVADOR

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

**A coisa julgada em face de superveniente decisão judicial de
inconstitucionalidade em controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal
Federal**

Ribeirão Preto

2014

VIVIAN FERRAZ DE ARRUDA SALVADOR

**A coisa julgada em face de superveniente decisão judicial de
inconstitucionalidade em controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal
Federal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato.

Ribeirão Preto

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha Catalográfica

Salvador, Vivian Ferraz de Arruda.

A coisa julgada em face de superveniente decisão judicial de inconstitucionalidade em controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal, 2014.

93 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP.

Orientador: Zufelato, Camilo.

1. Relativização da coisa julgada. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Supremo Tribunal Federal.

Nome: SALVADOR, Vivian Ferraz de Arruda.

Título: A coisa julgada em face de superveniente decisão judicial de inconstitucionalidade em controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao meu pai Vanderlei, à minha mãe Tânia e aos meus avós Lúcio e Dalva, com amor, admiração e gratidão pelo incansável apoio ao longo do período de graduação e elaboração deste trabalho.

RESUMO

A coisa julgada é expressão da segurança jurídica. Ao conferir imutabilidade às decisões judiciais, o instituto assegura a resolução definitiva dos litígios submetidos ao Poder Judiciário. Por vezes, contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a inconstitucionalidade de dispositivo legal sobre o qual se assentam decisões judiciais já acobertadas pelo manto da *res judicata*. Nesse cenário, o presente estudo propõe a discussão acerca da possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte em controle abstrato atingir sentenças anteriores já cobertas por trânsito em julgado, que tenham sido decididas em contrário. Analisa, nesse sentido, a possibilidade de relativizar a coisa julgada inconstitucional, ainda que decorrido o prazo decadencial da ação rescisória. O debate abarca, de um lado, o princípio da segurança jurídica e o respeito ao juízo de constitucionalidade exercido por juízes e tribunais ordinários e, de outro, a supremacia da Constituição Federal e a eficácia retroativa das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle abstrato. Neste estudo, a fiscalização abstrata é apreciada tanto em perfil concentrado quanto em difuso, neste último diante do fenômeno da objetivação. Por incidir sobre objeto que revela instabilidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, a matéria proposta apresenta relevância social e jurídica. Sopesada a divergência que recai sobre o tema, este trabalho considera a coisa julgada, atributo inerente ao princípio da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito, resistente à eficácia retroativa conferida à declaração de inconstitucionalidade superveniente pelo STF em controle abstrato. A conclusão ampara-se nas regras e nos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange à adoção de um sistema de controle de constitucionalidade misto e à cisão que se opera entre a norma abstrata em que se baseou o juiz e a norma concreta contida na decisão judicial.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Supremacia da Constituição. Relativização da coisa julgada. Controle de constitucionalidade. Controle abstrato. Controle difuso. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The claim preclusion is an expression of the juridical security. Assigning immutability to the judicial decisions, the institute ensures the ultimate resolution of the cases which are submitted to the Judiciary. However, the Federal Supreme Court might admit the unconstitutionality of the law which based the judicial decisions already covered by *res judicata*. The subject approached in this study proposes the discussion of the possibility that the unconstitutionality statement given by the Supreme Court in abstract control is able to attain previous final statements that have been favorable to the opposite. In this way, this study analyses the possibility of relativization of claim preclusion without the use of rescission action. The discussion includes, on one hand, the principle of juridical security and the respect of the constitutionality judgment by ordinary judges and courts and, on the other, the supremacy of the Federal Constitution and the retroactive efficacy of the decisions that are returned by the Supreme Court in abstract control. The abstract control is appreciated in both concentrated and diffuse ways because of the objectification phenomenon. The proposed subject presents social and legal importance because it involves an object that develops legislative, doctrinal and jurisprudential instability. Considering the divergence that falls on the subject, this study takes into account the claim preclusion, that is inner characteristic of the principle of the juridical security and of the Democratic State of Law, resistant to the retroactive efficacy awarded to the posterior unconstitutional statement given by the Supreme Court in abstract control. The conclusion is based on the rules and principles that make up the Brazilian legal system, especially related to the adoption of a mixed control of constitutionality and to the cleavage between the rules in abstract on which the judges based their opinions and the rules in concrete in the judicial decision.

Keywords: Juridical security. Supremacy of the Constitution. Relativization of claim preclusion. Control of constitutionality. Abstract control. Diffuse control. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – A COISA JULGADA	15
1.1. A sentença e a coisa julgada	15
1.1.1. A sentença e suas formas	16
1.2. O instituto da coisa julgada	18
1.2.1. Coisa julgada formal e material	21
1.2.2. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	22
1.2.3. Instrumentos de revisão da coisa julgada	25
1.3. Da possibilidade da relativização da coisa julgada	27
1.3.1. A relativização da coisa julgada	28
1.3.2. A prevalência da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica	31
CAPÍTULO II – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL	37
2.1. Noções preliminares sobre o controle de constitucionalidade	37
2.1.1. A supremacia constitucional e a necessidade do controle de constitucionalidade	37
2.1.2. Classificações do controle de constitucionalidade	39
2.1.3. Os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade	41
2.2. O modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade: o controle concentrado e o controle difuso	47
2.2.1. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: esboço histórico	47
2.2.2. O papel do STF nas declarações de (in)constitucionalidade das normas	52
2.3. Efeitos da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade	53
2.3.1. Eficácia da decisão proferida no processo de ação direta de inconstitucionalidade genérica	54
2.3.2. Abstrativização em sede de controle difuso	57
CAPÍTULO III – OS EFEITOS DA DECISÃO QUE DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS SOBRE A COISA JULGADA ANTERIOR	65

3.1. A garantia da supremacia constitucional: a inexistência da sentença e a relativização da coisa julgada	65
3.1.1. As sentenças juridicamente inexistentes	66
3.1.2. A sentença juridicamente nula, a relativização da coisa julgada inconstitucional e o respeito aos atos praticados sob seu império	69
3.2. A garantia do direito fundamental da coisa julgada em face de superveniente decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato	73
3.2.1. O respeito à coisa julgada anterior independentemente da atribuição de eficácia <i>ex tunc</i> à decisão superveniente do STF que reconhece a inconstitucionalidade	74
3.2.2. O controle misto de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro	77
3.3. O posicionamento eleito como mais adequado e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade	80
3.4. Os artigos 741, par. único, e 475-J, par. 1º, do Código de Processo Civil	82
3.5. Breve análise do panorama atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS.....	97

INTRODUÇÃO

A coisa julgada, consubstanciada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e no art. 467 do Código de Processo Civil (CPC), configura uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença para torná-los imutáveis. O instituto consolida, nesse viés, a não perpetuidade de litígios jurídicos, ao viabilizar a intocabilidade e imutabilidade das decisões judiciais por ele amparadas. Diante disso, percebe-se a íntima relação da *res judicata* com o princípio da segurança jurídica.

Por certo, todavia, a tutela da coisa julgada não impossibilita que a lei preordene regras para a desconstituição da imutabilidade, mediante atividade jurisdicional. É, inclusive, o que faz o art. 485 do CPC, ao prever o instituto da ação rescisória, cujo prazo decadencial é de dois anos. Escoado esse prazo ou decidindo-se pela improcedência da rescisória, forma-se o que a doutrina comumente denomina de “coisa julgada soberana”.

Nesse contexto, surge a indagação: existiriam vícios que, diante de sua gravidade, estariam imunes à imutabilidade da coisa julgada, mesmo após o decurso do biênio legal da ação rescisória? Mais especificamente, a superveniência de decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle abstrato revelar-se-ia apta, por si só, a desconstituir a autoridades da coisa julgada fundada na norma jurídica declarada inconstitucional?

A questão suscita inquietações da doutrina jurídica e da jurisprudência nacional. Contrapõe-se, de um lado, o instituto processual constitucional da coisa julgada, corolário do princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, e, de outro, o princípio da justiça das decisões judiciais e os efeitos retroativos de decisão judicial de inconstitucionalidade em controle abstrato exercido pelo STF.

Com efeito, parte da doutrina processual brasileira defende a preservação da coisa julgada como decorrência da segurança jurídica, ainda que diante de decisão que declara a inconstitucionalidade em controle abstrato superveniente.

Em contraposição, há entendimento doutrinário no sentido de que a decisão judicial deve expressar compatibilidade com o primado da supremacia constitucional, admitindo, por isso, a retroatividade de decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte em controle abstrato para atingir atos sentenciais baseados na norma jurídica tida por inconstitucional e, por conseguinte, desconstituir a coisa julgada já formada.

O fundamento das várias posições jurídicas será objeto de análise do presente estudo, com vistas a perseguir uma resposta amparada nas regras e nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro para a seguinte indagação: decisão de inconstitucionalidade superveniente proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato apresenta eficácia retroativa, de modo a relativizar a coisa julgada material que se fundamentou na lei declarada inconstitucional?

Consoante se verifica, a discussão sobre a aplicabilidade da relativização da coisa julgada será analisada no âmbito do controle abstrato, que configura típico processo objetivo, cuja finalidade é a preservação da ordem jurídica e, por isso, detona eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Nesse sentido, será destacada a coisa julgada em face de superveniente decisão judicial de inconstitucionalidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso, este diante do recente fenômeno de objetivação.

Com o fito de alcançar o objetivo proposto, buscar-se-á abordar o tema a partir da análise de produções literárias, diante da aplicação do método de pesquisa dialético, dispondo sobre teses antagônicas de diversos autores, dispositivos legais pertinentes e recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o objeto ora em análise.

Enfim, um prisma crítico em relação aos prováveis reflexos das diversas posições jurídicas será abordado, suscitando uma possível solução com vista a adequar a questão às regras e aos princípios do ordenamento jurídico pátrio.

CAPÍTULO I

A COISA JULGADA

A *res judicata* é, conforme adequada interpretação do art. 467 do Código de Processo Civil (CPC)¹, uma qualidade dos efeitos da sentença, qual seja: a imutabilidade. Seu fundamento é constitucional, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI². A partir da coisa julgada, preserva-se a segurança jurídica, de modo a vedar que lei ou ato, seja administrativo ou judicial, possa alterar decisão transitada em julgado.

Nesse diapasão, tendo em vista que o presente trabalho pretende perseguir a possibilidade de desconstituir a coisa julgada material de sentença pautada em lei ou ato normativo posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), imprescindível, neste primeiro Capítulo, o estudo de institutos de direito processual civil, especialmente a sentença e a coisa julgada.

1.1. A sentença e a coisa julgada

O Direito nem sempre é cumprido pelos destinatários da norma jurídica. Nesses casos, as normas de direito material, por si só, mostram-se insuficientes para a concretização de suas próprias finalidades. Por isso, há a necessidade da atuação de outras normas, as de direito processual, para a regulação do descumprimento ou da ameaça das normas materiais.

Nesse sentido, historicamente, à medida que foi afirmando-se, o Estado reservou para si a tutela dos direitos conflituosos, de modo a proibir a utilização da autotutela (“justiça pelas próprias mãos”), com vistas ao convívio social harmônico. Surgem, nesse contexto, a tutela jurisdicional e o direito processual (BUENO, 2013a, p. 41-48)³.

¹ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

² Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

³ Esclarece Cassio Scarpinella Bueno: “O ‘direito processual civil’, desta sorte, é disciplina que se dedica a estudar, a analisar, a *sistematizar* a atuação do próprio Estado, do Estado que [...] tem o *dever* de prestar tutela *estatal* de direitos naqueles casos em que os destinatários das normas, desde o plano material, não as acatam

Desse modo, no Brasil, optou-se por atribuir a aplicação do Direito no caso concreto, com a marca de definitividade, ao Poder Judiciário, concretizando-se a atividade jurisdicional através das soluções registradas nas decisões monocráticas (sentenças) ou colegiadas (acórdãos).

Com isso, por razões de utilidade social, o instituto da coisa julgada, uma vez agregado à sentença ou ao acórdão, obsta a eternização dos litígios, em consonância com o primado da segurança jurídica.

Assim, é sobre a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário que recai o selo de imutabilidade da coisa julgada. Isso quer dizer que apenas as soluções apresentadas pelo Estado-juiz, sob a forma de sentença ou acórdão, adquirem *status* de definitividade, de estabilidade, no sentido de impedir que sejam rediscutidas, inclusive pelo próprio Poder Judiciário (BUENO, 2013a, p. 249-250).

Nas palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 144):

[...] no Estado de Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário.

1.1.1. A sentença e suas formas

Consoante adequada interpretação do § 1º do artigo 162 do CPC⁴, sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim à etapa cognitiva do processo, decidindo ou não o mérito. Assim, a prestação jurisdicional do Estado corporifica-se por meio da sentença, ato processual que implica alguma das hipóteses previstas nos artigos 267⁵ e 269⁶ do CPC.

devidamente, não as cumprem e, conseqüentemente, frustram legítimas expectativas das outras pessoas” (BUENO, 2013a, p. 47, grifo do autor).

⁴ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

No que tange ao conceito de sentença, ensina Cassio Scarpinella Bueno (2013b, p. 323, grifo do autor):

É, portanto, *insuficiente* que o art. 162, § 1º, refira-se a sentença como ato que tenha como conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 ou 269. É fundamental, para os fins aqui tratados, que o ato, para ser sentença, tenha, *além* daquele específico conteúdo, uma específica *função*, qual seja, a de encerrar a *etapa* do processo jurisdicional em que a atividade precípua desenvolvida pelo magistrado é a de verificar se o direito reclamado pelo autor em sua petição inicial existe ou não e em que medida ele deve ser tutelado jurisdicionalmente.

Desse modo, em relação ao conteúdo da sentença (hipóteses do art. 267 ou do art. 269 do CPC), o encerramento da etapa cognitiva do processo em primeira instância pode ocorrer por motivos processuais (formais), mediante a prolação de decisões *terminativas*, ou substanciais (materiais), por meio de decisões *definitivas* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 344).

Sob o aspecto formal, o processo é encerrado sem que haja a apreciação do mérito – ou seja, sem que haja o julgamento do pedido, com a verificação da existência, ou não, do direito do autor – por problemas de ordem processual. Nesse caso, a sentença, denominada terminativa, é prolatada com base no art. 267 do CPC e a parte interessada pode vir a rediscutir a questão, em outro processo, se corrigir o defeito processual apontado. Isso porque a sentença terminativa irradia efeitos declaratórios negativos, restringindo-se a reconhecer a inexistência do direito ao julgamento do mérito naquele processo específico (BUENO, 2013b, p. 326-328).

Por outro lado, sob o aspecto material, a sentença apoia-se em alguma das questões de mérito elencadas no artigo 269 do CPC, resolvendo o mérito ao declarar o direito aplicável à espécie (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 344).

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

⁶ Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III - quando as partes transigirem;

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Consoante lição de Cassio Scarpinella Bueno (2013b, p. 336):

Uma característica que une, lado a lado, todas as sentenças a que se refere o art. 269 é que elas ensejam uma “resolução de mérito” que [...] tende a ocasionar o que é usualmente identificado como “trânsito em julgado”, cuja característica mais marcante é a de tornar imune a qualquer nova discussão aquilo que já foi decidido.

Pontue-se que apenas as sentenças que resolvem o mérito, denominadas definitivas, são abarcadas pela coisa julgada material. Já sobre as sentenças terminativas, por não versarem sobre o mérito, incide apenas a coisa julgada formal (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 344).

Assim, em qualquer uma das duas ordens, processual ou material, o ato será sentença, cujo resultado consistirá na extinção da etapa cognitiva do processo. A diferença incide na abrangência do fenômeno da imutabilidade, tema a ser abordado no tópico que se segue.

1.2. O instituto da coisa julgada

Uma vez examinada e decidida a situação jurídica submetida ao Poder Judiciário, acolhendo-se, ou não, o pedido formulado, é assegurada aos interessados a possibilidade de impugnar essa decisão. A impugnabilidade, contudo, é restrita, de modo que, a partir de certo momento, o debate e o julgamento final tornam-se imutáveis e indiscutíveis, garantindo certeza sobre a situação jurídica submetida ao Estado-juiz (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 417).

Com a imutabilidade e indiscutibilidade da questão, tem-se o que a doutrina comumente denomina de *trânsito em julgado*, assim definido por Paulo Henrique dos Santos Lucon (2008, In DIDIER JR., p. 339, grifo do autor):

Já o trânsito em julgado nada mais é que um fato jurídico que gera a coisa julgada. Isso tudo em decorrência de terem sido utilizados todos os recursos cabíveis na legislação processual em vigor (*esgotamento dos recursos*) ou de não terem sido os recursos utilizados ou ainda, por terem sido utilizados sem a observância de seus requisitos de admissibilidade (não conhecimento do recurso).

Esse é, aliás, o sentido conferido à redação do artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *in verbis*: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de set. de 1942).

A melhor doutrina⁷ define a autoridade da coisa julgada como uma qualidade que se agrega aos efeitos da decisão jurisdicional para torná-los imutáveis (DINAMARCO, 2001, p. 34)⁸.

Nas palavras de Lucon (2008, In DIDIER JR., p. 338):

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

O fenômeno da imutabilidade abarca tanto os efeitos extraprocessuais da sentença, impedindo que qualquer ato estatal venha a negá-los – coisa julgada material –, quanto à sentença em si, como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra – coisa julgada formal (LUCON, 2008, In DIDIER JR., p. 338).

Daí a importância do instituto da coisa julgada. Agregada aos efeitos da sentença, a *res judicata* potencializa a decisão judicial, munindo-a de definitividade, com vistas a evitar a perpetuação dos conflitos e, por conseguinte, garantir a segurança jurídica e a paz social.

Assim ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira (2011, p. 418):

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário.

O instituto teria, nesse sentido, a partir de sua imutabilidade, o poder de acobertar alegações porventura não realizadas oportunamente pelas partes e, até mesmo, corrigir eventuais erros de julgamento e vícios ocorridos no processo. Nesse sentido dispõe o art. 474

⁷ Existem, na doutrina, diferentes acepções sobre o instituto da coisa julgada, destacando-se três: 1) a coisa julgada como um efeito da decisão (Pontes de Miranda e Ovídio Baptista); 2) a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão (Liebman, Cândido Dinamarco, Ada Pelegrini, Moacyr Amaral Santos, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina); 3) e a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão (Machado Guimarães e Barbosa Moreira).

⁸ Nesse sentido: “O mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela coisa julgada, que a doutrina mais conceituada define como imutabilidade da sentença e de seus efeitos, com a vigorosa negação de que ela seja mais um dos efeitos da sentença (Liebman)” (DINAMARCO, 2001, p. 34).

do Código de Processo Civil⁹, ao apontar a eficácia preclusiva inerente ao instituto da coisa julgada, também chamada de princípio do deduzido e do dedutível (BUENO, 2013b, p. 373).

Consoante ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2007, p. 709):

Transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma reputa repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram. Isto quer significar que não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações.

Por certo, a submissão de questões à apreciação do Poder Judiciário pressupõe uma resposta final, definitiva, que não pode se condicionar à satisfação dos litigantes quanto ao julgado – haja vista que raramente a parte se convence das decisões a ela desfavoráveis. O princípio consolida, nesse viés, a não perpetuidade de litígios jurídicos e, por outro lado, viabiliza a intocabilidade das decisões judiciais amparadas pelo manto da *res judicata*.

A tutela constitucional da coisa julgada, contudo, não impossibilita que o ordenamento prefixe hipóteses que permitam a desconstituição da imutabilidade, mediante atividade jurisdicional. Esse é, aliás, o sentido do art. 485 do CPC¹⁰, ao prever o instituto da ação rescisória, com prazo decadencial de dois anos (BUENO, 2013b, p. 382). Escoado o biênio legal ou decidindo-se pela improcedência da rescisória, forma-se o que a doutrina comumente denomina de “coisa julgada soberana”.

Nesse cenário, questiona-se se existiriam vícios que, diante de sua gravidade, estariam imunes à imutabilidade da coisa julgada, mesmo após o decurso do prazo da ação rescisória.

⁹ Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

¹⁰ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV - ofender a coisa julgada;
- V - violar literal disposição de lei;
- VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Mais especificamente: decisão superveniente de inconstitucionalidade em controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal poderia relativizar a coisa julgada fundamentada na norma então declarada inconstitucional?

1.2.1. Coisa julgada formal e material

A distinção entre coisa julgada material e formal incide na esfera abarcada pelo fenômeno da imutabilidade. Enquanto a coisa julgada material opera efeitos extraprocessuais, definindo-se pela imunidade dos efeitos da sentença, de modo a impedir que o pedido e a causa de pedir decididos no processo de mérito possam ser reavivados ou negados em qualquer outro feito, a coisa julgada formal é tradicionalmente conhecida como preclusão máxima, imutabilidade interna ao processo, caracterizando-se pela extinção do poder de exigir novo julgamento, no mesmo feito (mas não em outros), quando a sentença já tiver passado em julgado (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 542-543).

Nesse sentido ensina Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 36-37, grifos do autor):

A distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que (a) a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que (b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.

Assim conceituada, a coisa julgada formal é manifestação de um fenômeno processual de maior amplitude e variada intensidade, que é a preclusão - e daí ser ela tradicionalmente designada como *preclusio maxima*. Toda preclusão é extinção de uma faculdade ou poder no processo; e a coisa julgada formal, como preclusão qualificada que é, caracteriza-se como extinção do poder de exigir novo julgamento quando a sentença já tiver passado em julgado.

Conclui-se, a partir dessa distinção, que a ocorrência de coisa julgada formal (inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida) é pressuposto para a formação da coisa julgada material (decisão dotada de estabilidade e autoridade em relação a qualquer processo futuro).

Consoante ensina Paulo Henrique dos Santos Lucon (2008, In DIDIER JR., p. 338):

[...] Toda sentença, seja ela terminativa ou de mérito, faz coisa julgada. Ao contrário do que possa parecer aos menos avisados, a coisa julgada formal não é um

fenômeno exclusivo das sentenças terminativas, mas de todas as sentenças não mais sujeitas a recurso. Por isso, a coisa julgada formal é um atributo consistente na imutabilidade da relação processual que se encerra em um dado processo. Quando a sentença tem um conteúdo exclusivamente processual, permite-se que a discussão sobre a matéria se reabra, já que a coisa julgada formal é um fenômeno interno das sentenças não mais suscetíveis de impugnação pela via recursal. Já a sentença de mérito sujeita-se à coisa julgada formal e material, com uma imunização completa. Assim, há sempre coisa julgada formal, mas nem sempre coisa julgada material. Se há coisa julgada material, há coisa julgada formal. No entanto, se há coisa julgada formal, não há necessariamente coisa julgada material.

Nesse viés, destaca-se que a coisa julgada material, consoante redação do artigo 467 do CPC, configura a imutabilidade que recai sobre a decisão de mérito (art. 269 do CPC), seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo desinteresse de recorrer (BUENO, 2013b, p. 370-371). Isso porque as sentenças definitivas, de mérito, são as únicas que decidem a lide no caso concreto, ao enfrentar o direito material disputado pelas partes.

Sobre o assunto, leciona Cassio Scarpinella Bueno (2013b, p. 371, grifos do autor):

A distinção entre coisa julgada *formal* e *material* é bastante útil para compreender melhor o *momento* em que se forma a coisa julgada (material). Ela, de acordo com o disposto no art. 467, depende de não interposição dos recursos cabíveis de uma decisão que, por força de lei, pode transitar em julgado, ou na inexistência de um recurso cabível pelo uso de todos os reservados pelo sistema para a espécie. É dizer: tanto a não interposição dos recursos cabíveis como o julgamento dos interpostos e a inexistência de outros recursos cabíveis rendem ensejo à formação da coisa julgada¹¹.

A questão, contudo, não pode ser analisada apenas desta perspectiva. Como já destacado, é mister que a decisão tenha aptidão de transitar em julgado e uma tal decisão, para o sistema processual civil, tem que ser de *mérito*.

Assim, frise-se, nos processos em que foi prolatada sentença terminativa (sem julgamento de mérito, com a aplicação do art. 267 do CPC), verifica-se somente o fenômeno da coisa julgada formal (art. 268 do CPC). Já as sentenças de mérito, consubstanciadas no art. 269 do CPC, fazem tanto coisa julgada formal quanto material.

1.2.2. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

¹¹ Aqui, o autor refere-se à coisa julgada *material*, já que “o uso da expressão ‘coisa julgada’ sem qualquer qualificativo quer dizer, quanto a isto não há discrepância, a coisa julgada *material* e não a coisa julgada *formal*.” (BUENO, 2013b, p. 370, grifo do autor).

Uma vez delimitado o conceito e a classificação de coisa julgada, passa-se a uma breve análise de seus limites. Reconhece-se a existência de fronteiras de ordem objetiva e subjetiva. Aliás, ante a percepção de que o instituto processual constitucional da coisa julgada é corolário do princípio da segurança jurídica, compreende-se a importância na delimitação de seus limites.

Os limites subjetivos envolvem os sujeitos atingidos pela imutabilidade da coisa julgada. A regra geral do CPC é a constante no art. 472¹², pelo qual a coisa julgada restringe-se às partes que litigaram no processo (*inter partes*) e não prejudica nem beneficia terceiros, em consonância com as garantias constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 428-429).

Contudo, o ordenamento prevê exceções a essa regra, hipóteses em que a *res judicata* pode beneficiar ou prejudicar terceiros que mantêm algum vínculo com a causa, sendo, portanto, denominada coisa julgada *ultra partes*. São exemplos os casos de substituição processual, de legitimação concorrente e de decisão favorável a um dos credores solidários que se estende aos demais, este último conforme previsão do art. 274 do Código Civil de 2002¹³ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 429-431).

Já por limites objetivos entende-se a parte da sentença que é, efetivamente, coberta pela coisa julgada. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2013b, p. 371, grifo do autor):

Por “limites objetivos da coisa julgada” deve ser entendida a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, é dizer, o que não pode mais ser rediscutido perante o Estado-juiz pelo preavalecimento do princípio da segurança jurídica.

Sob o aspecto estrutural, o ato sentencial divide-se em três partes: o relatório, consistente no resumo histórico do processo; a motivação, compreendida pelos fundamentos que espelham o julgamento, ou seja, pelas razões de decidir; e o dispositivo, a conclusão sobre os pedidos (LUCON, In DIDIER JR., 2008, p. 321-323).

Diante da interpretação do art. 469 do CPC¹⁴, apenas o dispositivo da sentença, ou seja, o comando da decisão, a conclusão, está abrangido pela coisa julgada, excluindo-se,

¹² Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

¹³ Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.

¹⁴ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

portanto, o relatório e a fundamentação. Com isso, é certo que as razões de decidir não transitam em julgado (BUENO, 2013b, p. 371-372).

Barbosa Moreira (1977, p. 93, grifo do autor) bem exemplifica:

X propõe contra Y ação de despejo, alegando que o locatário cometeu infração contratual grave, consistente em danificar o prédio alugado. O pedido é julgado procedente, por ter-se o juiz convencido da verdade do fato (danificação do prédio). Tampouco fica esse motivo – solução da *quaestio facti* – coberto pela autoridade da coisa julgada: em processo posterior, no qual X venha pleitear de Y a indenização do prejuízo sofrido, poderá o órgão judicial rejeitar o pedido, entendendo que não ficou provado o fato da danificação.

Assim, em valorização ao princípio da demanda, a coisa julgada restringe-se ao dispositivo da decisão final. Consoante ensina Lucon (In DIDIER JR., 2008, p. 338), “a coisa julgada é essa qualidade (ou atributo) consistente na imutabilidade que a lei atribui ao conteúdo constante da parte dispositiva (conclusão) da sentença decorrente do trânsito em julgado”.

A partir de então, nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, consolidadas na parte dispositiva da sentença, relativas à mesma lide, excetuada as hipóteses do art. 471¹⁵ do CPC. Nesse viés, o dispositivo da decisão final “restará protegido independentemente do que foi alegado ou poderia ter sido alegado no processo de conhecimento (deduzido ou deduzível)” (LUCON, In DIDIER JR., 2008, p. 323).

Nesse viés, convém destacar que questões prejudiciais – aquelas cuja resolução é indispensável para o julgamento do pedido – são decididas na fundamentação e, portanto, consideradas motivo para o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor. Diante disso, sua apreciação, segundo a sistemática do atual CPC, com a redação do inciso III do art. 469, não está abarcada pela *res judicata*.

Não obstante, o art. 470 do CPC¹⁶ admite que a parte requeira, via ação declaratória incidental, que a questão prejudicial, no bojo da lide principal, seja decidida com a qualidade de coisa julgada. Nesse caso, as questões relativas à motivação do julgamento da causa principal passam a configurar objeto de uma ação autônoma (BUENO, 2013b, p. 372).

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

¹⁵ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

¹⁶ 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.

Por fim, no que tange aos limites da coisa julgada, cumpre, por ora, pincelar a polêmica que gira em torno do recente entendimento, encabeçado pelo Ministro Gilmar Mendes, de que a motivação das decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade teria o condão de vincular o resultado de outras situações semelhantes. Com isso, atribui-se eficácia *erga omnes* à decisão sobre inconstitucionalidade proferida em caso concreto pela Suprema Corte. Ou seja, confere-se aos motivos determinantes (às questões prejudiciais) que levaram à conclusão do julgamento a autoridade de coisa julgada material, em patente contraste com o Código de Processo Civil, que a restringe à parte dispositiva da sentença (ZUFELATO, 2011, p. 44-48).

Essa nova tendência configura fenômeno conhecido como *efeito transcendental dos motivos determinantes da decisão*, inserido no contexto da *objetivação do controle de constitucionalidade brasileiro*, tema a ser tratado no próximo Capítulo.

1.2.3. Instrumentos de revisão da coisa julgada

Uma vez que a sentença é resultante de juízo humano, ato praticado por pessoa investida no poder jurisdicional, factível a ocorrência de erros. Estes, todavia, não retiram a autoridade da prestação jurisdicional já efetivada, até que esta seja reformada ou invalidada.

Assim, com vista à reparação de equívocos inerentes à atuação humana, o ordenamento jurídico brasileiro admite instrumentos de revisão da coisa julgada material, a partir da reapreciação da prestação jurisdicional acobertada pela autoridade da *res judicata* injusta.

Sobre o tema pondera Cassio Scarpinella Bueno (2013b, p. 381):

A coisa julgada aceita impugnação. Embora sua proteção tenha assento constitucional expresso no art. 5º, XXXVI, é possível e, mais do que isto, é desejável, que o legislador possa estabelecer padrões de seu contraste diante do necessário prevailecimento de outros valores ou de outros ideais do mesmo ordenamento jurídico.

Desse modo, a coisa julgada não configura, ela própria, “uma espécie de ‘sanatória’ geral de qualquer vício ou nulidade do processo” (BUENO, 2013b, p. 382, grifo do autor).

É cediço, contudo, que as hipóteses que permitem nova apreciação da matéria configuram exceções, dada a regra geral prevista no art. 471¹⁷, *caput*, do CPC, pela qual “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas” (BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de jan. de 1973). Por isso mesmo, parte significativa da doutrina brasileira entende que essa exceção deve restringir-se aos casos expressamente previstos em lei.

Assim ensina Nelson Nery Junior (2013, p. 79-80, grifo do autor), em sua obra “Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo”, *in verbis*:

O sistema jurídico brasileiro prevê algumas situações de abrandamento da coisa julgada que dada a sua excepcionalidade, somente nos casos *expressos taxativamente* na lei, portanto enunciado em *numerus clausus*, é que poderiam mitigar a coisa julgada. São eles: a) ação rescisória (CPC 485); b) embargos do devedor na execução por título judicial (CPC 741); c) impugnação ao cumprimento da sentença (CPC 475-L); d) revisão criminal (CPP 622); e) coisa julgada segundo o resultado da lide (LAP 18; CDC 103). (Grifos do autor)

Nesse sentido, o Código de Processo Civil prevê meios para que a parte prejudicada possa pretender a rediscussão de questões já decididas, dentre os quais se destacam: a) a ação rescisória (art. 485 do CPC); b) a *querela nullitatis* (art. 741, I, do CPC) ou *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I, do CPC); c) e a impugnação da sentença inconstitucional (com base no art. 475-L, § 1º, e art. 741, § único do CPC) (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 447).

A ação rescisória consubstancia mecanismo autônomo de ataque à decisão de mérito transitada em julgado e maculada por vícios rescisórios. Deve ser exercida nos limites das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC¹⁸ e no prazo decadencial de dois anos previsto pelo art.

¹⁷ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

¹⁸ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

495 do CPC¹⁹ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 447), em consonância com o princípio da segurança jurídica.

Também como mecanismo de desconstituir a coisa julgada, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de reconhecer a inexigibilidade de título executivo representado por decisão transitada em julgado mediante impugnação ao cumprimento de sentença que argumente falta ou nulidade de citação para o processo (art. 475-L, I²⁰) ou, ainda, inconstitucionalidade da lei sobre a qual se funda o título (art. 475-L, §1^{o21}) (BUENO, 2013b, p. 382).

Por fim, diante desses mesmos fundamentos, o Código de Processo Civil prevê, em seu art. 741, inciso I e § único²², a possibilidade de embargos à execução contra a Fazenda Pública, a fim de reconhecer a inexigibilidade do título judicial. Assim, à semelhança da impugnação ao cumprimento da sentença, a falta ou nulidade de citação e a inconstitucionalidade da lei sobre a qual se funda o título, em sede de embargos do devedor na execução contra a Fazenda Pública, são hipóteses que desconstituem a coisa julgada (BUENO, 2013b, p. 382).

1.3. Da possibilidade da relativização da coisa julgada

A análise da possibilidade de desconstituição de coisa julgada baseada em lei ou ato normativo posteriormente considerado inconstitucional pelo STF perpassa pelo embate entre,

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

¹⁹ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

²⁰ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

²¹ § 1º 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.

²² Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

[...]

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.

de um lado, a segurança jurídica conferida pela *res judicata* e, de outro, valores como justiça, isonomia, hierarquia das normas e higidez do sistema jurídico, colocados em dúvida diante da proteção assegurada a uma coisa julgada considerada inconstitucional.

1.3.1. A relativização da coisa julgada

Admitindo-se a existência de sentença abarcada por coisa julgada assentada em flagrante injustiça ou em ato normativo considerado inconstitucional²³, parcela da doutrina sustenta a possibilidade de flexibilização do instituto, a partir da revisão e desconstituição dos efeitos da *res judicata*.

A teoria da relativização da coisa julgada insere-se no contexto de mitigação das garantias constitucionais, sob o fundamento de que a segurança jurídica não configura valor constitucional absoluto. Deve a *res judicata*, nesse sentido, harmonizar-se com outras garantias constitucionalmente asseguradas (BUENO, 2013b, p. 383).

De fato, no ordenamento jurídico brasileiro, o valor da coisa julgada não é absoluto, a exemplo da previsão, no âmbito civil, da ação rescisória, cuja finalidade máxima é a desconstituição da *res judicata*. A polêmica insere-se, na verdade, na tendência de ampliação dos limites da relativização, para além das hipóteses de revisão da coisa julgada expressamente previstas em lei (MOREIRA, In DIDIER JR., 2008, p. 225).

O primeiro a fomentar a relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado. Ministro do Supremo Tribunal Federal, respaldou a aplicação da teoria sempre que se vislumbrasse afronta aos princípios constitucionais, com destaque à moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 451).

Consoante lição de José Augusto Delgado (2003, p. 21):

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica.

²³ Convém pontuar que os defensores da reapreciação da matéria diante de coisa julgada assentada em injustiça ou inconstitucionalidade dividem-se em duas vertentes: a) uma delas nega a própria existência da coisa julgada material. Nessa hipótese, portanto, não haveria que se falar em relativização do inexistente; b) a outra admite a existência da coisa julgada, permitindo, pois, a desconsideração do instituto.

Na mesma linha de raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 60) escreveu:

[...] conclui-se que 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.

Tem-se, pois, de um lado, a segurança jurídica, representada pela coisa julgada e, de outro, a justiça e o respeito à Carta Magna, princípios sobre os quais se fundamenta a relativização da *res judicata*.

A segurança jurídica compreende a estabilidade das relações jurídicas e das decisões judiciais finais. Ela é constitucionalmente tutelada pela previsão dos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido, dos prazos prescricionais e da coisa julgada. Afinal, a atividade do Estado-juiz não atingiria o fim a que visa se a decisão prolatada ficasse à mercê de discussões *ad infinitum* (MOREIRA, In DIDIER JR., 2008, p. 232-233).

Do mesmo modo, ao lado da segurança jurídica, compõe o ordenamento jurídico outro valor, a justiça das decisões judiciais, consubstanciada na garantia de uma tutela jurisdicional justa. Segundo ensina Donald Armelin (In DIDIER JR., 2008, p. 85):

Obviamente a justiça social [consubstanciada no art. 170 da CF/88 como fundamento da ordem econômica] não pode ser construída sem observância da justiça nas relações interindividuais, que se pretende assegurar através do acesso ao Judiciário não apenas como garantia de uma tutela jurisdicional qualquer, mas sim como direito a uma tutela justa.

Um valor, contudo, não pode sacrificar o outro, devendo-se investigar o ponto de equilíbrio entre os valores constitucionais opostos, mas conciliáveis. Consoante lição de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 60):

[...] a necessidade de estabelecer uma convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais, a partir da ideia de que todos eles existem para servir o homem e oferecer-lhe felicidade, sem que nenhum seja absoluto ou constitua um valor em si mesmo. [...] É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Assim, propõe-se a elasticidade na interpretação da segurança jurídica, princípio prestigiado pela coisa julgada, em favor da justiça e da legitimidade das decisões, a partir da ponderação dos valores orientadores da ordem jurídica.

Antes de criticar a tese da relativização, Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: A questão da relativização da coisa julgada material” (In DIDIER JR., 2008, p. 265, grifo do autor), sintetiza com presteza os fundamentos da teoria:

Em favor da "relativização" da coisa julgada, argumenta-se a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. No exame desse último, sublinha-se que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, *por ser apenas um dos valores* protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho.

Nesse ponto, cumpre observar que os adeptos à tese da relativização da coisa julgada não defendem a sua aplicação em qualquer hipótese, pela mera alegação de injustiça, mas somente em casos excepcionais, marcados por absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à ordem constitucional.

Para essa questão atenta-se o ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 73, grifo do autor):

A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. 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.

Nesse mesmo sentido, ao tratar da relativização da coisa julgada, Cassio Scarpinella Bueno (2013b, p. 384, grifo do autor) filia-se à aplicação ponderada da teoria:

Sua aceitação [da relativização da coisa julgada], contudo, deve depender das especificidades de cada caso concreto – vedada, por sua definição, sua generalização –, em que se possa contrastar, frente a frente, o conflito dos *valores envolvidos* e verificar em que medida e por quais razões a segurança jurídica, valor predominantemente protegido pela coisa julgada, deve ceder espaço a outros valores ou a outros princípios também existentes no ordenamento jurídico.

A fim de nortear a aplicação da tese aos casos concretos de maneira cautelosa, sem a necessidade de modificação legislativa, Bueno, seguido de doutrinadores como Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina e Eduardo Talamini, defende uma interpretação ampla dos incisos do art. 485 do CPC, flexibilizando-se, com isso, as hipóteses de cabimento de ação rescisória, bem como uma adoção diferenciada do prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC (BUENO, 2013b, p. 384-385).

Todavia, em sentido adverso, posiciona-se outra parcela da doutrina, contrária à tese da relativização da coisa julgada para além das hipóteses expressamente previstas em lei. É o tópico que se segue.

1.3.2. A prevalência da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica

O interesse na preservação da *res judicata* está intimamente relacionado à estabilidade das decisões e, por conseguinte, à atribuição de seriedade e eficiência à máquina judicial. Por isso, mister se faz a previsão de atos normativos que garantam a observância do instituto. No ordenamento jurídico brasileiro, tal função coube à própria Carta Magna, tanto indiretamente, com a redação do inciso XXXVI do art. 5º, quanto indiretamente, com a consagração do princípio da segurança jurídica.

Desse modo, ao ocupar-se da coisa julgada em seu art. 5º, a Constituição Federal considerou o instituto como direito e garantia fundamental do cidadão. Pelo mencionado dispositivo, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998).

Nesse cenário, intitulado como direito fundamental, o instituto da *res judicata* configura cláusula pétrea, consoante redação do § 4º do art. 60 da Carta Magna²⁴. Diante

²⁴ Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;

disso, a coisa julgada é instrumento pelo qual se perpassa o devido processo legal e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito (NERY JUNIOR, 2013, p. 78-79).

Interessante é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (In DIDIER JR., 2008, p. 386) sobre o tema. Ao considerarem o princípio da segurança jurídica como elemento essencial do Estado Democrático de Direito, dissertam:

Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a 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 se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada – porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, convém pontuar a existência de entendimentos contrários à atribuição de *status* constitucional ao instituto da coisa julgada. Filiam-se a essa corrente José Augusto Delgado e Humberto Theodoro Júnior. Para eles, a redação do inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna resumiu-se a tutelar a coisa julgada em face de lei nova, dirigindo-se apenas ao legislador ordinário. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (In DIDIER JR., 2008, p. 191, grifo do autor):

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada inconstitucional*.

Não compartilhamos, contudo, dessa posição. Por certo, a coisa julgada é indispensável à efetividade do acesso à tutela do Estado-juiz, já que o devido processo abarca não apenas o acesso à justiça, mas também o direito de solução definitiva do conflito (MARINONI, In DIDIER JR., 2008, p. 266).

Assim, como corolário da segurança, princípio esculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o instituto da coisa julgada perfaz atributo indispensável à efetividade do acesso ao Judiciário e à concretização do Estado Democrático de Direito.

Nas lições de Nelson Nery Junior (2013, p. 55-56, grifo do autor):

Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *estado democrático de direito* ocorre por intermédio do instituto da **coisa julgada**. Em outras palavras, a coisa julgada é *elemento de existência* do estado democrático de direito.

Assim, diante da magnitude constitucional conferida ao instituto da coisa julgada, a sua mitigação deve ser excepcional, a partir de hipóteses peremptoriamente previstas pelo ordenamento jurídico (NERY JUNIOR, 2013, p. 75).

E não é só. A teoria da relativização contrapõe à segurança jurídica, princípio consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o valor justiça, cujo conceito apresenta contornos subjetivos, perpassando por uma questão de interpretação (MARINONI, In DIDIER JR., 2008, p. 282).

Diante disso, em nome da justiça e a partir da relativização da coisa julgada, podem restar eternizados os conflitos e o exercício da atividade jurisdicional, haja vista que raramente a parte se convence das decisões a ela desfavoráveis. Nesse sentido, Donald Armelin (In DIDIER JR., 2008, p. 114) conclui que “o afã em atingir a Justiça nas decisões judiciais não deve permitir que a vida social seja conturbada pela eternização de litígios que se renovam. As decisões injustas vêm de longe. Basta atentar-se ao julgamento de Cristo”.

Nesse mesmo sentido ensina Ovídio Baptista da Silva (In DIDIER JR., 2008, p. 312, grifo do autor):

Suponho desnecessário sustentar que a "injustiça da sentença" nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim *ad aeternum*, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e "pluralista" quanto a valores.

E, ao considerar uma segunda sentença, destruidora da “primeira coisa julgada”, considerada “abusiva”, pontua (SILVA, In DIDIER JR., 2008, p. 314, grifo do autor):

Porém, qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta "segunda coisa julgada"? Em resumo: quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da segunda sentença? Porventura, a coisa julgada...?

Conclui-se, desse modo, que as decisões judiciais sempre se sujeitarão à impugnação, sob o argumento de conterem injustiças. Diante disso, José Carlos Barbosa Moreira (In DIDIER JR., 2008, p. 236) critica a relativização da coisa julgada erigida tão somente na busca pela justiça da decisão:

Condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto [...].

Nesse mesmo sentido, o autor defende não se poder empregar a relativização da coisa julgada sob o mero argumento de inconstitucionalidade do teor da decisão judicial, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro já expressamente prevê os instrumentos destinados ao controle da constitucionalidade (MOREIRA, In DIDIER JR., 2008, p. 239).

Diante disso, a doutrina crítica à tese da relativização defende que a *res judicata* tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco da prolação final. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos em recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação, sempre a partir de hipóteses previstas no ordenamento jurídico.

Os adeptos à corrente contrária à relativização baseiam-se, assim, no princípio da segurança jurídica, que perpassa pela estabilidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário e pela previsibilidade e confiança que se devem garantir aos cidadãos.

Consoante lição de Leonardo Greco (In DIDIER JR., 2008, p. 255):

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência de que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

[...]

A coisa julgada é, assim, uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica.

E, adiante, acrescenta (GRECO, In DIDIER JR., 2008, p. 255):

[...] Se o Estado não oferecer essa garantia, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, inciso I, da Constituição) também dos demais cidadãos, e não apenas das partes

no processo em que ela se formou, pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

Por outro lado, a desconstituição da coisa julgada por critérios atípicos permitiria ao juiz analisar, no caso concreto, a prevalência, ou não, da coisa julgada, segundo seu senso de justiça, elevando um sistema aberto, incompatível com a própria natureza da coisa julgada material. Desse modo, restaria prejudicado o primado da segurança jurídica (MARINONI, In DIDIER JR., 2008, p. 281).

Nesse cenário de dissonância doutrinária relativa à possibilidade de relativização da coisa julgada insere-se o epicentro do presente trabalho: a consideração da coisa julgada inconstitucional formada diante de superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade.

CAPÍTULO II

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

2.1. Noções preliminares sobre o controle de constitucionalidade

2.1.1. A supremacia constitucional e a necessidade do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade consiste na verificação da conformidade de leis e atos normativos frente à Constituição. Busca-se, por meio dele, a proteção da Lei Fundamental e do Estado Democrático de Direito, sobre o qual se assentam os direitos e as garantias fundamentais.

Uma vez identificada eventual desconformidade com a Lei Maior, o ordenamento jurídico prevê um conjunto de medidas que visa à harmonia do sistema normativo. Assim, a inconstitucionalidade reconhece a invalidade da norma, visando à paralisação de sua eficácia (BARROSO, 2012, p. 23).

Frise-se que a verificação da existência de inconstitucionalidade envolve tantos os requisitos formais, abrangendo a averiguação de vícios no processo de formação da norma, quanto os substanciais, relativos à observância dos preceitos e princípios constitucionais.

A partir dessas considerações, o instituto é conceituado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 34, grifo do autor):

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

Nesse mesmo sentido, pondera J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 890, grifo do autor):

Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o **princípio fundamental da constitucionalidade**

dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Duas são as premissas sobre as quais se assenta a existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais.

As leis devem respeitar a Constituição exatamente pelo fato de que ela dispõe de superioridade hierárquica dentro do ordenamento jurídico, operando como fundamento de validade das demais normas. Devido à supremacia da Constituição, todos os atos e manifestações jurídicas, para subsistirem validamente no ordenamento jurídico, devem estar em conformidade com a Lei Maior (BARROSO, 2012, p. 23).

Por outro lado, historicamente, é nos ordenamentos de Constituição rígida que vigora o princípio da supremacia formal. A Constituição rígida caracteriza-se pela exigência de um procedimento especial para sua elaboração, mais complexo do que o das demais normas. É a rigidez que posiciona a Carta Magna no vértice do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2008, p. 296).

Isso porque, se o procedimento de alteração da Constituição fosse igual ao das normas infraconstitucionais, uma simples lei ordinária poderia alterar a Constituição (BARROSO, 2012, p. 24)²⁵.

Em suma, pode-se dizer que a supremacia jurídica da Constituição – que deriva da rigidez constitucional – fornece o ambiente institucional propício ao desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, José Afonso da Silva (2008, p. 46) ensina:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competência governamentais.

[...]

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.

E, nessa linha de raciocínio, a fim de garantir o respeito aos ditames constitucionais e, por conseguinte, assegurar a supremacia da Lei Maior, a própria Constituição estabelece

²⁵ Esclarece Luís Roberto Barroso (2012, p. 24) que “Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade”.

mecanismos especiais, nomeados pela teoria clássica de “controle de constitucionalidade das leis”.

2.1.2. Classificações do controle de constitucionalidade

Uma vez reconhecida a relevância do controle de constitucionalidade para a garantia da supremacia da Carta Magna, cumpre tecer algumas considerações sobre as formas de defesa da Constituição, a partir das classificações das diversas espécies de controle.

A teoria tradicional do Direito Constitucional classifica o controle de constitucionalidade de acordo com o momento em que é exercido, como preventivo ou repressivo, ou, ainda, de acordo com a natureza do órgão que o desenvolve, podendo ser político, jurisdicional ou misto.

No que tange ao momento do controle, ele pode ser preventivo (*a priori*), quando se efetua antes do aperfeiçoamento do ato normativo, evitando sua entrada em vigor, ou repressivo (*a posteriori*), com a instauração do controle após a promulgação do ato inconstitucional ou após sua entrada em vigor, destinando a paralisar-lhe a eficácia (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1008-1009).

Quanto à natureza do órgão, o controle de constitucionalidade das leis pode ser cometido pela via política ou jurisdicional. Pela primeira, também conhecida como modelo de controle francês, o controle é exercido por um corpo político, distinto do Poder Judiciário. A título de exemplo cita-se o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei considerado inconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1007).

Por outro lado, o controle jurisdicional é realizado por integrante do Poder Judiciário (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1007). Consagra duas formas básicas, referentes ao órgão judicial atuante: o controle difuso e o controle concentrado.

Pelo primeiro, oriundo do modelo americano, a qualquer órgão jurisdicional incumbido de aplicar determinada lei a um caso concreto assegura-se o poder-dever de reconhecer sua inconstitucionalidade caso a considere incompatível com a Constituição. Já pelo segundo, característico do modelo austríaco, o controle da constitucionalidade de leis é atribuído a um único órgão jurisdicional, tribunal de cúpula ou corte especial, como atividade única ou principal (BARROSO, 2012, p. 69-71).

Ainda, dessas duas formas básicas de controle, originou-se o controle misto, pelo qual se congregam elementos do sistema de perfil difuso (aos órgãos jurisdicionais ordinários atribui-se a função de afastar, no caso concreto, a aplicação de ato considerado inconstitucional) e o de perfil concentrado (atribui-se a específico órgão de cúpula a competência originária de proferir decisões em determinadas ações, especialmente as de caráter abstrato), a exemplo dos sistemas português e brasileiro (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1007).

Ainda no que tange ao controle jurisdicional, agora em relação ao modo ou à forma em que suscita a questão constitucional, ele pode ser incidental ou principal. Pelo primeiro, a controvérsia constitucional configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser, portanto, decidida como premissa essencial para a solução do conflito concreto levado ao Judiciário. Cogita-se, também, de inconstitucionalidade pela via da exceção ou defesa, uma vez que a questão constitucional é comumente apontada pela parte demandante para escusar-se do cumprimento da norma considerada inválida (BARROSO, 2012, p. 72).

Por outro lado, no controle principal ou ação direta, a atividade cognitiva do órgão jurisdicional apresenta objeto autônomo e exclusivo, consistente na discussão a respeito da constitucionalidade da lei em si. Busca-se, pela via principal, a harmonia do ordenamento jurídico, e não o amparo de direitos subjetivos (BARROSO, 2012, p. 73).

Em geral, associa-se o controle incidental (concreto) ao modelo difuso. Da mesma forma, o controle principal (abstrato) ao modelo concentrado. Nesse ponto, contudo, convém destacar que os modelos (difuso e concentrado) não podem ser confundidos com as vias de controle (incidental e principal). Isso porque referida regra apresenta exceções. A título de exemplo, no direito brasileiro, há hipóteses em que o controle será concentrado, ou seja, de competência originária do STF, mas realizado de maneira incidental, com destaque para as causas previstas no art. 102, inciso I, alínea 'd', da CF/88²⁶.

Nessa linha de raciocínio, adverte Luís Roberto Barroso (2012, p. 72-73):

²⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realizado na apreciação de um caso concreto – e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado (v., *infra*).

[...]

O controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese. Contudo, assim como o controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada.

2.1.3. Os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade

Conforme supra-analisado, o controle de constitucionalidade pode ser realizado tanto por corpo político quanto por órgãos integrantes do Poder Judiciário. Diante da proposta do presente trabalho, pertinente o enfoque no controle jurisdicional de constitucionalidade.

Historicamente, destacam-se dois grandes modelos de controle judicial de constitucionalidade: o difuso, oriundo do sistema americano, e o concentrado, cujas raízes remontam o perfil europeu. Ainda, a partir da congregação de elementos desses dois padrões, surgiram sistemas híbridos.

2.1.3.1. O modelo difuso ou americano

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos formalizou-se a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, quando o então Presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, John Marshall, decidiu que, em caso de conflito normativo entre a Constituição e a lei aplicada a um caso concreto, deve o mandamento constitucional prevalecer, consagrando o princípio da supremacia da constituição (BULOS, 2012, p. 193).

A partir do julgamento desse célebre caso, passou-se a admitir o controle judicial de constitucionalidade, ou seja, a possibilidade de um juiz, no caso concreto, verificar a compatibilidade de uma lei frente à Constituição.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 32) sintetiza a importância do voto de Marshall para o controle de constitucionalidade moderno em sua obra “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”:

Marbury vs. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. [...] ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

Nesse viés, o sistema americano de controle de constitucionalidade é denominado modelo de controle concreto ou, ainda, incidental. Isso porque cabe ao Poder Judiciário o pronunciamento a respeito da questão constitucional apenas *in concreto*, havendo, para tanto, a necessidade de existir dúvida sobre a constitucionalidade de uma normativa a ser aplicada num caso concreto. Nesse sentido, antes da questão principal, essencial a resolução da controvérsia incidental, ou seja, da compatibilidade da normativa impugnada frente à Constituição.

Ainda, a partir das obras do italiano Mauro Cappeletti, esse sistema também passou a ser conhecido como modelo difuso de controle de constitucionalidade. Isso porque, em geral, uma vez adotado o modelo americano, tem-se o reconhecimento de que qualquer juiz ou tribunal competente para dirimir uma dada controvérsia jurídica também o será para dirimir a questão constitucional incidente (CAPPELETTI, 1999, p. 67).

De fato, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, reconheceu-se a competência de todos os juízes interpretarem a Lei Maior, inclusive afastando, no caso concreto, a aplicação de normas infraconstitucionais com ela conflitantes. Por isso, menciona-se que “A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803” (BARROSO, 2012, p. 69).

Assim, percebe-se que o modelo americano de controle de constitucionalidade apresenta múltipla denominação: controle americano porque seu desenvolvimento inicial deu-se na América; controle incidental porque a questão constitucional que se coloca é incidente em relação à questão principal a ser resolvida; controle concreto porque o elemento constitucional apenas pode ser examinado a partir de um caso concreto. Por fim, o sistema é difuso porque qualquer juiz ou tribunal competente para dirimir a controvérsia principal também o será para examinar a questão constitucional. Nesse ponto, esse modelo contrapõe-

se ao padrão europeu, de perfil concentrado, em que se atribuirá a competência para dirimir controvérsias a respeito da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo a um único órgão, conforme se verá adiante.

Cumprido destacar, ainda, três elementos típicos que marcam a variante americana de controle de constitucionalidade. O primeiro decorre do fato de esse modelo ter se desenvolvido no sistema do *Common Law*, direito anglo-saxão, a partir do qual as decisões proferidas por tribunal superior vinculam as emanadas de cortes inferiores. Esse caráter vinculante da decisão remete-se à teoria do *stare decisis* – manter a decisão (BULOS, 2012, p. 194).

A ideia que envolve esse instituto reflete de maneira decisiva no âmbito do controle de constitucionalidade. Isso porque, embora eventual declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte não retire, por si só, a normativa impugnada do ordenamento jurídico, a partir dessa decisão de caráter vinculante, não mais poderá haver a aplicação da normativa por outros juízes ou tribunais.

Além do instituto do *stare decisis*, outra percepção trazida pelo modelo americano consiste na possibilidade de participação de interessados no controle de constitucionalidade, por meio da figura do *amicus curiae* – amigo da corte (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1010).

A decisão sobre a constitucionalidade, a princípio, visa a resolver a controvérsia apenas no caso concreto, entre as partes. Contudo, se tal decisão apresenta efeito vinculante, evidente que afetará outros interessados, tendo em vista que controvérsias idênticas serão resolvidas com base nas decisões e nos precedentes da Corte Suprema. Por isso, sujeitos envolvidos em processos que versem idêntica questão de direito àquela submetida à Suprema Corte passam a interessar-se pela participação no julgamento do incidente, a partir do qual, por força do *stare decisis*, a tese jurídica formulada passará a ser aplicada a todos os processos com controvérsias idênticas, irradiando efeitos *erga omnes* (BARROSO, 2012, p. 70-71).

Daí a importância da figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade americano. Consiste num auxiliar da justiça, terceiro interventor com interesse em trazer à lide aspectos diversos que poderão influenciar a decisão final do juiz.

Outro instituto de grande influência no processo constitucional do direito americano apoia-se na figura do *writ of certiorari*, concebida especialmente para os processos da Suprema Corte. Refere-se à admissibilidade de recursos baseada na ideia de relevância da questão constitucional. Nesse sentido, a Corte pode admitir ou rejeitar o recurso. Uma vez rejeitado, não haverá mais possibilidade de conhecimento da controvérsia. Por outro lado,

quando assegurada a admissibilidade via *writ of certiorari*, a questão, considerada relevante, poderá ser conhecida pela Corte (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1010).

No modelo americano, um grupo de juízes pode assegurar a concessão do *writ of certiorari*, selecionando os casos que serão representativos de uma série de processos idênticos. Assim, vê-se que não há um direito subjetivo de recorrer à Suprema Corte. Filtram-se os processos que lá chegam, assegurada, por outro lado, a participação de interessados via *amicus curiae*.

Nesse viés, o processo americano, principalmente o que envolve a participação da Suprema Corte, adquire uma conotação que, de algum modo, não guarda relação com um processo estritamente subjetivo. Assim, embora adstrito a um caso concreto, o processo que se desenvolve, especialmente, na Suprema Corte visa a resolver não apenas o caso concreto, mas também a controvérsia temática existente sobre aquela discussão (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1010).

Por isso, pode-se dizer que, embora nascido num caso concreto, o processo constitucional americano apresenta, também, feição objetiva, já que se volta a resolver a polêmica de forma geral, mediante a aplicação do *stare decisis*, do procedimento do *amicus curiae* e do instituto do *writ of certiorari*.

Nesse sentido, ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra “Curso de Direito Constitucional” (2008, p. 1010, grifo dos autores):

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.

2.1.3.2. O modelo concentrado ou europeu

O modelo de controle de constitucionalidade europeu é reconhecido como um contraponto ao modelo americano. Apresenta, também, múltiplas denominações, com

destaque para modelo concentrado, modelo kelseniano ou, ainda, modelo austríaco de controle de constitucionalidade.

A variante europeia, como o próprio nome induz, teve sua primeira implementação na Europa, desenvolvendo-se, especialmente, na Áustria, graças à influência de Hans Kelsen, grande defensor da aplicação do modelo concentrado na constituição austríaca (BARROSO, 2012, p. 70).

É concentrado porque, diferentemente do sistema americano, concede a um único órgão jurisdicional – órgão de jurisdição ordinária (Tribunal Supremo) ou órgão especialmente criado para esse fim (Tribunal Constitucional) – o monopólio da censura, ou seja, o poder para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo (CANOTILHO, 2003, p. 898).

Com a Constituição austríaca de 1920, optou-se por atribuir a fiscalização da constitucionalidade a órgão não integrante da estrutura judiciária e criado especialmente para esse fim. Assim, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, ou melhor, uma atividade legislativa negativa, consistente na exclusão das normas do sistema jurídico (BARROSO, P. 71).

Inicialmente, a esse Tribunal Constitucional cabia apenas o controle abstrato de normas, processo a partir do qual alguns entes e órgãos específicos poderiam provocar a Corte Constitucional, sem nenhuma razão específica, a propósito da constitucionalidade, ou não, de uma norma. A impugnação da constitucionalidade seria, assim, feita independentemente de qualquer litígio concreto (BULOS, 2012, p. 195).

A partir de 1929, o modelo de controle de constitucionalidade concentrado austríaco passou a admitir, ao lado da apreciação abstrata, a análise da questão constitucional incidente. Para tanto, caso o juiz entendesse pela inconstitucionalidade de determinada norma, deveria suspender o processo e remeter à Corte Constitucional a indagação referente à compatibilidade da normativa frente à Constituição. Apenas após a decisão da Corte sobre o incidente, o juiz poderia proceder ao julgamento da questão principal.

Para tanto, atribuiu-se a dois órgãos judiciais – o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa – a tarefa de submeter à Corte Constitucional as questões constitucionais incidentes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1009-1010).

Nesse ponto, cumpre destacar que, ao elevarem a controvérsia constitucional concreta perante o Tribunal Constitucional, os órgãos judiciais acabavam por realizar um juízo provisório e negativo a respeito da questão, aspecto que, de certa forma, aproxima o modelo

européu da variante americana de controle de constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1009-1010).

Conclui-se, assim, que, além de adotar o controle concreto – pelo qual o juiz ou tribunal não aprecia a constitucionalidade da norma impugnada, mas remete a questão incidente ao Tribunal Constitucional – o modelo concentrado europeu introduziu o controle abstrato – pelo qual apenas alguns entes ou órgãos podem provocar diretamente a Corte a propósito da constitucionalidade de dada lei ou ato normativo.

Destarte, diferentemente do perfil americano, pelo modelo concentrado, adotado pela primeira vez na Áustria, a inconstitucionalidade somente pode ser declarada por um único órgão, cuja atuação principal ou exclusiva consista no exercício da fiscalização constitucional, e não por qualquer juiz ou tribunal competente para dirimir a controvérsia principal (BARROSO, 2012, p. 71).

2.1.3.3. Adaptações dos modelos americano e europeu no mundo

A partir dos padrões americano e europeu de controle jurisdicional de constitucionalidade de normas, desenvolveram-se modelos mistos, que congregaram elementos desses dois sistemas básicos.

Um dos mais iminentes é o modelo português. A Constituição Portuguesa de 1911 adotou como instrumento de controle de constitucionalidade o processo americano, por influência da Constituição Brasileira de 1891. Atualmente, esse elemento cultural subsiste, ao lado do controle concentrado e abstrato de normas, a partir da eleição de uma Corte Constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 898-899).

Outro modelo híbrido é o brasileiro. No País, adotou-se, inicialmente, com a Constituição Republicana de 1891, o modelo americano, difuso por via de exceção. Posteriormente, a partir de 1934, foram incorporadas características do método concentrado, especialmente as ações diretas. Com a Constituição Federal de 1988, preservou-se o modelo misto, diante da presença, conjunta, do controle concreto de índole americana e das ações diretas típicas do modelo europeu (SILVA, 2008, p. 50-51).

Em síntese, pode-se dizer que o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade abarca a formação de dois grandes blocos, o americano e o europeu, com a posterior intermediação dos chamados modelos mistos.

2.2. O modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade: o controle concentrado e o controle difuso

2.2.1. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: esboço histórico

A rigor, o controle *judicial* de constitucionalidade, no Brasil, começou a estruturar-se somente a partir da Proclamação da República, em 1891, sob influência do constitucionalismo norte-americano. Anteriormente, na Constituição Monárquica de 1824, o controle de constitucionalidade era tipicamente político, exercido, de um lado, pelo Poder Legislativo e, de outro, pelo Chefe de Estado, no exercício do Poder Moderador (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1035-1036).

A redação da Carta Magna de 1891 reconheceu a competência das justiças da União e dos Estados para discutir a validade de leis federais frente à Constituição, consolidando, com isso, o sistema de controle difuso por via de exceção (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1036-1037).

Sob o texto constitucional de 1934, manteve-se o pensamento básico que dominou o constitucionalismo pátrio republicano, especialmente as regras do modelo difuso. Por outro lado, a Constituição de 1934 introduziu três significativas alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro (SILVA, 2008, p. 50).

Diferentemente do modelo norte-americano, o Brasil não adotou a figura do *stare decisis*, ou seja, o caráter vinculante das decisões proferidas pela Suprema Corte. Com isso, a fim de conferir eficácia *erga omnes* ao que fora firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental e difuso, engendrou-se, na Constituição de 1934, a fórmula do Senado Federal. Por meio dela, outorgou-se a essa Casa Legislativa a prerrogativa de suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo, emprestando eficácia *erga omnes* à decisão que, até então, não era dotada de efeito vinculante (AGRA, 2009, p. 584-585).

Outra novidade trazida pela Constituição de 1934 consistiu na exigência do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial para a declaração

da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (BARROSO, 2012, p. 86). Atualmente, essa exigência consubstancia-se no art. 97 da CF/88²⁷.

A terceira e mais inovadora mudança conferida pela Constituição de 1934 refere-se ao surgimento da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, controle por via principal e concentrado, com vistas a evitar a intervenção federal e assegurar a integridade dos princípios sensíveis²⁸. A fórmula condicionava a eficácia da lei federal interventiva à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal. Nesse caso, caberia ao Procurador-Geral da República levar a matéria ao Pretório Excelso, indagando acerca da constitucionalidade da lei decretadora da intervenção (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1039).

Com o golpe militar, foi editada, em 1937, uma nova Constituição. De perfil fortemente ditatorial, a Carta de 1937 representou um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Sua redação permitia a revisão, pelo Parlamento, das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Pretório Excelso. Com isso, o Legislativo poderia cassar eventual decisão do STF e confirmar a constitucionalidade de lei declarada inconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1040). O instituto conferia imenso poder ao Presidente da República, já que não houve, à época, a instalação de um Parlamento, cujos poderes restaram, por isso, enfeixados pelo Presidente.

Encerrado o ciclo ditatorial, que perdurou até 1945, a Constituição de 1946 tentou resgatar uma série de conquistas previstas na Carta de 1934 e afastar as barreiras autoritárias criadas em 1937 (AGRA, 2009, p. 585).

Importante novidade conferida pela Constituição de 1946, no que tange ao controle de constitucionalidade, foi a introdução de uma nova modalidade de ação direta. Em vez de reproduzir o modelo de 1934 – pelo qual o Procurador-Geral da República submetia ao STF a análise da constitucionalidade da lei federal decretadora da intervenção –, a Carta Magna de

²⁷ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁸ Na Constituição de 1988, os princípios sensíveis – aqueles cuja violação ensejaria intervenção federal nos Estados-membros – estão arrolados no art. 34, inciso VII, *in verbis*:

- Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
 (...)
 VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
 a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
 b) direitos da pessoa humana;
 c) autonomia municipal;
 d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
 e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

1946 estabeleceu a impugnação direta, pelo Procurador-Geral da República, da lei ou ato normativo do ente federado supostamente contrário à Carta Maior. Nesta hipótese, a intervenção federal condicionava-se à decretação de inconstitucionalidade da normativa pelo STF (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1042-1044).

Ao lado da representação interventiva, ainda sob o manto da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16/1965 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais, adotando como parâmetro toda a Constituição Federal. Com isso, atribuiu-se ao STF a competência originária de julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador Geral da República (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1044-1046).

A Constituição de 1967/1969 não apresentou alterações significativas no controle de constitucionalidade, mantendo a estrutura anteriormente adotada (BARROSO, 2012, p. 87). Por outro lado, sob a égide dessa Carta Magna, irradiou a polêmica acerca do papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas.

Na década de 70, o Governo Federal lançou um decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Vislumbrando a inconstitucionalidade da normativa, o MDB, à época, partido da oposição, solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração de controle abstrato de normas. Todavia, este se recusou a submeter a matéria ao Supremo Tribunal. Diante disso, o MDB propôs reclamação junto ao Pretório Excelso, sustentando que, diante da negativa, o Procurador-Geral da República estaria aforando-se na posição de juiz e, com isso, usurpando a competência da Corte Suprema (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1047).

Rejeitando a reclamação, em 1971, o STF, por maioria, entendeu que o Procurador-Geral não estaria obrigado a submeter o pedido. Titular da ação no controle abstrato de normas, a ele caberia decidir acerca do encaminhamento, ou não, da matéria ao Supremo Tribunal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1047).

Por fim, a Constituição de 1988 introduziu duas significativas novidades no controle de constitucionalidade brasileiro: previu a inconstitucionalidade por omissão, consubstanciada no parágrafo 2º do art. 103, e ampliou os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme redação do *caput* do art. 103 e incisos ²⁹ (BARROSO, 2012,

²⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

p. 87). Com essa ampliação, o constituinte instituiu uma clara ruptura com a jurisprudência do Supremo Tribunal, firmada a partir da decisão de 1971.

Ainda, sob o manto da Carta de 1988, ocorreram algumas inovações relativas ao controle direto de constitucionalidade, especialmente com a previsão da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que passaram a integrar o controle concentrado ao lado da representação interventiva, da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Direta por Omissão (BARROSO, 2012, p. 89-90).

Por outro lado, no que tange à influência do modelo norte-americano, houve a preservação do controle incidental de normas, inclusive com o papel do Senado Federal na suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, conforme redação do art. 52, inciso X (TALAMINI, In DIDIER JR, 2008, p. 132).

Com isso, estruturou-se um modelo misto bastante peculiar, diante da aplicação, de um lado, do controle difuso, exercido por todos os juízes e tribunais, e, de outro, do controle por via de ação direta, concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, destaca-se que, com a Emenda Constitucional n° 45/2004, realizou-se uma reforma no controle incidental de constitucionalidade, principalmente diante da adoção de dois instrumentos. O primeiro consiste na figura da repercussão geral, instituto semelhante ao *writ of certiorari* do direito norte-americano, configurando requisito adicional de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3° CF/88³⁰) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1079).

O segundo refere-se à adoção das súmulas com caráter vinculante, mediante a aprovação de dois terços dos membros do STF, nos termos do art. 103-A da CF/88³¹, a fim de

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[...]

§ 2° - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

³⁰ Art. 102. § 3° No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

³¹ 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.

assegurar a eficácia da decisão prolatada pelo Pretório Excelso em casos repetidos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 968). Configura, assim, um resgate do instrumento americano do *stare decisis*.

Por fim, cumpre destacar que, atualmente, está-se a discutir acerca da necessidade da atuação do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sede de controle incidental.

No livro “Curso de Direito Constitucional”, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 1093, grifo do autor) expõe sua posição sobre o tema:

Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*. Dessa forma, julguei procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia erga omnes da decisão proferida no HC 82.959, no que fui acompanhado por Eros Grau. Divergiram dessa posição os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

A controvérsia pende de decisão por parte do STF³² e configura um passo a mais na evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.

Pelo exposto, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe, desde a era republicana e, agora, sob o manto da Carta de 1988, a influência do modelo americano de controle difuso. Ainda, à Corte Suprema foi atribuída a tarefa de revisar as decisões incidentais, em última instância, por meio dos recursos extraordinários. Por outro lado, o modelo de fiscalização constitucional brasileiro adota, ao lado do difuso, o controle concentrado, ao atribuir ao STF a competência para julgar ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, ou, ainda, ação declaratória de constitucionalidade.

Nesse viés, José Afonso da Silva (2008, p. 51-52, grifo do autor) sintetiza o atual modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade adotado pelo direito brasileiro:

³² O tema está em discussão no Plenário do STF, nos autos da Reclamação 4.335, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de ato de juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC. A DPU alegou o descumprimento da decisão proferida pelo STF no HC 82.959, em que a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990. Assim, nessa ação, o Plenário do Supremo analisará se a decisão proferida pela Corte no HC 82559 tem eficácia *erga omnes* independentemente ou não do cumprimento do artigo 52, inciso X, da CF/88, que confere ao Senado competência privativa para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. O julgamento acha-se suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Teori Zavasck.

Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os *critérios difuso e concentrado*, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle *por via de exceção* e por *ação direta de inconstitucionalidade* e ainda a referida *ação declaratória de constitucionalidade*. De acordo com o controle por exceção, *qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo*. A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (1) *a interventiva*, que pode ser *federal* por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, *a*, e 129, IV), ou *estadual* por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso; (2) *a genérica*: (a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, *a*, e 103, incisos e § 3º); (b) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; (3) *a supridora de omissão*: (a) do *legislador*, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (b) do *administrador*, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º). (Grifos do autor).

2.2.2. O papel do STF nas declarações de (in)constitucionalidade das normas

Diante da adoção, pelo Brasil, de um controle jurisdicional de constitucionalidade misto, cabe, de um lado, a todos os órgãos do Poder Judiciário, de forma difusa e incidental, a apreciação da constitucionalidade das normas e, de outro, incumbe ao Supremo Tribunal Federal realizar o controle de forma concentrada, por meio de processo objetivo estabelecido para o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni (2008, In DIDIER JR., p. 267):

O nosso sistema não reserva apenas ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de inconstitucionalidade da lei. Como é sabido, os juízes de primeiro e segundo graus também podem fazer esse controle, no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento do mérito.

Nesse cenário, merece especial atenção a atividade jurisdicional da Suprema Corte, cuja atuação apresenta relevância em ambos os modelos de controle judicial de constitucionalidade.

O texto constitucional, em seu art. 102, *caput*, confere ao Pretório Excelso a competência precípua de guardião da Carta Magna, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade considerada.

Com vistas ao desempenho da função constitucional, atribuições específicas são conferidas à Corte Maior, a exemplo do julgamento de recursos extraordinários (art. 102, III, da CF/88) e, no âmbito da competência originária, do julgamento de ações de controle de constitucionalidade de normas (art. 102, I, da CF/88).

Esclarecedores são os ensinamentos do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 267) acerca da função desempenhada pelo STF:

Com efeito, é ele quem exerce o controle concentrado de constitucionalidade, pois lhe cabe processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade, bem como a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I).

Por outro lado, a ele é dado julgar, em sede de recurso extraordinário, as decisões que contrariem dispositivo da Constituição, houverem declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou a constitucionalidade, em face da Lei Magna federal, de lei local (estadual) (art. 102, III). Assim, é ele quem diz a última palavra no controle incidental de constitucionalidade.

Assim, no exercício do controle de constitucionalidade, o STF pode atuar, em síntese, de duas formas. Pela primeira, por via de exceção, verifica a compatibilidade da norma frente à Carta Maior ao apreciar um caso concreto, no bojo de um recurso extraordinário, como última instância. Pela segunda, atua por via de ação direta, ao verificar a validade da lei ou ato normativo em tese, ou seja, no âmbito de um processo objetivo, abstrato, limitando-se a investigar a presença de antinomia frente à Constituição Federal (SILVA, 2008, p. 560).

2.3. Efeitos da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade

Neste trabalho, a discussão sobre a aplicabilidade da relativização da coisa julgada será analisada no âmbito do controle abstrato, típico processo objetivo, cuja finalidade é a preservação da ordem jurídica e, por isso, detona eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Nesse sentido, será destacada, de um lado, a coisa julgada inconstitucional em face de superveniente decisão judicial de inconstitucionalidade em controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade genérica) e, de outro, em controle difuso.

Esse último merece especial atenção. Isso porque envolve a polêmica que emerge diante do atual processo de objetivação do controle difuso pelo STF. Ou seja, tradicionalmente, as decisões em recursos extraordinários produziam apenas efeitos *inter partes*, diante do caráter incidental. Hodiernamente, seus efeitos passaram a extravazar os limites subjetivos da lide apreciada, assumindo os recursos extraordinários, com isso, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

2.3.1. Eficácia da decisão proferida no processo de ação direta de inconstitucionalidade genérica

Por produzirem implicações na ordem jurídica, relevante é o estudo dos efeitos decorrentes de decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em sede de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, destacando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a decisão do STF terá eficácia vinculante e *erga omnes*, contra todos, a teor do § 2º do art. 102 da CF/88³³ e consoante previsão do § único do art. 28 da Lei nº 9.868/99³⁴ (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1275).

Diante do efeito vinculante, tanto os órgãos judiciais quanto os administrativos estarão obrigados a observar a orientação do Supremo Tribunal sobre a validade ou não da norma. Sobre o assunto, pondera José Afonso da Silva (2008, p. 54):

Em suma, a sentença, aí, faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente a atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei.

³³ Art. 102. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

³⁴ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Quanto aos limites temporais, se *ex tunc* ou *ex nunc*, convém a retomada dos dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade de leis que se desenvolveram ao longo da história: o americano e o europeu.

No sistema norte-americano, consolidou-se o dogma da nulidade da norma inconstitucional. Segundo essa corrente doutrinária³⁵, a norma incompatível com a Constituição é, desde a sua origem (*ab initio*), absolutamente nula e ineficaz, de modo que o juiz, no exercício normal da função jurisdicional, apenas reconhece o vício congênito, declarando a inconstitucionalidade, com eficácia retroativa, ou seja, *ex tunc*, a fim de desconstituir os atos praticados sob o manto da norma considerada inválida (BARROSO, 2012, p. 37-40).

De outro lado, tem-se o modelo europeu de controle de constitucionalidade, idealizado por Hans Kelsen. Segundo o austríaco, a norma seria válida e produziria efeitos até que o órgão competente viesse a pronunciar a inconstitucionalidade, quando, então, a norma seria retirada do mundo jurídico. Assim, o ato não seria nulo, mas anulável. Por conseguinte, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade seria, de regra, constitutiva negativa, com eficácia *ex nunc*, no sentido de preservar os efeitos até então gerados pela norma inválida (BARROSO, 2012, p. 41).

Embora adepto à teoria da anulabilidade, pontue-se que Kelsen não descartava a possibilidade de o provimento judicial apresentar eficácia retroativa. Nesse sentido ensina Eduardo Talamini (In DIDIER JR., 2008, p. 119, grifo do autor):

Na Áustria, o sistema inicial em que o reconhecimento de inconstitucionalidade tinha efeitos *erga omnes* e *pro futuro* foi parcialmente mitigado já em 1929, quando se instituiu o controle concreto de constitucionalidade. [...] Assim, passou-se a reconhecer a eficácia retroativa do controle concreto.

Dentre as duas correntes, a teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional consubstancia o modelo tradicional brasileiro. Assim, a inconstitucionalidade é considerada vício pré-existente, cuja constatação opera efeitos retroativos (TALAMINI, In DIDIER JR., 2008, p. 124).

Consoante ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p. 1246-1247, grifo dos autores):

³⁵ Seguida, e.g., por Ruy Barbosa, Alfredo Buzaid, Luiz Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segunda a qual “the inconstitucional statute is not Law at all”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da 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.

Contudo, há situações em que a aplicação de efeitos *ex tunc* às declarações de inconstitucionalidade implicaria instabilidade jurídica. Destarte, em situações excepcionais, que envolvam razões de segurança jurídica e relevante interesse social, permite-se, no Brasil, a modulação dos efeitos da decisão, a fim de determinar que a declaração de inconstitucionalidade revista-se de efeitos *ex nunc*, prospectivos, no sentido de preservar os efeitos oriundos da norma inconstitucional (FERREIRA FILHO, 2008, p. 41).

Nesse sentido, as Leis 9.868/99 (dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF) e 9.882/99 (dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental) abrangem importantes dispositivos que consagram a mitigação da doutrina da retroatividade.

O art. 27 da Lei 9.868/99 dispõe, *in verbis*:

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 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.

Nesse mesmo sentido, o art. 11 da Lei 9.882/99 reza, *in verbis*:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de 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.

Sobre o assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 41-42, grifo do autor) tece importantes considerações:

Insista-se, porém. Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (anterior a essas leis) e para a doutrina clássica o ato inconstitucional é nulo e de nenhum

efeito. Em consequência, o reconhecimento da inconstitucionalidade deve operar retroativamente, *ex tunc*, devendo-se desfazer todos os efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional desde o momento de sua edição.

Tais leis, contudo, admitem que, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, sejam restringidos os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, ou fixado o momento em que esse reconhecimento passará ou passou a ter efeitos. Isso reclamará, todavia, o voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Daí decorre – o que logicamente é uma contradição – ser o ato inconstitucional nulo, mas pode ter efeitos válidos até determinado instante.

Destarte, mencionados dispositivos permitem ao STF restringir os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, decidir que ela só opere efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou fixar outro momento a partir do qual ela terá eficácia. Pontue-se, contudo, que, antes mesmo da edição de referidos artigos, a jurisprudência³⁶ já se preocupava com a preservação de alguns efeitos emanados da norma declarada inconstitucional.

Com isso, em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nega-se a eficácia retroativa das declarações de inconstitucionalidade e consubstancia-se um modelo protetivo às decisões judiciais fundadas na norma inconstitucional e transitadas em julgado.

Desse modo, uma vez adotada como regra a tese da nulidade, “julgada procedente a ADI ou improcedente a ADC, ter-se-á uma declaração de nulidade da lei inconstitucional. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1247).

Nesse diapasão, a partir das considerações relativas aos efeitos projetados pelas decisões que resolvem a questão constitucional, decorre o impasse ora em análise, especificamente se os efeitos de decisão judicial que assinala a inconstitucionalidade de lei ou ato deveriam retroagir de modo a atingir, inclusive, as decisões transitadas em julgado, anteriormente contempladas pela lei ou ato declarados inconstitucionais. Dessa situação verifica-se o embate entre, de um lado, a segurança jurídica conferida pela coisa julgada e, de outro, valores como justiça, isonomia, hierarquia das normas e higidez do ordenamento jurídico, colocados em dúvida diante da proteção assegurada a uma coisa julgada considerada inconstitucional.

2.3.2. Abstrativização em sede de controle difuso

³⁶ Supremo Tribunal Federal, RE 79.620, rel. Min. Aliomar Baleeiro; RE 78.594, rel. Min. Bilac Pinto; RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek.

Do mesmo modo em que se dá no controle de constitucionalidade abstrato, a problemática ora proposta opera no controle concreto³⁷, especificamente quando a questão constitucional, decidida no seio do STF, via recurso extraordinário, projeta efeitos vinculante e *erga omnes*.

Trata-se de uma nova tendência de equiparação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, ampliando a feição objetiva do controle incidental, especialmente mediante a transcendência dos motivos determinantes da decisão, a reinterpretção do inciso X do art. 52 da CF/88, a consagração do instituto da repercussão geral e a manipulação dos efeitos temporais da decisão.

Sobre o assunto, Camilo Zufelato (2011, p. 44, grifo do autor) leciona:

É preciso salientar que esse posicionamento rompe com a tradicional distinção entre os efeitos *inter partes* da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade e os efeitos *erga omnes* oriundos de ação típica do controle concentrado, uma vez que a decisão havida em Recurso Extraordinário – controle difuso, portanto – poderá vincular todos os outros casos futuros que tiverem semelhante *causa petendi*, aproximando-se dos efeitos *erga omnes* próprios das ações abstratas de controle de constitucionalidade. Por tal razão esse recente fenômeno tem sido denominado de *objetivação do controle de constitucionalidade brasileiro*.

Nesse viés, como é cediço, no controle incidental, processo, a princípio, subjetivo, consoante dispõe o art. 469, inciso III, do CPC, a declaração de inconstitucionalidade, por constituir questão prejudicial, não comporta autoridade de coisa julgada. Ainda, a eficácia jurídica do reconhecimento da inconstitucionalidade pelos tribunais condiciona-se à aprovação pela maioria absoluta dos membros do plenário ou órgão especial, consoante redação do art. 97 da CF/88³⁸.

Contudo, recentemente, a jurisprudência do STF, filiando-se à teoria da transcendência dos motivos determinantes, esta a admitir força vinculante aos fundamentos determinantes da decisão que declara, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei, mediante a dispensa do envio da questão constitucional ao Pleno quando a Suprema Corte já tiver se manifestado sobre a questão em via difusa (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 411).

Por outro lado, destaca-se que a decisão que resolve a questão constitucional em processo concreto e, portanto, subjetivo, tem sua eficácia *inter partes*, ou seja, restrita às

³⁷ Em regra, convém lembrar, o controle incidental/concreto é realizado no modelo difuso, enquanto a fiscalização abstrata é exercida de forma concentrada.

³⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

partes que participaram da relação jurídico-processual, seguindo a regra geral disposta no art. 472 do CPC. Para a decisão surtir efeitos *erga omnes*, a Constituição, conforme interpretação tradicional do art. 52, inciso X³⁹, exige a atuação senatorial para a sustação da eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF em controle incidental-difuso.

Nessa linha de raciocínio, pondera José Afonso da Silva (2008, 53-54, grifo do autor):

Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento *incidenter tantum*, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade [...].

De fato, conforme disposto no art. 52, inciso X, da CF/88, compete, privativamente, ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei considerada inconstitucional pelo STF em sede de controle incidental, de modo a estender, por meio da resolução do Senado, os efeitos *inter partes* para *erga omnes*.

Assim, tradicionalmente, concebia-se, pelo teor do art. 52, inciso X, CF/88, a resolução do Senado como imprescindível à extensão de efeitos *inter partes* para *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso, incidentalmente. Desse modo, somente a partir da publicação da resolução senatorial haveria a ampliação da eficácia subjetiva da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, conforme, inclusive, apontou o Professor José Afonso da Silva, ao final do trecho supratranscrito.

Nesse sentido, Pedro Lenza (2011, p. 258-259) ensina que o efeito *erga omnes* foi previsto apenas no que tange ao controle concentrado e à súmula vinculante. Para o controle difuso, nos termos do art. 52, inciso X, da CF/88, somente após atuação do Senado Federal, de modo que, não havendo suspensão por este órgão, a lei continuará válida e eficaz, tornando-se nula apenas diante do caso concreto.

Contudo, destaca-se, atualmente, no cenário jurídico, a abstrativização dos efeitos de decisão proferida pelo STF no âmbito do controle difuso e concentrado, independentemente da atuação do órgão legislativo. Assim, doutrina e jurisprudência têm admitido a utilização de

³⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

eficácia vinculante e contra todos em perfil incidental, mesmo sem a resolução suspensiva do Senado (AGRA, 2009, p. 631).

Ferrenho defensor do atual processo de objetivação do controle difuso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 165) ensina que a interpretação conferida ao art. 52 alterou-se com a evolução do sistema jurídico brasileiro, sendo, atualmente, mais adequada a inteligência de que a resolução editada pelo Senado Federal teria mero efeito de publicidade, especialmente diante da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão constitucional em sede de controle difuso. Assim, ao Senado Federal caberia tornar pública decisão vinculante proferida pelo STF em sede de controle incidental.

Corroborando com esse entendimento Luiz Roberto Barroso (2012, p. 154-157), que, ao lembrar que a competência do Senado Federal foi criada pela Constituição de 1934 para ampliar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF numa época em que vigorava exclusivamente o controle difuso-concreto de constitucionalidade, conclui pelo anacronismo de referida atuação senatorial no contexto atual de prevalência do controle concentrado-abstrato, *in verbis*:

A razão histórica — e técnica — da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.

[...]

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

Desse modo, vislumbra-se — mediante a tendência de transcendência dos motivos determinantes da decisão declaratória de inconstitucionalidade e a concessão de efeitos *erga omnes* e vinculante independentemente da resolução senatorial — a equiparação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso-concreto aos efeitos próprios do controle concentrado-abstrato.

Com isso, estende-se a eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões sobre inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

Essa corrente doutrinária e jurisprudencial ganhou força sobretudo após a previsão do instituto da repercussão geral pela Lei nº 11.418/2006. A novidade assemelha-se à figura do *stare decisis*, método de julgamento típico do direito americano, em que o *leading case* da Suprema Corte consiste em parâmetro obrigatório para os demais órgãos componentes do Poder Judiciário, ainda que em controle difuso.

Acerca da repercussão geral no controle incidental de constitucionalidade no Supremo Tribunal, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ponderam (2008, p. 961-962):

A Lei n. 11.418, de 19-12-2006, definiu a disciplina processual do novo instituto. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Com o instituto, o exame da constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário passa a ser realizado em tese, vinculando o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em situações semelhantes (DIDIER JR, In NOVELINO, 2008, p. 273-274). Há, com isso, mais uma vez, a aproximação do controle incidental às características do perfil abstrato.

A objetivação da via concreta ocorre, ainda, com a aplicação da manipulação dos efeitos temporais prevista, originariamente, no art. 27 da Lei nº 9.868/99, para o controle abstrato. Nesse ponto, observa-se nova aproximação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, de modo que características típicas do controle concentrado são, mais uma vez, emprestadas ao difuso.

Como regra, a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle incidental, irradia efeitos *ex tunc* para as partes, desconstituindo-se o ato e suas consequências desde a origem. A tese da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, contudo, tem sido flexibilizada por meio da aplicação da técnica da modulação dos efeitos pela Suprema Corte às suas decisões em sede de controle incidental⁴⁰.

Assim, embora criada para ser aplicada no bojo do controle abstrato de constitucionalidade, com previsão legal no art. 27 da Lei nº 9.868/99, a técnica da modulação

⁴⁰ Vide o *leading case* RE 197.917, Rel. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07/05/2004.

dos efeitos tem sido comumente aplicada em sede de fiscalização concreta, com fundamento, por analogia, nesse dispositivo legal (DIDIER JR, In NOVELINO, 2008, p. 277).

Aliás, sustenta a doutrina que a aplicação modulação dos efeitos temporais independe de previsão legal, devido ao seu viés constitucional, consubstanciado no princípio da proporcionalidade, ante a necessidade de ponderação de valores.

Nesse sentido ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p. 1100):

A declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência.

Convém frisar que a tese da extensão da modulação dos efeitos às decisões emanadas do controle difuso-concreto pelo STF ganha maior relevo a partir da atribuição, independentemente da resolução senatorial prevista no art. 52, X, da CF/88, de efeitos *erga omnes* e vinculante a essas decisões.

Destarte, a inequívoca tendência de ampliação da feição objetiva do processo de controle incidental – diante da *dessubjetivização* do controle incidental, seja pela exigência da repercussão geral nas matérias (ante sua relevância jurídica, política, social ou econômica) que chegam ao Supremo Tribunal mediante recurso extraordinário, seja pela reinterpretação da fórmula do Senado constante no art. 52, X, da CF/88 – corrobora com a limitação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade *in concreto*, mediante aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Nesse cenário, cumpre verificar se essa tendência de objetivação, ao conferir perfil *erga omnes* e vinculante ao modelo difuso-incidental e, por conseguinte, ao ampliar as pessoas sujeitas à decisão da questão constitucional – que, por sua vez, apresenta eficácia, em regra, retroativa –, poderia permitir a relativização de coisa julgada baseada em lei supervenientemente declarada inconstitucional pelo STF pela via incidental.

Desse modo, a abstrativização do controle difuso-incidental acentua a discussão ora proposta, incorporando-lhe a seguinte indagação: decisão judicial que assinala a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de recurso extraordinário poderia

constituir fundamento para relativizar a coisa julgada de decisão anteriormente contemplada pela normativa declarada inconstitucional?

CAPÍTULO III

OS EFEITOS DA DECISÃO QUE DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS SOBRE A COISA JULGADA ANTERIOR

A questão central ora proposta perpassa pela consideração da coisa julgada inconstitucional em razão de superveniente decisão proferida pela Suprema Corte em controle abstrato de constitucionalidade.

Para os fins propostos neste trabalho, tomam-se por coisa julgada inconstitucional as hipóteses a) em que uma decisão, transitada em julgado, fundamentou-se em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade; b) em que instância ordinária afasta a aplicação de determinado ato normativo por considerá-lo inconstitucional e, após, a Suprema Corte julga-o válido e compatível com a Carta Magna.

A problemática não envolve apenas a ponderação de princípios – de um lado, a segurança jurídica, lastreada pela coisa julgada material, e, de outro, a supremacia da Constituição Federal e o anseio de justiça –, mas também a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de um modelo de controle de constitucionalidade misto, que abarca tanto características do perfil difuso quanto do concentrado.

Assim, se de um lado tem-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, de outro há o julgado proferido por instância ordinária em perfil difuso e concreto.

Sob esse cenário é que se analisará a possibilidade, ou não, de relativização da coisa julgada material fixada no caso concreto e considerada inconstitucional diante de superveniente decisão da Suprema Corte em sede de controle abstrato.

3.1. A garantia da supremacia constitucional: a inexistência da sentença e a relativização da coisa julgada

Da inquietação em relação à eternização de efeitos de sentenças injustas ou inconstitucionais surgiu a tese da relativização da coisa julgada material. A atenuação do instituto insere-se num contexto de coexistência de valores, em que a segurança jurídica deve, em certa medida, ceder espaço à constitucionalidade e justiça da decisão. Essa mitigação, contudo, tem de ser ponderada e respaldada em critérios objetivos, a fim de que o valor segurança não seja indesejavelmente comprometido (WAMBIER; MEDINA, in DIDIER JR., 2008, p. 387).

Assim, a busca pela adequada solução à problemática proposta neste trabalho compreende o exame da qualidade e da eficácia de que se revestem a norma e o ato que reconheceu a inconstitucionalidade. Cumpre esclarecer, de um lado, se a norma inconstitucional resta inexistente, nula ou anulável, assim como, de outro, se o provimento que reconhece a inconstitucionalidade em sede de controle abstrato produz efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, e, nesta última hipótese, se incide sobre a coisa julgada anterior.

3.1.1. As sentenças juridicamente inexistentes

A doutrina diverge a respeito da consideração da coisa julgada inconstitucional como inexistente ou inválida. Essa definição é importante tendo em vista as diversas consequências decorrentes da adoção de um ou de outro plano.

Para ser válido, nulo ou anulável, o fato jurídico precisa, antes, existir. O ato inexistente é incapaz de gerar efeitos. Já o ato inválido adere, apesar de deficientemente, ao mundo jurídico e nele produz seus efeitos, até que seja desconstituído pelo órgão judiciário. Assim, grosso modo, enquanto o ato inválido precisa ser desfeito pelo Judiciário, o ato inexistente apenas se declara como tal, dispensando-se qualquer consideração do juiz (ASSIS, in DIDIER JR, 2008, p. 46-48).

Nesse sentido, uma vez baseada em norma inconstitucional considerada inexistente, a sentença, também, portanto, inexistente, não adquire eficácia de coisa julgada, nem exige, por isso, rescisória. Por outro lado, uma vez que se considere a sentença nula, forma-se a coisa julgada e, com isso, a decisão passa a ser rescindível. Assim, no plano da validade, caso o vício não seja alegado ou reconhecido de ofício no prazo decadencial de dois anos, os atos, embora inválidos, efetivar-se-ão (ASSIS, in DIDIER JR, 2008, p. 50-52).

Consoante lição de Wambier e Medina (in DIDIER JR, 2008, p. 405):

Esta é a principal função da diferenciação entre sentenças nulas e sentenças inexistentes. Aquelas, para serem desconstituídas, por meio de ação rescisória, ficam sujeitas ao prazo decadencial do art. 495. Estas podem ser, como inexistentes, declaradas a qualquer tempo.

Nesse cenário, corrente doutrinária encabeçada por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (in DIDIER JR, 2008, p. 389) entende que, declarada inconstitucional a norma jurídica e tendo a decisão efeito retroativo, deve a lei ser considerada juridicamente inexistente, tendo em vista que, de certo, jamais integrou o sistema normativo positivado, a não ser aparentemente.

Consoante ensinam os autores (in DIDIER JR., 2008, p. 389, grifo dos autores):

Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo “nula” ou “anulável”. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar *como se a lei nunca tivesse existido*. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente*.

Nesse sentido, a decisão baseada em “norma aparente” é também considerada juridicamente inexistente, de modo que caberá à parte interessada propor ação declaratória de inexistência, independentemente do prazo do art. 495 do CPC, “com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação” (WABIER; MEDINA, in DIDIER JR., 2008, p. 388).

Considerado o plano da inexistência, Wambier e Medina (in DIDIER JR., 2008, p. 388) apontam como fundamento para a propositura de referida ação declaratória a impossibilidade jurídica do pedido e, portanto, a ausência de uma das condições da ação.

Desse modo, segundo esse viés doutrinário, norma considerada posteriormente inconstitucional configura norma inexistente no mundo jurídico, assim como a sentença que nela se fundamentou e, por conseguinte, a coisa julgada material daí decorrente. E, diante de uma *res judicata* aparente e, portanto, inexistente, não há espaço para sua desconstituição.

Nesse caso, vale-se, na verdade, da ação declaratória de inexistência, com o fim único de promover maior segurança jurídica ao interessado, e não com a intenção de relativizar a coisa julgada, até mesmo porque inexistente tal instituto.

Eduardo Talamini (In DIDIER JR., 2008, p. 131, grifo do autor), ao distinguir as consequências de situar decisão judicial no plano da inexistência ou da invalidade, a depender do vício que a macula, pontua:

Já para a “sentença inexistente” (incluindo-se aqui a hipótese de falta ou nulidade de citação do réu) não há que se falar em coisa julgada. O defeito é intransponível. Jamais haverá sanção ou convalidação. O pretense provimento judicial pode ser simplesmente desconsiderado (p. ex., ajuizando-se outra ação exatamente com o mesmo objeto sobre o qual ele teria versado).

Essa corrente doutrinária, por outro lado, não exclui a possibilidade de conservação dos efeitos decorrentes da norma inconstitucional durante o período em que esteve inserida no ordenamento, quando outras normas jurídicas assim o exigirem, em consonância com a ponderação de valores. Nas palavras de Wambier e Medina (in DIDIER JR, 2008, p. 389, grifo dos autores):

A norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional, portanto, é, para nós, norma inexistente juridicamente. É, pura e simplesmente, um *fato jurídico*, cujos efeitos, às vezes, devem ser conservados, em nome de outras normas jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art. 27 da Lei 9868/99.

Desse modo, não obstante o enquadramento da norma inconstitucional no plano da inexistência, Wambier e Medina (in DIDIER JR, 2008, p. 389) defendem a conservação dos efeitos dela decorrentes em favor de outras normas-princípios. Daí a aquiescência, pelos autores em comento, da modulação dos efeitos das decisões prevista na redação do art. 27 da Lei n° 9868/99.

Nessa hipótese, convém destacar, os efeitos que se modula decorrem de ato existente no mundo empírico, embora inexistentes juridicamente. Nesse sentido (WAMBIER; MEDINA, in DIDIER JR, 2008, p. 404, grifo dos autores):

Trata-se de aspecto de especial relevância, pois que a inexistência *jurídica não se confunde com um nada fático*. Sob esse aspecto, é, sim, um *defeito*, que, de tão grave, compromete a essência do ato, desconfigurando-o. Fica prejudicada a tipicidade: adequação do fato ao tipo legal. *Atos juridicamente inexistentes existem* no plano empírico, e, em tese, podem até produzir efeitos, desde que tenham aptidão material para tanto.

Esse posicionamento, contudo, conforme já mencionado, não é unânime na doutrina, que, por vezes, ao adotar o plano da validade, reconhece a existência jurídica da sentença. A

discussão, nesse caso, insere-se na possibilidade e nos meios de desconstituição do ato sentencial e, por conseguinte, de sua autoridade de coisa julgada, quando contrários aos preceitos constitucionais.

3.1.2. A sentença juridicamente nula, a relativização da coisa julgada inconstitucional e o respeito aos atos praticados sob seu império

Ao admitir-se a existência de decisão judicial proferida com fundamento em norma jurídica considerada posteriormente inconstitucional pelo STF, parcela da doutrina defende a desconstituição, a qualquer tempo, da decisão e, quando não, dos atos dela decorrentes, consoante o primado da supremacia da Carta Maior.

Nesse cenário, Humberto Theodor Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (in DIDIER JR, 2008, p. 194-195) diferenciam o regime da coisa julgada inconstitucional ao aplicado à inconstitucionalidade dos atos legislativos. Aquele não se restringiria ao prazo decadencial de dois anos da ação rescisória, por ser a inconstitucionalidade da *res judicata* espécie de nulidade absoluta, decretável até mesmo de ofício. A sanatória geral dos vícios do processo não se aplicaria, assim, à inconstitucionalidade, diante de sua gravidade.

Consoante ensinam os doutrinadores ora em comento (In DIDIER JR, 2008, p. 195, grifo dos autores):

A decisão judicial transitada em julgado desconforme com a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a **nulidade**. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é **nula** e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo.

Assim, diante do vício que a macula, a coisa julgada inconstitucional contemplaria nulidade absoluta, reconhecida, portanto, a qualquer tempo. A incompatibilidade com a Carta Maior configuraria, assim, vício que, de tão grave, sobreviveria à coisa julgada, revestida de mera aparência (THEODORO JUNIOR; FARIA, in DIDIER JR, 2008, p. 196):

Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar e, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

Nesse ponto, pontue-se que Theodoro Júnior e Faria (in DIDIER, 2008, p. 192-193) parecem acompanhar os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, para quem o vício do decisório – a incompatibilidade com a Constituição Federal – impossibilitaria a irradiação dos efeitos substanciais da sentença e, por conseguinte, a formação jurídica da coisa julgada material, entendida aí como a imutabilidade dos efeitos da decisão. Nessa hipótese, a sentença existiria, mas do vício que a macula resultaria uma coisa julgada material inexistente⁴¹, situação, portanto, sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive por meio da ação declaratória de nulidade absoluta da sentença.

Consoante lição de Dinamarco (2001, p. 59, grifo do autor):

A sentença com o enunciado de efeitos impossíveis não será um ato jurídico inexistente, embora inexistentes os efeitos substanciais por ela programados. Como ato jurídico processual, ela terá, p.ex., o efeito de pôr fim ao processo. Faltar-lhe-á somente a *eficácia* pretendida. [...]

Repito, para clareza: *sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade.*

O posicionamento que se expõe resta expressado com clareza no seguinte trecho da obra “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado” (THEODORO JUNIOR; FARIA, in DIDIER JR, 2008, p. 196):

Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade.

Os autores em comento defendem, com isso, que o reconhecimento da nulidade de sentença eivada de inconstitucionalidade, possível a qualquer tempo, não implica a desconstituição da coisa julgada material, já que inexistente o instituto.

Por isso mesmo, ao comparar sua posição com a adotada pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, que defende a inexistência da sentença inconstitucional, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (In DIDIER JR., 2008, p. 214) pontuam:

⁴¹ Convém pontuar que “quando se fala em coisa julgada contrária à Constituição, o que realmente se está afirmando é que uma sentença transitada em julgado praticou a ofensa” (THEODORO JÚNIOR; FARIA, In DIDIER JR., 2008, p.217). Assim, em consonância com os ensinamentos de Dinamarco, nega-se imutabilidade à sentença.

A divergência de sua posição com relação à nossa é apenas literal, porque na conclusão se chega a resultado igual, ou seja, a sentença inconstitucional não tem aptidão para produzir eficácia alguma na ordem jurídica, e por isso pode ser atacada até mesmo por defesa em processo pendente ou por ação ordinária de declaração.

Referido entendimento, contudo, não é pacífico na doutrina. Araken de Assis (In DIDIER JR., 2008, p. 52) ensina que “o provimento nulo, porque eficaz, gera coisa julgada material, que não passa de uma de suas eficácias, a teor da letra do art. 467”. Tanto o é que, se o vício não for alegado ou reconhecido de ofício, a decisão manter-se-á como se defeituosa não fosse, produzindo, portanto, todos os efeitos esperados.

Nesse viés, diante da presunção de existência e validade dos atos processuais, o afastamento de suposta inconstitucionalidade exigiria a desconstituição da decisão transitada em julgado, o que, para aqueles que admitem a existência da imutabilidade, significaria, também, a relativização da coisa julgada.

De todo o modo, é certo que, nesse cenário, tanto aqueles que admitem quanto os que negam a existência jurídica da coisa julgada material frente à decisão judicial eivada de inconstitucionalidade defendem a reapreciação da matéria e a desconstituição da sentença nula, direcionando, portanto, ambas as posições, de maneira semelhante, à discussão proposta no presente estudo.

Isso porque, ainda que se defenda a posição de Theodoro Júnior e Dinamarco, não se pode olvidar que, sob o manto da decisão nula, enquanto ainda não reconhecido o vício, atos foram praticados. Disso decorre a indagação – esta, inclusive, examinada por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro e Faria na obra “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado” – a respeito da invalidade desses atos. De certo, tal questionamento acaba por convergir com a problemática proposta neste trabalho⁴².

Nesse ponto, questiona-se: se a inconstitucionalidade de decisão passada em julgado pode ser reconhecida a qualquer tempo, o vício, de ordem constitucional, conduziria à invalidade de todos os atos produzidos até então?

Pois bem. Consoante já exposto no Capítulo II, doutrina e jurisprudência brasileiras atribuem ao reconhecimento da inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*, ante a adoção da teoria da nulidade.

⁴² Tanto o é que, por diversas vezes, os autores mencionam a expressão “desconstituição da coisa julgada”, para referir-se, na verdade, à desconstituição da decisão judicial eivada de vício e dos atos praticados sob o seu império.

Tradicionalmente, alguns doutrinadores filiaram-se à tese irrestrita da nulidade, acreditando, com isso, que o vício que macula a sentença nula conduziria à invalidade de todos os atos dela decorrentes. O saudoso jurista Alfredo Buzaid (1958, p. 137-138), a título de exemplo, confere eficácia retroativa ao julgamento do STF em ADI, a atingir todos os atos indistintamente, inclusive os decorrentes de sentença transitada em julgado.

Por outro lado, Theodoro Júnior e Faria (In DIDIER JR, 2008, p. 201) defendem que a tese da irrestrita retroatividade do reconhecimento da inconstitucionalidade deve ser mitigada quando garantias e princípios do ordenamento jurídico, como o da segurança jurídica, assim exigirem.

Nesse sentido, pontuam (THEODORO JÚNIOR; FARIA, In DIDIER JR, 2008, p. 201, grifo dos autores):

Sem dúvida alguma que a admissibilidade da desconstituição da coisa julgada que contém conclusão contrária à constituição está a impor o repensar da tese da irrestrita eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Isto porque a adoção pura e simples da retroatividade dos efeitos da decisão proferida no juízo declaratório poderá implicar a negação de uma série de garantias e princípios consagrados no direito.

Os autores argumentam, ainda, que a eficácia retroativa das decisões judiciais que resolvem a questão da constitucionalidade de determinada norma jurídica não se faz irrestrita se quer nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (THEODORO JUNIOR; FARIA, In DIDIER JR, 2008, p. 202).

De fato, nesse cenário, o Direito brasileiro, apesar de optar pela regra da retroatividade do reconhecimento da inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato, adotou a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela tenha eficácia *pro futuro*, quando houver razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, consoante redação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 (THEODORO JUNIOR; FARIA, In DIDIER JR, 2008, p. 202-203).

Assim, referido entendimento, apesar de admitir a suscetibilidade de a sentença inconstitucional ser desconstituída a qualquer tempo, pontua que a decisão invalidante, seja em sede de controle difuso ou concentrado⁴³, deverá, em determinadas situações, atingir

⁴³ Destaque-se que, para essa corrente doutrinária, a qual se filia Humberto Theodoro Júnior, não há e nem pode haver preclusão, ante a nulidade máxima derivada da ofensa à Carta Maior. Desse modo, estando a decisão em contraste com a Constituição Federal, com ou sem declaração do STF, estará o juiz da causa autorizado a reconhecer a nulidade, por meio do controle difuso.

apenas atos supervenientes, constituindo-se de efeitos *ex nunc*, principalmente em observância ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Consoante lição de Theodoro Júnior e Faria (In DIDIER JR, 2008, p. 204, grifo dos autores):

Sob este aspecto é que a coisa julgada não pode ser contrária à Constituição; em tema de constitucionalidade, a Supremacia da Constituição não poderá se sobrepor à segurança jurídica, à certeza que deve nortear as relações jurídicas. No conflito, portanto, que exsurge do reconhecimento da coisa julgada inconstitucional e o efeito de sua nulidade, haverá de prevalecer a estabilidade das relações, finalidade que somente será atingível mediante a atribuição de eficácia *ex nunc* às decisões que a declaram.

Dessa forma, embora adeptos à tese da relativização da coisa julgada inconstitucional a qualquer tempo, os autores ora em comentário defendem o respeito aos atos praticados sob seu império, atribuindo eficácia *ex nunc* ao reconhecimento da inconstitucionalidade, especialmente quando a lei contrária à Constituição tiver sido aplicada por muito tempo, em consonância com a estabilidade das relações e situações jurídicas.

Referido entendimento considera, portanto, a análise, caso a caso, da eficácia mais adequada a ser conferida ao reconhecimento da inconstitucionalidade, adotando-se a eficácia *ex nunc* diante da necessidade de respeito à segurança jurídica (THEODOO JÚNIOR; FARIA, In DIDIER JR., 2008, p. 203).

Desse modo, ante a regra geral da retroatividade, pode-se supor que a coisa julgada, para essa corrente doutrinária, sujeitar-se-á aos efeitos *ex tunc* quando a decisão declaratória de inconstitucionalidade não reconhecer a eficácia *ex nunc*.

Não obstante, em sentido diverso, parcela doutrinária não admite, em hipótese alguma, que os efeitos da superveniente declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato pelo STF retroajam para atingir a coisa julgada material já constituída. É o que se analisará no tópico seguinte.

3.2. A garantia do direito fundamental da coisa julgada em face de superveniente decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato

Em contrapartida à doutrina que admite a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, consoante o primado da supremacia da Carta Magna, outras, apoiadas no Estado Democrático de Direito e em princípios como o da segurança jurídica e o da presunção de constitucionalidade, defendem a manutenção da *res judicata* baseada em norma jurídica considerada, posteriormente, inconstitucional pelo STF.

Ademais, para essa corrente doutrinária, diante da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do controle misto de constitucionalidade, conferir eficácia retroativa às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, com vistas a atingir decisões de juiz ordinário que, em sede de controle difuso, optou pela constitucionalidade da lei posteriormente declarada nula, seria meio de negar valor ao juízo exercido em sede de controle difuso pelo juiz ordinário, a cuja decisão o ordenamento confere igual valor à posteriormente proferida pelo STF.

3.2.1. O respeito à coisa julgada anterior independentemente da atribuição de eficácia *ex tunc* à decisão superveniente do STF que reconhece a inconstitucionalidade

Há, nesse cenário, considerável parcela doutrinária que nega a possibilidade de relativização da coisa julgada anterior em face de superveniente decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, ainda que à decisão de invalidade seja conferida eficácia retroativa.

José Carlos Barbosa Moreira (In DIDIER JR, 2008, p. 230) fundamenta seu posicionamento na eficácia preclusiva decorrente da coisa julgada material. Explica o autor que, diante do efeito preclusivo, a nova situação jurídica independe da conformidade, ou não, com a situação preexistente. Assim, a nova situação independe de eventual divergência com a situação anterior.

Referindo-se à eficácia preclusiva da coisa julgada material, ensina Moreira (In DIDIER, 2008, p. 231, grifo do autor):

Pois bem: é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar – salvo expressa exceção legal – para indagação alguma acerca da situação anterior. Não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam textos antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente *irrelevante* – sempre com a

ressalva acima – a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.

Desse modo, uma vez formada, a coisa julgada promove uma cisão entre a norma abstrata em que se fundamentou o juiz e a norma concreta contida na sentença. Por isso, eventual declaração de inconstitucionalidade da norma abstrata não influenciará a coisa julgada já formada. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (In DIDIER JR, 2008, p. 239, grifo do autor):

A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.

Luiz Guilherme Marinoni (In DIDIER, 2008, p. 269 e 271, grifo do autor) partilha desse entendimento:

Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.

[...]

Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto.*

Nesse mesmo sentido discorrem Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 1281), para quem “Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”.

Por outro lado, José Carlos Barbosa Moreira (In DIDIER JR, 2008, p. 231) não nega a possibilidade de a coisa julgada configurar-se, por ventura, injusta, diante da falibilidade dos juízes. Contudo, pondera que a suposta injustiça somente poderá ser cogitada se disposição legal prever algum meio de modificação da *res judicata* formada – situação, ressalta, excepcional.

Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni (In DIDIER JR, 2008, p. 266, grifo do autor) ensina que o ordenamento jurídico brasileiro não ignora a possibilidade de haver injustiça nas decisões, tanto o é que disponibiliza a ação rescisória em hipóteses tipificadas por lei:

Nesse sentido, não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento para o que se pretende ver como “relativização” da coisa julgada. Ora, *o próprio sistema parte da ideia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora – nem poderia – que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei.*

Desse entendimento compartilha Leonardo Greco. Pala ele, a função precípua do controle de constitucionalidade das leis no Estado Democrático de Direito consiste na realização dos valores humanos consagrados na Carta Maior. Por isso, das decisões sobre constitucionalidade não pode decorrer a violação a direitos fundamentais – categoria na qual se insere o princípio da segurança jurídica. Caso contrário, haveria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle (GRECO, in DIDIER JR, 2008, p. 258).

Assim, ao reconhecer a regra da retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, portanto, a anulação dos efeitos passados, insere a coisa julgada no rol de exceções, sobre a qual, portanto, não reflete a invalidade da lei declarada genericamente (GRECO, in DIDIER JR, 2008, p. 259).

Diante disso, Greco (In DIDIER JR, p. 260) conclui:

A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto aos efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para a sua propositura.

Desse modo, a coisa julgada consistiria numa ressalva à regra da retroatividade, restando imune à eficácia *ex tunc* antes mesmo da edição do art. 27 da Lei 9.869/1999. Consoante discorre Luiz Guilherme Marinoni (In DIDIER JR, 2008, p. 268, grifo do autor), “a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.869/99 – que, na realidade, com ela não tem relação –, já era imune a tais efeitos”.

Assim, por configurar a *res judicata*, desde sempre, limite à eficácia da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, não se pode supor que, após a redação do art. 27 da Lei 9.869/1999, os efeitos retroativos desconstituíam a coisa julgada, caso esta não fosse expressamente ressalvada na decisão que declara a inconstitucionalidade (MARINONI, In DIDIER JR, 2008, p. 269).

Ademais, convém lembrar que o posicionamento doutrinário ora exposto considera a coisa julgada material elemento indispensável ao Estado Democrático de Direito, ao primado

da segurança dos atos jurisdicionais e, por conseguinte, à concretização do acesso à justiça, a partir do direito à solução definitiva do conflito, conforme averiguado no Capítulo I.

3.2.2. O controle misto de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro

Consoante verificado no Capítulo II, diante da adoção, pelo Constituinte brasileiro, do sistema de controle híbrido de constitucionalidade, atribui-se a apreciação de constitucionalidade das normas jurídicas a todos os órgãos do Poder Judiciário de maneira difusa, e ao Supremo Tribunal Federal de forma concentrada e em processo objetivo.

Pelo sistema de perfil difuso, comumente associado ao controle incidental, aos órgãos jurisdicionais ordinários incumbe o poder-dever de apreciar a constitucionalidade das normas antes de aplicá-las ao caso concreto que lhe é submetido, afastando a aplicação de ato considerado incidental e preliminarmente como inconstitucional.

Assim, ao considerar-se o sistema de controle misto adotado no Brasil, incumbe a qualquer magistrado a apreciação da questão constitucional, ainda que esta não seja objeto de alegação das partes. Desse modo, quando opta pela aplicação de uma norma jurídica, o juiz reconhece, ainda que implicitamente, a sua validade perante a Carta Maior (MARINONI, 2008, p. 19).

Nesse cenário, tanto na hipótese em que o juiz aprecia a questão constitucional de forma incidental no caso concreto, quanto na hipótese em que aplica a lei, admitindo-a, ainda que implicitamente, como constitucional, não se faz mais possível a discussão em torno da constitucionalidade em virtude do efeito preclusivo da coisa julgada material. Assim ensina Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 38):

[...] a decisão que aplicou uma lei inconstitucional, mesmo que sem juízo explícito acerca da questão constitucional, impede que a questão constitucional possa vir a ser suscitada para infirmar a decisão conferida ao litígio. Isto é impossível à luz da eficácia preclusiva da coisa julgada material e, portanto, da técnica garantidora da estabilidade das decisões judiciais.

Desse modo, uma vez interpretada a questão constitucional por juízes e tribunais brasileiros, a decisão proferida configura uma norma jurídica para o caso concreto, completamente autônoma em relação à norma abstrata.

Nesse cenário, a relativização da coisa julgada anterior com base no controle abstrato de constitucionalidade superveniente seria meio de negar valor ao juízo exercido em sede de controle difuso pelo juiz ordinário, a cuja decisão o ordenamento confere igual valor à supervenientemente proferida pelo STF. Esta, portanto, não pode desconstituir a coisa julgada daquela, o que seria inconciliável diante da adoção, pelo ordenamento pátrio, do controle misto de constitucionalidade (RÊGO, 2001, p. 511).

Consoante lição de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 39):

[...] a declaração de inconstitucionalidade proferida na ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal, é o resultado de uma ação voltada ao controle da constitucionalidade da lei, e, assim, não pode nulificar as decisões que versaram explicitamente sobre a constitucionalidade da lei ou simplesmente a aplicaram, uma vez que a decisão no caso concreto, por ser o reflexo do dever-poder judicial de controle difuso de constitucionalidade, é legítima em si, independentemente da sua substância, exceto quando aplica lei flagrantemente inconstitucional (caso em que cabe ação rescisória) ou aplica lei ou adota interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal.

Nesse cenário, os juízes não se resumem a meros aplicadores da lei. Erigem-se como criadores da norma jurídica do caso concreto, atuação que, por outro lado, pressupõe a apreciação de questões constitucionais, por serem eles, também, os guardiões da Carta Maior. Nesse sentido, “cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle de constitucionalidade” (MARINONI, 2008, p. 31).

Desse modo, a decisão judicial, fruto da exegese jurisdicional baseada no poder-dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, deve ser preservada fora do alcance de superveniente declaração abstrata de inconstitucionalidade de lei pelo STF, em razão da jurisdição plena conferida a juízes e tribunais no exercício do controle difuso.

Nesse contexto, a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica não pode ser confundida com a declaração de nulidade de decisão judicial, esta consistente na interpretação da lei no caso concreto.

Consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 81-82, grifo do autor):

Isso seria a invalidação de uma decisão transitada em julgado por outra, ou melhor, a invalidação da interpretação judicial revestida pela coisa julgada pela ulterior interpretação do Supremo. A decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, caso pudesse retroagir sobre uma decisão transitada em julgado, teria a natureza de *ius superveniens*. Portanto, em um discurso escorreito, não se deveria falar em retroatividade da declaração de nulidade (inconstitucionalidade) da lei sobre a coisa julgada, mas sim em retroatividade do juízo de constitucionalidade do

Supremo Tribunal sobre a decisão transitada em julgado. Acontece que isto é visivelmente inconcebível, pois não há como admitir a retroatividade do *ius superveniens* sobre a coisa julgada.

Assim, ao permitir-se a relativização da coisa julgada qualificadora de decisão proferida incidentalmente por juiz ordinário em decorrência de declaração abstrata e superveniente de inconstitucionalidade pelo STF, estaria a submeter-se o juízo de constitucionalidade do magistrado ordinário ao juízo abstrato da Suprema Corte. Contudo, convém esclarecer que o ordenamento jurídico pátrio não faz referência há qualquer hierarquia de inconstitucionalidades, ou seja, entre uma ou outra modalidade de controle de constitucionalidade.

Desse modo, conclui-se que tanto ao juiz ordinário quanto aos magistrados da Suprema Corte é atribuída a legitimidade constitucional, em mesmo grau, para analisar questões de constitucionalidade (MARINONI, 2008, p. 85).

Nesse sentido, ao adotar o sistema de controle de constitucionalidade misto, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu também ao juiz ordinário o poder-dever de examinar a constitucionalidade das normas jurídicas. Por isso, a teoria da relativização da coisa julgada em face de superveniente decisão judicial de inconstitucionalidade proferida pelo STF restaria incompatível com o sistema difuso, adotado, no Brasil, ao lado do concentrado.

Nesse sentido discorre Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 21-22, grifo do autor):

No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade. *A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle de constitucionalidade.*

Assim, uma vez admitida a retroatividade da decisão proferida em sede de controle abstrato para atingir coisa julgada anterior, estar-se-ia subordinando a *res judicata* formada a evento futuro e incerto, ou, nas palavras de Marinoni (2008, p. 36), a uma “não decisão de inconstitucionalidade”, de modo que a “qualidade e efetividade do sistema difuso estariam na capacidade de o juiz ordinário ‘adivinhar’ a interpretação futura do Supremo Tribunal Federal”, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da segurança jurídica.

De certo, o condicionamento da coisa julgada à eventual manifestação do STF retira do cidadão a confiança nos atos do Poder Judiciário, ao impossibilitar a estabilização da relação jurídica submetida ao Estado-juiz (MARINONI, 2008, p. 87).

Convém pontuar que o posicionamento ora exposto refere-se às hipóteses de controle difuso apreciadas anteriores a qualquer manifestação da Suprema Corte em sede de controle abstrato acerca da constitucionalidade da norma jurídica. Uma vez emitido o juízo de constitucionalidade pelo STF, o juiz ordinário estará, a partir de então, vinculado a tal decisão quando do exercício do controle de constitucionalidade difuso (MARINONI, 2008, p. 23).

3.3. O posicionamento eleito como mais adequado e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade

Pelo até então exposto, percebe-se a inconsistência doutrinária que permeia o tema proposto no presente estudo. Em um extremo, parcela da doutrina defende que decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle abstrato não tem o poder de desconstituir coisa julgada anterior.

Em outro, acredita-se que a própria decisão que se fundamentou em norma desconforme com a Carta Maior é juridicamente inexistente e, portanto, também o é a coisa julgada dela decorrente, de modo que não se pode falar em relativização de instituto inexistente. Ainda assim, em favor do princípio constitucional da segurança jurídica, admite a permanência, no mundo dos fatos, de alguns efeitos produzidos antes da declaração de inexistência.

Por outro lado, tem-se corrente doutrinária que, ao considerar nula, a qualquer tempo, decisão fundada em norma inconstitucional, acaba por admitir a desconstituição da coisa julgada ou dos atos dela decorrente. Esse posicionamento, ainda, divide-se em dois: a) aqueles que defendem a regra irrestrita da eficácia *ex tunc*, a ser aplicada em toda e qualquer hipótese de reconhecimento de inconstitucionalidade de norma jurídica; b) aqueles que reconhecem, de um lado, a regra geral da retroatividade, mas admitem a eficácia *ex nunc* quando o primado da segurança jurídica assim exigir.

Dentre as três correntes doutrinárias que se destacam sobre o tema, filiamo-nos àquela que não admite a relativização da coisa julgada frente ao reconhecimento posterior pelo STF de inconstitucionalidade da norma jurídica que fundamentou a decisão transitada em julgado.

Isso porque as soluções apresentadas, apesar de defenderem a inexistência da sentença e de sua coisa julgada tida por inconstitucional ou a nulidade absoluta da decisão e a possibilidade de sua desconstituição a qualquer tempo, admitem, quando outros princípios, a

exemplo da segurança jurídica, assim exigirem, a possibilidade de conservação dos efeitos decorrentes da *res judicata* inconstitucional durante o período em que esteve, ainda que aparentemente, inserida no ordenamento jurídico.

Por essas concepções, a relativização do instituto dependeria da ponderação de valores em cada caso concreto, questionando-se se o primado da supremacia da Carta Maior deveria, ou não, prevalecer sobre outros, tal como o direito à solução definitiva e estável do conflito.

Desse panorama, assim, erigiria um sistema aberto, dependente do senso e da valoração individual do juiz, cenário incompatível com a própria essência da coisa julgada material como instituto garantidor do primado da segurança jurídica (MARINONI, In DIDIER JR, 2008, p. 281).

A inconsistência que advém da falta de critérios objetivos direcionadores de eventual relativização da coisa julgada inconstitucional torna, assim, sua adoção um tanto quanto perigosa. Consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni (In DIDIER JR, 2008, p. 283), “é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida”.

Não se quer, com isso, atribuir à coisa julgada caráter absoluto. Admitimos, sim, hipóteses para sua relativização, mas unicamente pelos instrumentos legalmente definidos, a exemplo da ação rescisória.

E não é só. Tratando-se de declaração de inconstitucionalidade pelo STF posterior à formação da coisa julgada, incabível a tese da desconstituição do instituto, diante da opção pelo controle eclético de constitucionalidade. Ao adotar, ao lado do perfil concentrado, o controle difuso, o ordenamento jurídico pátrio incumbiu a todos os órgãos do Poder Judiciário o poder-dever de exercer um juízo prévio sobre a constitucionalidade da norma jurídica a ser aplicada no caso concreto.

Nesse sentido, permitir a retroação da decisão proferida pelo STF em sede de controle abstrato para atingir coisa julgada anterior, formada em âmbito difuso e incidental, significaria afrontar a previsão constitucional do perfil difuso.

Ademais, destaca-se que a regra da eficácia retroativa (excepcionada pelas Leis n° 9.868/99 e 9.882/99) do reconhecimento abstrato de inconstitucionalidade pela Suprema Corte atinge a lei em tese, e não as decisões proferidas em sede de controle difuso e concreto pelos demais órgãos do Poder Judiciário e já transitadas em julgado.

Essas mesmas conclusões devem proceder não apenas diante de decisão judicial de inconstitucionalidade em controle abstrato e concentrado na Suprema Corte, mas também diante de decisões proferidas pelo STF em sede de controle incidental e difuso, às quais se

está a atribuir eficácia *erga omnes* frente ao fenômeno, já analisado no Capítulo II, da objetivação do controle de constitucionalidade brasileiro.

A nova tendência de aproximação entre os modelos de constitucionalidade, com a extensão das características típicas do perfil abstrato ao controle difuso e incidental no STF, acrescenta à discussão ora proposta a possibilidade, ou não, de decisão judicial que assinala a inconstitucionalidade de norma jurídica em sede de recurso extraordinário constituir fundamento para relativizar a coisa julgada de decisão anteriormente contemplada pela norma declarada inconstitucional.

Não se está, portanto, a propor uma análise da admissibilidade do fenômeno. Quer-se, por outro lado, assentar que, na hipótese de aceitação dessa nova tendência e, portanto, de concessão de efeitos *erga omnes* e vinculante ao reconhecimento da questão prejudicial de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário, tal decisão não atingirá, à semelhança e pelos mesmos fundamentos relativos ao controle abstrato e concentrado na Suprema Corte, coisa julgada anterior.

Até mesmo porque seria insustentável permitir que decisão proferida incidentalmente pelo STF desconsiderasse o juízo incidental de constitucionalidade de juízes e tribunais ordinários que baseou decisão já transitada em julgado.

3.4. Os artigos 741, par. único, e 475-J, par. 1º, do Código de Processo Civil

Em contrapartida à doutrina defendida neste trabalho, o ordenamento jurídico pátrio contempla, de forma expressa, duas hipóteses em que se admite a retroatividade do reconhecimento pelo STF de inconstitucionalidade superveniente para desconstituir a coisa julgada material anterior. Tratam-se dos artigos 475-L, § 1º e 741, § único, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

§ 1º 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.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

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.

Referidos dispositivos são fruto de alterações inseridas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232/2005. Trazem previsões semelhantes, autorizando a discussão sobre a exigibilidade de título executivo judicial decorrente de decisão judicial transitada em julgado que se fundamentou em norma jurídica tida, posteriormente, como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A redação de referidos artigos corrobora com as posições doutrinárias que consideram a nulidade de decisão fundada em norma declarada inconstitucional ou que reconhecem a inexistência do ato sentencial. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (in DIDIER JR, 2008, p. 196-197):

Com efeito, a Medida Provisória alterou o Código de Processo Civil, acrescentando o parágrafo único do art. 741, em que explicitou a coisa julgada inconstitucional como hipótese de inexigibilidade do título judicial: [...]

Com a disposição supra o direito brasileiro tornou norma expressa o que já vínhamos sustentando em sede doutrinária, aproximando-se nas legislações mais modernas no trato do controle de constitucionalidade.

Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução.

Grosso modo, os dispositivos ratificam a tese de desconstituição da coisa julgada em face de superveniente decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, em consonância com o primado da supremacia da Carta Magna. Constituem, portanto, meio eficaz de impedir a produção dos efeitos de sentença proferida com base em lei ou ato normativo posteriormente declarado como inconstitucional pelo STF em sede de controle abstrato.

Não é, contudo, como supradestacado, a posição que acolhemos como mais adequada. Admitir a inexigibilidade de título executivo judicial – acobertado pela coisa julgada e por seus efeitos preclusivos – quando baseado em norma jurídica declarada inconstitucional pelo

STF contraria o modelo de controle difuso de constitucionalidade previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse viés, a discussão da inconstitucionalidade apenas seria plausível no caso de sentença ainda não transitada em julgado, ou seja, nas execuções provisórias.

Consoante lição de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 23-24, grifo do autor):

[...] no sistema que admite o controle difuso, não há como admitir a vinculação dos juízes e tribunais para se impedir a execução das suas sentenças (que já produziram coisa julgada material). Neste caso, o juiz da execução deve obediência à coisa julgada que se formou quando a decisão de inconstitucionalidade ainda não havia sido proferida, *pois não há como conceber uma vinculação capaz de apagar os efeitos de uma decisão legitimamente tomada no exercício do controle difuso.*

Imperiosos são os ensinamentos de Leonardo Greco, para quem a redação do parágrafo único do art. 741 mostra-se inconstitucional (In DIDIER JR, 2008, p. 261, grifo nosso):

Uma última palavra deve ser reservada à disposição constante da Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01, que ampliou a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, tornando inexigível a dívida se o título judicial se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Nela se nota a clara intenção de transpor para o Direito brasileiro a hipótese da parte final do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, mas impede a execução futura. Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional. Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, **parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada**, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois, quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração *erga omnes* pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC.

Esse mesmo entendimento é defendido por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 1.132, grifo nosso):

14. **Inconstitucionalidade material do CPC 741 par. ún.** Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado

Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º XXXVI). Decisão ‘posterior’, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa ‘ex tunc’, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a ‘coisa julgada’ (Canotilho. ‘Dir. Const.’, p. 1013/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a ‘auctoritas rei iudicatae’, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). A esse respeito, ressaltando a coisa julgada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, embora nem precisasse fazê-lo, é expressa a CF portuguesa (art. 282, n. 3, 1ª parte). Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria ofensa direta a dois dispositivos constitucionais: CF 1º ‘caput’ (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). **A norma, instituída pela L 11232/05, é, portanto, materialmente inconstitucional. Não se trata de privilegiar o instituto da coisa julgada sobrepondo-o ao princípio da supremacia da Constituição (...). A coisa julgada é a própria Constituição Federal, vale dizer, manifestação, dentro do Poder Judiciário, do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’), fundamento da República.**

Convém pontuar que a própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal há muito – e mesmo após a edição dos artigos 475-L, § 1º e 741, § único, do CPC – enfatiza a invulnerabilidade da coisa julgada material, destacando que decisões transitadas em julgado, ainda que inconstitucionais, somente poderão ser invalidadas mediante ação rescisória, no prazo decadencial definido em lei⁴⁴. É o que se verá no tópico que se segue.

Desta feita, verifica-se que, mesmo diante da inserção no ordenamento pátrio dos dispositivos em comento, sua aceitação não é pacífica no mundo jurídico, tanto no campo doutrinário quanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

3.5. Breve análise do panorama atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial que cerca o tema abordado neste trabalho, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal por diversas vezes optou por preservar a coisa julgada material assentada em preceito normativo posteriormente declarado inconstitucional em controle concentrado.

⁴⁴ Citam-se, como exemplos: RE 486.579-AgR-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 592.912/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 504.197-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 473.715-AgR/CE, Rel. Min. Ayres Britto; RE 431.014-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Na recente decisão⁴⁵ que reconheceu a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 730.462/SP, o Supremo reconheceu a relevância da questão relacionada ao alcance da eficácia das decisões que, em controle concentrado, declaram a inconstitucionalidade de um preceito normativo. A matéria ainda está para ser submetida a julgamento no Plenário Físico.

Em seu voto, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 730.462/SP, ao qual negou seguimento, o Relator Ministro Teori Zavascki sustentou que a coisa julgada material formada com base na norma posteriormente considerada inconstitucional pelo STF não se submete ao efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade. Nesse viés, para a desconstituição das sentenças anteriores, imprescindível a utilização da ação rescisória, observado o prazo decadencial de dois anos. Convém transcrever o seguinte trecho de seu voto:

6. Isso se aplica também às sentenças judiciais transitadas em julgado. Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma que lhes serviu de suporte, nem por isso se opera a automática rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

7. Pode ocorrer e, no caso, isso ocorreu que, quando do advento da decisão do STF na ação de

controle concentrado, declarando a inconstitucionalidade, já tenham transcorrido mais de

dois anos desde o trânsito em julgado da sentença em contrário, proferida em demanda concreta. Em tal ocorrendo, o esgotamento do prazo decadencial inviabiliza a própria ação rescisória, ficando referida sentença, consequentemente, insuscetível de ser rescindida por efeito da decisão em controle concentrado. Imunidades dessa espécie são decorrência natural da já mencionada irretroatividade do efeito vinculante (e, portanto, da eficácia executiva) das decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Há, aqui, uma espécie de modulação temporal *ope legis* dessas decisões, que ocorre não apenas em relação a sentenças anteriores revestidas por trânsito em julgado há mais de dois anos, mas também em às demais situações em que o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão, qualquer que seja o motivo, de atos jurídicos ou sentenças já definitivamente consolidados no passado.

(RE 730462 RG, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 29/05/2014, DJe nº 123, divulgado em 24/06/2014, publicado em 25/06/2014).

Na oportunidade, manifestou-se pela existência de repercussão geral, ante a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. De fato, referida sustentação encontra guarida em inúmeros outros julgados da Suprema Corte.

No RE 592.912 AgR / RS, o Relator Ministro Celso de Mello asseverou que, apesar de a declaração de inconstitucionalidade produzir, em regra, efeitos *ex tunc*, a retroatividade não

⁴⁵ Julgada em 29/05/2014 e publicada em 25/06/2014.

tem o condão de alcançar as decisões transitadas em julgado, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em norma jurídica posteriormente tida por incompatível com a Constituição.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” - “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da **coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.**

- **A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”** - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) -, **não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte.** Doutrina. Precedentes.

- **O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.**

(RE 592.912-AgR / RS, rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJe de 22-11-2012 – Grifo nosso).

Em seu voto, ao refutar a tese da relativização atípica da coisa julgada e consagrar o primado da segurança jurídica, considerou juridicamente inadequada e constitucionalmente ilícita a possibilidade de reconhecer a inexigibilidade de título judicial sob o pretexto de que a decisão transitada em julgado baseou-se em norma jurídica posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – justamente a previsão do parágrafo único do art. 741 do CPC.

Nesse cenário, outros tantos julgados da Suprema Corte manifestaram-se a favor da manutenção do instituto da *res judicata*, ainda que contrário a superveniente entendimento jurisprudencial:

Desapropriação: recurso do INCRA contra decisão proferida em execução, onde se alega impossibilidade do pagamento de benfeitorias úteis e necessárias fora da regra do precatório; rejeição: preservação da coisa julgada. Malgrado o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado, por duas vezes, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizam o pagamento das benfeitorias úteis e necessárias fora da regra do precatório (ADIn 1.187-MC, 09.02.1995, Ilmar; RE 247.866, Ilmar, RTJ 176/976), **a decisão recorrida, exarada em processo de execução, tem por fundamento a fidelidade devida à sentença proferida na ação de desapropriação, que está protegida pela coisa julgada a respeito.**

(RE 431.014 - AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe de 25-05-2007 – Grifo nosso).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. AGRAVO IMPROVIDO. I - **Não obstante a jurisprudência pacífica desta Corte** ser no sentido de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, **transitou em julgado a sentença, proferida no processo de conhecimento**, que estipulou a incidência de juros moratórios até o depósito da integralidade da dívida. II - Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 504197 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 165 divulgado em 18-12-2007 e publicado em 19-12-2007 – Grifo nosso).

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. Precatório. Incidência de juros de mora entre a expedição e o pagamento no prazo constitucional. Previsão em sentença transitada em julgado. Exigibilidade. Garantia da coisa julgada material. Jurisprudência assentada. Recurso extraordinário inadmissível. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. **Sob pretexto de contrariar a jurisprudência, não pode ser descumprida sentença recoberta por coisa julgada material.**

(RE 486.579-AgR-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02-02-2010, DJe 035 divulgado em 25-02-2010 e publicado em 26-02-2010 – Grifo nosso).

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO. LEI 11.722/95. **COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Os embargos de declaração, nos termos do art. 535, CPC, são cabíveis para sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade, sendo inservíveis como instrumento para rediscussão do mérito da causa. 2. **A relativização da coisa julgada é medida excepcional dependente de previsão legal, como ocorre na ação rescisória e revisão criminal, sendo vedado ao Poder Judiciário conferir aumento aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, máxime quando a majoração foi rejeitada em decisão trânsita** (Súmula 339 do STF, in verbis: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia). 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: Apelação – servidor público municipal – reajuste de fevereiro de 1995 – os efeitos da coisa

julgada em relação a doze autores, e os efeitos prescricionais, em relação aos demais, não restaura o direito à ação, nem tampouco, reabre o prazo prescricional – acolhimento parcial do apelo, para a fixação da verba honorária em 10% do valor da ação. Dá-se parcial provimento ao recurso, exclusivamente em relação à verba honorária. 4. Embargos declaratórios rejeitados.

(RE 603188 AgR-ED, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012, acórdão eletrônico, DJe 080 divulgado em 24-04-2012 e publicado em 25-04-2012 – Grifo nosso).

Não obstante o Supremo Tribunal Federal ter sustentado, por diversas vezes, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não tem o condão de, por si só, desconstituir situações já albergadas pela coisa julgada, uma vez escoado o prazo da ação rescisória, não ignora a divergência jurídica que permeia a matéria.

Tanto o é que o Ministro Marco Aurélio, em pronunciamento no âmbito do RE 730462/SP, ao reconhecer a repercussão geral que cerca o tema, considerou inadequado o exame do mérito da questão no Plenário Virtual, diante da possibilidade de haver conclusões contrárias àquela manifestada pelo Ministro Teori Zavascki. Pontue-se que o julgamento do mérito em meio virtual dá-se apenas quando necessária a mera reafirmação de jurisprudência já assentada pela Suprema Corte.

Assim, no mérito, o Ministro Marco Aurélio não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, a ser submetida a julgamento no Plenário físico. Consoante discorreu, quando do exame da repercussão geral:

Sob o ângulo de o recurso extraordinário vir a ser examinado no denominado Plenário Virtual, consigno a inadequação. Pouco importa que se aluda a confirmação da jurisprudência. Muito embora deva-se ter em mira o princípio da autocontenção, no que voltado à segurança jurídica presente a manutenção de entendimento anteriormente formalizado, é sempre possível concluir-se de forma diversa.

Desse modo, uma vez reconhecida, em meados de 2014, a repercussão geral da questão relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, a pacificação, ou, pelo menos, a atenuação da discussão jurídica ora proposta aguarda o posicionamento final da Suprema Corte sobre a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo âmbito de considerações traçado neste trabalho, constata-se, de início, que o convívio social harmônico exige a interferência do Estado para solucionar os conflitos decorrentes das relações interpessoais. Nesses casos, a figura estatal é representada pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, concretiza a prestação jurisdicional mediante soluções registradas em decisões monocráticas ou colegiadas, a primar por um desfecho legal, efetivo e conclusivo da lide.

Nesse cenário, a coisa julgada, ao possibilitar a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão judicial transitada em julgado e, por conseguinte, sua definitividade e estabilidade, configura importante atributo garantidor do princípio constitucional da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito. Na condição de qualidade que se agrega aos efeitos da sentença, o instituto torna imutável e indiscutível a decisão judicial, não sendo esta suscetível de alteração por qualquer outro órgão estatal, nem mesmo pelo próprio Poder Judiciário.

Por outro lado, uma vez que os atos, tanto legislativos quanto judiciais, são acometidos de juízo humano, factível a ocorrência de erros. Pode suceder, nesse sentido, que decisão judicial acobertada pela coisa julgada fundamente-se em norma jurídica que, posteriormente, em sede de controle de constitucionalidade, venha a ser tida por incompatível com a Constituição Federal, a ocasionar um conflito interno no ordenamento jurídico.

A Carta Maior configura sustentáculo de validade das normas e atos emanados do Poder Público e, com vistas à sua supremacia, prevê mecanismos de controle de constitucionalidade, de modo preventivo ou repressivo. No âmbito da análise repressiva dos atos jurisdicionais, o controle poderá, grosso modo, ser exercido incidentalmente no caso concreto por qualquer juiz ou tribunal, e, portanto, de modo difuso, ou poderá dar-se abstratamente, em perfil concentrado em um único órgão jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário, questiona-se a possibilidade de desconstituir coisa julgada qualificadora de decisão emanada de juiz ou tribunal ordinário e fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pela Suprema Corte em sede de controle abstrato. Na hipótese, verifica-se o embate entre valores constitucionalmente assegurados: de um lado, a coisa julgada, atributo garantidor do princípio da segurança jurídica e da harmonia

social; de outro, o primado da supremacia da Constituição, a higidez do ordenamento jurídico e o valor justiça. E não é só. Tem-se, ainda, o embate entre o controle de constitucionalidade difuso, exercido incidentalmente por qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, e o controle exercido pelo STF em perfil abstrato.

A questão, conforme disposto no decorrer do trabalho, não é pacífica no mundo jurídico, sendo alvo de controvérsias doutrinária e jurisprudencial.

Parcela da doutrina, encabeçada por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, sustenta a inexistência de decisão que se baseou em norma desconforme com a Carta Maior, ainda que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em sede de controle abstrato pelo STF após o trânsito em julgado daquela. Assim, em razão do princípio da supremacia da Constituição, o reconhecimento da inconstitucionalidade retroagiria ao momento da criação da norma. A partir disso, essa corrente doutrinária considera juridicamente inexistentes todos os reflexos decorrentes da decisão fundada em norma inconstitucional, inclusive o instituto da coisa julgada. Não haveria que se falar, pois, nesse caso, em relativização do inexistente.

Por outro lado, visando ao mesmo resultado – ou seja, a regra da retroatividade da inconstitucionalidade –, mas por meio de argumentos diversos, outra parcela da doutrina, filiada por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, admite a desconstituição, a qualquer tempo, de ato sentencial baseado em norma posteriormente considerada inconstitucional. A decisão, eivada de vício grave, contemplaria nulidade absoluta, a ser, portanto, reconhecida independentemente do prazo do rescisório. Embora adepto à tese da retroatividade, esse viés doutrinário admite o respeito aos atos praticados sob o império da coisa julgada inconstitucional, quando garantias e valores básicos do ordenamento assim exigirem.

Em outro extremo, corrente doutrinária liderada por Luiz Guilherme Marinoni assenta que decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle abstrato não tem o condão de desconstituir coisa julgada anterior. Isso porque a *res judicata* configura limite à eficácia retroativa da decisão declaratória de inconstitucionalidade, essencial à segurança jurídica e, por conseguinte, ao Estado Democrático de Direito. A essência do instituto esvaziar-se-ia caso decisão já transitada em julgado se condicionasse a não ocorrência de um evento futuro e incerto, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Corroborando, ainda, com a tese da manutenção da coisa julgada a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, de um sistema de controle de constitucionalidade híbrido. Permitir a desconstituição da *res judicata* tomando por base decisão proferida pelo STF em

sede de controle superveniente e abstrato seria o mesmo que negar valor ao juízo exercido em controle difuso de constitucionalidade. Pontue-se, contudo, que o ordenamento jurídico brasileiro, tal como estruturado, valora na mesma medida a apreciação de constitucionalidade exercida por juízes ou tribunais ordinários e a exercida pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que, uma vez verificado o trânsito em julgado, um juízo não se sobrepõe ao outro.

Embora a eficácia retroativa do reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo consubstancie o modelo tradicional no Direito brasileiro, há muito a jurisprudência preocupa-se com a preservação de alguns efeitos emanados da norma declarada inconstitucional.

A questão também perpassou pelo âmbito legislativo, quando, em 1999, a teoria da graduação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade e a consequente mitigação da tese da retroatividade foram tema do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e do art. 11 da Lei nº 9.882/99. Referidos dispositivos permitiram ao STF limitar temporalmente os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, no sentido de preservar efeitos oriundos da norma inconstitucional, quando a segurança jurídica e o interesse social assim exigirem.

Contudo, apesar de os dispositivos supra admitirem a manutenção da coisa julgada, modificações inseridas pela Lei nº 11.232/2005, especificamente os artigos 475-L, § 1º, e 741, § único, do CPC, corroboram para a possibilidade de relativização do instituto. Como já visto, os dispositivos autorizam, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença e em embargos à execução contra a Fazenda Pública, respectivamente, a alegação da inexigibilidade de título judicial fundado em leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte. Com isso, a declaração de inconstitucionalidade prestar-se-ia a desqualificar os efeitos jurídicos da coisa julgada.

Desse modo, percebe-se a inconsistência, não apenas doutrinária, mas também legislativa, que permeia o tema proposto no presente estudo. Diante desse cenário, é certo que, igualmente no âmbito jurisprudencial, a matéria mostra-se controvertida.

Por outro lado, a análise dos julgados da Suprema Corte aponta certa tendência de o Tribunal assegurar a imutabilidade da coisa julgada, ainda que em face de superveniente decisão judicial de inconstitucionalidade em controle abstrato. E isso até mesmo quando invocado o art. 741, § único, do CPC, como se deu no RE 594.350 AgR / RS, em cujo voto o Ministro Celso de Melo citou entendimentos doutrinários a favor da inconstitucionalidade material de referido dispositivo.

De fato, como já oportunamente manifestado neste trabalho, a coisa julgada configura importante limite à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, não podendo,

portanto, ser atingida, ainda que a norma que a fundamentou seja posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle abstrato pelo STF. Ora, o instituto, como elemento essencial ao primado da segurança jurídica e à efetiva prestação jurisdicional, é corolário do Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, submeter-se a hipóteses atípicas ou subjetivas de desconstituição, sob pena de ter desconfigurada sua própria razão de ser.

Por outro lado, admitir que a retroatividade conferida às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF atinja decisões de juiz ordinário que, em sede de controle difuso, optou pela constitucionalidade da lei posteriormente declarada desconforme com a Constituição, mostra-se, de certo, inconciliável com a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do controle misto de constitucionalidade.

Ademais, cumpre ponderar que, diante da eficácia preclusiva da coisa julgada, o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade atinge a lei em tese, mas não a prévia decisão transitada em julgado proferida em sede de controle difuso pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Por tudo isso, as duas hipóteses contempladas no ordenamento jurídico pátrio pelos artigos 475-L, § 1º, e 741, § único, do CPC, em que se permite a retroatividade do reconhecimento superveniente de inconstitucionalidade pelo STF para desconstituir a coisa julgada, configuram-se inadmissíveis.

Frise-se, por fim, que o posicionamento ora defendido deve ser adotado não apenas diante de decisão judicial de inconstitucionalidade em controle concentrado no Superior Tribunal Federal, mas também diante de decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso e incidental, quando conferida a elas eficácia *erga omnes* e vinculante, porquanto da adoção do fenômeno da objetivação do controle de constitucionalidade brasileiro.

Por todo o exposto, ao que tudo indica, o enfrentamento da matéria tal como defendido mostra-se o mais adequado, ao compatibilizar as regras e os princípios do ordenamento jurídico nacional.

Em que pese o posicionamento perfilhado neste trabalho, é certo que o tema proposto, conforme verificado, recai sob objeto que revela instabilidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial. E, por apresentar relevância social e jurídica, urge por uma solução definitiva.

Destarte, diante da repercussão geral conferida recentemente ao RE 730462/SP, o Supremo Tribunal Federal passa a enfrentar a questão, para decidir se a declaração de inconstitucionalidade tomada em ADI atinge, desde logo, sentenças anteriores já cobertas por trânsito em julgado, que tenham decidido em sentido contrário. Assim, a tentativa de pacificar

a discussão jurídica ora proposta aguarda o posicionamento final da Suprema Corte sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ARMELIN, Donald. Flexibilização da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2ª ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 83-114.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2ª ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 39-64.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica de jurisprudência**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05/11/2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05/11/2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de set. de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14/01/2014.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de nov. de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**

perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17/01/2014.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dez. de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17/01/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 431.014-AgR.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 24/04/2007, DJe 023, divulgado em 24/05/2007 e publicado em 25/05/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 486.579-AgR-AgR/RS.** Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 035 divulgado em 25/02/2010 e publicado em 26/02/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 504.197-AgR.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 165 divulgado em 18/12/2007 e publicado em 19/12/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.912-AgR/RS.** Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, acórdão eletrônico DJe 229, divulgado em 21/11/2012 e publicado em 22/11/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603.188-AgR-AgR-ED.** Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012, acórdão eletrônico, DJe 080 divulgado em 24/04/2012 e publicado em 25/04/2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26/06/2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, vol. 1, 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, vol. 2, tomo I, 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada inconstitucional e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DIDER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2008, p. 267-282.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª ed., v. 2. Editora Juspodium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 55/56, jan./dez. 2001, p. 31-78. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/>>. Acesso em 05/03/2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDER JR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2^a ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 251-261.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2^a ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 321-349.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**, 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2^a ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 263-285.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. v. 4. São Paulo: RT, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista de Informação Legislativa, vol. 162/149-168, Brasília. Senado Federal, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br>>. Acesso em 28/06/2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico.** 2ª ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 225-249.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil. **Temas de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1977, p. 93.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 11ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Nery, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Nery, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil.** Porto Alegre: Fabris, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa Julgada Relativa? In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico.** 2ª ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 307-319.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2ª ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 115-161.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: DIDIER JR. Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2 ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 179-223.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In DIDIER JR. Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2 ed. Salvador: Edições JusPODIVIM, 2008, p. 385-406.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. Coleção direito e processo. Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.