

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE**

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA
NORMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE
CONTROLE CONCENTRADO**

GUILHERME TOSHIHIRO TAKEISHI

**São Paulo – SP
2011**

GUILHERME TOSHIHIRO TAKEISHI

RA 00051386

**CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA
NORMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE
CONTROLE CONCENTRADO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Processual Civil,
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – COGEAE, como pré-requisito
para a obtenção do título de Especialista
em Direito, sob a orientação da Professora
Doutora Teresa Celina de Arruda Alvim
Wambier.**

**São Paulo – SP
2011**

“(...) A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque - com razão ou sem ela - a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. Esta referência à comunidade jurídica é também decisiva, em última análise para a regulamentação jurídica da conduta de uma pessoa que individualmente se refere a outra pessoa determinada. Não é apenas - e talvez não seja tanto - o interesse do credor concreto aquilo que é protegido pela norma jurídica que vincula o devedor ao pagamento: é antes o interesse da comunidade - apreciado pela autoridade jurídica - na manutenção de um determinado sistema econômico.” (HANS Kelsen, Teoria Pura do Direito)

Dedicatória

À minha esposa, Sandra Caparelli Takeishi,
pelo amor e inestimável apoio.

Agradecimentos

A Deus, pela fé, perseverança e saúde.

À Sandra Caparelli Takeishi, amada esposa e companheira.

Aos meus pais, Haucio e Marlene, pelas lições de vida e apoio.

À minha orientadora, Dra. Teresa, que me auxiliou e evitou que eu desvirtuasse o foco do presente estudo.

Aos professores da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP (COGEAE), que me proporcionaram discussões aprofundadas sobre o Processo Civil.

Ao advogado e amigo Sidney Pereira de Souza Junior, pelo apoio e valiosos ensinamentos jurídicos.

Aos integrantes do escritório Gusmão & Labrunie, que me proporcionam robustas lições acerca do Direito.

RESUMO

O TRABALHO PROPOSTO TRATA DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM **CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE** SOBRE OUTRAS DEMANDAS JUDICIAIS, QUE AINDA ESTEJAM EM CURSO OU JÁ TENHAM SIDO ENCERRADAS. REFERIDO CONTROLE É EXERCIDO EXCLUSIVAMENTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN), AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADECON) E ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). AS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE TÊM, EM REGRA, EFEITOS “*EX TUNC*”, DE MODO QUE DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SUAS DISPOSIÇÕES SÃO EXCLUÍDAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, COMO SE JAMAIS TIVESSEM EXISTIDO. ASSIM, SE UMA AÇÃO FOI AJUIZADA COM BASE EM DETERMINADA LEI – POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE – O PEDIDO DEVERÁ SER JULGADO IMPROCEDENTE. DE IGUAL MODO, SE UMA SENTENÇA FOR FUNDAMENTADA EM LEI INCONSTITUCIONAL, DEVERÁ SER REFORMADA PELO TRIBUNAL. O TRABALHO TAMBÉM ENFOCA OS EFEITOS DA DECISÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES JUDICIAIS COM SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO, BEM COMO QUAIS MEDIDAS PODERIAM SER ADOTADAS PELA PARTE VENCIDA PARA EVITAR UMA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL FORMADO POR DECISÃO FUNDADA EM LEI INCONSTITUCIONAL, OU ATÉ MESMO PARA SE RESSARCIR DE PREJUÍZOS SOFRIDOS. SERIA CABÍVEL A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ARTIGO 485, INCISO V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL? E SE ULTRAPASSADOS OS DOIS ANOS DA RESCISÓRIA? SERIA POSSÍVEL O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA? E A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COM BASE NO ARTIGO 475-L, INCISO II, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL? BUSCAR RESPONDER A REFERIDOS QUESTIONAMENTOS É O ESCOPO DESTA MONOGRAFIA.

PALAVRAS-CHAVE

Processo Civil – Controle Concentrado de Constitucionalidade – Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade da Lei– Impugnação ao Cumprimento de Sentença – Ação Rescisória – Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica

ABSTRACT

THIS WORK WILL DISCUSS THE EFFECTS OF THE DECISION RENDERED BY SUPREME COURT THAT RECOGNIZES THE UNCONSTITUTIONALITY OF STATUTORY LAW IN RELATION TO LAWSUITS – GROUNDED IN SUCH LAW – IN PROGRESS OR ALREADY SHUT DOWN BY A FINAL DECISION (“*RES JUDICATA*”). THE JUDGMENTS PRESENTED BEFORE THE SUPREME COURT ABOUT THE UNCONSTITUTIONALITY OF LAW IN GENERAL HAVE RETROSPECTIVE EFFECTS. IN OTHER WORDS, WHEN THE SUPREME COURT DECLARES THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE LAW, ITS PROVISIONS ARE EXCLUDED FROM THE LEGAL WORLD, AS IF IT NEVER EXISTED. IN THIS SENSE, IF A LAWSUIT WAS FILED BASED ON SPECIFIC LAW – WHICH WAS DECLARED UNCONSTITUTIONAL BY THE SUPREME COURT – THE REQUEST MADE IN THE INITIAL COMPLAINT MUST BE REJECTED BY THE LOWER COURT JUDGE. SIMILARLY, IF A FINAL RULING IS GROUNDED IN SUCH LAW, THE STATE COURT OF APPEALS MUST REVOKE SUCH FINAL RULING. BASED ON THE UNDERSTANDING OF DOCTRINE AND JURISPRUDENCE, THIS MONOGRAPH WILL DISCUSS THE EFFECTS OF THE UNCONSTITUTIONALITY DECLARED BY THE SUPREME COURT IN RELATION TO LAWSUITS ALREADY SENTENCED AND HUSHED UP BY THE AUTHORITY OF *RES JUDICATA*, AS WELL AS WHAT MEASURES MAY BE ADOPTED BY THE PARTY IN ORDER TO AVOID LOSSES DERIVED FROM THE EXECUTION OF THE DECISION GROUNDED IN AN UNCONSTITUTIONAL LAW. IT WOULD BE APPROPRIATE THE ACTION FOR RESCISSION BASED ON ARTICLE 485, PARAGRAPH V OF THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE? AND IF EXCEEDED TWO YEARS UNDER ARTICLE 495 OF THE SAME LAW? IT WOULD BE POSSIBLE TO FILE A DECLARATORY ACTION OF INEXISTENCE? AND THE MOTION TO STAY THE EXECUTION WITH BASIS ON ARTICLE 475-L, II, § 1 OF THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE? THE PURPOSE OF THIS WORK IS TO ANSWER THE QUESTIONS ABOVE MENTIONED.

KEY WORDS

Civil Procedure - Control of Constitutionality - Effects of the declaration of unconstitutionality of Law – Motion to stay the execution – action for rescission - Declaratory Action of Inexistence

SUMÁRIO

RESUMO	06
1. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	11
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1. Características	15
2.1.1. Controle Difuso	17
2.1.2. Controle Concentrado	18
3. ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	21
3.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade	22
3.1.1. Cabimento	23
3.1.2. Legitimidade	24
3.1.3. Processamento	25
3.1.4. Julgamento	26
4. O IMPACTO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS PROCESSOS JUDICIAIS	27
4.1. Lei inconstitucional: Nula, Anulável ou Inexistente	30
4.2. Sentença fundada em lei inconstitucional	34
4.2.1. Coisa julgada inconstitucional	36
4.3. Sentença que deixa de aplicar uma lei por entendê-la como inconstitucional (<i>incidenter tantum</i>) e a posterior confirmação de sua compatibilidade com a Constituição Federal em Controle Concentrado	45
5. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA OBSTAR O CUMPRIMENTO DE UMA DECISÃO FUNDADA EM LEI INCONSTITUCIONAL	47
5.1. Impugnação ao cumprimento de sentença	47
5.2. Ação Rescisória	57
5.2.1. Inaplicabilidade da súmula 343 do STF	62

5.2.2. Prazo decadencial do art. 495 do CPC	65
5.3. Ação Declaratória de Inexistência	67
6. EFEITO VINCULANTE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO POR PARTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	70
7. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	77
8. CONCLUSÃO	81
9. BIBLIOGRAFIA	87

1. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O ordenamento jurídico é um conjunto hierarquizado de normas, no qual as leis têm o seu *status* de acordo com sua importância para a sociedade.

Ao criar a teoria da Norma Hipotética Fundamental (*Grundnorm*)¹, Hans Kelsen afirmava que a validade de uma norma jurídica se verificava a partir de outra hierarquicamente superior². Daí provém a ideia da pirâmide normativa de Hans Kelsen, na qual a norma localizada no seu ápice regeria a validade das inferiores, evitando-se a existência de normas conflitantes dentro do ordenamento jurídico³.

No sistema jurídico brasileiro, conforme ensina José Afonso da Silva⁴, a Constituição Federal é composta por normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, limites de sua atuação, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias e regras básicas da ordem econômica e social. Partindo desse pressuposto, José Afonso da Silva⁵ afirma que “*a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas*”.

¹ Sobre a norma hipotética fundamental, vale citar o escólio de Norberto Bobbio: “(...) *dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o ‘ubi consistam’, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro*”

² De acordo com Kelsen: “*a norma inferior tem seu fundamento de validade na superior. Só será válida a norma inferior, se estiver em harmonia com a do escalão superior*” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33 - 34)

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995 p.58-59,

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

⁵ *Op. Cit.* p. 45

A Constituição Federal é, portanto, a lei fundamental e suprema do Estado, de modo que as leis infraconstitucionais, decisões judiciais e regulamentos devem ser com ela compatíveis. Por conter garantias fundamentais dos cidadãos, como também limites ao poder estatal, faz-se necessário atribuir à Constituição Federal uma força máxima para que o texto constitucional se sobreponha às regras ordinárias, criadas sem a mesma rigidez procedimental da norma constitucional⁶.

Sobre a supremacia da Constituição Federal, é importante registrar a lição de J.J. Canotilho:

*“A constituição confere à ordem estadual e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas □ como sugeria a teoria tradicional do estado de direito □ uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia - supremacia da constituição □ e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o 'primado do direito' do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.”*⁷

José Afonso da Silva⁸ e Dalmo Dallari⁹ ensinam que do princípio da supremacia da Constituição Federal resulta o da compatibilidade vertical das normas que compõem o ordenamento jurídico, pois é na lei suprema que as normas inferiores encontram o seu fundamento de validade:

“(...) do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

(...)

Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.” (grifos nossos)

⁶ Na obra *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, André Ramos Tavares ensina que “A partir do momento em que a comunidade fixa seus princípios, seus fundamentos basilares, numa Lei Maior, ganha grande importância a forma pela qual será esta compreendida e aplicada. A Constituição, além de pairar acima de qualquer outra norma jurídica escrita, que não poderá com ela conflitar ou contrapor-se validamente, exerce uma outra sorte de influência, já que igualmente se encontra ela acima de todos os poderes do Estado, posto tratar-se sempre de poderes que foram por ela mesma constituídos e, nessa medida, que a ela devem obediência. Por sua vez, a Constituição não é um documento de disposições rígidas, determinadas com precisão e rigorismo absolutos. Trata-se de uma entidade viva, que interage com a situação histórica, com o desenvolvimento da sociedade, e só assim é que cumpre seu papel regulador”

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 245.

⁸ *Op. Cit.* p. 47.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

“As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema.”

Há que se respeitar, portanto, a supremacia da Constituição Federal.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente, o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América, por construção jurisprudencial, pois a Constituição estadunidense de 1787 não previa tal mecanismo de defesa. O *leading case* conhecido como “Marbury versus Madison”¹⁰, julgado no ano de 1803, deu origem a essa importante ferramenta de proteção à Constituição.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹, o controle de constitucionalidade é “*a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivo, como a competência do órgão que a 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.*”

Trata-se, assim, de uma técnica especial que visa a defender a harmonia e a supremacia da Constituição Federal, por meio das ferramentas previstas na própria Carta Magna, evitando-se a existência de leis, atos administrativos ou decisões judiciais conflitantes com os princípios e normas constitucionais, quer seja no aspecto formal, quer seja no aspecto material.

Como dito no capítulo anterior, a Constituição Federal é a lei suprema do Estado brasileiro, razão pela qual as normas infraconstitucionais, atos administrativos e decisões judiciais devem estrita obediência ao regramento constitucional. De nada valeria a Constituição Federal se não existissem ferramentas para prevenção ou repressão de atos contrários aos seus regramentos.

¹⁰ Na eleição presidencial dos Estados Unidos da América de 1800, os republicanos (liderados por Thomas Jefferson) derrotou o candidato e então presidente John Adams (representante dos federalistas). Para manter certo controle político sobre o Estado norte-americano, o Presidente John Adams resolveu nomear inúmeros colegas como juízes, entre eles o Sr. William Marbury, o que foi aprovado pelo Congresso. No entanto, o Secretário de Estado John Marshall – que estava deixando esse cargo para assumir o cargo de juiz-presidente da Suprema Corte – não adotou as providências necessárias para a posse de William Marbury e de inúmeros outros nomeados. O novo Secretário de Estado do presidente eleito Thomas Jefferson, Sr. James Madison, negou a posse de William Marbury e de outros Juízes, o que deu ensejo à propositura de *Mandamus* perante a Suprema Corte. Por ocasião do julgamento do caso Marbury vs Madison, o *Chief of Justice* John Marshall declinou da competência para julgar o *Mandamus*, por entender que a lei federal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar o *Mandamus* era inconstitucional.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 30

Daí porque o controle de constitucionalidade exerce papel fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

2.1. Características

As formas de controle de constitucionalidade podem ser divididas segundo alguns critérios: *(i)* quanto à natureza do órgão que o exerce; *(ii)* quanto ao seu objetivo; *(iii)* quanto ao momento em que é exercido; *(iv)* quanto à conduta avaliada; por fim, *(v)* quanto à quantidade de órgãos jurisdicionais que estão legitimados a exercerem o controle de constitucionalidade.

Em relação à natureza do órgão, o controle de constitucionalidade pode ser político, jurisdicional ou misto.

O controle político é exercido por órgãos de natureza política, não investidos de função jurisdicional, como, por exemplo, o Poder Legislativo. Já o controle jurisdicional é atribuído aos órgãos do Poder Judiciário. O controle misto é exercido tanto por órgãos de natureza política como pelo Poder Judiciário.

No tocante ao objetivo do controle de constitucionalidade, pode ser ele concreto ou abstrato. O controle de constitucionalidade concreto é exercido em um determinado processo judicial, no qual se busca a solução do conflito instaurado entre as partes (interesses intersubjetivos das partes). O controle de constitucionalidade abstrato, por sua vez, prescinde da solução de um caso concreto.

Quanto ao momento de seu exercício, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo.

O preventivo ocorre durante o processo legislativo, mais precisamente quando os projetos de lei ou propostas de emendas são submetidos à apreciação das Comissões de Constituição e Justiça. O controle preventivo também pode ser exercido pelo Poder Executivo, por ocasião do veto do Chefe do Executivo, e pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de emenda à Constituição Federal.

O repressivo também pode em alguma medida ser realizado por qualquer um dos três Poderes [Executivo, Legislativo e Judiciário].

O Poder Executivo exerce controle repressivo quando corrige uma regulamentação administrativa eivada de ilegalidade ou mesmo por critério de conveniência e oportunidade administrativa (conforme súmula 437 do Supremo Tribunal Federal¹²), mas não pode se recusar a cumprir uma lei porque a considera inconstitucional.

O exercício do controle repressivo pelo Poder Legislativo se dá com base no art. 49, inc. V da Constituição Federal¹³, que faculta ao Congresso Nacional a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

O Poder Judiciário exerce o controle repressivo de constitucionalidade por meio das soluções aplicadas aos casos concretos levados pelos jurisdicionados (interesses intersubjetivos das partes), bem como aos casos abstratos que aprecia por meio de ADIs, ADECONs e ADPFs (interesse coletivo).

Em relação à conduta avaliada, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por uma conduta positiva ou omissiva.

Na primeira modalidade, verifica-se que um ato foi emanado pelo Poder Público (promulgação de uma Lei pelo Legislativo, prolação de uma sentença pelo Judiciário, conduta abusiva de um ente do Poder Executivo).

Na segunda modalidade, configurar-se-ia nas hipóteses de normas constitucionais de eficácia limitada, as quais dependem de regulamentação infraconstitucional futura para ter eficácia jurídica.

¹² **Súmula 437 do STF.** “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

¹³ “**Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

Por fim, em relação ao número de órgãos que o exercem, o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado.

Conforme ensina José Afonso da Silva¹⁴:

“Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle de constitucionalidade: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”.

O controle difuso é exercido no âmbito de casos concretos tendo, portanto, natureza subjetiva, por envolver interesses das partes. Nele, todos os órgãos do Poder Judiciário – Juiz de 1ª Instância até os Tribunais Superiores (STJ e STF) – podem apreciar matéria constitucional em situações de violação a direitos constitucionais.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido tão somente pelo Supremo Tribunal Federal (competência exclusiva), tendo como objetivo a declaração de inconstitucionalidade [ou constitucionalidade] de uma Lei ou ato normativo. Não há discussão sobre qualquer direito subjetivo, mas sim sobre a validade ou invalidade, no plano constitucional, de determinada norma.

O Brasil adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), de modo que os Juízes de 1ª Instância, Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal [por ocasião do exame do Recurso Extraordinário], podem examinar, no caso concreto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

2.1.1. Controle Difuso

No Controle Difuso de Constitucionalidade, é importante ressaltar que os Juízes não declaram a inconstitucionalidade da Lei, mas apenas reconhecem sua inconstitucionalidade e deixam de aplicá-la ao caso concreto. Ao discorrer sobre o assunto, José Afonso da Silva¹⁵ ensina que:

¹⁴ *Op. Cit.* p. 49

¹⁵ *Op. Cit.* pp. 53/54

“Nesse caso, a arguição de 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, como já vimos.

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos ex tunc, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos daí por diante, ex nunc.”

Disso se extrai que efeitos da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade geram efeitos *inter partes* (somente entre as partes litigantes) e *ex tunc* (desde o seu nascimento). No entanto, o art. 52, inc. X, da Constituição Federal¹⁶ prevê expressamente a possibilidade de o Senado Federal, por resolução, sustar a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, atribuindo-lhe efeitos *erga omnes* (em relação a todos) e *ex nunc* (a partir de então).

2.1.2. Controle Concentrado

No Controle Concentrado de Constitucionalidade, o mérito é, justamente, a compatibilidade ou não de uma determinada norma infraconstitucional com a Constituição Federal. Denomina-se Controle Concentrado de Constitucionalidade porque a o exame a respeito da validade [ou invalidez] de uma norma infraconstitucional é de competência única e exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A verificação em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade pode ocorrer em 5 (cinco) hipóteses específicas, a saber, **(1)** Ação direta de inconstitucionalidade – art. 102, inc. I, “a” da Constituição Federal; **(2)** Arguição de descumprimento de preceito fundamental – art. 102, § 1º da CF; **(3)** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º da CF; **(4)** Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – art. Inc. 36, III da CF; **(5)** Ação declaratória de constitucionalidade – art. 102, inc. I, “a” da CF.

¹⁶ “**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;”

Antes da emenda constitucional 45 de 2004, o §2º do art. 102 da Constituição Federal previa que “*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*”. Com a alteração trazida pela emenda 45/2004, o aludido dispositivo de Lei passou a prever expressamente efeitos *erga omnes* e vinculante¹⁷ da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Se as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade não tivessem efeito vinculante, de nadam valeria a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, afinal as Instâncias Ordinárias poderiam aplicar ou não uma determinada lei por julgá-la constitucional ou inconstitucional. Seriam medidas por completo inúteis.

Ademais, as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade têm, em regra, efeitos retroativos [*“ex tunc”*]. No entanto, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 permite que o Supremo Tribunal restrinja os efeitos da decisão para que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado pelo próprio STF [*“ex nunc”*]:

“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.” (grifos nossos)

A modulação dos efeitos da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada Lei ou ato normativo deve ser medida excepcional. Tanto é assim que a própria Lei 9.868/99 estabelece um *quorum* qualificado e justificativas atreladas à segurança jurídica ou interesse social extraordinário.

¹⁷ A nova redação do §2º do art. 102 da Constituição Federal determinou que os efeitos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade atingissem os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

As polêmicas sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade serão abordadas mais adiante, em capítulo próprio. Apenas a título informativo, vale destacar que o projeto de lei do novo Código de Processo Civil também prevê a possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão quando o Supremo Tribunal Federal declarar uma norma inconstitucional em sede de controle concentrado ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal. É o que se verifica no art. 511, inciso III, §§ 5º e 6º do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010:

“Art. 511. No prazo para o pagamento voluntário, independentemente de penhora, o executado poderá apresentar impugnação nos próprios autos, cabendo nela arguir:

(...) III – inexigibilidade do título;

(...)§ 5º Para efeito do disposto no inciso III 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 da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.

§ 6º No caso do § 5º, a decisão poderá conter modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica.”

Além da inclusão acima mencionada [inexistente no art. 475-L do atual CPC, a qual está em linha com a Lei nº 9.868/99, o projeto de lei do novo CPC ainda prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão quando houver alteração drástica da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais Superiores. Transcreve-se, abaixo, o inteiro teor do artigo 882:

“Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” (grifos nossos)

3. ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A função precípua do Supremo Tribunal Federal “*é a de manter o respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o País, o que faz através de uma série de mecanismos diferenciados – além de encabeçar o Poder Judiciário inclusive em certas causas sem conotação constitucional*”¹⁸.

Dentre as inúmeras funções do Supremo Tribunal Federal, elencadas no artigo 102 da Constituição Federal¹⁹, destaca-se a competência originária e exclusiva para julgar

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179.

¹⁹ “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

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;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o “habeas-corpus”, o mandado de segurança, o “habeas-data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e o Recurso Extraordinário.

Neste trabalho não serão examinadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade [por omissão ou interventiva²⁰] e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²¹, pois, em regra, não geram os mesmos efeitos que as decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica e na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O que aqui nos importa é examinar os efeitos das decisões proferidas na da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro. Antes, porém, discorreremos sobre as características de tais ações.

3.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade

Antes de 1965, o ordenamento jurídico brasileiro adotava somente o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Assim, o controle de constitucionalidade era exercido por qualquer Juiz, em qualquer grau de jurisdição, sendo realizado apenas indiretamente pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário.

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 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.

§ 3º 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.”

²⁰ Na ADI por omissão, os efeitos não são *erga omnes*, mas sim dirigidos a um Poder competente para o suprimento da omissão (art. 103, § 2º da Constituição Federal). Já na ADI interventiva se busca não só reconhecer a ilegalidade de um ato, mas também restabelecer a ordem constitucional de um Estado ou Município.

²¹ A Arguição de descumprimento de preceito fundamental é examinada de acordo com o caso concreto, para ver assegurado um direito constitucional (de cunho fundamental). Não necessariamente produz os efeitos pretendidos na ADIN e ADECON.

Com a promulgação da emenda constitucional nº 16 de 1965²², a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio. A partir daí, as Constituições posteriores passaram a incorporar a Ação Direta de Inconstitucionalidade em seu texto original [CF de 1967 – artigo 114, inciso I, alínea “I” – Constituição Federal de 1969²³ – artigo 119, inciso I, alínea “I”].

A atual Constituição Federal prevê expressamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;” (grifos nossos)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, por sua vez, é um instituto mais recente. Foi introduzida na Constituição Federal com a promulgação da Emenda Constitucional nº 03 de 1993, mais precisamente no art. 102, inc. I, alínea “a”, acima transcrito.

Tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade como a Ação Declaratória de Constitucionalidade foram regulamentadas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processamento e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O Regimento Interno da Corte Suprema também possui dispositivos que regulamentam o trâmite de referidas ações constitucionais.

3.1.1. Cabimento

A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica é cabível para contestar a validade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, quando esta for contrária aos princípios ou normas constitucionais, quer seja por inconstitucionalidade formal (quando o

²²O art. 2º da emenda constitucional nº 16 de 1965 introduziu no art. 101, inc. I da Constituição Federal de 1946, a competência originária do Supremo Tribunal Federal o julgamento da “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;”

²³ A emenda constitucional nº 1 de 1969 é aceita como uma verdadeira Constituição, eis que alterou substancialmente o texto constitucional promulgado em 1967.

processo legislativo ocorreu em descompasso com os procedimentos previstos na Constituição Federal), quer seja por inconstitucionalidade material (quando o conteúdo da norma impugnada contraria preceito ou princípio constitucional).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, por sua vez, é cabível para obter uma manifestação do Supremo Tribunal Federal diante de uma incerteza jurídica a respeito da validade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, quando houver dúvida sobre sua constitucionalidade.

3.1.2. Legitimidade ativa

A legitimidade ativa para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade foi taxativamente elencada no art. 103 da Constituição Federal.

Podem propor as ações constitucionais em comento exclusivamente as seguintes pessoas: (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) a Mesa de Assembléia 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.

Rememora-se que antes da emenda constitucional nº 45 de 2004, o rol de legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade era menor [Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República], o que foi reproduzido pelo art. 13 da Lei nº 9.868/99. No entanto, com a promulgação da emenda constitucional acima mencionada, os legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade são todos aqueles indicados nos incisos do art. 103 da Constituição Federal.

3.1.3. Processamento

Ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Ministro Relator deverá solicitar informações do órgão ou autoridade responsável pela promulgação da lei ou ato normativo impugnado (art. 6º da Lei nº 9.868/99²⁴).

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (art. 8º da Lei nº 9.868/99).

Após tais informações, o Ministro Relator pedirá dia para julgamento. Não obstante a proibição do exame de fatos pela Corte Suprema, o §1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99 prevê que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Ministro Relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O procedimento na Ação Declaratória de Constitucionalidade é mais breve. Ajuizada a ação perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator ouvirá o Procurador-Geral da República, que deverá manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (art. 19 da Lei nº 9.868/99²⁵).

Decorrido o prazo acima mencionado, o Ministro Relator pedirá dia para julgamento.

Frisa-se, por fim, que tanto na ADIN como na ADECON não se admite a desistência da ação (art. 16 da Lei nº 9.868/99) e nem a intervenção de terceiros (art. 18 do mesmo diploma legal).

²⁴ “**Art. 6º** O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.”

²⁵ “**Art. 19.** Decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de quinze dias.”

3.1.4. Julgamento

A lei estabelece um quorum mínimo para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a saber: 8 (oito) Ministros (art. 22 da Lei nº 9.868/99). Tanto é assim que o Regimento Interno prevê que o Plenários possui competência originária para julgar referidas ações (art. 5º, inc. VII do RISTF).

Para decidir pela a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, é imprescindível a manifestação de, no mínimo, 6 (seis) Ministros em um sentido ou noutro (art. 23 da Lei nº 9.868/99²⁶).

É irrecorrível a decisão que decretar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, podendo ser objeto apenas de Embargos de Declaração. Também não é cabível o ajuizamento de ação rescisória contra a deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (art. 26 da Lei nº 9.868/99²⁷).

Como dito no capítulo anterior, a decisão que decreta a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo gera efeitos retroativos (*ex tunc*), *erga omnes* e vinculante. Porém, conforme estabelece o art. 27 da Lei nº 9.868/99, 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.

A decisão que confirma a constitucionalidade de determinada Lei ou ato normativo, por sua vez, gera efeitos *erga omnes* e vinculantes. Obviamente, não há que se falar em modulação dos efeitos da decisão proferida na ADC, pois tal dispositivo já se encontrava em vigor antes mesmo de qualquer questionamento judicial.

²⁶ “**Art. 23.** Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.”

²⁷ “**Art. 26.** A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”

4. O IMPACTO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS PROCESSOS JUDICIAIS

É importante registrar desde já que as ações próprias do Controle Concentrado de Constitucionalidade são muito comuns em matéria tributária. Todavia, inúmeras questões jurídicas de natureza diversa são tratadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade [como, por exemplo, (i) pesquisa com células-tronco – ADI nº 3510/DF; (ii) aplicação de nova regra sobre coligações partidárias eleitorais – ADI nº 3685/DF; (iii) PEC dos precatórios – ADI 4357/DF; (iv) reconhecimento de união homoafetiva – ADI 4277/DF, entre outras].

Apenas a título ilustrativo, menciona-se que de 1988 até 31 de agosto de 2011 foram distribuídas **4.589** Ações Diretas de Inconstitucionalidade, conforme estatística fornecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal²⁸:

Decisão Final	Qtd.	%
Procedente	757	16,5%
Procedente em parte	203	4,4%
Improcedente	192	4,2%
Não conhecida	1.896	41,3%
Total Decisão Final	3.048	66,4%

Liminar	Qtd.	%
Com liminar deferida	220	4,8%
Com liminar deferida em parte	66	1,4%
Com liminar indeferida	118	2,6%
Prejudicado	21	0,5%
Total Liminar	425	9,3%

Aguardando julgamento	1.116	24,3%
---------------------------------------	-------	-------

Total de Distribuídas	4.589	100%
------------------------------	--------------	-------------

Os dados acima mencionados demonstram que, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade já definitivamente julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (3.048), aproximadamente 25% foram julgadas inteiramente procedentes (757) e 6.6% foram parcialmente procedentes (203). Em um país com as proporções do Brasil, não é preciso muito esforço para imaginar a quantidade relações jurídicas atingidas pela declaração de inconstitucionalidade em sede de Controle Concentrado.

A discussão sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é, portanto, tema de extrema relevância para a comunidade jurídica.

²⁸ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi> – acesso em 30 de Setembro de 2011.

O Brasil, como dito anteriormente, adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), de modo que os Juízes de 1ª Instância, Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal [por ocasião do exame do Recurso Extraordinário], podem examinar, no caso concreto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

A decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, no entanto, não declara a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, mas somente deixa de aplicá-la no caso concreto por considerá-la incompatível com a Constituição Federal.

A discussão a respeito da inconstitucionalidade de uma determinada lei, nos processos judiciais subjetivos, surge como matéria incidental (*incidenter tantum*), e caberá ao Magistrado decidir pela aplicabilidade – ou não – de determinado preceito legal por entendê-lo como compatível ou incompatível com a Constituição Federal.

Já a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade gera efeitos *erga omnes*, vinculantes e, em regra, retroativos (caso o Supremo Tribunal Federal não determine a modulação dos efeitos da decisão, conforme lhe faculta o art. 27 da Lei n. 9.868/99). Na Ação Direta de Inconstitucionalidade ou na Ação Declaratória de Constitucionalidade, a compatibilidade da norma com a Constituição Federal é o ponto central da discussão travada perante o Supremo Tribunal Federal [*principaliter*], de tal modo que o posicionamento adotado pela Corte Suprema deve, obrigatoriamente, ser seguido pelas Instâncias Inferiores [consequência decorrente dos efeitos *erga omnes* e vinculantes atribuídos à decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade].

Em relação aos processos judiciais em curso, não parece haver maiores dúvidas sobre o impacto causado pela decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Caso o Supremo Tribunal Federal decida pela inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, em sede de controle concentrado, o Juiz deverá deixar de aplicá-la no caso concreto, sob pena de afronta à autoridade da Corte Suprema.

Assim, se a questão sobre a (in) constitucionalidade da lei ou ato normativo estiver relacionada ao mérito da demanda, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade influenciará diretamente no desfecho da ação judicial.

Por exemplo, **JOÃO** propôs demanda judicial em face de **JOSÉ**, porém, antes da citação do Réu, o Juiz responsável pelo caso, *prima facie*, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial, sob o argumento de que aquele Juízo já havia decidido inúmeros casos idênticos, de modo que se aplicaria a regra processual prevista no art. 285-A do Código de Processo Civil. Em seguida, **JOÃO** interpõe Recurso de Apelação contra a sentença de improcedência.

Enquanto o recurso de apelação interposto por **JOÃO** aguarda julgamento no Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal julga procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tinha como objeto a validade [ou não] do art. 285-A do Código de Processo Civil²⁹. Como consequência, o Tribunal de Justiça deverá dar provimento ao Recurso de Apelação, anulando-se a sentença ora recorrida, para que a demanda seja devidamente processada e julgada perante o Juízo Sentenciante.

Nos processos decididos por sentença irrecorrível, a questão ganha contornos distintos. Em tese, a decisão proferida em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade não tem o condão de desfazer a situação jurídica já consumada, de modo que o comando judicial, ainda que fundado em lei reconhecidamente inconstitucional, continua a surtir efeitos. Diante desse panorama, questão que surge é se o jurisdicionado pode ser compelido a cumprir um comando baseado em lei inconstitucional [declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário]? Mais do que isso, é justo que a Parte vencedora se beneficie de uma decisão reconhecidamente inconstitucional? Outra questão importante é como o prejudicado poderá evitar o cumprimento de uma sentença inconstitucional? Ou, até mesmo, quais medidas o prejudicado poderia adotar para obter o ressarcimento dos prejuízos causados pela execução de uma decisão inconstitucional?

²⁹ Trata-se de exemplo hipotético. Porém, cumpre lembrar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o objetivo de decretar a inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC (ADI nº 3695), a qual pende de julgamento definitivo perante o Supremo Tribunal Federal.

Antes de abordar esse tema instigante, que será abordado no capítulo seguinte, é importante discutir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma em sede de Controle Concentrado.

4.1. Lei declarada inconstitucional: Nula, Anulável ou Inexistente?

Discute-se se a lei declarada inconstitucional é nula, anulável ou inexistente.

Prevalece na Doutrina – posição também adotada pelo Supremo Tribunal Federal³⁰ – entendimento de que a norma declarada inconstitucional é nula de pleno Direito (*ipso iure*), de tal forma que os seus efeitos deveriam ser totalmente excluídos do mundo jurídico [*ex tunc*]. Tal posicionamento foi inicialmente defendida por Rui Barbosa³¹, que afirmava que “*toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo*”

O próprio Ministro Gilmar Mendes³², por ocasião do julgamento de Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, asseverou que “*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 (Barbosa, Os atos inconstitucionais do congresso e do Executivo, in Trabalhos jurídicos, p. 70-1; e O direito do Amazonas ao Acre Septentrional, v. 1, p. 103; F. Campos, Direito Constitucional, 1956, v. 1, p. 430-1; A Buzaid, Da ação direta, p. 130-2; Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 589)*”.

³⁰ Nos autos da Medida Cautelar na ADI 293/DF, o Ministro Celso de Mello afirmou que “*Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica - dos Tribunais, especialmente - porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.- A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.*” (j. em 06.06.1990 – grifos nossos).

No mesmo sentido, no RE 61.351, o Ministro Amaral Santos assim ementou a sua decisão: “**REVOGAÇÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL. É LICITO AO LEGISLATIVO ANULAR SEUS PROPRIOS ATOS, QUANDO OS CONSIDERE INCONSTITUCIONAIS. A ANULAÇÃO NESTE CASO OPERA 'EX TUNC': DO ATO NULO NÃO NASCE QUALQUER DIREITO. ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO PROTEGE O FUNCIONÁRIO CONTRA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE SUA NOMEAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS RECEBIDOS E PROVIDOS.**” (j. em 07.08.1968 – grifos nossos)

³¹ BARBOSA, Rui. **Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 47.

³² Voto proferido no Recurso Extraordinário nº 348.468/MG, j. em 15.12.2009.

Nas palavras de Alfredo Buzaid³³, a lei declarada inconstitucional é nula de pleno Direito, e não simplesmente anulável:

“A eiva da inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ab initio. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade. O que se afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira, é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo. Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição”.

Alexandre de Moraes³⁴ leciona que *“declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (ex tunc) e para todos (erga omnes), desfazendo desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (feitos ex tunc)”*.

A tese da nulidade, entretanto, enfraqueceu-se com o advento da Lei nº 9.868/99, em especial porque o art. 27 prevê a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá, em casos extremos, permitir que uma lei declarada inconstitucional surta efeitos no mundo jurídico.

Há quem defenda que a lei declarada inconstitucional é anulável.

Hans Kelsen foi o principal defensor dessa teoria, ao afirmar que *“A lei é válida até o momento da declaração de inconstitucionalidade e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente (...). Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legiferação têm o sentido de*

³³ BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128 - 131.

³⁴ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 624 - 625.

*que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista*³⁵.

O Ministro Leitão de Abreu, em voto vencido proferido no RE 79.343/BA [RTJ 82/795], assim se manifestou:

“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar.” (j. em 31.05.1977 – grifos nossos)

Nesse mesmo sentido se posicionam Pontes de Miranda, Regina Nery e José Afonso da Silva³⁶.

Há quem defenda, ainda, que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é juridicamente inexistente.

Para Francisco Campos³⁷ *“Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido”*.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina lecionam que *“não nos parece que a 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*

³⁵ Op Cit. p. 303 - 304.

³⁶ *“(…) achamos que o constitucionalismo brasileiro estruturou técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana. Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição.”* (Op. Cit. p. 53.)

³⁷ CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, ... v. I, p. 430.

*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 positivo normativo positivado, a não ser aparentemente”*³⁸.

Registra-se que, na festejada obra *Nulidades do processo e da sentença*, Teresa Arruda Alvim Wambier explica que a diferença entre nulidade e inexistência reside em uma questão de grau. Enquanto alguns defeitos levam à nulidade do ato jurídico processual, outros mais graves levam à inexistência. A ilustre Professora justifica, ainda, a necessidade de distinção entre nulidade e inexistência [não sendo uma questão puramente acadêmica], haja vista que a coisa julgada não se constituirá em casos de processos e de sentenças inexistentes³⁹. Ainda a respeito da inexistência, elucidativas são as ponderações de Teresa Arruda Alvim Wambier, no sentido de que um ato juridicamente inexistente não corresponde a um “nada fático”, podendo então surtir efeitos. Trata-se de um “impostor” que pretende fazer passar-se pelo ato que queria ter sido:

*“Atos inexistentes juridicamente podem produzir efeitos, desde que isto seja possível material, fática e concretamente. Uma sentença a non judice, proferida, v.g., por juiz aposentado, é inexistente. E se isso passar despercebido? A inexistência é jurídica, não fática. Pode ser até que uma ‘sentença’ sem decisum muito se aproxime, do ponto de vista da aparência, a uma sentença, no sentido jurídico. Mas não o é. Pode ser até que a forma como está redigida dê azo à confusão sobre o que seja decisum e o que seja fundamento. Contudo, enquanto uma autoridade (no caso, uma autoridade investida de jurisdição) não o disser, se a sentença tiver aptidão para gerar efeitos, os gerará.”*⁴⁰

A nosso ver, a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é, na verdade, uma não-lei, isto é, um impostor que pretende fazer passar-se por um ato que queria ter sido. O conteúdo contrário aos ditames da Constituição Federal constitui vício gravíssimo, que macula irremediavelmente a essência da “lei”.

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipótese de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 46.

³⁹ “a coisa julgada, segundo pensamos, só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente, mas, no caso de processos nulos, ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível. E as conseqüências práticas desta distinção são em tudo e por tudo relevantes: as sentenças encartáveis ao último grupo serão rescindíveis, como se disse., possibilidade esta presente exclusivamente dentro do biênio subsequente à formação da coisa julgada. Entretanto, a possibilidade de ataque às outras (sentenças inexistentes) não sofre esta limitação.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16.)

⁴⁰ *Op Cit.* p. 350.

Sob a ótica da supremacia da Constituição Federal, uma lei inconstitucional jamais deveria ter sido promulgada e surtido efeitos. Dito de outra maneira, a norma inconstitucional existe no plano fático, mas, para o Direito, é natimorta, como se nunca houvesse existido juridicamente.

4.2. Sentença fundada em Lei inconstitucional

A eiva da inconstitucionalidade é gravíssima, de tal modo que a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta, gera efeitos *erga omnes*, vinculantes e, em regra, retroativos. Desse modo, a atuação dos entes da Administração Pública Direta e Indireta e dos Magistrados deve estar pautada no posicionamento adotado pela Corte Suprema.

Nesse sentido, é relevante indagar se a sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal estaria viciada?

A resposta, a nosso ver, é positiva.

Como dito, em que pese a existência de autorizada doutrina que se posiciona em sentido diverso⁴¹, a interpretação que nos parece mais adequada é de que a lei declarada inconstitucional em sede de Controle Concentrado é juridicamente inexistente. A esse respeito, vale citar o escólio de de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “*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 mantidos 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 9.868/99*”⁴².

Assim, a sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle Concentrado está viciada, em sua essência. Frisa-se que não se trata de um defeito simples, o que poderia nos conduzir ao

⁴¹ A respeito do tema, vale registrar também o entendimento de Eduardo Talamini, no sentido de que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser considerada uma lei inexistente, pois ela existe, conquanto inválida, nem mesmo se configuraria uma nulidade *stricto sensu*. Afirma o ilustre doutrinador “*Trata-se, isso sim, de sentença injusta ou errada. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá á causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade.*” (Op. Cit. p. 415)

⁴² Op. Cit. p. 46.

pensamento de que a sentença seria meramente injusta ou equivocada, mas sim de um vício gravíssimo. Estar-se-ia permitindo a aplicação de leis contrárias ao texto constitucional, o que configura um verdadeiro atentado à supremacia da Constituição Federal e a outros princípios constitucionais [como o da isonomia, por exemplo].

Conforme bem definido pelo jurista lusitano Paulo Manuel C. C. Otero, na obra *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*⁴³, a sentença fundada em lei inconstitucional não representa violação de uma vontade jurídica, tal como ocorre nas decisões judiciais sobre lei infraconstitucional, vai muito além. Os tribunais são titulares de um poder constituído e não constituinte, de modo que o Poder Judiciário detém uma soberania exercível nos limites da Constituição, não podendo criar decisões sem fundamento direto ou em oposição ao preceituado na Lei Fundamental.

Imaginemos a seguinte situação: o Estado de São Paulo propõe ações judiciais em face de milhares de contribuintes, sob o argumento de que não houve o devido recolhimento do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação), pois a Lei nº XYZ majorou a alíquota do aludido tributo. Após o regular contraditório, algumas ações são julgadas inteiramente procedentes com base na Lei nº XYZ, enquanto outras são julgadas improcedentes (os Magistrados deixaram de aplicar a Lei nº XYZ por entendê-la como incompatível com a Constituição Federal). Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em via de ação direta, declara a inconstitucionalidade da Lei nº XYZ, sem modulação dos efeitos.

Na hipótese acima ilustrada, duas conclusões são, de fato, inafastáveis. A primeira é a de que a Lei nº XYZ é contrária à Constituição Federal, conforme reconhecido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, cuja função primordial é manter a higidez do texto constitucional. A segunda conclusão é a de que, em situações idênticas, um grupo de contribuintes foi condenado a recolher um valor maior de ICMS, enquanto outra parcela somente recolheu o valor constitucionalmente devido, o que afronta o princípio da isonomia.

⁴³ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

Para não se limitar a exemplos de matéria tributária, podemos imaginar ainda, a seguinte situação: **JOÃO** propõe ação judicial em face da empresa **BRASIL TELEFONIA** objetivando o ressarcimento de todas as taxas referentes à assinatura telefônica. O Juiz de 1ª Instância, *prima facie*, julga improcedente o pedido formulado por **A**, com resolução do mérito, fazendo uso da regra prevista no art. 285-A do Código de Processo Civil. Se, em via o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta, reconhece a inconstitucionalidade do dispositivo legal invocado pelo Magistrado, a abreviação do rito processual seria medida incompatível com a Constituição Federal.

Bem se vê que a sentença fundada em lei inconstitucional não pode prevalecer no ordenamento jurídico, haja vista que o seu conteúdo contraria as regras previstas na Constituição Federal, lei máxima e fundamental do País.

4.2.1. Coisa julgada inconstitucional

Conforme mencionado anteriormente, a sentença fundada em lei inconstitucional está eivada de grave vício. Desse modo, a declaração do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a incompatibilidade da norma com a Constituição Federal, é cogente, razão pela qual os Magistrados de 1ª Instância, Tribunais de Justiça – ou Tribunais Superiores [STJ, TST etc.] – deverão extirpar a decisão fundada em lei inconstitucional, restabelecendo-se a higidez da Constituição Federal.

A questão ganha contornos distintos nos processos judiciais já acobertados pelo manto da preclusão.

De acordo com a concepção de Liebman⁴⁴, a autoridade da coisa julgada atribui à decisão judicial a qualidade da imutabilidade, estabilizando-se, em definitivo, a relação jurídica submetida ao exame do Poder Judiciário.

A respeito da coisa julgada, valiosas são as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁴⁵, no sentido de que “*A coisa julgada é instituto cuja função é a de se estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro.*”

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

⁴⁵ *Op. Cit.* p. 21 - 22.

Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. Alegada a existência de coisa julgada, cabe ao Magistrado, exercendo seu poder-dever de abstenção, não apreciar o mérito e extinguir o processo, proferindo sentença processual, sem exercer qualquer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença”.

Ainda sobre a coisa julgada, vale transcrever o entendimento de Eduardo Talamini:

“Como se indicou, não há como negar valor constitucional ao instituto da coisa julgada, considerado em si mesmo. Não se trata de mero limite à retroatividade de leis, mas de garantia fundamental (v.v.2.2.2). Tampouco é possível excluir a segurança jurídica, de que a coisa julgada é meio de expressão, do elenco dos valores fundamentais do Estado de Direito □ muito embora ela hoje possa assumir conotação parcialmente distinta daquela com que foi concebida no Estado liberal (v.n.2.2.6). No entanto, coexistem valores constitucionais igualmente relevantes em abstrato. Desse modo, se a segurança jurídica, através da coisa julgada, aponta para a preservação das "sentenças inconstitucionais" que não foram oportunamente revistas pelos meios processuais destinados a tanto, outros valores, igualmente constitucionais, podem justificar solução diversa. Portanto, não será em todo caso de "coisa julgada inconstitucional" (n.7.1) que se legitimará a quebra da coisa julgada. Caberá aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de concretamente definir quais valores constitucionais devem prevalecer: o da segurança jurídica, de que a coisa julgada é instrumento, ou aqueles afrontados pelo pronunciamento inconstitucional”⁴⁶

Assim, em tese, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade não causaria qualquer impacto nas demandas judiciais já decididas por sentença irrecorrível, haja vista que a autoridade da coisa julgada teria se formado sobre aquelas lides. Afinal, a própria Constituição Federal estabelece expressamente que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI⁴⁷).

A questão suscitada, entretanto, não é simples.

⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 561 - 562.

⁴⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Há muito vem crescendo, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que as sentenças fundadas em lei inconstitucional, ainda que acobertadas pela autoridade de coisa julgada, podem ser revistas pelo Poder Judiciário. É o que doutrina e jurisprudência classificam como “relativização da coisa julgada”.

José Delgado, um dos principais defensores da tese sobre a relativização da coisa julgada, afirma que as sentenças injustas não podem transitar em julgado, pois *“praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade do respeito à Constituição e da entrega da justiça”*⁴⁸. Há muitas críticas sobre a possibilidade de revisão judicial de uma sentença já acobertada pelo manto preclusão máxima, em especial porque aludida tese abala a estabilidade das relações jurídicas submetidas ao crivo do Poder Judiciário, ferindo o princípio constitucional da segurança jurídica.

O constitucionalista lusitano Paulo Otero, confrontando os valores da segurança jurídica e da supremacia da Constituição Federal, afirma que *“se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer ato normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal fato poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição”*. E, ainda, que *“a eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deveria, em bom rigor, determinar também a destruição dos casos julgados fundados em normas desconformes com a Constituição e agora formalmente banidas da ordem jurídica”*⁴⁹

Humberto Theodoro Júnior⁵⁰, sobre o tema, afirma que:

“A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria constituição. se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e

⁴⁸ DELGADO, José. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 54 - 55.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 61.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, p. 24, jan. 2002.

não constitucional, traz como consectário a idéia de 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. Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula.”

O mencionado Autor afirma ainda que admitir a petrificação de uma decisão inconstitucional significaria dar aos magistrados um poder absoluto quanto à interpretação dos valores da Constituição Federal⁵¹. Nesse mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, em precisa definição, assevera que a *“irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política e socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia”*⁵².

Em elucidativo estudo sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada, Alexandre Freitas Câmara sustenta que a parte vencida não pode simplesmente retornar ao Poder Judiciário para tentar rediscutir a validade de uma sentença transitada em julgado, sob o argumento de que tal decisão estaria errada, ou seria injusta. A vingar esse entendimento, estar-se-ia destruindo o conceito da coisa julgada e, conseqüentemente, a estabilidade jurídica dela advinda. Contudo, o mencionado autor ressalta que nos casos de sentenças fundadas em leis inconstitucionais seria, sim, possível relativizar-se a coisa julgada, *in verbis*:

*“(...) não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido. A se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia e estabilidade representada pela coisa julgada. Por tal razão, entendo que apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido por sentença transitada em julgado. Dito de outra maneira, apenas nos casos de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado será possível relativizar-se a coisa julgada.”*⁵³

A questão, porém, não é pacífica.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁴ afirmam que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não pode retroagir para modificar a coisa julgada. Tais

⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais do para seu Controle**. 38. ed. São Paulo: Editora América, 2002.

⁵² DINAMARCO, Cândido. Relativizar a coisa julgada material. **Meio Jurídico**, ano IV, nº 44, abril de 2001, p. 23.

⁵³ Op Cit. p. 145 - 146.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 667.

autores fazem uma comparação com a declaração de inconstitucionalidade no Direito lusitano, no qual, por força do artigo 282, item 3, da Constituição de Portugal⁵⁵, os efeitos da inconstitucionalidade não atingirão a coisa julgada.

Nelson Nery Jr. defende, com veemência, a impossibilidade de se relativizar a coisa julgada, ainda que inconstitucional, na medida em que o comando contido na sentença poderia ser impugnado por meio de apelação, recurso extraordinário ou ação rescisória. Admitir a impugnabilidade perpétua de sentença ou acórdão apontados como inconstitucionais, nas palavras do mencionado autor, seria “*arbitrário e ofensivo ao Estado Democrático de Direito (CF 1º caput) e à garantia constitucional do devido processo legal (CF 5º caput e LIV)*”.

Gilmar Mendes, em aulas ministradas sobre o controle de constitucionalidade, também se filia a esse posicionamento, afirmando que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tábua rasa à coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional. Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou 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 já acobertadas pelo manto da preclusão máxima.

Data maxima venia, ousamos divergir da autorizada doutrina acima mencionada, pois, a nosso ver, a coisa julgada não pode ser interpretada como um bem intangível, que se sobreporia, inclusive, à própria Constituição Federal.

Noutras palavras, a interpretação da coisa julgada como instituto absoluto resulta na aceitação de que o Poder Judiciário está acima da própria Constituição Federal, o

⁵⁵ “Artigo 282: 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.”

que, a nosso ver, não se afigura razoável⁵⁶. A esse respeito, vale mencionar o entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, *in verbis*:

*“O Direito não busca com a coisa julgada a segurança jurídica como direito, mas como garantia de direitos. E o Direito busca a justiça segura, não a injustiça segura. Não se pode buscar fazer da coisa julgada ato pétreo ou intocável do Estado, intangível pelo próprio Estado, ainda quando sobrevenham demonstrações de seu erro ou tangibilidade necessária por meios próprios. Se nem ao menos a Constituição é intocável, admitindo-se a sua reforma quando se faça necessário e mais justo e legítimo, o que seria de um Estado na qual a força das coisas mostradas e demonstradas parecessem intocáveis por ter um juiz decidido de forma definitiva”*⁵⁷

Manter a intangibilidade da coisa julgada, no caso de sentença inconstitucional, também caracterizaria afronta contra a segurança jurídica dos jurisdicionados [a nosso ver, vulneração mais grave do que a relativização da coisa julgada], na medida em que estar-se-ia permitindo a petrificação de uma decisão de uma decisão contrária à Constituição Federal, a qual não só fundamenta a validade das normas, como também prevê direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

É importante deixar claro que não se pretende banalizar o instituto constitucional da coisa julgada, o qual é de suma importância para a manutenção da segurança nas relações sociais. O que se pretende demonstrar é que tão importante quanto preservar a segurança jurídica dos jurisdicionados, é também resguardar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como a sua supremacia.

A despeito da relevante discussão sobre a possibilidade de relativização do valor que a doutrina tradicionalmente dá à coisa julgada, em situações excepcionais (frisa-se), é fundamental ressaltar que, conforme posicionamento adotado nesse estudo, a sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é um ato juridicamente inexistente, e que, por conseguinte, não tem a aptidão para invocar a autoridade de coisa julgada.

⁵⁶ A esse respeito, vale citar o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de 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*” (Op Cit. p. 15)

⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 178.

Conforme ensinam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, na obra *“O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização”*, a sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é ato que se enquadra na categoria dos juridicamente inexistentes, quer seja pela ausência de possibilidade jurídica do pedido, quer seja pela inexistência de fundamentação legal da sentença. Faltaria à Parte uma das condições da ação, a saber, possibilidade jurídica do pedido⁵⁸, na medida em que a lei que fundamentou a ação judicial é inexistente.

A respeito da possibilidade jurídica do pedido, Humberto Theodoro Junior ensina que *“Indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico”*⁵⁹. Significa dizer que o pedido formulado pelo Autor deve adequar-se ao direito material positivo. Se a pretensão da Parte não possui amparo no direito material positivo, o pedido será juridicamente impossível, e não terá ela preenchido as condições da ação. Com isto, não há direito de ação [apenas de petição], e, conseqüentemente, não há processo e muito menos sentença.

Ainda que não se admita a alegação de ausência de uma das condições da ação, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina ensinam ainda que *“pode-se pensar em rescindibilidade por falta de fundamento, já que nos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica as decisões judiciais devem necessariamente fundamentar-se em lei, ainda que à lei, como fundamento central das decisões do juiz, possam-se acrescentar doutrina, jurisprudência, princípios jurídicos etc. Neste caso, a lei, expurgada do sistema jurídico, não existe. A rescindibilidade se daria com fulcro nos arts. 485, inc. V, e 458, do CPC, combinados”*⁶⁰.

⁵⁸ Frisa-se, por oportuno, que o projeto de lei do Novo Código de Processo Civil excluiu o a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação. A Exposição de Motivos do novo CPC assim justificou a supressão em tela: *“Com o objetivo de se dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou a possibilidade jurídica do pedido de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.”* A nosso ver, ainda que o novo CPC seja aprovado e promulgado, a sentença fundada em lei inconstitucional seria inexistente, por ausência de fundamentação legal.

⁵⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65

⁶⁰ *Op. Cit.* p. 43.

Em sentido contrário, Eduardo Talamini defende que as sentenças fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional ou até mesmo as decisões amparadas em normas inexistentes contêm um *error in iudicando*, um defeito de conteúdo, razão pela qual a sentença existe, ainda que viciada, tendo aptidão para invocar a autoridade da coisa julgada. Tais decisões, portanto, somente poderiam ser revistas por meio de mecanismos de revisão previstos em nosso ordenamento jurídico.

O ilustre doutrinador admite, entretanto, algumas hipóteses em que a inconstitucionalidade poderá levar à nulidade ou à inexistência da sentença [ausência de citação do Réu, por exemplo], *in verbis*:

*“A inconstitucionalidade da norma poderá, em outros casos, acarretar a nulidade (propriamente dita) da sentença. Isso ocorrerá quando se tratar de norma processual reguladora de requisitos de validade da sentença ou de validade de atos que repercutam necessariamente sobre a sentença. Exemplificando: (i) uma hipotética lei dispensa o juiz de motivar ao sentenciar, e o juiz, amparado nessa regra, profere sentença sem fundamentação; (ii) uma hipotética lei proíbe prova oral em processos de direito de família, e o juiz, estritamente com base nela, indefere o requerimento de prova testemunhal feito pelo autor, julgando a ação improcedente por falta de provas. A inconstitucionalidade dessas normas afetaria a validade do processo em que elas tivessem sido aplicadas. Em ambos os exemplos, a sentença seria nula. Mas reitere-se: tratar-se-ia de vício no âmbito da validade, e não no da existência. A sentença faria coisa julgada, e, pelos parâmetros tradicionais, haveria de ser atacada mediante ação rescisória. Nos casos ora cogitados, a situação não seria diferente da que se teria se, mesmo não havendo aquelas hipotéticas leis, o juiz deixasse de fundamentar a sentença ou cerceasse o direito às provas: a sentença seria nula, porém, existente e apta a fazer coisa julgada. A inconstitucionalidade de uma norma apenas conduzirá à inexistência ou à ineficácia de uma sentença quando diretamente repercutir sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Assim, se uma lei viesse a dispensar a citação do réu em ações de valor inferior a mil reais, permitindo que o processo tramitasse integralmente sem a sua participação, a sentença no processo que houvesse aplicado essa regra seria inexistente (ou ineficaz pleno iure) perante o réu, na medida em que ele não teria integrado a relação processual. E mesmo nessas hipóteses cabem ressalvas...”*⁶¹

Em que pese o entendimento acima transcrito, a nosso ver, o vício da inconstitucionalidade é gravíssimo. Na realidade, a norma inconstitucional é uma “impostora” que pretende passar-se por lei, o que ela não é e jamais será em razão de sua incompatibilidade com a Constituição Federal. Assim, a eiva da inconstitucionalidade resulta inevitavelmente na invalidade do ato público [proferido pelos Poderes Legislativo, Executivo e/ou Judiciário] e na extirpação dos efeitos daí advindos.

⁶¹ Op Cit. p. 418 - 419.

Sobre esse ponto, é oportuno ressaltar que Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina ensinam que a norma declarada inconstitucional “*é, pura e simplesmente, um fato jurídico*”, de modo que, em regra, não deveria surtir efeitos. Situação diversa é a da lei revogada, cujos efeitos devem ser mantidos. Com base nessa premissa, os autores sustentam que a revogação da lei não pode influir nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tal como vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“A posição que deve prevalecer, a nosso ver, é a de que ainda que seja revogada a lei que está sendo objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade, no curso da ação, não faz com que esta ação ‘perca o objeto’, em função da regra no sentido de que são ex tunc os efeitos da decisão, que nesta ação deve ser proferida. Deve prosseguir por duas razões: 1º) porque, como regra, hão de ser corrigidas as situações anteriores à revogação; 2º) porque, afinal, a ação poderá ser tida como improcedente!”

Ou seja, ainda que a lei objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade tenha sido revogada pelo Poder Público, permanece o interesse no julgamento de mérito, quer seja para a correção das situações consumadas (na hipótese de procedência da Ação Direta, com efeitos retroativos), quer seja para confirmação sobre a compatibilidade da lei com a Constituição Federal.

Em recente matéria publicada no jornal “Valor Econômico”, publicada em 8 de agosto de 2011, a jornalista Laura Ignácio relatou que o Supremo Tribunal Federal adotou novo posicionamento, passando a julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tenham por objeto leis já revogadas. A motivação da Corte Suprema, porém, baseou-se na fraude à jurisdição⁶², na medida em que, proposta a ação direta, o Estado fraudulentamente revogava a lei objeto da discussão e, quando o Supremo Tribunal Federal decretava a perda do objeto da ação, lei idêntica era novamente promulgada pelo Estado.

⁶² Em situação análoga, a despeito da revogação da norma impugnada, o Min. Gilmar Mendes determinou o prosseguimento do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em voto assim ementado:

[ADI 3306/DF] “**EMENTA : AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL QUE DISPÕEM SOBRE O REAJUSTE DA REMUNERAÇÃO DE SEUS SERVIDORES. RESERVA DE LEI. I. PRELIMINAR. REVOGAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA. FRAUDE PROCESSUAL. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO.** *Superveniência de Lei Distrital que convalidaria as resoluções atacadas. Sucessivas leis distritais que tentaram revogar os atos normativos impugnados. Posterior edição da Lei Distrital nº 4.342, de 22 de junho de 2009, a qual instituiu novo Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores e revogou tacitamente as Resoluções 197/03, 201/03, 202/03 e 204/03, por ter regulado inteiramente a matéria por elas tratadas, e expressamente as Resoluções nºs 202/03 e 204/03. Fatos que não caracterizaram o prejuízo da ação. Quadro fático que sugere a intenção de burlar a jurisdição constitucional da Corte. Configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados. Precedente: ADI nº 3.232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 3.10.2008. (...) III . A Ç Ã O DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.”*

Em que pese a motivação tenha se dado por questão diversa [tentativa de burlar a jurisdição constitucional], o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal demonstra que as ponderações feitas pelos ilustres Doutrinadores eram por completo pertinentes. O prosseguimento da ADIN ou ADC, a despeito da revogação da norma questionada, é medida inafastável, na medida em que (i) corrige as situações anteriores à revogação, nas decisões proferidas cujos efeitos sejam retroativos; (ii) preserva a segurança jurídica dos jurisdicionados, pois a declaração de [in] constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal desestimularia a promulgação posterior de leis idênticas.

Retomando o objeto do presente trabalho, diante das considerações já expostas acima, parece-nos que a sentença fundada em lei inconstitucional é, de fato, juridicamente inexistente, razão pela qual se mostra razoável o controle judicial, a qualquer tempo, não só para preservar a supremacia da Constituição Federal, mas também outros valores constitucionais (isonomia, justiça e segurança).

4.3. Sentença que deixa de aplicar uma lei por entendê-la como inconstitucional (*incidenter tantum*) e a posterior confirmação de sua compatibilidade com a Constituição Federal em Controle Concentrado

Como dito no item precedente, a sentença fundada em lei inconstitucional está eivada de grave vício, o qual, aliás, macula a sua essência, impedindo que a autoridade de coisa julgada se forme sobre essa decisão. Paralelamente, questão interessante que surge é se a sentença que deixa de aplicar uma determinada norma por entendê-la como incompatível com a Constituição Federal, cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada em sede de Controle Concentrado, também está eivada de vício.

A nosso ver, a resposta também é positiva.

No entanto, diferentemente da sentença fundada em lei inconstitucional, a decisão judicial que deixa de aplicar uma determinada norma por entendê-la como incompatível com a Constituição Federal, cuja compatibilidade foi posteriormente confirmada em sede de Controle Concentrado, não é juridicamente inexistente, razão pela qual essa

sentença tem aptidão para invocar a autoridade de coisa julgada. Nessa hipótese, há clássica hipótese de negativa de vigência a artigo de lei constitucional.

Conforme ensina José Miguel Garcia Medina⁶³, a negativa de vigência à lei é muito mais grave do que a mera contrariedade: “(...) *deve ficar claro que negativa de vigência é, em princípio, violação mais grave do que contrariedade à norma jurídica. Desse modo, mesmo que não houvesse previsão expressa na atual Constituição Federal, a respeito, cabíveis seriam os recursos extraordinário e especial na hipótese de negativa de vigência de norma constitucional ou de lei federal, conforme o caso*”. A sentença contém um *error in iudicando*, devendo ser impugnada pelos instrumentos processuais cabíveis (apelação, embargos infringentes ou recurso extraordinário).

Porém, mais uma vez, a questão ganha contornos distintos quando a sentença já estiver acobertada pela autoridade de coisa julgada.

A nosso ver, a sentença que deixa de aplicar uma norma por entendê-la como incompatível com a Constituição Federal, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em Controle Concentrado, muito embora esteja equivocada, tem aptidão para transitar em julgado. Como consequência, a sentença fundada em lei inconstitucional, ainda que esgotado os meios ordinários de impugnação, pode ser revista pelo Poder Judiciário, *a qualquer tempo*.

No caso de sentenças que deixam de aplicar determinado dispositivo de lei cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada em Controle Concentrado, quando acobertadas pela autoridade da coisa julgada, a Parte deverá valer-se dos meios ordinários ou da ação rescisória, sujeitando-se aos prazos previstos em Lei.

⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 131.

5. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA OBSTAR O CUMPRIMENTO DE UMA DECISÃO FUNDADA EM LEI INCONSTITUCIONAL

No presente capítulo, abordaremos quais são os instrumentos jurídicos disponíveis em nosso ordenamento jurídico para impedir a eficácia da sentença fundada em lei inconstitucional, ou daquela que deixou de aplicar dispositivo de lei cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle Concentrado.

5.1. Impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, inc. II, §1º do CPC)

Com o advento da Lei nº 11.232 de dezembro de 2005, houve uma integração entre o processo de conhecimento, processo de liquidação e o processo de execução. Muitos utilizam o termo “sincrético” para definir este novo processo, agora único e dividido em três fases: (i) conhecimento, (ii) liquidação e (iii) cumprimento de sentença. O principal argumento que norteou todas as alterações no processo civil pelo legislador foi dar maior celeridade e efetividade ao processo.

Uma das alterações no Código de Processo Civil foi a inclusão de uma nova modalidade de defesa do devedor, a impugnação ao cumprimento de sentença prevista no art. 475-L do CPC. A impugnação pode ser definida como o meio de defesa de que dispõe o devedor para resistir à fase de cumprimento de sentença, deduzindo qualquer uma das matérias taxativamente elencadas no art. 475-L do CPC. Não obstante seja o meio natural de defesa do executado na fase de cumprimento de sentença, não se trata do único, pois persiste o interesse jurídico do devedor no manejo da objeção e da exceção de executividade, ainda que em situações excepcionais.

Muito se discute sobre a natureza jurídica da impugnação: tratar-se-ia de uma ação autônoma, de natureza incidental, à imagem e semelhança dos embargos do devedor ou cuida-se de mero incidente processual ou ainda, numa terceira via, teria a impugnação ao cumprimento de sentença natureza jurídica híbrida, ora se caracterizando como ação, ora como simples meio de defesa?

Sem aprofundar nesse tema, que foge ao escopo da presente monografia, registra-se a precisa ponderação de Araken de Assis⁶⁴:

*“(...) a impugnação, analogamente aos embargos, e a despeito do último tramitar sempre de modo autônomo, representa uma ação de oposição à execução. Superou-se a incompatibilidade de funções e inseriu-se, consoante o modelo espanhol, um ‘incidente declarativo dentro del proceso mismo de ejecución’. É flagrante, naturalmente, a posição de defesa assumida pelo executado. Daí por que, mais recentemente, pugna-se no direito germânico por uma designação mais adequada, chamando à oposição de demanda de defesa contra a execução, Vollstreckungssabwehrklage. Todavia, **a finalidade defensiva e reativa da impugnação não lhe retira o que é essencial: o pedido de tutela jurídica do Estado, corrigindo os rumos da atividade executiva ou extinguindo a pretensão a executar. Reservar a qualidade de autêntica oposição à ação autônoma, reduzindo os embargos e, agora, a impugnação ao papel de simples contestação, obscurece o fato de que por seu intermédio o executado põe barra, susta no todo ou em parte a execução. Bem por isso é universal a idéia de que o executado veicula por ação sua reação contra a execução**”* (grifos nossos)

Nelson Nery Jr. sustenta que a natureza da impugnação é híbrida, isto é, um misto de ação e de incidente processual. É ação porque o impugnante tem pretensão declaratória ou desconstitutiva, no entanto, não tem autonomia procedimental. Ou seja, quanto ao procedimento, a impugnação é um incidente processual.

Leonardo José Carneiro da Cunha sustenta que a impugnação consiste numa defesa do executado, pois o objetivo do legislador foi dar celeridade ao processo, de modo que atribuir a característica de ação autônoma a este novo instituto não seria interpretar as novas alterações à luz da intenção do legislador.

Feitos esses breves esclarecimentos, é importante ressaltar que a cognição gerada pelo manejo da impugnação não é plena, na medida em que o art. 475-L do CPC estabelece, de forma taxativa, as matérias passíveis de arguição pelo Executado. Para o presente trabalho, faz-se necessário discorrer especificamente sobre o art. 475-L, inc. II, §1º do CPC, a seguir transcrito:

*“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 do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”*

⁶⁴ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Depreende-se que, se o título judicial se fundar em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou em interpretação de lei ou ato normativo tidas por incompatíveis com a Constituição Federal, ter-se-á a hipótese de inexigibilidade do título, possibilitando a extinção da execução com base no dispositivo legal acima mencionado.

A incidência da regra prevista no art. 475-L, inc. II, §1º do CPC pressupõe o julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, dotado de eficácia *erga omnes*, vinculante e, principalmente, retroativa.

Como dito anteriormente, a sentença fundada em lei inconstitucional [o vício da inconstitucionalidade decorre da procedência da ADIn ou da improcedência da ADC, dado o caráter dúplice de tais demandas] é juridicamente inexistente, quer seja pela impossibilidade jurídica do pedido, quer seja pela ausência de fundamentação legal do *decisum*. Nesse contexto, se a sentença judicial fundada em lei inconstitucional é juridicamente inexistente, como consequência, o título executivo que nela se funda também será.

Tal questão pode [e deve] ser conhecida *ex officio* pelo Juiz, razão pela qual não há qualquer prejuízo em permitir tal alegação pela Parte, seja em sede de impugnação ao cumprimento de sentença (meio ordinário), ou em sede de exceção ou objeção de executividade (meios excepcionais). Não se busca, de qualquer modo, atribuir caráter rescindente à impugnação. Afinal, como dito, as sentenças fundadas em lei inconstitucional são juridicamente inexistentes e, portanto, não transitam em julgado, de modo que, nesse caso, a impugnação teria efeito meramente declaratório.

Ora, se tal solução pode ser buscada pela Executada em sede de Ação Declaratória de Inexistência, como se verá mais adiante, qual seria o prejuízo em permitir-lhe obter essa declaração judicial em sede de impugnação ao cumprimento de sentença? A nosso ver, nenhum.

Relevante notar que o §1º do art. 475-L do CPC prevê ainda que o título executivo judicial será inexigível se “*fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição*

Federal”. Frisa-se que a redação do artigo de lei em comento é genérica⁶⁵, o que poderia suscitar a interpretação de que o Executado também poderia valer-se da impugnação ao cumprimento da sentença na hipótese de jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao que restou decidido no seu processo judicial.

Seria possível afirmar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos (*incidenter tantum*) também ensejariam o manejo da impugnação ao cumprimento da sentença por parte do Executado, com base no mencionado dispositivo de lei?

Lembra-se que a decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade gera efeitos somente entre as partes litigantes (*inter partes*) e não resulta na declaração da inconstitucionalidade da lei. Nesses casos, o art. 52, inc. X, da Constituição Federal⁶⁶ prevê expressamente a possibilidade de o Senado Federal, por resolução, sustar a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, atribuindo-lhe efeitos em relação a todos (*erga omnes*) e a partir de então (*ex nunc*) ou retroativos (*ex tunc*)⁶⁷.

⁶⁵ É importante registrar, por oportuno, que o projeto de lei do novo CPC corrige a redação genérica dada pelo legislador ao art. 475-L, II, §1º. O Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, prevê, no §5º do art. 511, que “*considera-se também inexistente 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 tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.*” (grifos nossos)

⁶⁶ Conforme ensinam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery “*O STF, quando declara inconstitucional, incidenter tantum (em ação originária ou em RE) lei ou ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF, faz o denominado controle concreto da constitucionalidade da norma. Nesse caso, a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade não faz coisa julgada material (CPC 469). Por isso, o STF remete ao Senado o acórdão no qual foi proferida a declaração incidental de constitucionalidade, para que seja feita, pela Câmara Alta, o controle político da decisão da Corte Suprema. O Senado pode tomar uma de duas atitudes: a) concordar com a decisão do STF e, por consequência, emitir resolução suspendendo a execução, em todo o território nacional, da lei declarada inconstitucional pelo STF; b) não concordar com o STF e não emitir a resolução de que trata a CF 52 X. Ao emitir a resolução (hipótese a), a decisão do Senado tem efeitos erga omnes. Caso não seja emitida a resolução (hipótese b), o acórdão do STF vale e produz efeitos somente entre as partes do processo do qual se originou o acórdão que, incidentemente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (CPC 472). A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em ADIn, na qual há o denominado controle abstrato, o acórdão do STF tem eficácia erga omnes, sendo desnecessária sua remessa ao Senado, não incidindo, no caso, a CF 52 X.*” (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 239.)

⁶⁷ Eduardo Talamini assevera que parcela da doutrina entende que a eficácia da resolução senatorial é *ex nunc*, porém, ressalta que esse não é o entendimento do Senado Federal (Parecer 154/1971, rel. Sen. Accioly Filho, RIL 48/265) nem do Supremo Tribunal Federal (RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos, em RDA 105/111). Em sua opinião, o Senado Federal pode, sim, modular a eficácia da retirada da norma: “*Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia ex nunc ou fixando algum outro termo que não o surgimento da inconstitucionalidade. De resto, a expressa menção à possibilidade de retirada ‘em parte’ certamente abrange o aspecto temporal*” (Op. cit., p. 449).

Se o Senado Federal suspender a eficácia da norma, parece-nos razoável a interpretação de que o Executado poderia valer-se desse argumento para lançar mão da impugnação ao cumprimento de sentença, com base no art. 475-L, inc. II, §1º do CPC, em especial porque os efeitos do resultado do julgamento em sede de controle difuso (*incidenter tantum*) equivaleriam àqueles da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade (*principaliter*).

Esse não é, contudo, o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Ao tratar da norma prevista no art. 475-L, inc. II, §1º do CPC, os mencionados autores afirmam que “*a norma aplica-se indistintamente aos casos de controle concentrado e difuso, direto ou incidental, independentemente de eventual suspensão da norma pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF)*”⁶⁸.

Nesse mesmo sentido, vale mencionar o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em AResp nº 20711/PI, a seguir transcrito:

“(...) Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado...” (STJ – AgReg em AResp nº 20.711/PI, Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, j. em 27.9.2011 – grifos nossos)

Tal interpretação, *data venia*, não é a mais adequada, haja vista que mesmo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal depende da realidade social da época em que consolidada, de modo que admitir esse entendimento criaria uma incerteza jurídica aos jurisdicionados. Situação diversa é a declaração de inconstitucionalidade da lei, em sede de Controle Concentrado, na qual se declara, com certeza e em caráter definitivo, a compatibilidade – ou incompatibilidade – da norma com a Constituição Federal, devendo ser mantida, ou extirpada, do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o assunto, Eduardo Talamini afirma que “*uma declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo não tem como, por si só, repercutir*

⁶⁸ MARIONI, Luís Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 295. v. 3

sobre as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, de modo a se prestar a derrubá-las”⁶⁹. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁷⁰ destacam que, muito embora se note marcante tendência de se atribuir maior relevância aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, proferidos no controle concreto (*incidenter tantum*), não há justificativa razoável para que a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal sirva de fundamento para a impugnação ao cumprimento de sentença, na medida em que a solução aplicada em casos concretos depende de uma série de fatores subjetivos e do momento social em que proferida a decisão.

A 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷¹, em recente acórdão, afastou a utilização dos embargos à execução, por considerar que o “*artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil só autoriza afastar a coisa julgada na hipótese em que o título executivo é formado com amparo em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e em sede de controle abstrato. Considerada contrária à Constituição Federal em Recurso Extraordinário, a declaração é restrita às partes do processo, de modo a não autorizar a repropositura da ação com mesmo pedido e causa de pedir*”. Ainda, a Turma julgadora considerou que a regra de relativização da coisa julgada é excepcional, não sendo permitida interpretação extensiva.

Por essas razões, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal não seria suficiente para fundamentar a oposição dos Embargos à Execução ou da Impugnação ao Cumprimento de Sentença. No entanto, em nosso sentir, se, por ocasião do julgamento de um Recurso Extraordinário, (i) houver a instauração de um incidente de inconstitucionalidade; (ii) a questão for amplamente debatida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; (iii) a análise da constitucionalidade seja realizada em juízo abstrato, parece-nos razoável que essa declaração de inconstitucionalidade possa servir de fundamento para a impugnação.

Ademais, conforme previsto na parte final do §1º do art. 475-L do CPC, pode o Executado valer-se da impugnação ao cumprimento da sentença quando o Magistrado der interpretação a determinado dispositivo legal, tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal. A esse respeito, como bem aponta Osmar Mendes

⁶⁹ *Op. cit.* p. 457 - 458.

⁷⁰ *Op. Cit.* p. 75 - 76.

⁷¹ **TJ/SP** – Apelação nº 0176729-37.2007.8.26.0000, rel. Des. Nogueira Diefenthaler, 5ª Câmara de Direito Público.

Paixão Cortês “*não é qualquer interpretação, mas aquela adotada em controle concentrado de constitucionalidade (interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*”⁷².

A “interpretação conforme” nada mais é do que um instrumento para fazer valer a supremacia da Constituição Federal, na medida em que os Tribunais deverão seguir a interpretação dada pelo legítimo guardião da Lei Fundamental: o Supremo Tribunal Federal. Nessa modalidade de controle, a Corte Suprema declara qual interpretação está em conformidade com a Constituição Federal, razão pela qual as demais interpretações são inconstitucionais.

No caso da inconstitucionalidade sem redução de texto, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declara que determinada lei é constitucional, desde que excluídas determinadas hipóteses de sua aplicação.

Tanto na “interpretação conforme” como na “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 8.868/99 estabelece que “*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*”.

Bem se vê que a impugnação ao cumprimento de sentença constitui instrumento legítimo para obstar o cumprimento de uma decisão fundada em lei inconstitucional ou em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, como incompatíveis com a Constituição Federal, nos termos do art. 475-L, inc. II, §1º do CPC.

O mesmo não ocorre, todavia, nos casos em que a sentença exequenda deixou de aplicar determinado dispositivo de lei por entendê-lo como incompatível com a

⁷² SANTOS, Ernane Fidelis dos Santos (Coord.). WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). NERY JUNIOR, Nelson (Coord.) et al. **Execução civil**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 670

Constituição Federal, cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Nessa hipótese, não há matéria a ser arguida em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, na medida em que o título judicial existe e será definitivamente válido, caso não seja desconstituído por meio de Ação Rescisória.

Vale frisar, por oportuno, que a constitucionalidade do §1º do art. 475-L do CPC vem sendo muito questionada pela doutrina. Nelson Nery Jr. afirma que o § 1º do art. 475-L está eivado de inconstitucionalidade material, *in verbis*:

“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 1.º caput), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5.º 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.”⁷³

De acordo com o mencionado autor, o §1º do art. 475-L do CPC somente não seria materialmente inconstitucional se a coisa julgada tiver se formada **após** a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier⁷⁴ ensina que tal dispositivo de lei deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, de modo que o Executado poderia valer-se dos Embargos quando a questão constitucional seja incompatível com a solução adotada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou na via incidental (art. 52, X da CF), porém, tal regra não se aplicaria aos títulos executivos judiciais que tenham sido acobertados pela coisa julgada ante do início de sua vigência.

Cândido Rangel Dinamarco⁷⁵, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁷⁶ também se posicionam pela inconstitucionalidade do §1º do art. 475-L, sob o argumento de que tal regra daria à jurisdição o poder de controlar a compatibilidade de suas

⁷³ Op. Cit. p. 648.

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINE, Eduardo (Coord.) **Curso avançado de processo civil**: execução. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São paulo: Malheiros, 2009.p. 791/792. v. 4.

⁷⁶ Op. Cit. p. 295

decisões, já acobertadas pela coisa julgada material, com as manifestações posteriores do Supremo Tribunal Federal⁷⁷.

Em linha com o posicionamento defendido pelos autores acima mencionados, vale registrar o acórdão proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 783.500/SC, que abordou em profundidade as hipóteses de cabimento dos embargos previstos no art. 741, parágrafo único do CPC, mas ressaltou que tal instrumento não atingiria decisões já estabilizadas pela autoridade da coisa julgada. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. OBSERVÂNCIA DA FORMA PREVISTA NO ART. 842 DO CÓDIGO CIVIL. DESNECESSIDADE. NULIDADE DA TRANSAÇÃO POR OUTRO VÍCIO. RECONHECIMENTO EM AÇÃO PRÓPRIA. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. HONORÁRIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.164-40/01. AÇÕES AJUIZADAS APÓS 27.07.2001. APLICABILIDADE. AUTONOMIA ENTRE OS PROCESSOS DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO. DATA DE AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

2. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

3. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogada.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. (...).” (STJ – Recurso Especial nº 783.500/SC, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, j. em 6.4.2006 – grifos nossos)

⁷⁷ Registra-se, por oportuno, que há Ação Direta de Inconstitucionalidade a respeito do art. 741, parágrafo único, do CPC (ADIn nº 2.418-3/DF, Min. Rel. Cezar Peluso), a qual ainda não foi julgada pela Corte Suprema.

Em que pese o entendimento acima esposado, a nosso ver, a regra prevista no art. 475-L, II, §1º do Código de Processo Civil nada tem de inconstitucional. Reitera-se que tão importante quanto preservar a segurança jurídica dos jurisdicionados, é também resguardar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, de modo que a interpretação da coisa julgada como instituto absoluto resulta na aceitação de que o Poder Judiciário está acima da própria Constituição Federal, o que não se afigura razoável.

Ressalta-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, no qual a Colenda Corte Superior não só admitiu o cabimento dos Embargos à Execução para obstar o cumprimento de uma sentença inconstitucional, como também relativizou o instituto da coisa julgada:

“RECURSO ESPECIAL. COISA JULGADA. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. RELATIVIZAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MAGISTRADOS FEDERAIS. 11,98%. LIMITAÇÃO. ADIN. Nº 1.797-0.

I- O parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, passou a prever nova hipótese de desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, no caso em que fundada em lei declarada inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal.

II- O Excelso Pretório, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.797-0, limitou o reajuste de 11,98% aos magistrados federais até janeiro de 1995, em razão da superveniente edição dos Decretos Legislativos 6 e 7, que fixaram novas remunerações para os Ministros de Estado e Membros do Congresso Nacional, estendidos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, por consequência, a toda a magistratura federal, por força da Lei nº 8.448/92. Recurso especial provido.” (STJ – Recurso Especial nº 795.710/RS, Min. Rel. Felix Fischer, DJU 14.08.2006 – grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, Thereza Alvim ensina que *“parece ser absolutamente indiferente o fator de ineficácia surgir antes ou depois do trânsito em julgado daquele processo. Ou seja, tanto a inconstitucionalidade pronunciada pelo STF, na pendência do processo, quanto a que venha ocorrer ou resultar de pronunciamento verificado após o seu trânsito, ensejam a aplicação da regra em comento”*⁷⁸.

Por fim, não se pode olvidar que a sentença fundada em lei inconstitucional é juridicamente inexistente, não tendo aptidão para transitar em julgado. Desse modo, não há que se falar em desconstituição da coisa julgada, afinal, é impossível desconstituir aquilo que não existe, de modo que o pronunciamento jurisdicional na impugnação ao cumprimento de

⁷⁸ ALVIM, Thereza. In: MEDINA, José Miguel Garcia (Coord.), et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 406

sentença, fundada em lei inconstitucional, possui natureza meramente declaratória e não afronta o instituto da coisa julgada.

5.2. Ação Rescisória

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁷⁹, a Ação Rescisória é “*destinada precipuamente a obter anulação (e não declaração de nulidade) da coisa julgada formada sobre decisão judicial, permitindo, então, por conseguinte, a revisão do julgamento. Note-se que o objetivo da ação rescisória é desconstituir a força da coisa julgada (eficácia preponderante anulatória), já que a sentença transitada em julgado presume-se, até prova em contrário, válida e eficaz.*”.

Trata-se, portanto, de instrumento autônomo de impugnação, de natureza constitutiva negativa, cuja função primordial é desfazer uma sentença de mérito transitada em julgado (*iudicium rescindens*), desde que caracterizada uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 485 do CPC⁸⁰.

Tendo em vista o objeto da presente monografia, faz-se necessário discorrer somente sobre a hipótese prevista no inc. V do art. 485 do CPC, o qual trata da possibilidade de desconstituição de sentença que violar literal disposição de lei.

Sobre a violação a literal disposição de lei, impõe registrar o ensinamento do Mestre Barbosa Moreira⁸¹, no sentido de que “*O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do*

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 649 - 650.

⁸⁰ “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;”

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 132. v.5

*julgador na solução da quaestio iuris quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum”.*⁸²

No caso de sentença fundada em lei inconstitucional, ou de sentença que deixa de aplicar determinado dispositivo legal por julgá-lo incompatível com a Constituição Federal – o qual teve a sua constitucionalidade posteriormente confirmada em sede de controle concentrado –, está-se diante de flagrante violação a literal disposição de lei.

Eduardo Talamini afirma ser plenamente cabível a ação rescisória quando se tratar de coisa julgada inconstitucional⁸³. Carlos Valder do Nascimento assevera que *“O meio mais adequado para que se suscite a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgada é ‘indubitavelmente, a ação rescisória, pois esta poderá ser ajuizada com fundamento no dispositivo no art. 485, V, do Código de Processo Civil, que permite a rescisão de sentenças transitadas em julgado que violem ‘literal dispositivo da lei’”*⁸⁴

A respeito do tema, oportuna é a ponderação de Nelson Nery Jr., o qual admite a possibilidade de Ação Rescisória quando a sentença de mérito houver ofendido a Constituição Federal, *in verbis*:

*“É a forma mais grave de violação da lei federal, razão por que não pode ser oposta nenhuma outra resistência ao exercício da pretensão rescisória com fundamento na ofensa à CF, que não sejam os requisitos expressamente previstos em lei para ajuizar-se validamente a pretensão rescisória (v.g. CPC 488, 495 etc.). Para efeitos de admissibilidade da ação rescisória, a violação da CF pode ter ocorrido por desatendimento a texto constitucional expresse, por princípio constitucional não positivado ou, ainda, por ofensa ao espírito ou ao sistema da CF. Decisão inconstitucional transitada em julgado não pode ficar imune ao controle jurisdicional da ação rescisória.”*⁸⁵

⁸² Nesse mesmo sentido, vale registrar as ponderações de Alexandre Freitas Câmara: *“Trata-se de dispositivo de redação criticável, uma vez que o direito não se exaure no texto frio da lei, sendo certo que a interpretação literal da norma jurídica raramente é capaz de permitir resultados satisfatórios na atividade hermenêutica. Melhor seria que se tivesse dito ‘violar direito em tese’, como tem sido da preferência dos doutrinadores que apreciaram a matéria”. “Ocorre a violação do Direito em tese quando o órgão prolator da sentença rescindenda afronta o direito positivo, entendendo-se a palavra ‘lei’, contida no dispositivo, em sentido amplo. Não se considera violadora do Direito, porém, decisão contrária à jurisprudência dominante, ainda que esta se encontre fixada em Súmula. No Direito brasileiro não há jurisprudência vinculante, (salvo em matéria constitucional, conforme o art. 103-A da Constituição da República) e não se pode mesmo negar a hipótese de ser a Súmula a violar o Direito em tese”* (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 17. v.2)

⁸³ *Op. cit.*, p. 616.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 147.

⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.780.

O precitado Autor, em linha com o posicionamento por defendido sobre a constitucionalidade do art. 475-L, §1º do CPC, afirma que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, se superveniente à ocorrência do trânsito em julgado da sentença ou de acórdão, não pode servir de fundamento para o ajuizamento de ação rescisória, pois a decisão já estaria protegida por três garantias constitucionais: o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade (da lei ou da decisão judicial).

Luiz Guilherme Marinoni também se filia ao posicionamento acima, afirmando que *“o surgimento de interpretação divergente em relação a que foi dada pela decisão transitada em julgado puder implicar na admissão de violação de disposição de lei para efeito de rescisória, estará sendo desconsiderado exatamente o que a coisa julgada quer garantir, que é a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão”*⁸⁶.

Como mencionado anteriormente, a nosso ver, pouco importa se a inconstitucionalidade foi declarada antes ou após da constituição da sentença, uma vez que a norma inconstitucional é, em verdade, uma não-lei, um nada jurídico, um ato juridicamente inexistente. Assim, mesmo se a declaração de inconstitucionalidade for posterior à constituição do título judicial, seria cabível a ação rescisória. A eiva da inconstitucionalidade é tão grave, que macula a essência do ato judicial que nela se baseou, de modo que admitir a produção de efeitos desse ato ou a sua perpetuação é atentar contra a supremacia da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, em voto relatado pelo Ministro José Delgado, permitiu expressamente a propositura da ação rescisória para desconstituição de uma sentença fundada em lei inconstitucional, a qual já estava acobertada pelo manto da preclusão máxima no momento da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em voto assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. FUNÇÃO HARMONIZADORA DOS JULGADOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE.

1. Há de se rescindir decisão baseada em lei considerada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo que tal posicionamento venha a ocorrer após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

⁸⁶ *Op. cit.* p. 669.

2. A Súmula nº 343, do STF, há de ser compreendida com a mensagem específica que ela contém: a de não ser aplicada quando a controvérsia esteja envolvida com matéria de nível constitucional.

3. A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias.

4. Não é concebível se admitir um sistema tributário que obrigue um determinado contribuinte a pagar tributo cuja lei que o criou foi julgada definitivamente inconstitucional, quando os demais contribuintes a tanto não são exigidos, unicamente por força da coisa julgada.

5. Recurso provido para se determinar o conhecimento da rescisória quanto ao mérito, proferindo o Tribunal 'a quo' novo julgamento da causa. (DJ 22/03/99)" (STJ – Recurso Especial nº 138.853/RS, Min. Rel. José Delgado, DJU 22.3.1999 – grifos nossos)

Em linha com o posicionamento defendido no presente trabalho, a propositura de ação rescisória sequer seria necessária no caso de sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle Concentrado, haja vista que tal *decisum* não tem aptidão para invocar a autoridade da coisa julgada. Não há que se falar em desconstituição de uma sentença juridicamente inexistente. Bastaria a propositura de uma ação declaratória de inexistência, a qual será abordada mais adiante.

A esse respeito, Bernardo Pimentel Souza ensina que “*é inadmissível ação rescisória contra sentença inexistente (...) Em tais hipóteses, a ação rescisória é inadmissível, já que a inexistência jurídica da sentença pode ser suscitada no bojo de qualquer processo, podendo até mesmo ser declarada em ação autônoma, nos termos do inciso I do artigo 4º do Código de Processo Civil. Além do mais, a sentença juridicamente inexistente não passa em julgado, o que reforça a inadmissibilidade da ação rescisória no particular*”⁸⁷.

Nada obstante, levando em consideração a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da lei inconstitucional [se é nula, anulável ou juridicamente inexistente⁸⁸], parece-nos razoável admitir o cabimento da Ação Rescisória para supressão de sentença fundada em lei declarada inconstitucional, com base no art. 485, inc. V, do CPC. Não se pode olvidar que mesmo os atos juridicamente inexistentes, enquanto não extirpados do mundo jurídico, surtem efeitos no mundo fático e geram consequências na seara do direito

⁸⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 181

⁸⁸ Como anteriormente mencionado, concordamos integralmente com o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, no sentido de que as sentenças juridicamente inexistentes não têm aptidão para invocar a autoridade da coisa julgada. As sentenças nulas, porém, transitam em julgado.

processual e no direito material, sendo plenamente justificável a propositura da ação rescisória pela Parte Interessada, ainda que, a nosso ver, não seja a via mais adequada.

Sobre o tema, valiosas são as ponderações de Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁹ e José Miguel Garcia Medina, no sentido de que *“se se quiser aproveitar o processo, pode-se lançar mão da teoria da aparência: a sentença aparentava, em primeiro lugar, ser uma sentença e, em segundo, aparentava também ter transitado em julgado. Ademais, como nela se decidiu o mérito, apesar da ausência de pressuposto processual, ofendeu-se a lei (art. 267, inc. IV do CPC), o que determina que, em casos assim, deva o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito (...) A que tipo de vantagem levaria o rigorismo consistente em se entender que o meio seria inadequado e recomendar-se à parte que intentasse outra ação? Hoje, pensamos: a nenhuma (...) Está, pois, correta a tendência jurisprudencial neste sentido, representada pelos acórdãos do STJ, em cujo texto transparece de modo claro que se deu preferência a resolver o problema sem afrontar o sistema, mas o tendo manipulado de modo criativo, em vez de se ter optado pela solução a que teria levado um raciocínio mais ortodoxo.”*

Em relação à sentença que deixa de aplicar determinado dispositivo de lei por entendê-lo como incompatível com a Constituição Federal, cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada em sede de Controle Concentrado, tal decisão não é juridicamente inexistente. Para tais casos, é plenamente cabível a Ação Rescisória com base no art. 485, inc. V do CPC, desde que preenchidos os seus requisitos.

⁸⁹ Registra-se que, em obra anterior, Teresa Arruda Alvim Wambier defendia que o meio adequado para impugnar uma decisão fundada em lei inconstitucional [ou outras sentenças juridicamente inexistentes] não era a ação rescisória, mas sim a ação declaratória de inexistência. Porém, a ilustre professora passou a admitir também o cabimento da ação rescisória, ainda que não seja o meio mais apropriado para tal finalidade. Moniz de Aragão e Roque Komatsu também ratificam essa posição, não só por uma questão de instrumentalidade, mas pelo efetivo cabimento da ação rescisória na hipótese de desconstituição de sentença fundada em lei inconstitucional. Em casos de sentenças inexistentes, vale destacar as seguintes decisões que admitiram o cabimento da ação rescisória: STJ – Resp 11.290, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 7.6.93; REsp 113.091, rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 22.5.00; STF - RE 96.374/GO, rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 30.8.83; do STJ - REsp n. 62.853/GO, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 01.08.2005; AR .771/PA, Segunda Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior DJ 26/02/2007.

5.2.1. Inaplicabilidade da súmula 343 do STF na hipótese de violação à Constituição Federal

Interessante notar que o manejo da ação rescisória, na hipótese ventilada no presente trabalho, encontraria óbice na súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

Se a sentença fundou-se em lei inconstitucional, cuja validade estava sendo discutida perante o Supremo Tribunal Federal no momento de sua prolação, poder-se-ia falar em interpretação controvertida nos tribunais. Da mesma maneira, se uma decisão deixou de aplicar determinado artigo de lei por julgá-lo incompatível com a Constituição Federal, a posterior confirmação de sua constitucionalidade em sede de Controle Concentrado apenas demonstra que a matéria era, de fato, controvertida nos tribunais.

Em qualquer uma das situações, estar-se-ia diante de matéria jurídica controvertida nos Tribunais, o que, a princípio, inviabilizaria o manejo da Ação Rescisória, nos termos da súmula 343 do STF.

A nosso ver, a aplicação da súmula 343 em matéria constitucional constitui afronta direta à supremacia da Constituição Federal. Admitir a aplicação do verbete em matéria de interpretação constitucional fortaleceria as decisões proferidas pelas Instâncias Ordinárias em detrimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, estar-se-ia prestigiando uma interpretação controvertida em detrimento de uma interpretação exarada pelo guardião máximo da Constituição Federal, o que não nos parece razoável.

A esse respeito, oportuna é a lição de Konrad Hesse:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a

*sua observância revela-se incômoda (...) Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado mormente ao Estado democrático.”*⁹⁰

Além da afronta à supremacia da Constituição Federal, a prevalência de tal súmula nas hipóteses de interpretação constitucional violaria, ainda, o princípio da isonomia, na medida em que seria permitido o tratamento distinto para situações absolutamente idênticas, sendo que, em uma das situações, o jurisdicionado conviveria com uma clara situação de inconstitucionalidade. Seria, ademais, impor um ônus inconstitucional ao jurisdicionado.

Sobre a súmula 343 do STF, assim se manifestam Eduardo Talamini, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

*“Quando houver divergência nos tribunais, deve-se afastar a súmula 343. Afinal, se a interpretação de determinada norma é ‘controvertida nos tribunais’, isso mais das vezes significa que há uma grande quantidade de casos similares submetidos ao exame do judiciário. Nesses casos, a adoção de diferentes soluções para casos identificáveis tende a multiplicar as situações antiisonômicas. Contribui também para incutir, sobretudo no cidadão comum, dúvida sobre a certeza de direito, além de desacreditar no Poder Judiciário.”*⁹¹

*“Com a facilidade das pesquisas pelos modernos meios de comunicação de dados, notadamente a internet, sempre haverá oportunidade para se encontrarem acórdãos divergentes sobre interpretação da lei federal, de modo que caso se aplique a súmula 343, ficaria praticamente inviabilizado o direito de exercício de ação rescisória.”*⁹²

*“Admitir que sobreviva decisão que consagrou a interpretação hoje, considerada, pacificamente, incorreta pelo Poder Judiciário, é prestigiar o acaso. Explicamos: isto significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada incorreta, aqueles que tiveram a sorte de participar de determinada ação, no pólo passivo ou ativo, num momento em que havia, ainda, divergências nos Tribunais, quanto a qual seria a interpretação acertada da lei, a solução correta a ser dada àquele caso”*⁹³

Sobre a súmula 343 do STF, Barbosa Moreira assevera que “não parece razoável afastar a incidência do art. 485, V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao

⁹⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21

⁹¹ *Op. cit.*, p. 166.

⁹² *Op. cit.*, 2006, p. 680.

⁹³ *Op. Cit.*, p. 60.

arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma”⁹⁴

Após uma análise das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, Fredie Didier Jr. relata que a aplicação da súmula em comento tem sido afastada nas hipóteses de violação a norma constitucional, quando o Supremo Tribunal Federal houver se pronunciado, em controle concentrado ou difuso, mesmo após o trânsito em julgado da decisão⁹⁵. Ada Pellegrini Grinover assevera que *“Transparece, assim, de todos os votos que enfrentaram a questão da inaplicabilidade da Súmula 343 ao dissídio jurisprudencial em matéria constitucional, sua única motivação: a lei declarada inconstitucional pelo Supremo, com efeitos ex tunc, é nula e írrita. Se a decisão aplicou lei, posteriormente declarada inconstitucional, aplicou lei nula e inexistente, e pode por isso ser rescindida.”*⁹⁶

De fato, os Tribunais pátrios, inclusive o Supremo Tribunal Federal, de maneira pacífica, entendem que a súmula 343 do STF é absolutamente inaplicável quando a matéria posta em discussão na Ação Rescisória versa sobre interpretação da Constituição Federal⁹⁷:

“EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.” (STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 328.812-1, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. em 10.12.2002 – grifos nossos)

“AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE LICENÇA ESPECIAL. LEI ESTADUAL N.º 10.219/92. ART. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E INTERPRETAÇÃO CONFORME, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DETERMINADA PELA

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 132.

⁹⁵ DIDIER Jr., Fredie. Direito Processual Civil. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 243.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 8, p. 13-14.

⁹⁷ Nesse mesmo sentido: STF – RE nº 89.108/GO, rel. Min. Cunha Peixoto, DJU de 19.12.80; STF – RE nº 101.114/SP, rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 10.2.84; STF – RE nº 463.624/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 28.8.09; entre outros. Trata-se de matéria já consolidada em nossos tribunais.

SUPREMA CORTE EM CONTROLE CONCENTRADO. ART. 35, § 2.º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ART. 70, § 2.º, DA LEI ESTADUAL N.º 10.219/92.

1. É cabível a ação rescisória, com fulcro no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, quando o acórdão rescindendo estiver calcado em norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte, ainda que, à época do decisum rescindendo, o dispositivo legal tivesse interpretação divergente nos Tribunais Pátrios. Precedentes do STJ.

2. É de ser afastada a incidência da Súmula n.º 343/STF, uma vez que os dispositivos normativos nos quais se fundou o acórdão rescindendo – art. 35, § 2.º da Constituição Estadual e art. 70, § 2.º, da Lei Estadual n.º 10.219/92 – foram declarados inconstitucionais pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.695/PR.” (STJ – Ação Rescisória nº 3.036/PR, Min. Rel. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. em 28.10.2009 – grifos nossos)

Assim, admite-se a ação rescisória em todas as espécies de coisa julgada inconstitucional, a) na aplicação de norma inconstitucional; b) em interpretação incompatível com a Constituição; c) na equivocada afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; d) na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo ofenda diretamente normas constitucionais, e o verbete 343 do STF não pode obstaculizar o exame de mérito da ação rescisória, sob pena de afrontar-se a supremacia da Constituição Federal.

5.2.2. Prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC

Conforme anteriormente demonstrado, por meio de ação rescisória, é possível impugnar uma sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que a ação declaratória de inexistência, a nosso ver, seja o instrumento mais adequado para tal finalidade.

Questão interessante que surge é a limitação temporal prevista no art. 495 do CPC, o qual estabelece que o direito de propor ação rescisória contra sentenças acobertadas pelo manto da preclusão máxima se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Como dito anteriormente, Nelson Nery Jr. defende a possibilidade de ação rescisória contra sentença fundada em lei inconstitucional, desde que respeitado o prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC. Nesse mesmo sentido, Osmar Mendes Paixão Cortês entende que “*se a fase de cumprimento de sentença ou a execução já tiverem si extintas, os*

efeitos forem ex tunc e já ultrapassado o prazo para ação rescisória, nada mais pode a parte fazer quanto aos efeitos pretéritos”⁹⁸.

Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no RE 328.812-1, já mencionado anteriormente, o Ministro Gilmar Mendes também consignou que o cabimento da ação rescisória está condicionada à observância do prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC.

Em nosso sentir, no caso de sentenças fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo previsto no art. 495 do CPC seria inaplicável. Afinal, se a Parte vencida pode utilizar a Ação Declaratória de Inexistência, *a qualquer tempo*, qual seria o sentido em aplicar a limitação temporal prevista na mencionada regra? Nenhum.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁹⁹ assim se posicionam “*Para nós, a possibilidade de impugnação de sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do artigo 495 do CPC*”. Sérgio Porto compartilha deste entendimento, pois também propõe uma modificação do regime da ação rescisória, a fim de que se admita, em certas hipóteses, que a rescisão se dê em prazo maior ou até mesmo sem que o direito à rescisão fique sujeito a qualquer prazo.

“Assim em tempos de reformas processuais, parece oportuno a revisão das hipóteses de cabimento de ação rescisória e, quiçá, até mesmo, o exame da vigência do prazo decadencial existente, observando por derradeiro, que no plano criminal a revisão – irmã siamesa da rescisória – não goza desta limitação, em face da natureza relevante do direito posto em causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável. Desta forma, a ampliação das hipóteses de cabimento de demanda de cunho rescisório, a dilação do prazo decadencial para interposição destas e a supressão deste para hipótese excepcionalíssimas, vez que portadoras de vícios inconvalidáveis, parece ser uma bem temperada fórmula de pacificação jurídica. Portanto, maxima venia, o desafio não é – simplesmente – relativizar de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo a coisa julgada, em verdadeiro desprestígio aos óbvios motivos que ensejam sua criação, mas sim prestigiá-la, com sistema, dentro da ordem jurídica, compatível com a realidade deste início de século”¹⁰⁰.

Nos casos de ausência de citação do Réu [hipótese de inexistência], parece lógico que a limitação temporal prevista no art. 495 do CPC é absolutamente inaplicável,

⁹⁸ Op. Cit. p. 670

⁹⁹ Op Cit.p. 43.

¹⁰⁰ Op. cit.p. 138.

afinal, não há como correr um prazo contra uma pessoa que sequer fez parte da relação processual. Para nós, o mesmo raciocínio se aplicaria no caso de sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado. Ora, enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, a Parte não poderá se valer da ação rescisória para desconstituir a sentença nela fundada. Em uma interpretação mais restritiva [por ser um ato juridicamente inexistente, a nosso ver, a impugnação de sentença fundada em lei inconstitucional pode ocorrer a qualquer tempo], se aplicável a regra do art. 495 do CPC, o termo inicial não seria o trânsito em julgado da sentença, mas sim a declaração da inconstitucionalidade da norma em sede de controle concentrado.

5.3. Ação Declaratória de Inexistência

Como ensina a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰¹, citando Enrico Tullio Liebman, a ação é o direito ao processo e ao julgamento de mérito; as condições da ação estabelecidas no Código de Processo Civil são elementos constitutivos do direito de ação. Se não estiverem satisfeitas tais condições, não existe direito de ação [mas mero direito de petição].

No caso de sentenças fundadas em lei inconstitucional, como já mencionado nesse trabalho, falta à Parte a possibilidade jurídica do pedido e, como consequência, a decisão de mérito nada mais é do que um ato juridicamente inexistente. Desse modo, o Juiz não deveria apreciar o mérito da demanda, mas sim declarar a manifesta inadmissibilidade da pretensão deduzida em Juízo, por ser juridicamente impossível.

A Ação Declaratória de Inexistência é, pois, a medida mais adequada para atacar uma sentença fundada em lei inconstitucional, haja vista que tal *decisum* não tem aptidão para invocar a autoridade de coisa julgada. Sobre o tema, oportunas são as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁰²:

“Portanto, segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria unicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). Portanto, em nosso

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 356 – 357. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16)

¹⁰² Op. Cit.p. 43.

entender a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão neste sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar a autoridade de coisa julgada. O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido.”

Muitos dos autores citados nesse trabalho – como, por exemplo, Humberto Theodoro Júnior – defendem que a decisão fundada em lei inconstitucional é nula *ipso iure*, de modo que a coisa julgada não se convalidaria, podendo ser impugnada a qualquer tempo por meio de ação meramente declaratória [como bem ressaltou Teresa Arruda Alvim Wambier, o autor em tela dá à sentença inconstitucional o mesmo tratamento para as sentenças juridicamente inexistentes, de modo que a divergência, no tocante a esse ponto, está limitada ao plano terminológico].

Ressalta-se por oportuno que, diferentemente das decisões juridicamente inexistentes, as sentenças nulas têm aptidão para invocar a autoridade de coisa julgada, de modo que a impugnação pela Parte, após o trânsito em julgado, se daria somente por meio de ação rescisória, desde que respeitado o prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC. A esse respeito, como bem ensina João Batista Lopes¹⁰³, “a ação declaratória situa-se no plano da existência, e não da validade, razão por que seria impróprio falar em declaração de nulidade”. Desse modo, a terminologia adequada seria Ação Declaratória de Inexistência.

Carlos Valder do Nascimento, em linha com o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier, também defende a possibilidade de ação declaratória de inexistência no caso de sentenças fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com base no art. 4º do CPC. Assevera o mencionado autor que a ação declaratória de nulidade [como dito, em nosso sentir, a melhor definição é ação declaratória de inexistência] “pode ser utilizada sem observância de prazos prescricionais ou decadências, portanto, a qualquer tempo com o objetivo de declarar a nulidade da relação jurídica viciada, fundada em preceito imoral ou inconstitucional”¹⁰⁴.

¹⁰³ LOPES, João Batista. **Ação Declaratória**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93

¹⁰⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. p. 173.

Sobre essa modalidade de ação, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que *“A ação declaratória de nulidade de sentença, que é a antiga actio querela nullitatis, fundamenta-se em nulidade irreversível e inconvalidável na decisão terminativa de um processo. Isto é exatamente o que se dá quando o fundamento constitucional, no qual ela se tenha embasado, não subsiste, conforme objetivamente constatado por decisão específica e expressa quanto à inconstitucionalidade do ato normativo fundados do julgado, cuja nulidade se busca seja declarada. Este terá transitado, mas não se terá tornado definitivo no mundo jurídico. A tese da actio querela nullitatis é, pois, perfeitamente compatível com a necessidade de declaração de nulidade de decisão judicial terminativa de ação contrária à Constituição. A forma, ou a via, pela qual se dá a contradição judicial ao julgado incompatível, contrário ou inadequado à Constituição, tem importância menor do que o conteúdo do combate ao vício inconvalidável de que se vê enodado a decisão, cujos efeitos têm aparência, mas não essência de coisa julgada nos termos constitucionalmente garantidos”*¹⁰⁵.

Nesse mesmo sentido, Eduardo de Almeida Júnior afirma que a inconstitucionalidade é vício gravíssimo, de tal modo que a decisão fundada em lei inconstitucional *“pode ser desconstituída mediante a ação autônoma declaratória de inconstitucionalidade, independentemente de prazo, posto que as questões constitucionais, dada sua importância, não podem precluir”*¹⁰⁶.

A nosso ver, a ação declaratória de inexistência afigura-se viável para desconsideração da sentença fundada em lei inconstitucional, na medida em que tais julgados jamais transitam em julgado. Coerentemente com o que foi defendido no item 5.2.2, no sentido de que não se aplicaria a limitação temporal prevista no art. 495 do CPC para “desconstituição” de uma sentença juridicamente inexistente, tal ação declaratória poderia ser proposta a qualquer tempo.

¹⁰⁵ Op. Cit. p. 187-188.

¹⁰⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2006, p. 220.

6. EFEITO VINCULANTE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO POR PARTE DO PLENÁRIO DO STF

Como discorrido no presente trabalho, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma, em sede de controle concentrado, gera efeitos *erga omnes*, vinculante e, em regra, retroativos (“*ex tunc*”).

O §2º do art. 102 da Constituição Federal prevê expressamente que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, vincula não só os órgãos do Poder Judiciário, como também os entes da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Se as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade não tivessem efeito vinculante, as Instâncias Ordinárias poderiam aplicar – ou não – uma determinada norma no caso concreto por julgá-la compatível – ou incompatível – com a Constituição Federal. Noutras palavras, de nada valeria o posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado.

Questão importante que surge é saber se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade [isto é, no caso concreto], também têm força vinculante.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro, de origem românico-germânica, vigora o sistema da *Civil Law*. Os precedentes judiciais proferidos pelos Tribunais Superiores, em regra, não têm força vinculante, são fontes meramente persuasivas. Desse modo, a despeito do reiterado entendimento das Cortes Superiores sobre determinado assunto, nada impede que os Juízes de 1ª Instância e/ou os Tribunais decidam em sentido diametralmente oposto.

Entretanto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro vem adotando inúmeros mecanismos para “atribuir” força vinculante aos precedentes judiciais proferidos pelas Cortes Superiores, aproximando-se dos ordenamentos em que vigora o sistema da *Common Law* (anglo-saxões).

Apenas a título exemplificativo, podemos mencionar a súmula vinculante [art. 103-A da Constituição Federal¹⁰⁷], a possibilidade de o Juiz inadmitir um recurso de apelação, monocraticamente, quando a sentença estiver em conformidade com súmula dos Tribunais Superiores [art. 518, §1º do CPC¹⁰⁸], a desnecessidade de reexame necessário se a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente [art. 475, 3º do CPC¹⁰⁹], entre outros.

Vale frisar que o projeto de lei do novo CPC também prevê, em diversas oportunidades, a necessidade de zelar pela uniformização da jurisprudência dos nossos Tribunais, atribuindo força vinculante aos precedentes judiciais. Transcreve-se, a seguir, o art. 882 do mencionado projeto de lei:

“Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

¹⁰⁷ “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.”

¹⁰⁸ “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

¹⁰⁹ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

Os principais argumentos favoráveis à força vinculante dos precedentes proferidos pelos Tribunais Superiores são (i) o prestígio ao princípio da isonomia, evitando-se a existência de decisões contraditórias em hipóteses absolutamente idênticas; (ii) o desestímulo à propositura de múltiplas ações e recursos com tese idênticas e já ultrapassadas; (iii) celeridade da Justiça, pois inibirá a interposição de recursos e incidentes meramente protelatórios.

Em artigo publicado na Revista de Processo (RePro 184, de junho/2010), intitulado “*Eficácia Vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*”, Luiz Guilherme Marinoni bem define a importância da força vinculante dos precedentes:

“Para concluir, importa, fundamentalmente, destacar que a eficácia vinculante se liga à eficácia dos precedentes e não ao significado da decisão para as partes ou mesmo à eficácia que naturalmente decorre das decisões que realizam o controle abstrato de normas. Com a eficácia vinculante não quer se garantir uma tutela jurisdicional à parte ou àquele que é diretamente afetado pela decisão em controle concentrado. A eficácia vinculante se destina a dar força obrigatória à ratio decidendi ou aos fundamentos determinantes da decisão, impedindo que eles sejam desconsiderados em quaisquer decisões dos órgãos judiciais inferiores.

A eficácia vinculante garante aos jurisdicionados a coerência da ordem jurídica, assim como a previsibilidade e a igualdade, o que nada tem a ver com os objetivos da coisa julgada e da eficácia erga omnes. A eficácia vinculante enfatiza a obrigatoriedade do respeito aos precedentes. Aliás, não haveria motivo para pensar em ratio decidendi e obter dicta se os precedentes não contassem com o respeito dos órgãos judiciais.” (grifos nossos)

Nada obstante, é preciso examinar com cautela a força vinculante que se busca atribuir aos precedentes judiciais.

Como já mencionado no presente trabalho, a jurisprudência dos nossos Tribunais depende da realidade social da época em que consolidada e de diversos elementos subjetivos levados ao conhecimento do magistrado naquele caso concreto, razão pela qual atribuir força absoluta e vinculante aos precedentes judiciais criaria uma verdadeira incerteza jurídica.

A nosso ver, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, por si só, não tem força vinculante. Situação diversa é

a decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema, na qual a constitucionalidade de determinada norma é examinada de maneira abstrata e objetiva, que, nesse caso, poderia gerar efeitos vinculantes e *erga omnes*, mesmo se não houver a suspensão da norma por ato senatorial.

Tal questão, porém, não é simples.

Em precedente judicial proferido pela 1ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o ilustre Ministro Francisco Falcão consignou expressamente que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, não possui eficácia vinculante ou *erga omnes*. Confira-se:

“MANDADO DE SEGURANÇA. FÉRIAS E RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATUREZA SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS VINCULANTE E/OU ERGA OMNES. AUXÍLIO-DOENÇA. QUINZE PRIMEIROS DIAS. NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". LC Nº 118/2005. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AFASTAMENTO, NA HIPÓTESE. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE.

I - No precedente indicado pela agravante (AI-AgR 603.537/DF, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 27/02/2007) a Excelsa Corte considerou o terço constitucional de férias como verba indenizatória, afastando, assim, a incidência de contribuição previdenciária sobre ela.

II - De se observar que tal entendimento restou firmado em sede de agravo regimental em Agravo de Instrumento, não gerando efeitos vinculante e/ou erga omnes, devendo ser mantida a decisão agravada, que aplicava a jurisprudência desta Corte no sentido de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias configura-se verba remuneratória, razão pela qual se sujeita à contribuição previdenciária. Precedentes: REsp nº 805.072/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 15/02/07; RMS nº 19.687/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/11/06 e REsp nº 663.396/CE, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 14/03/05.” (STJ – AgRg no Recurso Especial nº 1.081.881/SC, Min. Rel. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. em 02.12.2008)

Esse entendimento é corroborado por Nelson Nery Jr.¹¹⁰:

“Quando o STF declara inconstitucional lei ou ato normativo federal ou estadual, contestado em face da CF, pode haver dois tipos de eficácia para essa declaração: a) erga omnes ou b) inter partes. Há eficácia erga omnes quando o STF proclama a inconstitucionalidade em sede de controle abstrato (ação direta de inconstitucionalidade – ADIn, ADC ou ADPF). Nesse caso, não há necessidade de outras providências para que a lei declarada inconstitucional não mais produza efeitos em todo o território nacional... Quando a declaração de inconstitucionalidade pelo STF é feita em controle concreto, o

¹¹⁰ Op. Cit. p. 649.

acórdão só tem eficácia entre as partes do processo (CPC 472), a menos que o Senado Federal, ao receber a comunicação do STF enviando cópia do acórdão baixe resolução suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo em todo território nacional (CF 52 X), quando então aquela decisão inter partes passará a ter eficácia erga omnes” (grifos nossos)

Em sentido contrário, vale mencionar o entendimento do ilustre Ministro Teori Albino Zavascki:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. COFINS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRECEDENTES DO STF.

1. Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09.11.2005, apreciando recursos extraordinários (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG), considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 (“§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”), e reconheceu a constitucionalidade do art. 8º, caput, do mesmo diploma legal, que prevê a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%.

3. O pedido formulado no recurso especial restringe-se ao afastamento da alteração da majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%, prevista no art. 8º da Lei 9.718/98, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser mantido.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”¹¹¹ (STJ – Recurso Especial nº 819.850/RS, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. em 1º.06.2006)

Com a devida vênia ao posicionamento do Ministro Francisco Falcão e de Nelson Nery Jr., a nosso ver, não se pode dogmatizar o controle difuso de constitucionalidade, exercido em sede de Recurso Extraordinário, como simples meio de aplicação da norma constitucional ao caso concreto, limitando taxativamente os efeitos da decisão apenas entre as Partes.

¹¹¹ Em idêntico sentido, vale ressaltar o voto proferido no Recurso Especial nº 996.874/SP, j. em 1º de abril de 2008, no qual o ilustre Ministro Relator Teori Albino Zavascki assim assevera: “No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988” (MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 165)...”

Como cediço, o Recurso Extraordinário não objetiva a rediscussão de matéria já apreciada pelas Instâncias Ordinárias, mas sim a guarda da Constituição Federal. Em outras palavras, à semelhança do controle concentrado (abstrato), o controle difuso (concreto) também invoca a atuação do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário para a manutenção higidez do texto constitucional, sendo declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Seria incorreto afirmar, portanto, que o controle difuso de constitucionalidade, exercido por ocasião da análise do Recurso Extraordinário, influencie apenas e tão somente os interesses dos particulares envolvidos na causa. Aliás, o próprio requisito da repercussão geral exige que a matéria a ser examinada em sede de Recurso Extraordinário ultrapasse o mero interesse subjetivo das Partes.

Assim, merece destaque a afirmação de Fredie Didier Júnior¹¹², no sentido de que o controle difuso de constitucionalidade representa um verdadeiro “*incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC)*”.

Em outras palavras, o processamento do Recurso Extraordinário se assemelha às ações pertencentes ao controle concentrado de constitucionalidade, de modo que não seria razoável negar os efeitos vinculantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em um caso específico. Todavia, como dito anteriormente, somente serão atribuídos efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade se (i) houver a instauração de um incidente de inconstitucionalidade; (ii) a questão for amplamente debatida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; (iii) a análise da constitucionalidade seja realizada em juízo abstrato.

¹¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 273.

Em percuente estudo sobre divergência jurisprudencial e súmula vinculante, Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹³ leciona, com acerto, que *“mesmo no plano do controle incidental de constitucionalidade (sistema difuso), se os limites subjetivos da coisa julgada se prendem às partes (CPC, art. 472), não há como negar, porém, que a eficácia natural desse julgado (ou seu efeito expansivo) se projetam ao exterior, porque nessa parte se configura um contencioso objetivo de constitucionalidade, que é um incidente no qual sobrepaira o interesse maior da sociedade em saber se a lei ou ato do Poder Público foram ou não editados em conformidade com o texto constitucional”*.

Nesse mesmo sentido, vale mencionar o entendimento de João Bosco Marcial de Castro¹¹⁴ ao tratar da inconstitucionalidade declarada em sede de controle difuso:

“O exame da constitucionalidade da lei ou ato normativo se dá pela via incidental, sem perquirição a respeito da procedência ou improcedência do direito material em litígio. É possível evidenciar nessa via de controle de constitucionalidade também o aspecto abstrato e em tese da atividade jurisdicional, que servirá tão-só de motivação à sentença ou ao acórdão. Não é sem razão que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 513, pela qual esclarece que ‘a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário, não é a do Plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmara, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito’....”

Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade da Lei pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, a decisão emanada por tal órgão vincula os tribunais inferiores, sendo dispensável a resolução senatorial, haja vista que o exame da constitucionalidade da norma ocorreu objetivamente e em abstrato, tal como é realizado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 403.

¹¹⁴ CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 69

7. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

As decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade têm, em regra, efeitos retroativos [*“ex tunc”*]. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 permite que o Supremo Tribunal Federal, por razões excepcionais, restrinja os efeitos da decisão para que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado [*“ex nunc”*] ou de outro momento que venha a ser fixado pelo próprio STF [*“pro futuro”*]:

“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.” (grifos nossos)

A modulação dos efeitos da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada Lei ou ato normativo é medida excepcional. Tanto é assim que a própria Lei 9.868/99 estabelece um *quorum* qualificado e justificativas atreladas à segurança jurídica ou interesse social extraordinário¹¹⁵.

A razão de ser desse artigo de Lei é óbvia.

A promulgação de uma lei aparentemente legítima dá ensejo à criação de inúmeras relações jurídicas, nas quais o Poder Público e/ou os jurisdicionados assumem milhares de obrigações entre si, de naturezas diversas (contratos, obrigações tributárias etc.). Desse modo, a posterior declaração de inconstitucionalidade, com efeitos retroativos, afeta substancialmente todas as relações jurídicas criadas sob a égide dessa norma constitucional, o que pode causar uma verdadeira instabilidade social.

Por exemplo, uma determinada lei determina que as todas as faculdades públicas do Brasil devem disponibilizar 10% de suas vagas para a população com baixa renda. Após alguns anos de vigência, por via de ação direta, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade dessa norma hipotética, por julgá-la incompatível com o princípio da

¹¹⁵ Vale lembrar que o art. 511, inciso III, §§ 5º e 6º do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (Novo CPC) também prevê a possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão quando o Supremo Tribunal Federal declarar uma norma inconstitucional em sede de controle concentrado ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.

isonomia. Se essa decisão for proferida com efeitos retroativos, não são necessários maiores esforços para visualizar a quantidade de jurisdicionados afetados com essa decisão, quer seja pelo risco de perderem o diploma, quer seja pela possibilidade de a faculdade exigir o seu afastamento do curso ou até mesmo a cobrança de mensalidades, afinal tais pessoas somente estudaram nessas faculdades em razão de uma lei inconstitucional.

Da mesma forma, se uma lei cria determinado tributo, a posterior declaração de inconstitucionalidade dessa norma poderá causar gravíssimos prejuízos aos cofres públicos, pois o Estado deverá ressarcir todos os jurisdicionados que recolheram o tributo em tela, o que pode tomar proporções avassaladoras.

Justamente para não atentar contra a segurança jurídica e o interesse social, o legislador previu expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Vale mencionar o entendimento de Ana Paula Ávila¹¹⁶, no sentido de que “*a aplicação indiscriminada do efeito ex tunc pode gerar situações de lesão a direitos individuais, de insegurança jurídica e de contrariedade aos ditames da justiça*”.

Tal norma vem sendo aplicada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal. Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4140/GO, julgada em 29.06.2011, a Ministra Ellen Gracie reconheceu a inconstitucionalidade da Resolução nº 02/2008, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de Goiás – que, sem o devido respaldo legal, havia não só multiplicado o número de cartórios extrajudiciais em Goiás, mas também atribuído funções exorbitantes às respectivas serventias –, porém, o Plenário do Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de sua decisão em nome da “*preservação da validade jurídica de todos os atos notariais e de registro praticados pelas serventias extrajudiciais que*

¹¹⁶ ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57. Vale mencionar que nessa obra, Ana Paula Ávila também afirma ser cabível a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que respeitado o *quorum* qualificado exigido no art. 27 da Lei nº 9.868/99. A esse respeito, vale frisar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de julgamento realizada em 16.03.2011, ao analisar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 500.171/GO, determinou a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema, que, de maneira incidental, reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas. Nesse caso específico, o STF determinou que somente teriam direito ao ressarcimento os alunos que estavam pleiteando o ressarcimento na Justiça, de modo que as situações já definidas, ficariam imutáveis.

tiveram suas atribuições eventualmente modificadas durante a vigência do ato normativo ora tratado”.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade que versava sobre a guerra fiscal entre o Estado de São Paulo e o Distrito Federal¹¹⁷, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a inconstitucionalidade do benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, porém, modulou os efeitos de sua decisão “*diante do decurso do tempo, bem como pelo fato de inúmeros empreendimentos econômicos terem sido beneficiados com o incentivo fiscal contestado*”.

Apesar das fortes razões que embasam a necessidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade, vale lembrar que o conteúdo contrário aos ditames da Constituição Federal constitui vício gravíssimo, que macula irremediavelmente a essência da “lei”, de tal forma que, em nosso sentir, trata-se de ato juridicamente inexistente. Assim, uma lei inconstitucional jamais deveria ter sido promulgada e surtido efeitos, pois, para o Direito, é natimorta, como se nunca houvesse existido juridicamente.

Permitir a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada Lei significaria conceber que uma Lei inconstitucional [ato juridicamente inexistente, dada a gravidade do vício que a macula] surtiu efeitos durante um determinado período de tempo. Como consequência, estar-se-ia admitindo que a Constituição Federal teve sua validade suspensa durante esse mesmo período, o que vai de encontro com o princípio da supremacia da Constituição.

A esse respeito, valiosa é a lição de Alfredo Buzaid¹¹⁸:

“(...) se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição.

Mais do que isso, a modulação dos efeitos de uma decisão proferida em sede de controle concentrado resulta na aceitação de que uma decisão inconstitucional surtiu

¹¹⁷ STF – ADI nº 2549/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. em 01.06.2011

¹¹⁸ Op. Cit. p. 131.

efeitos em relação a um determinado grupo de jurisdicionados, e não em relação à outra parcela, o que vai de encontro com o princípio constitucional da isonomia.

Vale ressaltar, por oportuno, que há duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade buscando a invalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 [ADIs nºs 2154 e 2258], as quais aguardam julgamento definitivo perante o Supremo Tribunal Federal¹¹⁹.

Assim, a nosso ver, muito embora a segurança jurídica e o interesse social sejam valores de suma importância para o Estado Democrático de Direito, não se pode, a pretexto de que uma decisão causará grave dano ao erário ou ao interesse público, simplesmente desconsiderar o princípio da supremacia da Constituição Federal e o princípio da isonomia, igualmente importantes para a manutenção da higidez do Estado Democrático de Direito.

Se a atribuição de efeitos retroativos à decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma causará danos gravíssimos à coletividade, a nosso ver, parece-nos razoável que o prejudicado possa reivindicar o ressarcimento dos danos causados, ainda que de maneira diversa [por meio de créditos tributários, benefícios fiscais, indenização etc.]. O que não se pode admitir é que um grupo de jurisdicionados tenha que simplesmente conformar-se com a modulação dos efeitos de uma decisão que reconhece a manifesta violação a seus direitos fundamentais, em nome da segurança jurídica e do interesse social.

¹¹⁹ Conforme consulta realizada no site www.stf.jus.br, em 24.10.2011, as ações diretas em questão ainda não foram definitivamente julgadas. Vale ressaltar que, em sessão de julgamento realizada em 16.08.2007, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que declarava, no ponto, a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a Ministra Cármen Lúcia pediu vista dos autos e ainda não deliberou a respeito. Tendo em vista a aplicação recorrente do mencionado artigo de lei, pode-se cogitar que o STF certamente pugnará por sua constitucionalidade.

8. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é um conjunto hierarquizado de normas, no qual a Constituição Federal está localizada no topo da pirâmide normativa. Por contar normas que asseguram direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, limitam o poder dos governantes e legitimam a competência legislativa, todas as leis, atos administrativos e decisões judiciais devem ser compatíveis com os princípios e valores previstos no texto constitucional. Além disso, deve-se atribuir força máxima à Constituição Federal, para que ela se sobreponha às normas ordinárias, introduzidas no ordenamento jurídico sem a mesma rigidez procedimental.

Para a manutenção da higidez e supremacia da Constituição Federal, o próprio ordenamento jurídico contém “ferramentas” para evitar a existência de normas, atos administrativos e/ou pronunciamentos judiciais incompatíveis com o texto constitucional, quer seja no aspecto formal, quer seja no aspecto material. Tais instrumentos estão inseridos dentro do Controle de Constitucionalidade.

O Brasil adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), de modo que os Magistrados de 1ª Instância, Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal [por ocasião do exame do Recurso Extraordinário], podem examinar, no caso concreto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

No controle difuso de constitucionalidade, é importante ressaltar que os Magistrados não declaram a inconstitucionalidade da Lei, mas apenas reconhecem sua incompatibilidade com a Constituição Federal e deixam de aplicá-la ao caso concreto. Já no controle concentrado, o mérito da ação direta é, justamente, a compatibilidade ou não de uma determinada lei ou ato normativo com a Constituição Federal. Denomina-se Controle Concentrado porque o exame a respeito da constitucionalidade [ou inconstitucionalidade] de uma norma infraconstitucional é de competência única e exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A eiva da inconstitucionalidade constitui vício gravíssimo, que macula a essência da lei, uma vez que o seu surgimento se deu em desacordo com os princípios e normas constitucionais. Desse modo, os efeitos decorrentes da promulgação de uma norma inconstitucional jamais deveriam ter existido, sob pena de afronta à supremacia da Constituição Federal e aos direitos fundamentais nela previstos. Dada a gravidade do vício em tela, sustentamos, no presente trabalho, que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não é nula ou anulável. Trata-se, na realidade, de um ato juridicamente inexistente, isto é, um impostor que pretende fazer passar-se por um ato que queria ter sido.

As decisões fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não têm aptidão para invocar a autoridade da coisa julgada, na medida em que estão inseridas na categoria de “sentenças inexistentes”. Pode-se afirmar que a sentença fundada em lei inconstitucional acolheu pedido juridicamente impossível e, por essa razão, faltaria ao Autor da demanda – que detém mero direito de petição, e não de ação – uma das condições da ação. Ainda que não se admita o argumento acima, é possível cogitar na ausência de fundamentação legal da sentença, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica, exige que as decisões judiciais estejam fundamentadas em lei.

Como consequência, a sentença fundada em lei inconstitucional pode ser revista pelo Poder Judiciário a qualquer tempo, ainda que esgotados todos os meios ordinários de impugnação. No caso de sentenças que deixam de aplicar determinado dispositivo de lei, cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada em controle concentrado, a Parte deverá valer-se dos meios ordinários de impugnação ou da ação rescisória, sujeitando-se aos prazos previstos em Lei, na medida em que tais sentenças, embora eivadas de vício [negativa de vigência a artigo de lei constitucional], têm aptidão para invocar a autoridade da coisa julgada.

Buscou-se demonstrar ainda que a Parte poderá valer-se de instrumentos legitimamente previstos no Código de Processo Civil para obstar o cumprimento – ou a eficácia – de uma sentença fundada em lei inconstitucional, quais sejam: (i) impugnação ao cumprimento de sentença; (ii) ação rescisória; (iii) ação declaratória de inexistência.

É possível apresentar impugnação ao cumprimento de sentença, com base no artigo 475-L, inciso II, §1º do Código de Processo Civil, o qual estabelece que os títulos

fundados em lei inconstitucional ou em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal são inexigíveis. De fato, se a sentença fundada em lei inconstitucional é juridicamente inexistente, o título executivo que nele se funda também será. Se tal questão pode ser conhecida *ex officio* pelo Juiz, não há qualquer prejuízo em permitir tal alegação pela Parte, seja em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, ou em sede de exceção ou objeção de executividade.

Lembra-se que a decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade gera efeitos somente entre as partes litigantes (*inter partes*) e, em regra, não resulta na declaração da inconstitucionalidade da lei. Nesses casos, se o Senado Federal, por resolução, sustar a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, atribuindo-lhe efeitos em relação a todos (*erga omnes*) e a partir de então (*ex nunc*) ou retroativos (*ex tunc*), seria razoável a interpretação de que o Executado poderia valer-se desse argumento para lançar mão da impugnação ao cumprimento de sentença, com base no art. 475-L, inc. II, §1º do CPC, até mesmo porque os efeitos do resultado do julgamento em sede de controle difuso (*incidenter tantum*) equivaleriam àqueles da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade (*principaliter*).

Também é cabível a impugnação ao cumprimento de sentença no caso de sentença fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. A “interpretação conforme” nada mais é do que um instrumento para fazer valer a supremacia da Constituição Federal, na medida em que os Tribunais deverão seguir a interpretação dada pelo legítimo guardião da Lei Fundamental, o Supremo Tribunal Federal, que declarará automaticamente que as demais interpretações são inconstitucionais. No caso da inconstitucionalidade sem redução de texto, o Supremo Tribunal Federal declara que determinada lei é constitucional, desde que excluídas determinadas hipóteses de sua aplicação.

Assim, a impugnação ao cumprimento de sentença constitui instrumento legítimo para obstar o cumprimento de uma decisão fundada em lei inconstitucional ou em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, como incompatíveis com a Constituição Federal, nos termos do art. 475-L, inc. II, §1º do CPC.

Outro meio legítimo para obstar o cumprimento de uma sentença fundada em lei inconstitucional, como dito no presente trabalho, é a Ação Rescisória.

A sentença fundada em lei inconstitucional é juridicamente inexistente, não tendo aptidão para transitar em julgado. Não há que se falar em desconstituição da coisa julgada, afinal, é impossível desconstituir aquilo que não existe. De qualquer modo, não há prejuízo em se admitir o cabimento da ação rescisória, por violação a literal disposição de lei, nos termos do art. 485, inc. V do CPC, pois, a sentença fundada em lei inconstitucional constitui inevitavelmente violação a literal disposição de lei.

Já a sentença que deixa de aplicar determinado dispositivo de lei por julgá-lo incompatível com a Constituição Federal, cuja constitucionalidade foi posteriormente confirmada em sede de controle concentrado, é a hipótese clássica de cabimento da Ação Rescisória, com base no art. 485, inc. V do CPC, pois tal sentença tem aptidão para invocar a autoridade da coisa julgada.

Em qualquer uma das hipóteses acima elencadas, é entendimento pacificado em nossos Tribunais que a súmula 343 do STF é absolutamente inaplicável. O verbete em questão prevê que não é cabível a ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Contudo, admitir a aplicação do verbete em matéria constitucional fortaleceria as decisões proferidas pelas Instâncias Ordinárias em detrimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, estar-se-ia prestigiando uma interpretação controvertida em detrimento de uma interpretação exarada pelo guardião máximo da Constituição Federal, o que não seria razoável.

Ainda em relação à ação rescisória, vale ressaltar que, no caso de sentenças fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC também seria inaplicável. Afinal, se a Parte vencida pode utilizar a Ação Declaratória de Inexistência, *a qualquer tempo*, qual seria o sentido em aplicar a limitação temporal prevista na mencionada regra? Nenhum. Ademais, não se pode olvidar que a declaração de inconstitucionalidade pode ser muito posterior à prolação da sentença, o que criaria um óbice injusto ao jurisdicionado.

A nosso ver, a ação declaratória de inexistência afigura-se não só viável, como consiste na medida mais adequada para descon sideração da sentença fundada em lei inconstitucional, uma vez que tais julgados não transitam em julgado. A ação é o direito ao processo e ao julgamento de mérito; as condições da ação estabelecidas no Código de Processo Civil são elementos constitutivos do direito de ação. Se não estiverem satisfeitas tais condições, não existe direito de ação [mas mero direito de petição]. No caso de sentenças fundadas em lei inconstitucional, falta à Parte a possibilidade jurídica do pedido e, como consequência, a decisão de mérito nada mais é do que um ato juridicamente inexistente. Então, o Juiz não deveria apreciar o mérito da demanda, mas sim declarar a manifesta inadmissibilidade da pretensão deduzida em Juízo, por ser juridicamente impossível.

A Ação Declaratória de Inexistência é, pois, a medida mais adequada para atacar uma sentença fundada em lei inconstitucional, haja vista que tal *decisum* não tem aptidão para invocar a autoridade de coisa julgada.

No Brasil, vigora o sistema da *Civil Law*, de modo que os precedentes judiciais, em regra, não têm força vinculante, mas meramente persuasiva. Assim, a decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso de constitucionalidade, por si só, não tem o condão de declarar a inconstitucionalidade de determinada norma. Porém, vale frisar que o Recurso Extraordinário não objetiva a rediscussão de matéria já apreciada pelas Instâncias Ordinárias, mas sim a guarda da Constituição Federal. Em outras palavras, à semelhança do controle concentrado (abstrato), o controle difuso (concreto) também invoca a atuação do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário para a manutenção da higidez do texto constitucional, sendo declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

O processamento do Recurso Extraordinário se assemelha às ações pertencentes ao controle concentrado de constitucionalidade, de modo que não seria razoável negar os efeitos vinculantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em um caso específico. Todavia, como dito anteriormente, somente serão atribuídos efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade se (i) houver a instauração de um incidente de inconstitucionalidade; (ii) a questão for amplamente debatida pelo Plenário

do Supremo Tribunal Federal; (iii) a análise da constitucionalidade seja realizada em abstrato, e não com base em características do caso concreto.

Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade da Lei pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, a decisão emanada por tal órgão vincula os tribunais inferiores, sendo dispensável a resolução senatorial, haja vista que o exame da constitucionalidade da norma ocorreu objetivamente e em abstrato, tal como é realizado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

A modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada Lei ou ato normativo é medida excepcional e, a rigor, incompatível com a Constituição Federal. Apesar das fortes razões que justificam a necessidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade, permitir a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada Lei significaria conceber que uma Lei inconstitucional [ato juridicamente inexistente, dada a gravidade do vício que a macula] surtiu efeitos durante um determinado período de tempo, o que implica, inevitavelmente, na suspensão temporária da Constituição Federal para beneficiar um grupo de jurisdicionados [ou o próprio Estado] em detrimento de outros.

9. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2006, p. 220.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 47.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128 - 131.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 17. v.2

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, ... v. I,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 245.

CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das leis**: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 69

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

DELGADO, José. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DIDIER Jr., Fredie. **Direito Processual Civil**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2004. p. 243.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 273.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São paulo: Malheiros, 2009. 1094 p.

DINAMARCO, Cândido. **Relativizar a coisa julgada material**. Meio Jurídico, ano IV, nº 44, abril de 2001, p. 23.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo . **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006,

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LOPES, João Batista. **Ação Declaratória**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 403.

MARIONI, Luís Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia (Coord.), et al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à Professa Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 132. v.5

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. p. 173.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1536 p.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1823 p.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANTOS, Ernane Fidelis dos Santos (Coord.). WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). NERY JUNIOR, Nelson (Coord.) et al. **Execução civil**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1.003 p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 181

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 561 - 562.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, p. 24, jan. 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais do para seu Controle**. 38. ed: São Paulo: Editora América, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINE, Eduardo (Coord.). **Curso avançado de processo civil**: execução. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 356 – 357. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16)