

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Leonardo Vinicius de Souza Moraes

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

ESPECIALIZAÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Leonardo Vinicius de Souza Moraes

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil sob a orientação da Professora Dra. Fabiana de Souza Ramos.

SÃO PAULO

2018

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico e devo tudo a Deus, a sua infinita e imerecida misericórdia. Recebemos muito de Deus e agradecemos tão pouco... Esses últimos anos foram bastante sombrios na minha vida e por muito pouco não abandono o curso. Não fosse a sua mão firme e poderosa conduzindo seu servo esse trabalho não teria conclusão.

Agradeço também a minha família pela suporte afetivo e financeiro.

Agradeço a Professora Fabiana de Souza Ramos durante todo o curso e não apenas pela orientação gentil da Monografia. Sempre democrática e cooperativa com as dúvidas dos alunos nas aulas de seminário.

“Confie no Senhor de todo o coração e não se apoie na sua própria inteligência”
(Bíblia; Provérbios; 5-6).

“Porém eu e a minha casa serviremos ao Senhor” (Bíblia; Josué; 24, 15).

“O sucesso é ir de fracasso em fracasso sem perder o entusiasmo” (Winston Churchill).

RESUMO

A Monografia versa sobre a Coisa Julgada Inconstitucional. O objetivo é delimitar a validade e a aplicação do instituto. Concluimos pela validade jurídica da Coisa julgada inconstitucional com algumas ressalvas. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei realizado pelo Supremo Tribunal Federal é o mecanismo legislativo que viabiliza a ponderação entre o princípio da constitucionalidade e a segurança jurídica. A Ação Rescisória é o veículo processual de impugnação da Coisa julgada inconstitucional.

Palavras-chave: Coisa julgada inconstitucional, Ação Rescisória e a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The monograph deals with thing judged unconstitutional. The purpose is to delimit the validity and application of the institute of the Thing judged unconstitutional with some reservations. The modulation of the effects of the declaration unconstitutionality of the law carried out by the Federal Supreme Court is the legislative mechanism that allows the balance between the principle of constitutionality and legal security. The Termination Action is the procedural vehicle of impugnation of the Thing judged unconstitutional.

Keywords: Thing judged unconstitutional, Restrictive Action and modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality.

SÚMARIO

Introdução.....	09
Capítulo I – Delimitação do tema	10
Capítulo II – O Conceito de Coisa julgada inconstitucional e o Novo Código de Processo.....	14
2.1. Conceito de Coisa julgada inconstitucional.....	14
2.1.1. Sentença ou Acórdão judicial transitado em julgado.....	14
2.1.1. Fundamentado em norma inconstitucional.....	15
2.1.3. Declaração pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.....	20
2.2. A previsão legal da Coisa julgada inconstitucional no Novo Código de Processo Civil.....	21
Capítulo III – A Coisa julgada inconstitucional e o Controle de Constitucionalidade.....	25
3.1. Considerações iniciais.....	25
3.2. A origem do Controle de Constitucionalidade.....	26
3.3. O modelo norte-americano – Controle difuso e concreto.....	27
3.4. O modelo austríaco ou europeu – Controle concentrado e abstrato.....	31
3.5. O Controle de Constitucionalidade brasileiro.....	34
Capítulo IV – A Segurança jurídica e a Coisa julgada inconstitucional.....	40
4.1. Considerações iniciais.....	40
4.2. O conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica.....	40
4.3. O princípio da Segurança jurídica e a Coisa julgada inconstitucional.....	46
4.3.1. A posição de Luiz Guilherme Marinoni.....	47
4.3.2. A posição de Ivo Dantas e Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda.....	51
4.3.3. A posição de Gilmar Ferreira Mendes.....	53
4.3.4. A posição de José Augusto Delgado.....	56
4.3.5. A posição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria.....	57
4.3.6. A posição de Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina.....	59
4.5. Considerações finais.....	60

Capítulo V – Uma breve análise da Coisa julgada inconstitucional.....	62
5.1. Considerações iniciais.....	62
5.2. A natureza jurídica do ato inconstitucional.....	62
5.3. A inconstitucionalidade e a convalidação.....	63
5.4. A violação do princípio da segurança jurídica.....	65
5.5. A aplicação da cláusula de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	67
5.5.1. Quanto mais fundamental e menos patrimonial for o direito discutido, maior deve ser a garantia da constitucionalidade e menor a tutela da Coisa julgada.....	68
5.5.2. Quanto maior for o tempo entre o início de vigência da lei e a declaração de inconstitucionalidade, maior deve ser a preocupação com o princípio da segurança jurídica.....	69
5.5.3. Quanto maior a controvérsia na doutrina e Jurisprudência sobre o tema, menos prestigiada deve ser o princípio da segurança jurídica.....	69
5.5.4. Quanto maior a inovação da Jurisprudência com a superação do entendimento tradicional, maior tutela merece a segurança jurídica.....	69
5.6. A forma processual de alegação da Coisa julgada inconstitucional.....	70
Conclusão.....	71
Referências.....	73

INTRODUÇÃO

O trabalho de conclusão de curso trata da controvérsia jurídica envolvendo a denominada Coisa julgada inconstitucional.

A seleção do tema foi determinada por alguns fatores. O primeiro deles é a nossa predileção acerca de temas multidisciplinares. Parece-nos mais fascinante assuntos com repercussões e argumentos jurídicos de diversos ramos do conhecimento jurídico. Certamente, a Coisa julgada inconstitucional é um desses casos com reflexos no Direito Constitucional, Processual Civil e Filosofia do Direito. Segundo, trata-se de tema ainda pouco trabalhado pela doutrina especializada que exercerá impacto no mundo jurídico decorrentes da expansão do exercício da Jurisdição Constitucional.

A disposição dos Capítulos da monografia obedece a uma ordem lógica e encadeada visando a compreensão satisfatória da matéria.

O capítulo 1 trata da delimitação do tema objeto do estudo monográfico. Apresentamos as linhas gerais do problema jurídico que cerca o instituto da Coisa julgada inconstitucional.

No capítulo 2 conceituamos juridicamente a Coisa julgada inconstitucional. Separamos seus elementos formativos e esclarecemos a relevância de cada um deles.

No capítulo 3 mencionamos as linhas gerais do controle de constitucionalidade. A origem, modalidades e um panorama geral do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico nacional, considerando o direcionamento no objeto do estudo, a Coisa julgada inconstitucional.

No capítulo 4 abordamos o conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica e a menção das principais correntes doutrinárias que discutem o instituto da Coisa julgada inconstitucional.

No capítulo 5 assentamos nossa modesta posição acerca da Coisa julgada inconstitucional, considerando todo o panorama exposto nos capítulos anteriores.

Por fim, na conclusão sintetizamos os principais pontos de cada capítulo.

CAPÍTULO I – DELIMITAÇÃO DO TEMA

Coisa julgada inconstitucional. Inicialmente, o título desse modesto trabalho de conclusão de curso pode soar incompreensível ou, talvez mais nefasto ainda, como algo tão contraditório que interditaria sua escolha como objeto de estudo científico.

Explicamos: Para um processualista civil, digamos assim, mais ortodoxo, de formação romano-germânica tradicional, “a coisa julgada inconstitucional” é algo totalmente incogitável de existência. Se há coisa julgada materialmente consumada jamais poderíamos rotulá-la como inconstitucional, considerando que a Lei Fundamental tutela a segurança das relações jurídicas definitivamente julgadas¹. Logo, a coisa julgada, quando expirado o prazo da ação rescisória, é sempre constitucional, uma vez que é a expressão máxima da segurança jurídica albergada pela Carta Magna nos regimes políticos democráticos e humanistas. Entretanto, o constitucionalista, digamos assim, mais entusiasmado ou até mesmo jacobino, lapidado pelas visões e promessas libertárias do Constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, “a coisa julgada inconstitucional” também seria algo inexistente juridicamente, mas por motivos completamente diversos. A construção do raciocínio jurídico, a exemplo do juízo estritamente processual acima mencionado, é bastante coerente e preciso num julgamento instantâneo. Como é amplamente sabido vigora entre nós o princípio da supremacia normativa da Constituição e, por consequência, a nulidade² de qualquer lei, ato normativo, decisão judicial ou mesmo qualquer pronunciamento estatal colidente com os ditames prescritos da Lei Fundamental. Logo, a inconstitucionalidade de eventual decisão judicial revestida da autoridade de coisa julgada não seria digna de efetivo amparo no ordenamento jurídico. Soma-se ainda a natural eficácia *erga omnes* e *ex tunc* de alguns pronunciamentos da Jurisdição Constitucional³.

Eis o primeiro dos problemas. Qual dessas visões conflitantes sobre o tema é a correta e deve prevalecer no Direito positivo, considerando o ordenamento jurídico pátrio? Será que talvez a melhor opção seja uma posição intermediária? E em caso afirmativo, quais os termos e parâmetros dessa posição conciliatória?

Zeitgeist. Essa palavra alemã designa o chamado espírito do tempo. Em resumo, o conjunto do clima intelectual e cultural do mundo numa certa época ou as características

¹ Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada”.

² A natureza jurídica do ato inconstitucional como inexistente, nulo ou anulável será analisado no Capítulo 2.

³ A eficácia jurídica das decisões do Controle de Constitucionalidade será também analisada no Capítulo 3.

desse pensamento predominante. Certamente, o espírito do tempo no Direito contemporâneo não é o mesmo daquele reinante nos tempos de Chiovenda e Carnellutti, por exemplo, e interpretar o Direito, notadamente o Processo Civil e seus institutos, divorciado do novo *Zeitgeist* normativo advindo com o triunfo definitivo do Direito Constitucional é enxergar e retroceder o Direito antes da metade do século XX.

Por outro lado, esse novo espírito do tempo, a época da supremacia normativa da Constituição, não apenas formal, mas sobretudo material da Lei Fundamental, não deve abandonar completamente o inestimável legado das lições preciosas do Direito Processual que herdamos de pessoas brilhantes.

Não nos parece sábio reformas sem conservação alguma. A verdadeira sabedoria consiste em reformar os defeitos do Direito antes da normatividade plena da Constituições, que a história, sobretudo da primeira metade do século XX, nos encarregou de alertar, mas com a preservação das qualidades previamente existentes. Visões unilaterais, xiitas, além de pobres jurídica e filosoficamente, desconsideram a riqueza dos fatos da vida que escapam a previsibilidade dos juristas e legisladores mais previdentes.

Eis o segundo dos problemas. Conforme será exposto no decorrer do trabalho, a doutrina, regra geral, não apresenta maiores tonalidades ou matizes no debate do tema. Não há muitas nuances ou colorações variadas, considerando o ramo do Direito e a natureza do direito subjetivo objeto do litígio.

Despreza-se a diversidade do Direito, trata-se a questão com a mesma uniformidade o tema no Direito Tributário e Contratual, no Direito Administrativo e Comercial, no Direito Ambiental e de Família. Além disso, a natureza diversa do direito subjetivo também parece não gozar de maior distinção de tratamento. Direitos da personalidade recebem o mesmo enfoque de direitos estritamente pecuniários quando a norma fundamentadora da sentença/acórdão é declarado inconstitucional.

Imagine-se duas situações hipotéticas.

Na primeira delas, a Administração Pública baseada em cláusula inconstitucional do edital de concurso público, por exemplo alguma cláusula discriminatória aos direitos fundamentais (a costumeira vedação de tatuagens aos candidatos e hoje reputada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴), indeferiu a classificação do candidato como aprovado. O candidato ingressou em juízo questionando a juridicidade do ato administrativo e perdeu a ação, o Judiciário na época teria reputada como constitucional a

⁴ RE 898450, Rel. Min. Luiz Fux.

restrição. O feito transitou em julgado e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da medida em sede de recurso extraordinário com repercussão geral. Seria cabível uma ação indenizatória ou até mesmo uma ação com pedido de consumação da nomeação no serviço público anteriormente negada de maneira inconstitucional? E a coisa julgada anteriormente? Seria cabível apenas a utilização da Ação Rescisória? E caso expirado o prazo?

Agora, imagine-se um inventário. Pela redação do art. 1.790 do Código Civil, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵, o (a) companheiro (a) participaria da sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Imagine-se que o inventário e a partilha foi consumada anteriormente a decisão do Supremo Tribunal Federal. Além disso, essa questão foi enfrentada pelo Judiciário e reputada como válida. Foi expirado o prazo de ajuizamento da Ação Rescisória. Seria cabível a rediscussão no Judiciário?

Nesses dois exemplos, passíveis de incidência concreta, não temos apenas uma questão patrimonial em litígio. Os processos tratam também de direitos fundamentais (direito à não-discriminação, direito à herança). E como tolerar a violação inconsequente de um direito fundamental? Poderíamos enumerar outros diversos exemplos afetos ao Direito Tributário, Comercial, Consumidor, Ambiental, Previdenciário etc.

Portanto, parece-nos que a natureza do direito subjetivo envolvido, assim como as especificidades dos diversos ramos do Direito, com seus pilares e fundamentações distintas, merecem consideração na apreciação da matéria.

Além disso, o outro ponto sensível é tocado pelo tema. A segurança jurídica. Até que ponto a segurança jurídica suporta seu sacrifício ou flexibilização, ainda que amparado por juízos declaratórios de inconstitucionalidade de normas jurídicas.

Isto posto, resta agora, definir juridicamente o fenômeno jurídico da Coisa julgada inconstitucional e diferenciá-lo da denominada Relativização da Coisa Julgada.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Enquanto na primeira se pretende afastar a coisa julgada de sentença de mérito transitadas em julgado que tenham como fundamento norma declarada inconstitucional (**Coisa julgada inconstitucional**), na segunda o pretendido afastamento da imutabilidade própria da coisa julgada se aplicará às sentenças que produzam extrema injustiça, em afronta clara e inaceitável a

⁵ RE n. 878.694, Rel. Min. Roberto Barroso.

valores constitucionais essenciais ao Estado democrático de direito (**Relativização da Coisa julgada**)”⁶ (destaque nosso).

Em síntese, a Coisa julgada inconstitucional é a sentença ou acórdão transitado em julgado fundamentado em norma jurídica declarada inconstitucional pela Corte de Cúpula do Poder Judiciário⁷ em controle de constitucionalidade.

A Relativização da Coisa julgada não é objeto do trabalho, de modo que não será analisada pormenorizadamente, razão pela qual a diferenciação acima transcrita de Daniel Amorim Assumpção Neves é suficiente para diferenciá-la da Coisa julgada inconstitucional.

Passemos no capítulo posterior a destrinchar os elementos do conceito de Coisa julgada inconstitucional.

⁶ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 897.

⁷ Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição Federal e os Tribunais de Justiça Estaduais como Guardiões da Constituições Estaduais.

CAPÍTULO II – O CONCEITO DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No capítulo anterior mencionamos o problema jurídico decorrente desse litígio entre a consagração normativa da Coisa Julgada e a superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica fundamentadora da decisão judicial.

No capítulo anterior também encerramos com o conceito de Coisa Julgada inconstitucional. Nesse capítulo trataremos de destrinchar o conceito de Coisa Julgada inconstitucional e mencionar a previsão normativa dispensada ao tema no Novo Código de Processo Civil.

É imperioso delimitar com rigor o conceito de Coisa Julgada inconstitucional, assim como a menção ao tratamento normativo conferido ao instituto, de modo a aplicá-lo apenas quando presentes todos os seus requisitos jurídicos de formação.

2.1. Conceito de Coisa Julgada Inconstitucional.

Coisa julgada inconstitucional é a sentença ou acórdão transitado em julgado fundamentado em norma jurídica declarada inconstitucional pela Corte de Cúpula do Poder Judiciário⁸ em controle de constitucionalidade.

2.1.1. Sentença ou Acórdão judicial transitado em julgado⁹.

Preliminarmente, o fenômeno é estranho aos atos jurídicos emanados por particulares, pessoas jurídicas ou entes despersonalizados de natureza jurídica privada. A vinculação dos particulares a Constituição é tema de intensa polêmica na doutrina, notadamente quando a matéria envolve a aplicação dos direitos fundamentais. A despeito da relevância do tema, altamente complexo pela diversidade de posições na doutrina pátria e alienígena, é despicienda maiores considerações por um motivo singelo¹⁰. As decisões

⁸ Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição Federal e os Tribunais de Justiça Estaduais como Guardiões da Constituições Estaduais.

⁹ “Trânsito em julgado é expressão que designa a Coisa Julgada, isto é, o trânsito em julgado material expressa a Coisa Julgada material e o trânsito em julgado formal, a coisa julgada formal” De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, p. 1426. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁰ Para estudo do tema: Sarmento, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Silva, Virgílio Afonso da, **A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas**

judiciais são decorrentes do exercício da Jurisdição estatal e particulares, enquanto atuantes como tal, não exercem qualquer atividade jurisdicional¹¹. A relação jurídica é sempre vertical, nunca horizontal, e regida pelo Direito Público.

Exige-se Coisa julgada formal e material¹². A sentença¹³ ou acórdão¹⁴ deve enfrentar e resolver definitivamente o mérito da questão jurídica objeto do processo. Contudo, isso não implica que questões processuais não sejam passíveis de questionamento como Coisa julgada inconstitucional. Basta imaginar a seguinte situação: O Juiz ou Tribunal julgou o processo amparado numa norma infraconstitucional ou interpretação jurídica de natureza processual reputada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo ao considerá-lo violador do princípio do devido processual legal formal.

2.1.2. Fundamentado em norma inconstitucional.

De início, é necessário diferenciar norma, texto normativo e interpretação. Confusão terminológica bastante comum.

relações entre Particulares. São Paulo, Malheiros: 2005. Steinmetz, Wilson. **A Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004. Sarlet, Ingo; Neuner, Jorg; Monteiro, António Pinto; **Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado.** Coimbra: Almedina, 2007. Durig, Gunter; Hans Carl Nipperdey; Schwabe, Jorgen. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. Sombra, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.** São Paulo: Atlas, 2011. Sarlet, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Valle, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.** Porto Alegre, 2004.

¹¹ A Arbitragem, a despeito da polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da sua natureza jurisdicional ou equivalente jurisdicional, independe, para os fins desse trabalho, considerando que a decisão arbitral é considerado título executivo pelo Código de Processo Civil (art. 515, VII).

¹² Maiores detalhes sobre a Coisa julgada e sua tutela no ordenamento jurídico pátrio serão tratados no capítulo 3.

¹³ Art. 203, parágrafo primeiro, NCPC: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o Juiz, com fundamento nos arts. 485 (o Juiz não resolverá o mérito) e 487 (Haverá resolução de mérito pelo Juiz), põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Parênteses nosso.

¹⁴ “Na tecnologia da linguagem jurídica, acórdão, presente do plural do verbo acordar, substantivo, quer dizer a resolução ou decisão tomada coletivamente pelos tribunais.

A denominação vem do fato de serem todas as sentenças, ou decisões proferidas pelos Tribunais, na sua conclusão definitiva e final, precedidas do verbo acordam, que bem representa a vontade superior do poder, ditando o seu veredicto.

Para que, como sentença, possa o acórdão surtir efeitos legais, é necessária a sua publicação, segundo determina a lei processual.

O conjunto de acórdãos dos Tribunais forma a sua Jurisprudência, que se diz mansa e pacífica quando se verifica repetida e uniforme para os mesmos casos e iguais relações jurídicas, submetidas a seu veredicto” De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**, p. 56. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

A interpretação do Direito é habitualmente apresentada como atividade de simples compreensão do significado das normas jurídicas. Daí a assertiva de que somente seria necessária a interpretação das normas quando o sentido delas não fosse nítido¹⁵.

A interpretação e a aplicação do Direito são uma única operação intelectual. O intérprete analisa conjunta e concomitantemente os textos normativos e os fatos pertinentes na construção jurídica da resolução do caso. A interpretação do Direito é constitutiva ou criativa, não meramente declaratória¹⁶. Noutras palavras, não se limita a uma mera compreensão simplificada dos textos e dos fatos, supera isso¹⁷.

Nessa esteira, merece transcrição a lição sintetizada por Eros Roberto Grau:

“O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas.

O conjunto de textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais [Zagrebelsky].

O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete”¹⁸.

Portanto, a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso específico. Essa aplicação se dará através da conclusão de uma decisão judicial, uma norma de decisão. Aí nasce a importante distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é formulada a partir daquelas¹⁹. A norma de decisão está contida na parte dispositiva da sentença/acórdão, a norma individual que resolve a lide. A norma jurídica é o lastro

¹⁵ Grau, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 25. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁶ Grau, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 25. São Paulo: Malheiros, 2006. Nesse sentido também: Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 30-35. São Paulo: 2011.

¹⁷ Grau, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 26. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁸ Grau, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 27. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁹ Grau, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 28. São Paulo: Malheiros, 2006.

normativo da fundamentação da sentença/acórdão, a norma jurídica que embasou a norma de decisão.

O exemplo utilizado por Eros Roberto Grau simboliza com facilidade as lições acima enunciadas.

Suponha-se a entrega a 3 (três) escultores de 3 (três) blocos de mármore iguais entre si, encomendando-se aos artistas 3 (três) Vênus de Milo.

No término do trabalho, por óbvio, teremos 3 (três) Vênus de Milo, perfeitamente qualificáveis, contudo diferentes entre si: uma a curva do ombro é nitidamente mais realçada; noutra as maçãs da face despontam; na terceira os seios são túrgidos e os mamilos enrijecidos. No entanto, ainda todos são inequivocamente 3 (três) Vênus de Milo com leituras e construções diversas, nenhuma obra é a Vitória de Samotrácia.

“Vê-se, assim, que diferentes intérpretes – qual diferentes escultores “produzem” distintas Vênus de Milo – “produzem, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas. Parafraseando Kelsen, afirmo que dizer que uma dessas Vênus de Milo é fundada na obra grega não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a obra grega representa – não significa que podem ser produzidas dentro da moldura da obra grega”²⁰.

A inconstitucionalidade é o juízo normativo afirmativo da relação de contrariedade entre uma norma da Constituição formal (ou norma jurídica de *status* hierárquico equivalente desta) com uma norma jurídica infraconstitucional promulgada posteriormente a vigência da Constituição²¹.

Para Jorge Miranda:

“Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base.

Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir por dedução imediata. De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.

²⁰ Grau, Eros Roberto Grau. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 29. São Paulo, Malheiros, 2004.

²¹ A revogação ou inconstitucionalidade dos atos normativos pré-constitucionais será abordado no ponto do Controle concentrado de constitucionalidade.

Não se trata de relação de carácter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de carácter normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica”²².

Em essência, é essa relação de índole normativa que materializa a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade da Lei Fundamental e a invalidade de todo e qualquer ato normativo contrário aos seus ditames²³.

Rui Barbosa assentou que a sanção à violação da Carta Política integra o próprio conceito de inconstitucionalidade. Fulcrado no magistério de Dicey ressaltou que a expressão inconstitucional teria ao menos 3 (três) acepções diferentes, conforme a natureza histórico-cultural.

Merece transcrição a lição:

“Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante vários sistemas de constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista inglês:

A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir:

I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.

II – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.

III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprobção. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, *ultra vires*, isto é, nulo”²⁴.

²² Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo VI**, p. 09 e 10. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

²³ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1.111. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁴ Barbosa, Rui. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, in **Trabalhos jurídicos**, p. 46. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. *Apud.*, Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, p. 1112. São Paulo: Saraiva, 2017. A lição permanece, linhas gerais, ainda atual. Porém, o Direito Constitucional francês recentemente aprovou uma modalidade excepcional de controle de

No direito pátrio, a inconstitucionalidade é revestida dessa última acepção mencionada por Rui Barbosa.

O ato estatal contrário a Lei Fundamental é nulo. A nossa tradição jurídica enfatiza a nulidade do ato inconstitucional, o vício é de nulidade, não de inexistência ou anulabilidade²⁵. É importante sublinhar essa característica, uma vez que ela influencia toda a dinâmica argumentativa da Coisa julgada inconstitucional. A inconstitucionalidade é vício de nulidade, de modo que num juízo sumário a Coisa julgada inconstitucional aparentemente seria revestida de nulidade.

Ademais, por força do art. 5º, parágrafo terceiro, da Constituição Federal²⁶, é cabível a existência de normas jurídicas com *status* constitucional fora da Constituição formal²⁷. Tratam-se das convenções internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade ao rito constitucional de aprovação das emendas constitucionais. O Tratado das pessoas portadores de necessidades especiais foi aprovado na conformidade do art. 5º, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, razão pela qual possui *status* constitucional, muito embora não faça parte do corpo formal da Carta Política.

2.1.3. Declaração pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

constitucionalidade repressivo quando envolver direitos fundamentais. Já o direito britânico admite hoje o controle tendo como parâmetro a Convenção Europeia de Direito Humanos pela Corte de Estrasburgo, ainda que tal decisão propriamente não reforme, invalide ou casse o ato normativo impugnado ou a decisão judicial questionada num processo subjetivo.

²⁵ Sobre os 3 (três) planos (existência, validade e eficácia), leciona Pontes de Miranda que: “existir, valer e ser eficaz são conceitos, tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade ou eficácia do que não é” Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado. Tomo III**, p. 15. São Paulo: RT, 1974. *Apud.*, Flávio Tartuce, **Manual de Direito Civil**, p. 228. Rio de Janeiro: Método, 2016.

²⁶ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²⁷ “A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas”. Branco, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, p. 57. São Paulo: Saraiva, 2017.

Esse tema será detalhado no Capítulo 3. A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF tendo como parâmetro de controle a Constituição Federal legítima e caracteriza o fenômeno da Coisa julgada inconstitucional, considerando que a Suprema Corte tem a precípua missão de tutela da Lei Maior e com eficácia *erga omnes* e vinculante²⁸.

Não se exclui, entretanto, a possibilidade excepcional da caracterização da Coisa Julgada inconstitucional quando o controle de constitucionalidade é realizado pelo Tribunal de Justiça tendo como parâmetro de controle a Constituição do Estado-Membro - e as normas objetos de controle não sejam de reprodução jurídica obrigatória da Constituição Federal -, para as leis e atos normativos estaduais e municipais.

Uma última observação merece ser enfatizada antes do encerramento do tópico. A Coisa julgada inconstitucional não envolve processos criminais.

Todo o debate está restrito aos processos não-criminais. A matéria é pacificada no âmbito criminal. Primeiro, a coisa julgada nos processos criminais recebe tratamento diverso dependendo do desfecho do processo. A decisão condenatória ou absolutória imprópria²⁹ transitada em julgado é rescindível pela Revisão Criminal³⁰, uma ação desconstitutiva do título condenatório, que recebe tratamento bastante diverso da Ação Rescisória³¹. Já decisão absolutória transitada em julgado é incabível qualquer remédio jurídico para desconstituir a coisa julgada favorável ao réu.

2.2. A previsão legal da Coisa Julgada inconstitucional no Novo Código de Processo Civil.

²⁸ Art. 102, *caput*, Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: Parágrafo Segundo: 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.

²⁹ É a decisão judicial que absolve o réu da aplicação da pena pela imputabilidade, contudo, impõe o cumprimento de medida de segurança.

³⁰ Para Renato Brasileiro de Lima: “No ordenamento pátrio, a revisão criminal pode ser compreendida como ação de impugnação, da competência originária dos Tribunais (ou das Turmas Recursais, no âmbito dos Juizados), a ser ajuizada após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria (leia-se, exclusivamente em favor do acusado), visando à desconstituição da coisa julgada, sempre que a decisão impugnada estiver contaminada por erro judiciário. Seus pressupostos fundamentais são: 1) A existência de sentença condenatória ou absolutória imprópria com trânsito em julgado; 2) A demonstração do erro judiciário (CPP, art. 621, I, II e III). **Manual de Processo Penal**, p. 1806. Salvador: Juspodvim: 2017.

³¹ Na Revisão Criminal inexistente qualquer prazo decadencial e só pode ser utilizada em favor do acusado. Inadmissível a revisão criminal *pro societate*. Lima, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, p. 1808. Salvador: Juspodvim: 2017.

O Novo Código de Processo Civil não foi indiferente ao tema da Coisa Julgada inconstitucional. O assunto é expressamente regulamentado no Novo Código de Processo Civil em dois artigos na fase executiva do processo civil.

No cumprimento da sentença a coisa julgada inconstitucional é tratada no art. 525, parágrafos 12º, 13º, 14º e 15º, artigo inserido no capítulo III (Do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa) e art. 535, parágrafos 5º, 6º, 7º, 8º (Capítulo V - Do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, ambos do Título II (Do cumprimento da sentença).

Devido a relevância do tema, que constitui o objeto de estudo do trabalho, julgamos adequado transcrevê-lo no corpo do texto e não via notas de rodapé.

Título II – Do cumprimento da sentença

Capítulo III – Do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

Parágrafo 1º. Na impugnação, o executado poderá alegar:

III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...).

Parágrafo 12º. Para efeito do disposto no inciso III do parágrafo 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Parágrafo 13º. No caso do parágrafo 12º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à insegurança jurídica.

Parágrafo 14º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no parágrafo 12º deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

Parágrafo 15º. Se a decisão referida no parágrafo 12º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Capítulo V – Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

III – inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação.

(...).

Parágrafo 5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Parágrafo 6º. No caso do parágrafo 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

Parágrafo 7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no parágrafo 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Parágrafo 8º. Se a decisão referida no parágrafo 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (grifos nosso).

Diante da redação legal dos artigos transcritos alguns pontos merecem comentários nesse final de capítulo, inclusive na antecipação e o esclarecimento dos assuntos tratados nos capítulos seguintes.

O primeiro deles e, certamente, um dos mais impactantes aos processualistas, é a previsão de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado torna o título judicial executivo inexecutível e/ou inexigível a obrigação.

A previsão legal equiparou, para os fins da Coisa Julgada inconstitucional, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do Controle de Constitucionalidade em qualquer via. Noutras palavras, a mera declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade de Controle de Constitucionalidade, importa o efeito de inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. A modalidade do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, é

irrelevante; suficiente é o juízo declaratório de inconstitucionalidade exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal disposição legal rompe com a visão tradicional da doutrina e jurisprudência pátria de distinção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade conforme o controle seja difuso ou concentrado. Conforme será analisado no Capítulo seguinte, o controle pela via concentrada e abstrata³² é dotado de efeito *erga omnes* e *ex tunc*, enquanto o controle difuso e concreto possuiria apenas efeito *inter partes* e *ex nunc*, segundo a posição tradicional já bastante questionada. A dúvida é até que ponto o legislador ordinário poderia impor essa equiparação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na regulamentação normativa da Coisa Julgada inconstitucional.

O segundo ponto que merece realce especial é a previsão que regulamenta os efeitos da declaração de inconstitucionalidade conforme o momento do juízo de inconstitucionalidade. Caberá ação rescisória quando exarada após o trânsito em julgado e o prazo terá início somente após a decisão da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, cria-se uma espécie de Coisa Julgada sujeita a condição resolutiva. A coisa julgada é válida apenas enquanto não houver pronunciamento de inconstitucionalidade da Corte Constitucional contra a norma jurídica que fundamentou a sentença/acórdão reputado como inconstitucional, o que implica, na verdade, na inexistência de Coisa Julgada nesses casos.

Decorrente dessa situação, o terceiro ponto que merece análise é o respeito ao princípio da segurança jurídica. Ambos artigos mencionados ressalvam a hipótese de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a Coisa Julgada, de modo que é possível que a Suprema Corte mantenha a intangibilidade dos processos findos em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A regra é, pelo menos conforme a redação legal, a não proteção da Coisa Julgada inconstitucional, salvo modulação de efeitos. Segundo, a invalidade não é automática e nem imprescritível. Sujeita-se ao manejo tempestivo da Ação Rescisória. Contudo, ultrapassado o prazo da Ação Rescisória o vício da inconstitucionalidade seria convalidado e a Coisa Julgada preservada, salvo a excepcional situação da modulação de efeitos.

Essas conclusões são extraídas da leitura do texto legal. Insta agora interpretá-los, conforme assentamos linhas acima, alinhados com a Constituição Federal e os fatos, de modo

³² Controle de Constitucionalidade concentrado e abstrato não são expressões sinônimas, ao contrário do que muitos pensam. O assunto será melhor detalhado no Capítulo III.

que a obtenção da norma jurídica válida do ordenamento jurídico, pressuposto necessário da norma jurídica de decisão.

No encerramento desse capítulo devemos acentuar a necessidade de fixação e esclarecimentos acerca do modelo brasileiro de Controle de Constitucionalidade para melhor compreensão do tema. É o que pretendemos realizar no capítulo 3.

CAPÍTULO III – A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3. 1. Considerações iniciais.

No capítulo III trataremos do controle de constitucionalidade. Abordaremos, sucintamente, a origem, o conceito e o desenho normativo de tal instituto, considerando precipuamente o ordenamento jurídico brasileiro.

O satisfatório domínio desse tema é essencial ao estudo da Coisa Julgada inconstitucional. Primeiro, o descarte da Coisa Julgada inconstitucional, para aqueles eminentes juristas que admitem o fenômeno, pressupõe uma declaração de inconstitucionalidade. Segundo, não é qualquer declaração de inconstitucionalidade suficiente à formação da Coisa Julgada inconstitucional. Imprescindível o respeito as normas constitucionais e processuais que disciplinam o exercício da Jurisdição Constitucional, especialmente aquelas disciplinadoras da competência e legitimidade.

A amplitude e a riqueza dos temas comportam múltiplas análises jurídicas, sociológicas, políticas e econômicas, razão pela qual muito será propositadamente esquecido. Primeiro, não se trata de uma monografia sobre Controle de Constitucionalidade. Segundo, a matéria é praticamente inesgotável. Repousam até hoje inúmeras teorias acerca da fundamentação, limites e até mesmo da legitimidade do controle de constitucionalidade e, por consequência, da inconstitucionalidade³³.

O debate interpretativo norte-americano, por exemplo, antes mais restrito ao conflito entre visões políticas conservadoras e progressistas, avançou significativamente nas últimas décadas. Teorias sofisticadas fundamentadas em diferentes visões sobre o papel dos juízes e os limites da atividade interpretativa jurisdicional, de modo que as concepções

³³ A discussão é o tema central do estudo de Direito Constitucional, sobretudo nos Estados Unidos da América, berço do controle de constitucionalidade. Remonta a histórica divisão política do País entre os Conservadores (representados majoritariamente hoje no Partido Republicano) e os Progressistas (alojados hoje em sua maioria no Partido Democrata). Acerca das raízes dessa divisão política dos EUA recomendamos aos interessados a leitura da obra: **O grande debate: Edmund Burke e Thomas Paine, o nascimento da esquerda e da direita**, Yuval Levin, Rio de Janeiro, Record: 2007. Nesse linha também recomendamos, porém com uma visão mais abrangente das origens das visões políticas contemporâneas. Sowell, Thomas. **Conflito de visões – Origens Ideológicas das Lutas Políticas**, São Paulo: É Realizações, 2016.

teóricas têm como foco central o tipo de postura a ser abraçada pelo magistrado na Jurisdição constitucional³⁴.

No entanto, focaremos apenas nos pontos diretamente relacionados a plena compreensão do nosso tema, a Coisa julgada inconstitucional: a origem, o conceito, o procedimento e, sobretudo, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

3. 2. A origem do Controle de Constitucionalidade.

A motivação histórica que ensejou o nascimento do Controle de Constitucionalidade é muito distante da visão positiva que reivindica o discurso jurídico atual. É habitual visualizarmos manifestações jurídicas dignificantes da Jurisdição Constitucional, notadamente do seu propalado caráter contramajoritário e protetivo de minorias.

Essa natureza contramajoritária e protetiva dos vulneráveis contra uma eventual maioria democrática tirânica é correta, sem dúvidas; entretanto, essa dimensão justificadora do Controle de Constitucionalidade é bastante recente. O Nazismo deixou esse legado de alerta contra os abusos da representação parlamentar.

O Controle de Constitucionalidade, tal qual interessa ao estudo da Coisa Julgada inconstitucional, via Poder Judiciário e repressivo nasceu nos Estados Unidos da América menos pela formulação dos “Pais fundadores”³⁵ e mais pela engenhosa saída política-jurídica construída pelo Juiz John Marshall no célebre *Marbury v. Madison*³⁶. Portanto, ressalta-se que

³⁴ Novelino, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 146. Salvador, Juspodvim: 2016. O autor nas páginas seguintes sintetiza as principais correntes do assunto, assim como seus principais defensores (Originalismo, Não Originalismo, Procedimentalismo, Minimalismo, Maximalismo, Pragmatismo jurídico, Leitura Moral da Constituição), de maneira que aos interessados no tema recomendamos a leitura da obra contato inicial com o tema e levantamento de bibliografia para aprofundamento posterior.

³⁵ A expressão Pais Fundadores é utilizada até hoje no debate político-jurídico norte-americano para designar o grupo de homens que lideraram o País na Independência contra o Reino Unido até o início da República, o que inclui, obviamente, a elaboração da Constituição. Seus nomes são célebres e suas ideias influenciam até hoje a sociedade norte-americana. Incluem-se, exemplificativamente, nessa lista nomes como George Washington, Thomas Jefferson e John Adams.

³⁶ Paulo Gustavo Gonet e Gilmar Ferreira Mendes resumem o cenário político-jurídico do emblemático *Marbury v. Madison*: “O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos EUA resulta de uma construção pretoriana, armada num tempo de extrema tensão política, no contexto de disputa de poder, logo no início da vida republicana, entre os partidos Federalistas, que dominava o Congresso Nacional e o Executivo até as eleições de 1800, e o Republicano (ou Antifederalista) – aquele, não se abstendo de ser valer de meios radicais para manter a posição hegemônica.

Em 1800, os federalistas, desgastados e acoados por problemas conjunturais, perderam as eleições para o Congresso e para a Presidência da República. Foi eleito para o Executivo o Republicano Thomas Jefferson.

Não obstante federalista, o Presidente Adams deveria continuar no cargo até março de 1801. Nesse intervalo, os federalistas entenderam de continuar a protagonizar a vida pública, instalando-se no Poder Judiciário. Aprovaram, então, uma Lei do Judiciário, que criava dezesseis Tribunais federais em vários pontos do território americano. Cuidaram de preencher as vagas com partidários federalistas. (...)

Marbury v. Madison, o precedente que encetou o controle de constitucionalidade judicial, a rigor, tratou de competência judicial.

O fruto de Marbury v. Madison é o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. O modelo norte-americano é assentado no controle difuso e concreto de constitucionalidade.

3.3. O modelo norte-americano – Controle difuso e concreto.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade atribui competência a qualquer Juiz o exercício da Jurisdição Constitucional. Noutras palavras, o julgamento da matéria constitucional não é privativa de alguma Corte de Cúpula do Poder Judiciário. A qualquer Magistrado, portanto, é lícito o conhecimento e julgamento de temas constitucionais, salvo, obviamente, aquelas matérias de competência originária dos Tribunais.

Nos três meses que antecederam a posse de Jefferson, em 1801, vagou o cargo de Presidente da Suprema Corte. Adams não viu ninguém melhor para ocupá-lo do que o seu próprio Secretário de Estado, John Marshall. A pedido de Adams, porém, Marshall desempenhou as funções de Secretário de Estado até a antevéspera da posse de Thomas Jefferson. Cabia a Marshall apor selo nos diplomas de nomeação e encaminhá-los aos nomeados para os novos cargos do Judiciário, procedimentos necessários para as posses respectivas.

A nomeação tanto dos Juizes dos Tribunais federais como dos Juizes de paz teve de ser feita às pressas, já que o termo final do mandato de Adams se aproximava. Alguns desses Juizes foram nomeados na noite anterior à posse dos republicanos, daí a alcunha de “Juizes da meia noite”, com que, às vezes, são referidos.

Um dos que deveriam ser empossados chamava-se William Marbury. Ele foi indicado a Juiz de Paz pelo Presidente da República, confirmado pelo Congresso, no seu último dia ainda federalista. O selo foi apostado pelo Secretário John Marshall, mas o diploma deveria, depois disso, ser enviado ao nomeado, o que terminou por ser esquecido, no tumulto do último dia do governo Adams.

Os republicanos chegaram ao poder particularmente irritados com as manobras federalistas no Judiciário, o que torna fácil compreender por que, quando Marbury cobrou o envio do ato já assinado e aprovado pelo Congresso Nacional, o Novo Secretário de Estado, James Madison, instruído por Jefferson, o recusasse peremptoriamente.

Marbury, então, resolveu processar o novo Secretário de Estado, valendo-se de uma ação criada por uma lei de 1789, que adicionara um *writ of mandamus* à lista das ações cometidas à competência originária da Suprema Corte. Com isso, pretendia obter uma ordem para que Madison lhe enviasse o diploma indispensável para a sua posse. (...)

O clima de beligerância era inequívoco. E é nesse quadro – em que as instituições democráticas corriam sensíveis riscos e em que pressões crescentes ameaçavam aluir a força e a independência do Judiciário – que a Suprema Corte, em 1803, afirma o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional e a superioridade da sua interpretação da Constituição, deitando as bases do judicial *review*. Essa proclamação de força do Judiciário somente não provocou reações incendiárias por conta da habilidade com que foi concatenada.

Ao redigir a decisão da Suprema Corte para o caso Marbury v. Madison, Marshall afirmou que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a este a ordem impetrada. Isso porque o *writ* de que Marbury se valera havia sido incluído na lista dos temas da competência originária da Suprema Corte estava fixada pela Constituição, não podendo ser alargado por diploma infraconstitucional. A lei que o pretendesse fazer entraria em atrito com o Texto Magno. Aqui, então, desenvolveu a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la.

O caso era perfeito para que Marshall sustentasse essas teses, incluindo nos livros jurídicos precedente decisivo para o fortalecimento do Judiciário e para o constitucionalismo futuro. Com a solução encontrada, o Executivo republicano não foi compelido a entregar o diploma a Marbury e não teve por que se rebelar. Afirmou-se, não obstante, e sem provocar retaliação, a autoridade do Poder Judiciário, superior à do Legislativo e à do Executivo, em tema de interpretação e aplicação da Constituição”. Branco, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**, p. 50-52, São Paulo: Saraiva, 2017.

Já o caráter concreto desse sistema norte-americano significa que a apreciação da matéria constitucional é restrita e vinculada ao julgamento de processo subjetivo, jamais o direito objetivo, em tese ou questões *in abstracto*. O juízo de constitucionalidade é causa de pedir do exercício do direito de ação e não o pedido. Noutros termos, o pedido não versa sobre a declaração de (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos, mas apenas que o exame da (in)compatibilidade destes com a Lei Fundamental é pressuposto necessário, verdadeira questão prejudicial, ao julgamento do pedido da ação proposta.

Exemplificamos: Imagine-se que o contribuinte impetre mandado de segurança contra o lançamento de um tributo pela Administração Tributária por reputá-lo como inconstitucional. O pedido imediato, utilizando-se de uma linguagem estritamente processual, é pela nulidade do ato administrativo de lançamento e, por consequência, a impossibilidade de manutenção da exação tributária. Contudo, a causa de pedir, a in(constitucionalidade) da cobrança do tributo, será apreciada incidentalmente pelo Juiz competente ao julgamento do feito.

Os efeitos das decisões da Suprema Corte americana são duplos, analisados tanto em relação às partes do processo, assim como em relação aos demais processos análogos amparados na doutrina do *stare decisis*³⁷.

Tratando-se de competência originária, em que a Corte julga em única instância, logicamente seu julgamento é final e obrigatório para as partes envolvidas em determinado processo³⁸.

Nas hipóteses de competências recursais, existirão diferentes possibilidades, pois a Suprema Corte poderá dar ou não provimento ao recurso. Negado provimento ao recurso, a decisão da Corte inferior, impugnada perante a Corte Suprema, transforma-se em definitiva, obrigatória as partes³⁹.

Entretanto, se o Tribunal der provimento ao recurso poderá ainda reformá-lo, total ou parcialmente, ou, ainda, anulá-lo. Se a Suprema Corte decidir pela reforma do julgamento terá dado a última palavra sobre o assunto, considerando que decidiu o processo em última instância, e essa decisão será cogente as partes, competindo aos Tribunais inferiores meramente executá-las. Por outro lado, anulada a decisão o caso será novamente remetido ao

³⁷ Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 109. São Paulo, Atlas: 2003.

³⁸ Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 110. São Paulo, Atlas: 2003.

³⁹ Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 110. São Paulo, Atlas: 2003.

Tribunal inferior para novo julgamento, considerando o parâmetro definido pela Suprema Corte. Observe-se que, caso haja o descumprimento deliberado das decisões da Suprema Corte pelos Tribunais inferiores, o processo deverá ser avocado e determinará que outro Tribunal execute sua decisão, sem prejuízo da responsabilização dos autores por desacato⁴⁰.

Os efeitos externos das decisões da Suprema Corte são frutos da doutrina do *stare decisis*. O império dos precedentes.

Esclarece George Abboud que:

“Destarte, o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas Cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Antes disso, essa doutrina não se consolidou, conforme anota Thomas Lundmark, em razão da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais.

Dessa maneira, torna-se evidente a complexidade da formação e da estruturação da doutrina dos precedentes no sistema do *common law*, porquanto sua consolidação é fruto da evolução histórica, política e filosófica de determinada comunidade, ou seja, sua criação não é fruto de imposição legislativa. Tanto assim é que não existe nenhuma regra escrita no *common law* determinando a obrigatoriedade de se seguir os precedentes, tampouco atribuindo efeito vinculante a eles de maneira explícita⁴¹”.

⁴⁰ Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 110. São Paulo, Atlas: 2003. “Lawrence Baum aponta que jamais a Corte Suprema utilizou-se da possibilidade de declarar um Juiz culpado por desacato, embora quase fizesse isso num caso em 1969 (*In re Herndon*). Além disso, lembre-se que, apesar de na grande maioria dos casos as decisões da Corte Suprema serem acatadas pelos Tribunais inferiores, existem exemplos em que esses Tribunais desrespeitaram essas decisões, retardando a execução de seus julgados, ou ainda, interpretando-as diferentemente do que afirmara a Corte Suprema. O autor cita como exemplo o caso *Hawkins v. Universidade da Flórida*, em que apesar de a Corte Suprema ter determinado, primeiramente (1954), que a Corte Suprema da Flórida reexaminasse a negativa de acesso do negro Hawkins à Faculdade de Direito da Universidade da Flórida, somente frequentada por brancos e, posteriormente (1956), que Hawkins tinha direito a pronta admissão, por uma série de manobras, a Corte Estadual negou-se a executar a decisão, não tendo a Corte Suprema aplicado qualquer sanção aos Juízes da mesma. Poderíamos, ainda, citar outros exemplos históricos, como no caso dos índios da Geórgia, em que o Estado da Geórgia, apoiado pelo Presidente Jackson, apropriou-se das terras indígenas e desobedeceu à ordem da Corte de Marshall para restituí-las.

⁴¹ Abboud, George. **Processo Constitucional brasileiro**, p. 912. São Paulo, RT: 2018. Para Alexandre de Moraes: “O direito norte-americano distingue nos precedentes a *ratio decidendi* da *obiter dicta*. Enquanto a primeira espécie é a própria razão da decisão e, por consequência, é o próprio precedente vinculativo, a segunda espécie consiste em argumentos periféricos utilizados na decisão e que não se referem-se, diretamente, ao objeto em questão, não constituindo, portanto, precedente. Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 111. São Paulo: Atlas, 2003. Lawrence Baum aponta que “os precedentes são importantes, acima de tudo, porque uma doutrina básica do Direito é *stare decisis* (‘mantenha-se a decisão’, ‘jurisprudência’), de acordo com a qual um Tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos Tribunais superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os Juízes, em geral, sigam as interpretações das Constituições e das leis que já foram estabelecidas em outros casos” *Apud*, Baum, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 111. São Paulo: Atlas, 2003.

A doutrina norte-americana do *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu apenas posteriormente, mediante uma sistematização das decisões, que diferenciavam entre *holding* e *dictum*. A *holding* seria a elaboração, a construção do julgamento que consistiria no precedente cogente para casos futuros; já o *dictum* consistiria na argumentação utilizada pelo Tribunal, contudo dispensável a conclusão do processo e, portanto, não vinculante⁴².

Esse caráter transcendente das decisões da Suprema Corte no modelo norte-americano deve ser analisado com cuidado para a correta compreensão.

Na verdade, esse caráter vinculante das decisões é um espécie de dever de consideração ao precedente. Os Magistrados nos julgamentos atuais devem consideração, respeito aos precedentes firmados. Contudo, isso não implica que é ilícito a qualquer Corte judicial romper com a *ratio decidendi* do precedente, mas para fazê-lo adequadamente deve fundamentar acerca da inaplicabilidade do precedente ou mesmo a necessidade de superá-lo com a inserção de fundamentação jurídica idônea. Considerá-lo (o precedente) não é necessariamente segui-lo. Esse é o verdadeiro sentido da vinculação ao precedente no sistema norte-americano.

Portanto, a despeito da doutrina do *stare decisis*, é importante ressaltar que dificilmente um precedente poderá satisfazer toda a gama possível de interpretações dos demais casos, mesmo porque a Suprema Corte não analisa ações abstratas diretas, mas um caso concreto, que nem sempre apresentará as mesmas similitudes de outros casos análogos, razão pela qual surge a possibilidade dos Tribunais inferiores negarem aplicação ao precedente, por entendê-lo não adequado ao caso concreto⁴³.

Alerte-se, porém, que a imotivada e constante alteração de precedentes acarreta insegurança jurídica e ao descrédito do Judiciário, motivo pela qual a regra histórica da Suprema Corte é manutenção dos seus precedentes, quando muito mitigações necessárias dos precedentes, salvo situações excepcionais⁴⁴.

⁴² Abboud, George. **Processo Constitucional brasileiro**, p. 906. São Paulo, RT: 2018.

⁴³ Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 111. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴⁴ Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 114. São Paulo: Atlas, 2003. “Como destacado por Bob Woodward e Scott Armstrong, em *best seller* sobre a Corte Americana, em período em que a composição conservadora da Corte obteve maioria, “era improvável que a Corte de Nixon anulasse todas as decisões da Corte de Warren. Ainda que os Juizes John Harlan, Potter Stewart e Byron White tivessem discordado de algumas famosas decisões de Warren cada um deles tinha fortes reservas ao fato de a Corte rever suas próprias decisões. Eles acreditavam firmemente na doutrina do *stare decisis* – o princípio de que o precedente governa, de que a Corte é um corpo contínuo de criar direitos que não deve mudar abruptamente de orientação simplesmente porque seus Juizes são substituídos”. A tradicional regra da Suprema Corte de manutenção de seus precedentes pode ser observada na questão do aborto, analisando-se os casos *Roe vs. Wade* e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. No

Por fim, encerrando o tópico insta mencionar que o Novo Código de Processo Civil criou um sistema de precedentes, digamos assim, à brasileira⁴⁵. O inusitado da situação é que o direito brasileiro consagrou desde o início da República o modelo difuso e concreto de controle de constitucionalidade, inequivocamente, inspirado no direito norte-americano, mas sem a adoção do *stare decisis*, a teoria que ao final confere racionalidade ao sistema. É uma correção tardia contra o erro ou lapso de Rui Barbosa⁴⁶. Ao contrário do modelo norte-americano de *stare decisis*, o modelo brasileiro reforçado pelo Novo Código de Processo Civil, desconsidera o caso concreto, uma vez que julga uma tese jurídica em abstrato desconsiderando o caso concreto em análise com efeitos transcendentais. Vários institutos caminharam nessa linha, tais como a Súmula Vinculante, Repercussão Geral, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência.

3.4. O modelo austríaco ou europeu – Controle concentrado e abstrato.

O modelo austríaco ou europeu é fruto da formulação criativa do notável Hans Kelsen⁴⁷. Assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma punição direta aos responsáveis pela edição do ato inconstitucional, considerando que tal providência não expulsa o ato inconstitucional do ordenamento jurídico. É necessária a

caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), a Corte afirmara a existência do direito fundamental da mulher ao aborto, fundado na *due process clause* da 14ª Emenda, admitindo, porém, a limitação desse direito em face de outros interesses públicos, tais como a tutela da saúde da mulher, a proteção de uma potencial vida humana e a manutenção de *standards* sanitários apropriados.

A Suprema Corte, após quase 20 anos e com uma nova maioria conservadora, no caso *Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), examinou a constitucionalidade de lei estadual sobre o aborto promulgada em 1982 pelo Estado da Pensilvânia. Essa lei continha a disciplina para a interrupção voluntária da gravidez. Apesar da expectativa de alteração do precedente pela maioria conservadora da Corte Suprema, por cinco votos a quatro, prevaleceu o entendimento da manutenção da essência da decisão anterior e impossibilidade de, em tema tão polêmico, abandonar-se o precedente, sob pena de produzir-se um profundo e desnecessário dano à legitimação da Corte e à confiança da Nação na *Rule of Law*” Moraes, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 114. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴⁵ Esclarecemos que não usamos a expressão precedentes à brasileira com sentido pejorativo. Pensamos que cada País deve modular seu ordenamento jurídico na solução dos seus problemas típicos, ainda que de maneira inovadora frente aos ordenamentos alienígenas.

⁴⁶ Rui Barbosa foi o principal responsável pela edição da primeira Constituição da República de 1891. Baseou-se no direito norte-americano com a introdução do Presidencialismo, Federalismo, Separação de Poderes mais rígida e o controle de constitucionalidade difuso e concreto (porém, sem o *stare decisis*...).

⁴⁷ Aos interessados consultar: Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

existência de um órgão jurisdicional competente pela anulação dos atos incompatíveis com a Lei Fundamental⁴⁸.

Para Kelsen:

“Embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados não têm uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela pela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admitida sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu critério literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material”⁴⁹.

A caracterização do modelo austríaco como concentrado significa que o exercício da Jurisdição Constitucional é deferida apenas a um Órgão de Cúpula do Judiciário. Contudo, na maioria países europeus que adotam tal sistema, os Juízes com jurisdição ordinária dispõem de competência para reconhecerem a constitucionalidade das leis, mas não a inconstitucionalidade que é privativa da Corte Constitucional.

A denominação do sistema europeu como abstrato traduz a ideia que o modelo julga a (in)constitucionalidade da lei em tese, abstrata, objetivamente. Por isso é corriqueira a menção a existência de processos objetivos. Não se julga um litígio individual, uma lide

⁴⁸ Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1.113. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁹ *Apud*, Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1.113, São Paulo: Saraiva, 2017.

concretamente levada a apreciação do Poder Judiciário tal como presente no modelo norte-americano, razão pela qual algumas noções clássicas do Processo Civil comuns são abandonadas ou mitigadas. É um processo sem partes, mas com legitimados especiais; sem contraditório propriamente, muito embora os responsáveis pela edição do ato impugnado sejam intimados para manifestação; não se admite a intervenção de terceiros, salvo o *amicus curiae* e a decisão do Tribunal, pela própria natureza do processo objetivo, é *erga omnes* e *ex tunc*⁵⁰.

A sentença que assenta a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória. A decisão meramente declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida a sua preservação no ordenamento jurídico. De igual modo, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. O vício da inconstitucionalidade implica a nulidade da norma e, portanto, a sua expulsão do ordenamento jurídico. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma mediante sentença de mérito nos processos objetivos de constitucionalidade simplesmente declara a validade ou a nulidade do ato impugnado, gerando, como consequência (que se poderia denominar de eficácia *normativa*) a de afirmar ou excluir a norma questionada do ordenamento positivo. Não constitui nem desconstitui nada. Como declaratória a sentença, a eficácia, no que referente a assertiva de validade ou nulidade do preceito normativo é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado⁵¹.

Declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um preceito normativo abstratamente considerado, a decisão proferida em controle de concentrado irradia efeitos para todos os destinatários da norma. Noutras palavras, a sentença tem eficácia subjetiva *erga omnes*. Submetem-se, obrigatoriamente, às autoridades da Administração e os Órgãos do Poder Judiciário⁵².

Merece transcrição a bela lição do Min. Paulo Brossard:

“A Corte verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele

⁵⁰Alerte-se que Kelsen era favorável a efeitos *ex nunc* (anulabilidade) da declaração de inconstitucionalidade.

⁵¹ Zavascki, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 64 e 65. São Paulo: RT, 2017.

⁵² Zavascki, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 65 e 66. São Paulo, RT: 2017.

nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*⁵³

3.5. O Controle de Constitucionalidade brasileiro.

O modelo de constitucionalidade brasileiro seguiu fiel a nossa tradição jurídica de importação jurídica do direito comparado dos mais diversos Países e modelos⁵⁴.

Adotamos o modelo norte-americano e austríaco com algumas peculiaridades.

Do modelo norte-americano encampamos o sistema difuso e concreto, porém, conforme já assentamos, não incorporamos a doutrina do *stare decisis*. Criou-se um mecanismo peculiar de extensão dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade. É o papel do Senado via resolução de suspender a executoriedade da lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁵.

Essa questão do papel do Senado no controle difuso e concreto de constitucionalidade é muito importante no estudo da Coisa Julgada inconstitucional. Poder-se-ia argumentar que a equiparação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo concentrado e abstrato (*erga omnes* e *ex tunc*) com o modelo difuso e concreto (segundo a tradição brasileira não abonadora do *stare decisis*, meramente *inter partes* e *ex nunc*) teríamos uma inconstitucionalidade pelo inobservância do art. 52, X, da Carta Magna. Noutras palavras, sem a resolução senatorial de suspensão dos efeitos da lei declarada

⁵³ Brossard, Paulo. Voto proferido na ADI 2, RTJ 169/780.

⁵⁴ “O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial review estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (civil *law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc; de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law*. (...). O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos. A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado”. Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 58 e 59. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁵⁵ Art. 52, X, da Constituição Federal: “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.

inconstitucional, a Coisa Julgada inconstitucional somente seria admissível de desconstituição apenas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade dotados de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

O assunto ganha coloridos de dramaticidade e incerteza diante da vacilante posição do Supremo Tribunal Federal.

Para Teoria Albino Zavascki:

“Assim, considerando o atual quadro normativo, fruto de uma constante e progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à “dessubjetivação” ou à “objetivação” das decisões do STF, inclusive no controle incidental de constitucionalidade, é inquestionável a constatação de que, embora persista, na Constituição (art. 52, X, da CF/88), a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o seu exercício foi paulatinamente perdendo a importância e o sentido que tinha originalmente, sendo, hoje, inexpressivas, ressalvado seu efeito de publicidade, as consequências práticas que dele podem decorrer”
(...).

Independentemente de Resolução do Senado, a decisão do STF – declarando ou não a inconstitucionalidade da norma – produz efeito vinculante para os demais Tribunais, que ficam a ela submetidos no julgamento dos casos análogos, dispensando-se o incidente de inconstitucionalidade de que tratam os arts. 948 do CPC e 97 da CF/1988”⁵⁶.

⁵⁶ Zavascki, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 53 e 54. São Paulo, Atlas: 2017. “Por idêntica razão, já não se faz sentido resolução do Senado em relação à norma declarada inconstitucional em julgamento do Supremo pelo regime da repercussão geral. É que, regulamentando, como lhe competia, o parágrafo terceiro do art. 102 da CF/1988, também introduzido pela EC 45/2004, o legislador (art. 543-A, parágrafo primeiro, do CPC/73 e art. 1035, parágrafo primeiro, do CPC/15) considerou como indispensável à caracterização da repercussão geral das questões discutidas sejam relevantes sob dois distintos aspectos: (a) o material (“relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico”) e (b) o subjetivo (“que ultrapassem o interesse subjetivo” da causa ou do processo). Esse segundo requisito evidencia o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente. Justamente com bases nessa circunstância, o STF, ao examinar a natureza e o alcance do novo regime, deixou inequivocamente acentuado o efeito expansivo e vinculante das decisões dele decorrentes para os demais recursos, já interpostos que vierem a sê-lo. Assim, em QO na AC 2.177, afirmou a relatora, Min. Ellen Gracie, ser “de suma importância rememorar qual foi o principal objetivo da introdução dessa nova sistemática no ordenamento jurídico-processual brasileiro. Em face de um preocupante crescimento do já desumano volume de recursos extraordinários interpostos, a EC 45/2004 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um novo requisito para a admissibilidade desses instrumentos recursais. Para que esta Corte não fosse mais obrigada a se manifestar centenas de vezes sobre uma mesma matéria – expediente que, em última análise, causou, por anos a fio, prejuízos irreparáveis aos próprios jurisdicionados – a repercussão geral possibilitou, após a inclusão do Plenário Virtual, tanto o sobrestamento dos demais processos que versem sobre aquele tema, como a aplicação, pelos Tribunais a quo, da decisão emananda do STF aos demais recursos”. Aderindo a esse entendimento, ressaltou o Min. Celso de Mello que “a solução preconizada pela eminente Ministra-Relatora ajusta-se, de um lado, ao instituto da repercussão geral e, de outro, mostra-se compatível com a dimensão objetiva que se vêm progressivamente reconhecendo ao recurso extraordinário, não obstante se discutam, neste, questões e controvérsias de índole individual. O instituto de repercussão geral representa, nesse novo contexto, um importante instrumento de objetivação dos julgamentos que o Supremo profere, em sede recursal extraordinária” Zavascki, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 49. São Paulo: RT, 2017.

É a denominada teoria dos motivos determinantes com a tendência de abstrativização do controle concreto⁵⁷.

Parcela da doutrina brasileira é bastante crítica a teoria dos motivos determinantes e visualizam nessa posição pretoriana e doutrinária uma usurpação de prerrogativa constitucional do Senado Federal⁵⁸.

No julgamento recente da ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017, acórdão ainda não publicada, informativo 886, sinalizou o Supremo Tribunal Federal pela adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Foi ajuizada uma ADI contra a Lei estadual n. 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a extração do amianto em todo território do Estado-Membro e prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que o contenham. O STF julgou improcedente o pedido, ou seja, julgou constitucional a proibição⁵⁹.

No entanto, na fundamentação o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 2º, da Lei n. 9.055/95, lei federal, era inconstitucional, relebrando que sua inconstitucionalidade já havia sido reconhecida em outra ADI⁶⁰. Houve, portanto, o reconhecimento de inconstitucionalidade via incidental, considerando que a lei federal não era o objeto da demanda⁶¹. O Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Min. Gilmar Mendes, decidiu que, mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, tal decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*, vencido apenas o Min. Marco Aurélio. Desse modo, houve claro consenso no sentido de uma mutação constitucional quanto ao art. 52, X,

⁵⁷ Novelino, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 180. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁵⁸ Abboud, George. **Processo Constitucional brasileiro**, p. 512. São Paulo: RT: 2018.

⁵⁹ Lordelo< João. **Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes?** Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativização-do-controle-difuso-ou-da-transcendência-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886> Acesso em 20/04/2018.

⁶⁰ “A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e *erga omnes*. O dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 24.08.2017)” in Lordelo< João. **Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes?** Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativização-do-controle-difuso-ou-da-transcendência-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886> Acesso em 20/04/2018.

⁶¹ Conforme já assentamos não devemos confundir a classificação difuso/concentrado (critério quanto à competência) com incidental/abstrato (critério quanto ao objeto). Possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em controle concentrado, o que aconteceu na espécie. Ao apreciar o pedido principal, o STF considerou a lei questionada constitucional (questão principal), mas julgou parte da lei federal não impugnada inconstitucional, questão incidental adotada na fundamentação.

da Lei Fundamental, restando ao Senado uma função de apenas conferir publicidade à inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁶².

Portanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal conferiu efeito vinculante a uma declaração de inconstitucionalidade incidental em controle concentrado, assentando a mutação constitucional do papel do Senado, acerca do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. Contudo, utilizamos a expressão que o Supremo Tribunal Federal apenas sinalizou uma nova jurisprudência do assunto pela singela razão que poucos dias antes do julgamento em comento, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou incabível uma Reclamação fundamentada na teoria da transcendência dos motivos determinantes⁶³.

Da nossa parte, com todas as vênias de estilo aos doutos posicionamentos em sentido diverso, compartilhamos da posição que não diferencia os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal conforme o controle de constitucionalidade seja incidental ou abstrato, seja difuso ou concentrado.

Primeiro, considerando as peculiaridades do nosso País continental. O tempo encarregou de provar a irracionalidade do nosso antigo modelo jurídico de indiferença a Jurisdição Constitucional e aos seus precedentes como vinculativos ou, no mínimo, como necessários de consideração ou avaliação pela Magistratura.

É lição corrente que a Jurisdição é una, manifestação de uma função estatal clássica, o que implica um Poder Judiciário com atuação orgânica uniforme. Cada Juiz ou Tribunal não é um ordenamento jurídico próprio, divorciado do restante da Nação, com licença para proferirem decisões judiciais reiteradamente colidentes com a posição consagrada nos Tribunais Superiores, muitas vezes motivadas por melindres e vaidades inflamadas. Poucos ganham e o País perece com esse estado de coisas, inclusive financeiramente com a exposição aos agentes econômicos dessa enorme instabilidade jurídica. Certamente, não subscrevemos boa parte das decisões do Supremo Tribunal Federal (e do Superior Tribunal de Justiça também nas questões infraconstitucionais), mas, inegavelmente, está inserida entre suas competências jurisdicionais a prerrogativa do erro final. Certa ou errada é a decisão que deve guiar o País e os Juízes devem obedecê-la,

⁶² Lordelo< João. **Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes?** Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativizacao-do-controle-difuso-ou-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886> Acesso em 20/04/2018.

⁶³ Lordelo< João. **Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes?** Disponível em: <https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativizacao-do-controle-difuso-ou-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886> Acesso em 20/04/2018.

competindo a doutrina o papel de apontamento do acerto ou equívoco da decisão tomada, inclusive como propulsora da conservação das boas decisões e alteração das más interpretações, razão pela qual cada vez é mais importante o exercício de um papel vigilante da sociedade quando da seleção dos Ministros das Cortes Superiores.

Além das questões levantadas acima, enfatizando a questão da segurança jurídica e a isonomia, parece-nos inquestionável que ordenamento jurídico pátrio, pelo menos nos últimos 15 anos, tem-se movido no sentido de conferir algum efeito vinculante e transcende das suas decisões judiciais, notadamente do Supremo Tribunal Federal. Cite-se da criação da súmula vinculante até a tentativa, sinceramente, esperamos que frutífera, de instituição de um modelo de precedentes com o Novo Código de Processo Civil⁶⁴.

O modelo jurídico brasileiro de controle de constitucionalidade também consagra o modelo austríaco ou europeu desde 1965.

Como manifestações nítidas desse modelo kelseniano temos a:

- a) Ação direta de inconstitucionalidade – ADI
- b) Ação declaratória de constitucionalidade – ADC
- c) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADI por omissão
- d) Ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF⁶⁵

A matéria é tratada, basicamente, nos art. 102, da Constituição Federal e Leis Federais n. 9.868/99, 9.882/99 e 12.562/2011.

As decisões proferidas no controle de constitucionalidade, conforme assentado linhas acima, é, por expressa previsão constitucional, *erga omnes* e vinculante⁶⁶.

O art. 27, da Lei n. 9.868/99 admite a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade motivada por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social por maioria de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal⁶⁷.

Essa questão da modulação de efeitos, assim como suas diversas possibilidades de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade aventadas pela doutrina, serão

⁶⁴ Exemplificativamente, cite-se os arts. 332, 927 e 932 do Novo Código de Processo Civil.

⁶⁵ Na ADPF temos a interessante possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade concretado (julgamento pelo Supremo Tribunal Federal) e concreto (julgamento de questão concreta, subjetiva), ainda que com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

⁶⁶ Art. 102, parágrafo 2º, da CF: “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”.

⁶⁷ Art. 27, da Lei n. 9.868/99. “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”.

trabalhadas em harmonia com o princípio da segurança jurídica e os diversos impactos possíveis ao tema da Coisa Julgada inconstitucional no Capítulo V.

Por fim, concluirmos o capítulo III cientes que muito acerca do controle de constitucionalidade não foi comentado, no entanto, os principais pontos da matéria que interessam ao estudo da Coisa Julgada inconstitucional foram trabalhados. A origem, as espécies de controle mencionadas nos artigos do Novo Código de Processo Civil e os efeitos habituais da declaração de inconstitucionalidade difuso e concretado que não visualizamos mais diferença substancial quando pronunciadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. E esse é um ponto importantíssimo.

Agora, resta apresentar nos Capítulo IV e Capítulo V a manifestação da doutrina nacional, sobretudo a processual, acerca da admissibilidade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a Coisa Julgada. A constitucional ou inconstitucional quebra da intangibilidade da Coisa Julgada diante de uma superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica fundamentadora da sentença/acórdão, bem como as hipóteses de sua ocorrência conforme a fase do processo, a saber:

- 1) Fase de conhecimento encerrada e desnecessidade de fase executiva;
- 2) Fase de conhecimento encerrada e fase executiva não iniciada;
- 3) Fase de conhecimento encerrada e fase executiva iniciada, porém não extinta;
- 4) Fase de conhecimento encerrada e fase executiva encerrada.

A influência ou não da declaração de inconstitucionalidade sobre a Coisa Julgada dependendo do estágio de desenvolvimento do processo, notadamente da fase executiva.

Outro ponto que merecerá algum detalhamento próximo é a ausência de parâmetros ou regras interpretativas elaboradas pela doutrina no auxílio da aplicação do instituto da Coisa Julgada inconstitucional, tarefa que, modestamente, tentaremos desenvolvê-la tal qual vigente em outros temas do Direito⁶⁸.

⁶⁸ Exemplificamos com as diretrizes consagradas na fixação do dano moral. Considera-se as peculiaridades pessoais do ofensor e ofendido, o direito violado e a dimensão do dano. Parece-nos que a fixação de um tratamento indiscriminado na aplicação da Coisa Julgada inconstitucional é iníquo sem consideração da natureza do direito violada, a dimensão do dano e a natureza jurídica dos sujeitos. É uma modulação peculiar de efeitos. O tema será melhor desenvolvido no Capítulo V.

CAPÍTULO IV – A SEGURANÇA JURÍDICA E A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1. Considerações iniciais.

Os juristas adversários da Coisa julgada inconstitucional apresentam ao menos uma alegação jurídica padronizada: A Coisa julgada inconstitucional viola o princípio da segurança jurídica.

Tal argumento jurídico implica, necessariamente, a formulação de duas questões. A primeira, qual o conteúdo do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro? A segunda, qual o grau de intangibilidade da Coisa julgada deferido pelo ordenamento jurídico nacional?

Parece-nos que sem a devida resposta dessas duas indagações qualquer conclusão acerca da validade dos textos normativos que tratam da Coisa julgada inconstitucional é, no mínimo, com as licenças de estilo, imprecisa.

Diante disso, sucintamente, o capítulo 4 versará sobre: 1) qual o conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro; 2) a exposição objetiva da doutrina mais relevante e reconhecida na temática da Coisa julgada inconstitucional.

4.2. O conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica.

O ser humano demanda segurança nas suas relações jurídicas para conduzi-las com autonomia e responsabilidade. Por isso, considera-se o princípio da segurança jurídica como elemento indissociável da noção de Estado de Direito⁶⁹.

Subtrai-se o princípio da segurança jurídica a qualquer tentativa de definição satisfatória, sendo compreendido de modo integral apenas através da exposição dos elementos que lhe dão concretude⁷⁰.

A identificação do princípio da segurança jurídica supõe uma relevante distinção entre a segurança pelo Direito e a segurança do Direito.

A “segurança pelo Direito” é representante da concepção tradicional da segurança jurídica, segundo o qual o Direito corresponde as aspirações de paz e ordem dos

⁶⁹ Canotilho, J.J., **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 257. Coimbra, Almedina: 2003.

⁷⁰ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 44. São Paulo, Malheiros: 2010.

jurisdicionados. A mera positivação dos textos normativos já proporcionaria o alcance da segurança jurídica⁷¹.

Já a segurança do Direito é na lição de Rafael Valim:

“Em verdade, a segurança jurídica de que cuidamos é a segurança do Direito, que poderíamos nominar de concepções contemporânea deste princípio. Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito, que, como foi visto na “Introdução” deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas”⁷².

Ademais, apresenta-se o princípio da segurança jurídica na categoria de sobredireito, considerando que regula a produção e a aplicação das normas jurídicas. Dirige-se a outras normas jurídicas em homenagem à mensurabilidade, à previsibilidade e à estabilidade que deve guiar a atuação estatal. Cuida-se, portanto, de garantia decorrente da positividade e sobre ela incidente⁷³.

É habitual dividir-se o princípio da segurança jurídica em dois aspectos, não obstante, também com certa frequência, não se considere, consequentemente, tal distinção. A classificação que expõe com maior abrangência e nitidez esse princípio leva em consideração, basicamente, três núcleos essenciais: a certeza, a estabilidade e a proteção da confiança⁷⁴.

A certeza do Direito reflete uma ideia singela e inata ao fenômeno jurídico. Os comandos jurídicos estabelecem, para o futuro, a ligação de dados fatos a incidência de certos efeitos jurídicos⁷⁵. Essa certeza do Direito é, em apertada síntese, a antecipação precisa pelos agentes das consequências jurídicas das relações normativas travadas no interior de um determinado ordenamento jurídico.

Para Rafael Valim:

⁷¹ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 45. São Paulo, Malheiros: 2010.

⁷² Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 45. São Paulo, Malheiros: 2010.

⁷³ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 46. São Paulo, Malheiros: 2010.

⁷⁴ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 46. São Paulo, Malheiros: 2010.

⁷⁵ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 46. São Paulo, Malheiros: 2010.

“Contudo, tal previsibilidade pressupõe, antes de tudo, a cognoscibilidade, dentro de padrões de razoabilidade, do conteúdo do comando jurídico. Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o quê não é dado exigir os respectivos comportamentos.

A certeza encarna, portanto, a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma. Isso implica aspectos técnicos-formais de produção de normas jurídicas que podem ser reconduzidos à certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas”⁷⁶.

A outra dimensão clássica do princípio da segurança jurídica é a noção de estabilidade. Não basta a certeza quanto à norma jurídica aplicável e qual a produção concreta de efeitos numa relação jurídica. Nada significaria a noção de previsibilidade se as projeções que dela decorrem e que norteiam as condutas dos jurisdicionados pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo e sem quaisquer condicionantes, pelo Estado. Portanto, soma-se a previsibilidade oferecida pela certeza a estabilidade do Direito, de modo a garantir os direitos subjetivos e as legítimas expectativas que os particulares de boa-fé depositam na ação do Estado. É sob tal prisma que tradicionalmente se menciona o princípio da segurança jurídica no Direito brasileiro, mais especificamente em relação à estabilidade das relações jurídicas válidas agasalhadas pelos institutos do direito adquirido, do ato jurídico e da coisa julgada⁷⁷, consoante a previsão do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal⁷⁸.

Canotilho menciona a dimensão da proteção da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.

“Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo, (1)

⁷⁶ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 47. São Paulo, Malheiros: 2010.

⁷⁷ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 47. São Paulo, Malheiros: 2010.

⁷⁸ “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” Art. 5º, XXXVI, CF.

fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses efeitos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a atos normativos – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a atos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a atos da Administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos⁷⁹.

A dimensão da confiança do princípio da segurança jurídica decorre da ideia que uma ação ou reiteração de atos estatais, e até mesmo o mero incentivo estatal de dados comportamentos aos particulares, cria no ânimo dos envolvidos uma confiança legítima de resguardo dos efeitos jurídicos advindos dessas relações jurídicas.

Já para outra parcela relevante da doutrina, o princípio da proteção da confiança é um subprincípio da segurança jurídica. O subprincípio da proteção da confiança é a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica fundamentado também da noção de Estado de Direito⁸⁰.

No magistério de Humberto Ávila, tutela-se a legítima situação de confiança dos particulares que adotam determinadas condutas na crença genuína da validade dos atos normativos estatais e, depois, assistem frustrados a revogação do ato normativo e a desconstituição retroativa dos seus efeitos⁸¹.

O dever de tutela da confiança irradia-se dos atos jurídicos formados pelos seguintes requisitos: (1) base da confiança; (2) confiança nessa base; (3) exercício da confiança e (4) frustração por ato posterior do Estado⁸².

A base da confiança é o ato normativo. A lei, a decisão judicial ou ato administrativo, que serviu de fundamento no comportamento de determinado sujeito de direito. A base da confiança é variável conforme a graduação de alguns fatores normativos⁸³.

⁷⁹ Canotilho, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2003.

⁸⁰ Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, v.1**, p. 137. Salvador, Juspodvim: 2015.

⁸¹ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 361. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁸² Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 360. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁸³ Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, v.1**, p. 139. Salvador, Juspodvim: 2015.

O grau de vinculatividade – quanto maior o grau de vinculação do ato normativo, maior deve ser a expectativa do particular quanto ao seu respeito no futuro, considerando a diminuta liberdade do jurisdicionado⁸⁴.

O grau de modificabilidade – quanto maior for o grau de pretensão de permanência, maior deve ser a tutela da confiança depositada no ato normativo⁸⁵.

O grau de aparência de legitimidade – não se analisa o “grau de validade do ato”, mas, sim, a aptidão do ato para ser objeto da confiança depositada pelos jurisdicionados. Vigora entre nós o princípio da presunção de validade dos atos normativos⁸⁶.

O grau de eficácia no tempo – maior será a proteção da confiança, quanto mais duradora for o tempo de vigência do ato normativo⁸⁷.

O grau de realização das finalidades – quanto maior o grau de realização das finalidades subjacentes a regra supostamente violada, maior deve ser a tutela da confiança⁸⁸.

O grau de indução – quanto maior for a indução, incentivo da base, maior deve ser tutelada a confiança⁸⁹.

O grau de individualidade – quanto maior a proximidade do particular com o ato, maior a proteção da confiança⁹⁰.

O grau de onerosidade – deve-se amparar a confiança, quanto maior for a onerosidade da base. Quanto mais ela crie ônus e despesas ao particular maior será o prestígio da segurança jurídica⁹¹.

Já a tutela da confiança impõe, obviamente, a confiança na base. Exige-se o conhecimento da base, a demonstração da relação entre a confiabilidade e cognoscibilidade do Direito. Não se pode confiar em normas inexistentes ou desconhecidas⁹².

Além disso, o sujeito deve ter exercido a confiança na base. Configurada a situação de confiança legítima a alteração futura por nova manifestação estatal seria ato ilícito. Nesse sentido, a frustração da confiança é elemento fático da incidência do princípio da tutela da confiança⁹³.

⁸⁴ Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, 139. Salvador, Juspodvim: 2015.

⁸⁵ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 381-383. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁸⁶ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 367-368. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁸⁷ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 383-385. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁸⁸ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 385. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁸⁹ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 386. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁹⁰ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 391-392. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁹¹ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 392-393. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁹² Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 397-398. São Paulo, Malheiros: 2011.

⁹³ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica**, p. 401-402. São Paulo, Malheiros: 2010.

Reafirme-se que o princípio da segurança jurídica, portanto, constitui-se num tripé. A previsibilidade, a estabilidade e a proteção da confiança do Direito. Aplica-se a qualquer dos atos estatais e, poderíamos acrescentar também no bojo de relações jurídicas horizontais, ainda que com peculiaridades, considerando a teoria da aplicabilidade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Outro ponto complexo é a relação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade. Não é de oposição a relação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, mas sim de complementação. O princípio da legalidade é enriquecido pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, o qual se torna um dos parâmetros do juízo de validade dos atos estatais, de modo que o princípio da segurança jurídica, na essência, corrige eventuais deformações do princípio da legalidade decorrentes do esquecimento da origem protetiva da noção de segurança jurídica. Por tal motivo, quando num caso concreto prepondera o princípio da segurança jurídica não há ruptura da ordem jurídica ou, necessariamente, preterição do princípio da legalidade, senão que a afirmação do princípio da legalidade⁹⁴.

O mesmo juízo jurídico acima mencionado é pertinente na colisão entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da constitucionalidade das leis e atos jurídicos. A própria consagração da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade comprova tal assertiva. Os princípios da segurança jurídica e da constitucionalidade das leis e atos jurídicos são reciprocamente condicionados dependendo do caso concreto. A noção da dignidade do Direito como um ordenamento que valoriza a certeza, a estabiliza e a confiança de suas normas jurídicas é, inegavelmente, um mandamento constitucional.

A afirmação de tal conclusão é relevante, considerando o objeto do trabalho, a Coisa julgada inconstitucional, uma vez que não reforçamos posições jurídicas rígidas acerca da aplicação ou não indiscriminada do instituto.

Obviamente, o princípio da segurança jurídica demandaria um estudo mais aprofundado. Acentuamos nesse tópico apenas os pontos mais relevantes da matéria pertinentes ao estudo da Coisa julgada inconstitucional.

4.3. O princípio da segurança jurídica e a Coisa julgada inconstitucional.

⁹⁴ Valim, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**, p. 50. São Paulo, Malheiros: 2010.

O princípio da segurança jurídica é aplicável ao direito processual civil com enorme vigor. Uma leitura atenta do Novo Código de Processo Civil concluirá pela preocupação da legislação processual civil com a tutela de situações jurídicas estabilizadas.

Eis alguns exemplos.

A tutela da confiança é o substrato jurídico do qual decorre o dever de qualquer Corte na modulação dos efeitos da decisão que modifica a jurisprudência consolidada, o denominado *overruling*, resguardando as situações jurídicas embasadas no entendimento prevalecente no Tribunal⁹⁵.

O art. 927, parágrafo quarto, do Novo Código de Processo Civil expressamente aduz ao subprincípio da proteção da confiança como base do sistema brasileiro de precedentes. Por tal motivo, o princípio da segurança jurídica estabelece o dever do Tribunal de uniformizar a sua Jurisprudência⁹⁶.

O princípio da segurança jurídica é fundamento na permissão que o Tribunal possa estabelecer uma “justiça de transição”, com a formulação de regras transitórias para minimizar o impacto da violação da confiança. Seria um poder jurisdicional implícito, fruto do princípio da segurança jurídica, mais acentuadamente do subprincípio da proteção da confiança⁹⁷.

Afora outros exemplos que poderíamos mencionar, o princípio da segurança jurídica tem plena e inequívoca incidência no direito processual civil, razão pela qual deve ser considerado na argumentação jurídica da Coisa julgada inconstitucional, seja para negar-lhe validade ao instituto, seja para aplicá-lo, porém, considerando o peso do princípio da segurança jurídica na solução da questão sobre a constitucionalidade abstrata do instituto e sua aplicação concreta válida.

Ante o exposto acerca do princípio da segurança jurídica, suficiente aos fins do modesto trabalho de conclusão de curso, iniciaremos nos tópicos seguintes desse Capítulo uma breve exposição das principais posições doutrinárias acerca da Coisa julgada inconstitucional. Evidentemente, é um recorte discricionário na seleção dos autores, contudo, não é arbitrário. Seleccionamos os autores baseados em alguns critérios. Obra específica do tema, tal como acontecem com Luiz Guilherme Marinoni e Ivo Dantas; artigo em obra coletiva do assunto, como ocorre com Gilmar Ferreira Mendes, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, além do reconhecimento inegável como referência no

⁹⁵ Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, p. 142. Salvador, Juspodvim: 2015.

⁹⁶ Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, p. 143. Salvador, Juspodvim: 2015.

⁹⁷ Didier Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, p. 143. Salvador, Juspodvim: 2015.

assunto, seja pela posição inovadora defendida ou pela precocidade na abordagem do tema, tal como incide com Humberto Theodoro Jr. Certamente, vários outros eminentes juristas poderiam ser mencionados, mas as abordagens jurídicas seriam em boa medida repetitivas e excederiam o limite regimental do número das páginas estabelecido pela Coordenação do Curso num simples trabalho de conclusão de curso.

4.3.1. A posição de Luiz Guilherme Marinoni.

Inicialmente, convém afirmar que Luiz Guilherme Marinoni é provavelmente o mais ferrenho combatente da Coisa julgada inconstitucional. O eminente e criativo professor paranaense é um excelente exemplo da resistência de alguns processualistas civis ao instituto.

Representativo da posição de Luiz Guilherme Marinoni:

“Afirma-se que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia para o passado ou *ex tunc*. Porém, tanto o sistema estadunidense, de controle essencialmente difuso, quanto os sistemas europeus de Tribunal Constitucional, embora admitam a eficácia *ex tunc*, a ela vêm impondo atenuações. Por outro lado, o próprio sistema austríaco, originariamente inconciliável com a eficácia *ex tunc*, vem fazendo ressalvas à doutrina da não retroatividade. De modo que a aceitação da eficácia *ex tunc* não significa admitir que toda e qualquer situação pretérita deva ser atingida pela eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade.

Além disso, é conveniente advertir que a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade não diz respeito ao controle da constitucionalidade das decisões judiciais, mas apenas e tão somente ao controle das leis. Embora isso em princípio seja evidente, a tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada muitas vezes esquece que nesta hipótese se está diante do controle da constitucionalidade da lei, e não de um meio de controle da constitucionalidade das decisões judiciais”⁹⁸.

Para Luiz Guilherme Marinoni a decisão transitada em julgado não pode ser invalidada como se constituísse mera declaração ou aplicação da lei, mais tarde pronunciada inconstitucional. A decisão judicial é o resultado interpretativo de um magistrado, no caso brasileiro, dotado do dever-poder de controle difuso da constitucionalidade das leis, e,

⁹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 21 e 22. São Paulo, RT: 2015.

portanto, não deve ser encarada como uma mera decisão que se limita a aplicar uma lei no futuro reputada inconstitucional⁹⁹.

Luiz Guilherme Marinoni aduz que:

“A sentença que produziu coisa julgada material, por constituir uma norma elaborada por um juiz que tem o dever de realizar o controle difuso de constitucionalidade, não pode ser invalidada por ter se fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional. Note-se que isto equivaleria à nulificação do juízo de constitucionalidade e, não apenas à nulificação da lei declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição”¹⁰⁰.

Para Luiz Guilherme Marinoni tal assertiva não significa, obviamente, que a decisão judicial esteja isenta de controle de constitucionalidade. Esse controle pode ser feito mediante ação rescisória manejada tempestivamente em hipóteses de (1) lei flagrantemente inconstitucional e (2) na adoção de lei ou interpretação previamente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰¹.

Nessa linha, certo ou errado, justo ou injusto, fundamentado em norma constitucional ou inconstitucional, o discurso jurídico determinado pela marcha processual deve se encerrar e, nesse encerramento equivocado ou não, a decisão judicial define o discurso jurídico, ou seja, o Direito naquele caso concreto. A decisão judicial definitiva, a coisa soberanamente julgada, fundamentada em norma posteriormente declarada inconstitucional não é inconstitucional naquele discurso jurídico que resolveu a lide, considerando que o Juiz exerceu controle difuso de constitucionalidade e não julgou a lei inconstitucional.

Nessa linha:

“Porém, todo discurso, para valer enquanto discurso, precisa terminar. O recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico.

⁹⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 28. São Paulo, RT: 2015.

¹⁰⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 28 e 29. São Paulo, RT: 2015.

¹⁰¹ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 35. São Paulo, RT: 2015.

A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo, e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo. Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamentado do discurso jurídico, imprescinde do recrudescimento. É por isto que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral.

Quer isto dizer que a coisa julgada, antes de ser uma regra destinada a legitimar o conteúdo do discurso, é uma regra imprescindível à sua própria existência. Uma interpretação judicial que não têm condições de se tornar estável não têm propósito. Assim, a admissibilidade da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, além de contradizer o poder jurisdicional de controle difuso da constitucionalidade, nega a própria essência do discurso jurídico, que somente existe enquanto capaz de produzir uma decisão definitiva.

Frise-se que, ao se aceitar a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, cria-se, em verdade, um discurso sob uma condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento. Esta condição negativa é a não declaração da inconstitucionalidade da lei aplicada, que, obviamente, é imprevisível, além de poder ocorrer em qualquer momento posterior ao trânsito em julgado da sentença.

Sendo assim, a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é um verdadeiro atentado contra a existência de discurso jurídico. Na verdade, a coisa julgada é uma regra formal do discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental, apresentando-se, desta forma, como uma condição de possibilidade do discurso jurídico¹⁰².

Para o professor paranaense, uma decisão judicial não seria propriamente uma afirmação da autoridade do Poder Judiciário caso pudesse ser alterada, depois do encerramento do processo em que foi proferida, por outro órgão do Poder Judiciário. Se a decisão jurisdicional é tutelada contra o Executivo e o Legislativo, também deveria ser amparada contra qualquer órgão do mesmo Poder. Um Poder que pudesse perpetuamente reanalisar a sua decisão implicaria uma aberração grotesca de teoria política¹⁰³.

Uma resposta jurídica que não se torna imutável e indiscutível é uma mera consulta sobre uma lide, que poderia – guardadas as devidas medidas – ser emitida por

¹⁰² Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 48-49. São Paulo, RT: 2015.

¹⁰³ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 50. São Paulo, RT: 2015.

qualquer parecerista renomado. Seria totalmente fora do razoável transformar o direito fundamental à tutela jurisdicional em um direito a “opinião” do Juiz¹⁰⁴.

Além disso, o art. 508 do CPC/15 afirma que “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

O escopo da norma processual é proteger a decisão contida na sentença transitada em julgado. Para tal, deixa-se nítido que toda a argumentação relacionada com a demanda fica preclusa, vedando-se a sua invocação e apreciação em ação posterior. Não apenas as alegações apresentadas, mas também as que eventualmente poderiam ter sido deduzidas – ditas dedutíveis na linguagem processual – presumem-se oferecidas pelas partes e repelidas pelo Poder Judiciário¹⁰⁵.

Diante disso, ainda que a matéria constitucional não tivesse sido deduzida ou conhecida de ofício pelo Juiz, as partes e o Ministério Público não podem alegá-la para tentar invalidar a decisão. Ressalte-se, que na opinião de Luiz Guilherme Marinoni, a eficácia preclusiva também abrange as questões de direito que poderiam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado. Portanto, a questão constitucional, tenha ou não sido apreciada, ficaria, frise segundo o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, amparada pela coisa julgada material, ou, mais tecnicamente, pela eficácia preclusiva da coisa julgada¹⁰⁶.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

“A decisão em controle difuso de constitucionalidade é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal. Ambas provêm do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição. O equívoco não expresso, porém contido nas decisões que admitem o desfazimento da coisa julgada em virtude de ulterior precedente do Supremo Tribunal Federal, está em não perceber que admitir uma decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional. Lembre-se que, conforme bem adverte Galvão Teles, respeitar a coisa julgada não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a um juízo precedente sobre a inconstitucionalidade, diferente do juízo posteriormente feito na decisão de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.

¹⁰⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 52. São Paulo, RT: 2015.

¹⁰⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 59. São Paulo, RT: 2015.

¹⁰⁶ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 60. São Paulo, RT: 2015.

Também não há como aceitar o argumento de que a retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada é imprescindível para fazer valer a plenitude da Constituição. Não se pense que a rescisão da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional constitui a afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade. A decisão, ainda que fundada em lei inconstitucional, é constitucional. Não fosse assim, não haveria sequer como admitir o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória.

A decisão, mesmo que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário. A coisa julgada que cobre esta decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle difuso da constitucionalidade, que não pode ser usurpado do Poder Judiciário. Assim, é equivocada relacionar afirmação da constitucionalidade com relativização da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada é, inegavelmente, uma afirmação da Constituição¹⁰⁷.

Portanto, considerando o mencionado nessas últimas páginas, nota-se a argumentação firme de Luiz Guilherme Marinoni na rejeição da Coisa julgada inconstitucional.

4.3.2. A posição de Ivo Dantas e Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda.

Ivo Dantas e Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda, ao reverso de Luiz Guilherme Marinoni, defendem a validade e aplicabilidade do instituto da Coisa julgada inconstitucional. Ivo Dantas e Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda expõem seus argumentos jurídicos com viés centrado no Direito Constitucional.

Analisando a proteção constitucional da Coisa julgada, Ivo Dantas e Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda embasados no magistério de José Maria Tesheiner assentam que: “em essência, o que aí se veda é a lei retroativa, isto é, lei posterior para reger fatos passados”¹⁰⁸.

Também não vulnera a Constituição a ação rescisória, pois não há retroatividade quando se rescinde a sentença, julgando-se novamente o processo fundamentado na mesma legislação existente à época da sentença rescindida. Não se precisaria utilizar o argumento de que a própria Constituição contém menções à ação rescisória¹⁰⁹.

Elucidativa da posição dos autores é a seguinte passagem:

¹⁰⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**, p. 97-99. São Paulo, RT: 2015.

¹⁰⁸ Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 54. São Paulo, LTr: 2007.

¹⁰⁹ Dantas, Ivo Dantas e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 54. São Paulo, LTr: 2007.

“A ação rescisória poderia ser perpétua, sem com isso violar-se a Constituição. Se se entendesse essencial a existência de prazo, estar-se-ia a interpretar a Constituição com se ela apenas protegesse a chamada coisa soberanamente julgada, isto é, as sentenças de mérito que não apenas transitaram em julgado como se tornaram irrevogáveis pelo decurso do tempo. Mas a proteção constitucional da coisa julgada é mais ampla. Não se limita a proteger as sentenças irrevogáveis, mas toda e qualquer sentença que haja produzido coisa julgada material.

Para a observância da Constituição, o importante é que não se rescinda a sentença por violação de norma superveniente”¹¹⁰.

Portanto, a Lei Fundamental, segundo o magistério dos autores, inadmitte é a retroatividade da lei para influir na solução dada ao caso concreto por sentença de que já não caiba recurso¹¹¹.

Note-se que segundo os autores, a proteção constitucional da coisa julgada é mais tímida do que se supõe, sendo perfeitamente adequada com a existência de restrições e mecanismos de revisão e controle dos julgamentos. A proteção constitucional da coisa julgada é uma faceta do princípio da irretroatividade da lei¹¹².

Os juristas mencionados defendem o entendimento minoritário da inexistência dos atos inconstitucionais. Conforme já abordado em capítulo anterior, o debate acerca da natureza jurídica do ato inconstitucional é importante. A conclusão pela inexistência ou nulidade do ato inconstitucional influência na eleição do veículo processual que impugnar a Coisa julgada inconstitucional¹¹³.

Nessa esteira:

“A nós não convence o fato de que o elemento Tempo (por maiores que sejam os argumentos neste sentido) seja suficiente para que permaneça intocável uma sentença inconstitucional, como se aquele tivesse o condão de corrigir a inexistência desta, razão pela qual, entendemos que a sua correção (via novo pronunciamento judicial) em nada prejudicará o instituto da segurança jurídica, pois esta só poderá ser homenageada quando calcada na Constituição que,

¹¹⁰ Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 55. São Paulo, LTr: 2007.

¹¹¹ Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 57. São Paulo, LTr: 2007.

¹¹² Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 57. São Paulo, LTr: 2007.

¹¹³ Abordaremos esse tema no capítulo 5.

na condição de Lei Maior, torna imprestável toda e qualquer Lei ou Ato (e a decisão judicial é ato por excelência) desconformes com seus ditames”¹¹⁴.

(...).

“Nesta segunda situação, por entendemos que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato os declaram inexistentes, a consequência é que (por não existirem), eles não são capazes de gerar direitos nem deveres, e ainda preclusão, prescrição e/ou decadência.

Em decorrência, na hipótese de rescisão de coisa julgada inconstitucional, não se há de falar que “o direito de propor a ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão” (CPC/73, art 495).

Insistimos: a rescindibilidade, nos termos aqui defendidos, não compromete, em nada, o mandamento constitucional segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF/88, art. 5º, XXXVI), pois não estamos admitindo que lei, ou mesmo Emenda Constitucional tenham efeito retroativo para desfazer o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹¹⁵.

Contudo, Ivo Dantas e Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda são bastante liberais na definição do veículo processual impugnador da Coisa julgada inconstitucional. Admitem sempre o cabimento da Ação Rescisória e, subsidiariamente, a Ação Declaratória de Inexistência, ou até mesmo o Mandado de Segurança, caso o Judiciário permanecesse fiel ao biênio temporal da Ação Rescisória¹¹⁶.

4.3.3. A posição de Gilmar Ferreira Mendes.

Para Gilmar Ferreira Mendes, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, considerando as múltiplas instâncias judiciais e decisões proferidas, a definição de um juízo definitivo sobre a juízo de constitucionalidade de uma lei é vocacionado ao consumo de tempo significativo¹¹⁷.

Essa dilação temporal permite que muitas decisões acabem por transitar em julgado antes da consolidação de uma posição definitiva pelo Supremo Tribunal Federal. Essa distância no tempo entre a prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal e das demais

¹¹⁴ Dantas, Ivo e Lacerda Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 72. São Paulo, LTr: 2007.

¹¹⁵ Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 96. São Paulo, LTr: 2007.

¹¹⁶ Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional**, p. 72. São Paulo, LTr: 2007.

¹¹⁷ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo - Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/05, Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 87. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Cortes Judiciais possibilita o surgimento daquilo que se convencionou denominar de Coisa julgada inconstitucional¹¹⁸.

Para Gilmar Ferreira Mendes:

“A lei declarada inconstitucional, sem ressalvas, é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipse jure* e *ex tunc*. A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na estatal”¹¹⁹.

Acentua-se, contudo, que no Direito brasileiro não prevalece a ideia de que a nulidade da lei importaria, automaticamente, na nulidade de todos os atos que base nela viessem a ser executados¹²⁰.

Muito embora a ordem jurídica nacional não contenha preceitos semelhantes aos constantes do artigo 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que dispõe a intangibilidade dos atos jurídicos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve concluir que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos executados com fundamento na lei inconstitucional¹²¹.

O nosso ordenamento jurídico não contém regra expressa sobre o tema e se aceita, genericamente, a ideia que o ato fundamentado em lei inconstitucional está eivado de ilicitude, concede-se proteção ao ato jurídico em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se a distinção entre o efeito da decisão no ‘plano normativo’ (*Normebene*) e no ‘plano do ato singular’ (*Einzelaktebene*) mediante a consagração das chamadas fórmulas de preclusão¹²².

¹¹⁸ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05, Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 87. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹¹⁹ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05, Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 92. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²⁰ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05, Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 98. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²¹ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 99. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²² Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 99. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Considerando a separação dos planos da validade da lei no plano normativo e do ato concreto no plano singular, têm-se que os atos realizados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem aptos de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade¹²³.

Arrematando a posição de Gilmar Ferreira Mendes:

“Essa constatação mostra também que a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário.

É ele quem define, em última instância, a existência das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da ideia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade.

Fica evidente, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de nulificação automática deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo.

Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória no âmbito do processo civil – violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) – contempla, também, a inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgada. Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC, art. 485 e 495).

Ressalte-se que, no modelo consagrado pelo parágrafo 79, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (CPC alemão, parágrafo 767). Inicialmente, a impugnação de sentença transitada em julgada, no sistema brasileiro, somente haveria de se verificar por via de ação rescisória”¹²⁴.

A posição de Gilmar Ferreira Mendes é favorável a desconstituição da Coisa julgada inconstitucional através da via impugnativa da Ação Rescisória quando não expirado o prazo de ajuizamento da ação e os Embargos à Execução.

A data da autoria do artigo é de 2008. Portanto, antes da vigência do novo Código de Processo Civil. Entretanto, o ponto que julgamos central do pensamento do autor é o trecho que defere a solução do problema ao legislador ordinário. Preferimos a substituição do

¹²³ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 99. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²⁴ Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo – Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n° 11.232/05. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 100. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

termo legislador ordinário, essa figura mítica jamais conhecida, pela legislação ordinária ou infraconstitucional. Noutras palavras, a legislação ordinária teria competência na solução do problema da Coisa julgada inconstitucional com alguma margem de discricionariedade.

4.3.4. A posição de José Augusto Delgado.

Para José Augusto Delgado é inconcebível, em face da noção hoje vigente no Estado de Direito, a manutenção do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando formada em evidente confronto com a Lei Fundamental¹²⁵.

Para José Augusto Delgado:

“Não se há de objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer-se ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc*, preservando os efeitos já produzidos como, aliás, é comum no direito europeu em relação às declarações de inconstitucionalidade. É o que se acha atualmente previsto, também no direito brasileiro, para a declaração de inconstitucionalidade, seja no processo de “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Lei nº 9.882/99, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.869, art. 27)¹²⁶.

O autor reconhece a juridicidade do instituto da Coisa julgada inconstitucional. A existência da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade cumpre papel fundamental no cabimento da Coisa julgada inconstitucional no caso concreto. Esse é o filtro regulador entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais.

4.3.5. A posição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria.

¹²⁵ Delgado, José Augusto. Artigo – Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 107. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²⁶ Delgado, José Augusto. Artigo – Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 133. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Para os autores não contribui para o avanço do Direito a postura maniqueísta de radicalizar as visões diante de qualquer dificuldade, como se toda a problemática jurídica somente tivesse a viabilidade de encontrar uma única e absoluta solução. Não é entre a verdade e a mentira que o jurista define o que é o Direito e o que não é Direito. Essa opção apenas pode ser feita através do debate dialético¹²⁷.

Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

“O princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da Supremacia da Constituição.

A Coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais.

Reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presentes ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica.

Pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica”¹²⁸.

(...).

Negar simplesmente a relativização da intangibilidade da coisa julgada inconstitucional seria negar a própria Supremacia da Constituição e admitir a existência de um poder sem limitação. Seria conferir aos juízes o poder ilimitado de decidir, ainda que contrariamente à Constituição, visto que o vício de inconstitucionalidade seria sanável com a *res iudicata* e se tornaria soberanamente irremediável após o decurso do prazo da ação rescisória”¹²⁹.

¹²⁷ Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 162. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²⁸ Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 163-164. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹²⁹ Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 164. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

A ideia de imutabilidade da Coisa julgada, segundo os juristas acima mencionados, deve ser entendida em seus reais limites. A irrevogabilidade presente na noção de Coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se impedida através de qualquer via recursal e não que é inadmissível por outras vias processuais próprias, razão pela qual não seria absoluta¹³⁰.

O Supremo Tribunal Federal assentou não ser aplicável o enunciado nº 343 do Tribunal “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” se a divergência é quanto à interpretação da Constituição Federal¹³¹.

Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

“Corresponderia a ideia de impermeabilidade da coisa julgada inconstitucional, após o decurso do prazo decadencial de dois anos, ao modelo de Supremacia da Constituição buscado no moderno Estado de Direito?

Pensamos que não. 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?¹³².

Nesse sentido, os autores não concordam com a tese defendida por Eduardo Talamini para quem a relativização da coisa julgada inconstitucional dependerá do sopesamento dos princípios constitucionais fundamentados no postulado da proporcionalidade. Para eles, o princípio da Supremacia da Constituição se sobrepõe a todos os demais, motivo pela qual a qualquer tempo é possível retirar a validade de um ato normativo colidente com a Lei Fundamental, ainda que se trate de decisão judicial sob o manto da Coisa julgada¹³³.

¹³⁰ Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 168. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³¹ Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 174. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³² Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 179-180. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³³ Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 185. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Por fim, os renomados autores sustentam que o vício da Coisa julgada inconstitucional é no plano da validade e não da inexistência¹³⁴.

4.3.6. A posição de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.

Segundo os renomados autores, vigora uma tendência em concluir que não faz Coisa julgada a sentença contrária à Constituição Federal¹³⁵.

Nem sempre, contudo, a sentença proferida contrariamente a Carta Magna deverá ser reputada como juridicamente inexistente. No entanto, tal hipótese ocorrerá no exemplo em que se estará perante pedido juridicamente impossível¹³⁶.

Para os consagrados juristas:

“Não se trata, segundo o que nos parece, de atribuir à impugnação função ‘rescindente’, já que, como regra, nos casos em que a decisão funda-se em norma declarada inconstitucional pelo STF, nada haverá a rescindir, pois a decisão que se baseia em ‘lei que não era lei’ (porque incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado porque, em princípio, terá faltado à ação uma de suas condições: a possibilidade jurídica do pedido.

Se a sentença é juridicamente inexistente, à execução faltarão, *ipso facto*, o título executivo. É que, faltando o próprio ato, porque tal ato não se terá formado, não devem ser considerados, obviamente, seus efeitos, aí incluído o de constituir título executivo.

Importante observar-se que só será possível ao executado fazer esta alegação na impugnação se à decisão que julgou a ação declaratória de inconstitucionalidade se tiverem imprimido efeitos *ex tunc*, em conformidade com a regra geral, não tendo havido decisão com base nas circunstâncias constantes do art. 27 da Lei nº 9.868/99, ‘segurança jurídica ou ‘excepcional interesse social’, que autoriza, se dê à decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*”¹³⁷.

Acerca do caminho processual de impugnação da Coisa julgada inconstitucional a posição dos autores é bastante flexível. Ancorados no princípio da fungibilidade reconhecem

¹³⁴ Júnior, Humberto Theodoro Júnior e Faria, Juliana Faria de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 186. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³⁵ Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. Artigo – Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 330. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. Artigo – Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 330. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³⁷ Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. Artigo – Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 331. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

que tecnicamente o correto seria o ajuizamento de uma ação declaratória de inexistência e não uma ação rescisória, considerando que defendem a tese da inexistência da coisa julgada ante decisões inconstitucionais¹³⁸. Entretanto, em prol da fungibilidade e da segurança jurídica admitem o manejo da ação rescisória¹³⁹.

4.5. Considerações finais.

Encerrando o capítulo lamentamos a omissão das posições de outros tantos juristas brilhantes e com construções inteligentes. Infelizmente, somos cerceados pelos limites do trabalho de conclusão de curso que é obrigatoriamente mais conciso.

Causa-nos uma dose de perplexidade que a maioria da doutrina nacional limitou o debate da Coisa julgada inconstitucional a um mero juízo de adequação normativa. Noutros termos, discute-se apenas sobre a validade do instituto e nada sobre a necessidade da construção de parâmetros jurídicos mínimos pela doutrina especializada na aplicabilidade da Coisa julgada inconstitucional.

No capítulo 5 abordaremos, considerando todo o exposto até o momento, nossa modesta posição sobre a Coisa julgada inconstitucional e a menção aos parâmetros interpretativos que julgamos necessários na aplicação moderada do instituto.

¹³⁸ Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. Artigo – Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 334. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

¹³⁹ Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. Artigo – Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. Obra coletiva – **Coisa julgada inconstitucional**, p. 335. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

CAPÍTULO V – UMA BREVE ANÁLISE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

5.1. Considerações iniciais.

No capítulo anterior descrevemos a multiplicidade das opiniões jurídicas acerca da Coisa julgada inconstitucional. Nesse capítulo derradeiro fundamentaremos nossa posição do tema.

Nosso raciocínio jurídico será desenvolvido através de indagações que reputamos imprescindíveis na resolução do problema, assim como a devida resposta, mesmo que eventualmente concisa.

Considerando o formulado nos capítulos anteriores: Qual a natureza jurídica do ato inconstitucional? A inconstitucionalidade admite convalidação? A Coisa julgada inconstitucional, tal como disciplinada no Novo Código de Processo Civil, fulmina o princípio da segurança jurídica e, portanto, é inconstitucional? Admitida a constitucionalidade das disposições normativas regentes da matéria, qual a forma processual correta de alegação da Coisa julgada inconstitucional?

Por fim, mencionaremos a necessidade da construção de alguns parâmetros jurídicos na interpretação e aplicação da Coisa julgada inconstitucional, assim como uma ousadia da sinalização de alguns deles.

5.2. A natureza jurídica do ato inconstitucional.

Conforme já mencionamos nos Capítulos 2 e 3, o ato inconstitucional é nulo. Essa é a tese consagrada no Direito brasileiro. Situa-se o vício congênito da inconstitucionalidade no plano da validade.

O ato normativo inconstitucional existe (plano da existência) e pode até eventualmente produzir alguns efeitos jurídicos pontuais e concretos (plano da eficácia), mas é inválido (plano da validade), considerando a sua desconformidade normativa com a Lei Fundamental.

A despeito das sofisticadas construções jurídicas sobre a natureza jurídica do ato inconstitucional, consideramos que a mera aplicação de argumentos lógicos resolve a questão. A lei inconstitucional, por exemplo, inegavelmente existe. Tal prova é singela, a lei foi

promulgada. A promulgação da lei é, no Direito Constitucional e guardadas as devidas proporções, uma espécie de Certidão de Nascimento da lei, ou seja, a proclamação oficial do Estado que o ordenamento jurídico foi inovado originariamente com a promulgação de uma nova lei.

Além disso, a consagração normativa da modulação dos efeitos das leis e atos normativos declarados inconstitucionais interdita, com as licenças de estilo, qualquer conclusão no sentido da inexistência jurídica dos atos inconstitucionais.

O inexistente no Direito é o ato que não finalizou seu ciclo de formação, não reuniu com suficiência todos os pressupostos jurídicos de sua constituição. Entre outros exemplos, é a “lei” não promulgada; o “negócio jurídico” sem qualquer consentimento (o consentimento viciado é causa de anulação); a “sentença” proferida com a usurpação da função pública ou pelo Magistrado já sem nenhuma jurisdição. É uma manifestação legal abortada, o pretense ato faleceu durante a gestação e não ganhou vida. Quando muito confunde o Jurista imprevidente antes da putrefação do corpo.

Destarte, não se modula efeitos jurídicos, obviamente, sobre aquilo que não existe. O nada, o inexistente, nada produz, diz o adágio.

Portanto, reafirmamos o vício de invalidade, a nulidade do ato inconstitucional. Tal defesa já colide parcialmente com as posições sustentadas pelos juristas Ivo Dantas, Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.

5.3. A inconstitucionalidade e a convalidação.

A inconstitucionalidade não admite convalidação. Não há usucapião da inconstitucionalidade como assenta com ironia o Ministro Gilmar Mendes.

A mácula da inconstitucionalidade é um vício congênito insanável¹⁴⁰. Não se admite tratamento ou terapia jurídica curativa. A inconstitucionalidade é um traço negativo que acompanha o ato normativo desde sua formação.

A Constituição é o fundamento de validade das leis e atos normativos. Daí implica que a inconstitucionalidade não se confunde com a ilegalidade. Primeiro, pela posição hierárquica das normas jurídicas. Como a Constituição ocupa uma posição mais privilegiada

¹⁴⁰ Discute-se atualmente no Direito Constitucional a denominada Inconstitucionalidade progressiva. A lei era constitucional quando promulgada. Posteriormente, a superveniência de alguns fatos da dinâmica social ou do Poder tornaram o diploma inconstitucional. Trata-se de hipótese excepcional. A regra é a natureza congênita da inconstitucionalidade.

na pirâmide normativa, a inconstitucionalidade é um vício muito mais grave que a ilegalidade. Segundo, a positivação constitucional é o ideal de Justiça pactuado numa sociedade democrática. Noutras palavras, a Justiça que protegemos e buscamos alcançar é aquela garantida pela Lei Fundamental.

Tal assertiva, aparentemente arrogante, não significa que essa Justiça Constitucional positivada é a melhor ou isenta de críticas conforme a orientação política individual. Um revolucionário socialista considerará a nossa Constituição como excessivamente burguesa, tímida na promoção dos mecanismos de promoção da igualdade substancial e muito protetiva da propriedade individual. Já para um liberal¹⁴¹ ou conservador é bem provável que conclua exatamente o reverso da nossa Constituição. A Lei Fundamental seria excessivamente progressista com um menosprezo da liberdade individual e propriedade tidas como sagradas. Portanto, a Constituição é uma obra humana e como tal também é maculada pela falibilidade humana.

Contudo, certo ou errado, esse é o modelo de Estado e sociedade que democraticamente escolhemos como o melhor para vivermos nessa quadra da história. Podemos apresentar uma série de restrições, e as temos em dezenas, sobretudo acerca do protagonismo do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal.

Causa-nos uma dose de espanto boa parte das afirmações do Professor Luiz Guilherme Marinoni, com todas as vênias de estilo. Não há como fugir com argumentos retóricos a conclusão que a Constituição resta vulnerada quando uma decisão judicial inconstitucional é prestigiada com a imutabilidade.

E não é somente isso.

Viola-se a Constituição Federal e por arrastamento o princípio da isonomia. O princípio da isonomia é corolário da própria noção de República. Todos somos iguais na medida que desfrutamos dos mesmo direitos e deveres conferidos pelo ordenamento jurídico. Não há súditos, mas cidadãos. Um jurisdicionado não pode ser compelido ao cumprimento ou beneficiado de decisões judiciais inconstitucionais apenas em razão do esgotamento das medidas processuais previstas. Um jurisdicionado seria beneficiado ou prejudicado com decisões judiciais inconstitucionais conforme a sorte do processo individual. O ordenamento jurídico não deve ser encarado como um Cassino, local onde os jogos premiam mais a sorte do que a Justiça.

¹⁴¹ Na ciência política, ou mesmo no debate público, o termo liberal apresenta diversos significados. Nos EUA, por exemplo, significa alguém identificado mais com uma orientação política social-democrata ou socialista. Simplificados no Brasil e nos EUA com o termo “progressistas”. Na Inglaterra, por outro lado, liberais são aqueles identificados com o liberalismo econômico. É nessa última acepção que utilizamos a expressão.

5.4. A violação do princípio da segurança jurídica.

A Coisa julgada inconstitucional, tal como disciplinado no Novo Código de Processo Civil, por si só, não viola o princípio da segurança jurídica, segundo entendemos com as licenças de praxe.

A Coisa julgada é uma franquia constitucional que depende da concretização ou regulamentação infraconstitucional.

Explicamos. Imagine-se o direito à vida. O direito à vida não demanda uma regulamentação legislativa infraconstitucional pormenorizada para sua aplicabilidade e eficácia. A mera menção da existência desse direito constitucional já é suficiente, de modo que eventuais tensões normativas serão sanadas eficazmente pela interpretação. Tal raciocínio não implica que o direito à vida não será o fundamento jurídico de nenhuma legislação ordinária, para tal bastaria a alusão ao Código Penal, mas que independe de qualquer legislação infraconstitucional o desenho normativo desse direito.

Imagine-se agora o direito à propriedade. Alude-se na Lei Fundamental tal direito. Porém, sem uma legislação infraconstitucional minuciosa o direito à propriedade pouco significa além daquelas noções romanas clássicas da propriedade. É o Código Civil, por essência, que regulamenta o quadro normativo do direito à propriedade. A legislação ordinária detalha o instituto; os direitos e deveres, as formas de aquisição e perda, o condomínio etc.

Contudo, nessas hipóteses de imperiosa normatividade ordinária, não se deve concluir que o constituinte conferiu poderes ilimitados ao legislador ordinário na concretização da matéria. Não é uma espécie de “cheque em branco”. É um mandamento implícito de regulamentação discricionário, mas não arbitrário. O legislador ordinário não poderia, a título de regulamentação normativa, subverter ou profanar a noção elementar de propriedade.

Voltemos a Coisa julgada.

A Lei Fundamental consagra expressamente a garantia da Coisa julgada. Logo vem a mente a noção jurídica de Coisa julgada como a decisão judicial sobre a qual não é mais passível qualquer recurso. Entretanto, dizer que a Coisa julgada é a decisão insuscetível da interposição de recurso é insuficiente.

A Coisa julgada também demanda regulamentação infraconstitucional. Por exemplo, a lei processual fixa o momento exato de sua formação, quais os sujeitos e matérias

da decisão estão abrangidas pelo instituto, a forma processual de alegá-la, as hipóteses de Ação Rescisória e outros pontos.

Acerca do objeto do trabalho, a denominada Coisa Julgada inconstitucional, também pensamos que a matéria está ungida, tal qual outros pontos da matéria Coisa julgada, a regulamentação via legislação ordinária.

O jurista, e não um usurpador das funções legislativas que são deferidas constitucionalmente ao Legislativo e seus Congressistas, realiza juízo de constitucionalidade das leis e atos normativos, jamais de conveniência e oportunidade. Justa ou injusta conforme o prisma individual de cada indivíduo, certo é que o legislador ordinário regulamentou o tema da Coisa julgada inconstitucional.

No litígio entre o princípio da segurança jurídica, exercitável na espécie pela Coisa julgada, e o princípio da constitucionalidade, a legislação processual resolveu o impasse e fixou uma posição: A Coisa julgada inconstitucional, caso inexistente modulação de efeitos na decisão declaratória de inconstitucionalidade, é passível de Ação Rescisória. Poderia fazê-lo em sentido mais brando, mas não foi a posição vitoriosa no Parlamento.

Poderia consagrar a Coisa julgada inconstitucional após ultrapassado o biênio de cabimento da Ação Rescisória ou fixar um prazo máximo suscetível de ajuizamento da Ação Rescisória após a formação da Coisa julgada, na hipótese de declaração superveniente de inconstitucionalidade da lei que fundamentou a decisão judicial.

Não existe apenas uma via constitucional de regulamentar a matéria. Sinceramente, investidos na posição de legislador, certamente, nossa conformação legislativa seria diversa, sobretudo pela inexistência de um prazo máximo no cabimento de Ação Rescisória. Contudo, o legislador ordinário preferiu a fixação de uma cláusula de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹⁴². Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal detém competência para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e preservar a Coisa julgada anteriormente formada.

É por tal previsão que não reputamos inconstitucional o instituto da Coisa julgada inconstitucional, tal como regulamentado na legislação processual. O Parlamento deferiu ao Supremo Tribunal Federal a análise da manutenção ou não da Coisa julgada fundamentada em leis ou atos normativos declarados inconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal poderá concluir que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo era chapada ou grosseira, assim como intolerável a manutenção no

¹⁴² Art. 525, parágrafo 3º; Art. 535, parágrafo 6º, ambos do Código de Processo Civil.

ordenamento jurídico de uma decisão judicial vulneradora de algum princípio constitucional tão caro, razão pela qual não modulou a declaração de inconstitucionalidade e desprestigiou a Coisa julgada. Em outro caso, a situação possa impor conclusão diversa pela Corte Constitucional.

A cláusula de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Coisa julgada inconstitucional é o convite ao uso do bom senso, da razoabilidade, da sabedoria antes dos esquemas jurídicos rígidos. O Direito não prevê e, portanto, não regulamenta o absurdo, o teratológico. Decisões teratológicas e grotescamente inconstitucionais não são dignas da utilização da modulação dos efeitos. Outros processos por uma série de fatores imprevisíveis já mereceriam alguma espécie de modulação.

Não podemos esquecer também as peculiaridades do Brasil. Infelizmente, somos um País continental absurdamente desigual e com uma forte tradição de patrimonialismo na Administração Pública. Diz-se habitualmente que existem vários Países no Brasil e, sobretudo, nos rincões afora são narradas com frequência situações de leis e decisões judiciais flagrantemente inconstitucionais que não obstante contaram com a cumplicidade dos agentes estatais locais.

Por fim, parece-nos que a existência dessa cláusula salvadora da modulação seja insuficiente sem um desenvolvimento doutrinário mais detalhado. Alguns parâmetros na aplicação dessa modulação de efeitos são necessários.

5.5. A aplicação da cláusula de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A aplicação da cláusula da modulação de efeitos declaração de inconstitucionalidade deve ser guiada por critérios jurídicos racionais.

Para tal, é imperioso que a doutrina e o Judiciário reflitam sobre o tema na construção racional da aplicação do instituto da Coisa julgada inconstitucional. Nada ganha o Direito pátrio com manifestações contraditórias e quase instintivas do fenômeno jurídico, de modo que a tentativa da construção de guias ou axiomas interpretativos, ainda que não vinculantes cumpre papel primordial numa aplicação sensata e isonômica do instituto.

Inexiste hierarquia entre eles. Devem analisados conjuntamente como diretrizes jurídicas na aplicação horizontal do instituto.

5.5.1. Quanto mais fundamental e menos patrimonial for o direito discutido, maior deve ser a garantia da constitucionalidade e menor a tutela da Coisa julgada.

Primeiro, alguns esclarecimentos. Direito fundamental, direitos humanos e direitos personalíssimos são expressões com significado jurídico diverso, muito embora na maioria das vezes com conteúdo jurídico idêntico. Direitos fundamentais são aqueles previstos e garantidos na Constituição. Direitos humanos são estabelecidos em Tratados ou Convenções internacionais. Já os direitos personalíssimos são cominados pela legislação ordinária, notadamente pelo Código Civil. Porém, exclusivamente para esse ponto, estão agrupados, ou seja, sujeitos ao mesmo regime jurídico de tratamento.

O direito patrimonial, a propriedade, também é revestida de caráter fundamental. Contudo, o dano patrimonial tende a ser diluído com o tempo. O acervo patrimonial varia conforme uma série de fatores, aleatórios muito vezes. E numa sociedade capitalista, o livre-mercado impõe segurança jurídica e planejamento financeiro, de modo que o risco sempre é calculado e precificado pelos agentes econômicos ante mudanças bruscas, por exemplo taxa de juros, câmbio, seguro, remuneração de títulos etc.

Os danos aos direitos da personalidade quase sempre são permanentes no tempo. São reiterados todos os dias. Não é a toa que a ação investigatória da paternidade é imprescritível. O desconhecimento da origem paterna é violadora da dignidade humana.

Mencione-se o exemplo real das biografias não autorizadas. Sem adentrar no mérito ou não da decisão do Supremo Tribunal Federal, o fato é que a censura a publicação das biografias não autorizadas vulnerava um direito fundamental de modo permanente. Na época foi amplamente divulgado a existência de processos judiciais que impediram a publicação das obras. Na hipótese de trânsito em julgado desses feitos, parece-nos, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal não deveria modular a declaração de inconstitucional e permitir a publicação das obras.

5.5.2. Quanto maior for o tempo entre o início de vigência da lei e a declaração de inconstitucionalidade, maior deve ser a preocupação com o princípio da segurança jurídica.

O instituto da Coisa julgada inconstitucional decorre em boa medida do tempo entre o início da vigência da lei e, portanto, sua aptidão na regência das relações jurídicas concretas, inclusive com pronunciamentos judiciais definitivos, com a declaração superveniente de inconstitucionalidade.

O tempo é fator relevante no Direito. Vários institutos jurídicos tradicionais são construídos em consideração da fluência do lapso temporal na vida dos indivíduos. A prescrição, a decadência, o usucapião entre outros. A persistência do tempo incute nos jurisdicionados, na maioria das vezes, a crença legítima na manutenção indefinida de uma dada relação jurídica.

Essa sem dúvida é a regra mais intuitiva e desmerece maiores detalhamentos. A própria ideia de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade é uma concessão dessa situação.

5.5.3. Quanto maior a controvérsia na doutrina e Jurisprudência sobre o tema, menos prestigiada deve ser o princípio da segurança jurídica.

Muitas leis e atos normativos já nascem muito questionados. Não é incomum um forte questionamento dos operadores do Direito já na processo legislativo responsável pela confecção do diploma normativo, seja por vícios formais, seja por vícios materiais. E caso com o início de vigência da lei a validade seja reiteradamente contestada e contraditórios sejam os pronunciamentos judiciais, menor o prestígio da segurança jurídica.

Como a matéria é controvertida reina a insegurança jurídica, a isonomia jurídica é fragilizada e os pronunciamentos do Judiciário são aleatórios como roletas de cassino até a uma decisão definitiva da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Muitas vezes não é a lei em tese contestada, mas uma interpretação adotada. Tal como nessa hipótese acima ventilada, menos relevantes são os argumentos de violação da segurança jurídica.

5.5.4. Quanto maior a inovação da Jurisprudência com a superação do entendimento tradicional, maior tutela merece a segurança jurídica.

Esse é a regra anterior ao avesso. Se o Supremo Tribunal Federal inaugura nova Jurisprudência na matéria, maior prestígio e relevantes são os argumentos de segurança jurídica.

É que os jurisdicionados, os agentes econômicos e os Tribunais inferiores moldaram suas condutas ajustados com a orientação da Suprema Corte. Uma mudança brusca e retroativa da Jurisprudência viola a estabilidade das relações jurídicas e a confiança nas instituições, sem a qual a sociedade e o Direito perecem a longo prazo.

5.6. A forma processual de alegação da Coisa julgada inconstitucional.

Parece-nos que a forma processual de alegação da Coisa julgada inconstitucional é uma questão simples, data vênua aos entendimentos opostos.

Não consideramos cabível a impetração do Mandado de Segurança por força do cominado nos arts. 5, inciso III e 23, da Lei n. 12.016/09¹⁴³.

Com a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que fundamentou a sentença, o lógico seria considerar o título executivo inexigível caso inexistente a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Contudo, paradoxalmente, a lei exige o ajuizamento da Ação Rescisória com o trânsito em julgada da decisão exequenda.

A opção constante pela Ação Rescisória confere maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

¹⁴³ Art. 5. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

III – de decisão judicial transitada em julgado.

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado do ato impugnado.

CONCLUSÃO

1. A Coisa julgada inconstitucional é instituto jurídico recente fruto da interação do Direito Constitucional com o Direito Processual Civil. É a junção da Coisa julgada, fenômeno processual, com a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, a sua faceta constitucional.

2. Naturalmente, constitucionalistas e processualistas favorecem, na maioria das vezes, posições unidimensionais de prevalência indistinta da Coisa julgada, ainda que fundamentada em norma inconstitucional, ou na defesa da primazia indiscriminada da declaração de inconstitucionalidade sobre a Coisa julgada.

3. Coisa julgada inconstitucional é a sentença ou acórdão transitado em julgado fundamentado em norma jurídica declarada inconstitucional pela Corte de Cúpula do Poder Judiciário em controle de constitucionalidade.

4. A declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo vigora no plano da validade. A lei ou ato normativo é nulo, não inexistente.

5. Quaisquer mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade admitidas no Direito Pátrio possibilitam a formação da Coisa julgada inconstitucional, difuso ou concentrado, objetivo ou subjetivo.

6. O Novo Código de Processo Civil regulamentou a Coisa julgada inconstitucional nos arts. 525 e 535. Pela redação dos artigos mencionados, a Coisa julgada inconstitucional resta caracterizada pela declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos proferidos pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, independentemente da modalidade de controle de constitucionalidade. Exige-se o ajuizamento da Ação Rescisória com o escopo de desconstituir a Coisa julgada inconstitucional. Conta-se o prazo de ajuizamento da Ação Rescisória do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, salvo modulação de efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte.

7. Com as licenças de estilo, não reputamos como inconstitucional a normatividade contida na novel legislação processual. A previsão expressa da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade é uma cláusula de salvação do instituto da Coisa julgada inconstitucional.

8. Dependendo das peculiaridades da matéria objeto da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal analisará a necessidade de tutela da Coisa julgada inconstitucional.

9. A doutrina deve elaborar alguns parâmetros ou axiomas na aplicação do instituto da Coisa julgada inconstitucional, de modo a restringir o subjetivismo ou ativismo judicial.

10. Modestamente, elaboramos alguns deles. Quanto mais fundamental e menos patrimonial for o direito discutido, maior deve ser a garantia da constitucionalidade e menor a tutela da Coisa julgada.

11. Quanto mais fundamental e menos patrimonial for o direito discutido, maior deve ser a garantia da constitucionalidade e menor a tutela da Coisa julgada.

12. Quanto maior for o tempo entre o início de vigência da lei e a declaração de inconstitucionalidade, maior deve ser a preocupação com o princípio da segurança jurídica.

13. Quanto maior a controvérsia na doutrina e Jurisprudência sobre o tema, menos prestigiada deve ser o princípio da segurança jurídica.

14. Quanto maior a inovação da Jurisprudência com a superação do entendimento tradicional, maior tutela merece a segurança jurídica.

15. Não consideramos cabível a impetração do Mandado de Segurança por força do cominado nos arts. 5, inciso III e 23, da Lei n. 12.016/09.

16. A lei exige o ajuizamento da Ação Rescisória com o trânsito em julgada da decisão exequenda. A opção constante pela Ação Rescisória confere maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

Abboud, George. Processo Constitucional brasileiro. São Paulo, RT: 2018.

Ávila, Humberto. Segurança Jurídica. São Paulo, Malheiros: 2011.

Branco, Paulo Gustavo Gonet e Mendes, Gilmar Ferreira Mendes. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

Canotilho, J.J, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina: 2003.

Dantas, Ivo e Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional. São Paulo, LTr: 2007.

Delgado, José Augusto. Artigo – Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. Obra coletiva – Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

Durig, Gunter. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

Faria, Juliana Cordeiro de e Júnior, Humberto Theodoro e. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Grau, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação

/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2006.

Júnior, Humberto Theodoro e Faria, Juliana Cordeiro de. Artigo – Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. Obra coletiva – Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Kelsen, Hans. Juridisão Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de e Dantas, Ivo. Teoria da Inconstitucionalidade – Norma constitucional inconstitucional, Coisa julgada inconstitucional. São Paulo, LTr: 2007.

Levin, Yuval. O grande debate: Edmund Burke e Thomas Paine, o nascimento da esquerda e da direita, Rio de Janeiro, Record: 2007.

Lima, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodvim: 2017.

Lordelo< João. Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes? Disponível em:

<https://www.joaolordelo.com/single-post/2018/01/09/Afinal-o-STF-adotou-a-teoria-da-abstrativização-do-controle-difuso-ou-da-transcendência-dos-motivos-determinantes-ADI-3406RJ-e-ADI-3470RJ-Rel-Min-Rosa-Weber-julgados-em-29112017-Info-886> Acesso em 20/04/2018.

Marinoni, Luiz Guilherme. A intangibilidade da Coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade. São Paulo, RT: 2015.

Mendes, Gilmar Ferreira. Artigo - Coisa julgada inconstitucional: Considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/05, Obra coletiva – Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Mendes, Gilmar Ferreira Mendes e Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Tomo III. São Paulo: RT, 1974. *Apud.*, Flávio, Tartuce, Manual de Direito Civil. Rio de Janeiro: Método, 2016. Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Monteiro, António Pinto. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

Moraes, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, p. 109. São Paulo, Atlas: 2003.

Neuner, Jorg. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2017.

Nipperdey, Hans Carl; Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

Novelino, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Salvador, Juspodvim: 2016.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Sarlet, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

Sarmiento, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Schwabe, Jurgen. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

Silva, Virgílio Afonso da, A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas relações entre Particulares. São Paulo, Malheiros: 2005.

Sombra, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. São Paulo: Atlas, 2011.

Sowell, Thomas. Conflito de visões – Origens Ideológicas das Lutas Políticas, São Paulo: É Realizações, 2016.

Steinmetz, Wilson. A Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

Valim, Rafael. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro. São Paulo, Malheiros: 2010.

Valle, André Rufino do. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Porto Alegre, 2004.

Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. Artigo – Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. Obra coletiva – Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

Zavascki, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: RT, 2017.