

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUÍS FERNANDO CASTANHEIRA

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

CURITIBA

2008

LUÍS FERNANDO CASTANHEIRA

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

LUÍS FERNANDO CASTANHEIRA

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, mediante avaliação da Banca Examinadora formada pelos professores:

ORIENTADOR: Professor Sérgio Cruz Arenhart
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, de novembro de 2008.

RESUMO

No seio da tendência atual de “relativização da coisa julgada” ascendeu o debate acerca do fenômeno da coisa julgada inconstitucional.

O presente trabalho objetiva analisar os diversos aspectos deste fenômeno. Desde a evolução do controle dos atos do poder público até os modernos mecanismos criados para sanar o “problema” da coisa julgada inconstitucional.

Assim, analisamos diversos sistemas de controle de constitucionalidade, entrando em mais detalhes a respeito do sistema brasileiro. Fizemos uma breve análise do instituto da coisa julgada, em seus diversos aspectos. Estudamos as consequências jurídicas da inconstitucionalidade das leis, e da desconformidade das decisões judiciais com a Constituição e com o ordenamento jurídico infraconstitucional, distinguindo diversos vícios que podem acometer as sentenças.

Por fim, aprofundamo-nos no estudo dos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, última expressão de preocupação do legislador nacional em relação à coisa julgada inconstitucional. Em relação a tais dispositivos analisamos sua natureza, aplicabilidade e eficácia. Expondo posições distintas encontradas na doutrina.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO	8
2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	10
3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	12
3.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	12
3.2 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	13
4 O INSTITUTO DA COISA JULGADA	14
4.1 NOÇÃO DE COISA JULGADA	14
4.2 COISA JULGADA FORMAL	16
4.3 COISA JULGADA MATERIAL	16
5 NORMA CONSTITUCIONAL NOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	18
6 EXISTÊNCIA, LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA	20
6.1 SENTENÇAS JURIDICAMENTE INEXISTENTES	20
6.2 SENTENÇAS QUE CONTRARIAM A ORDEM JURÍDICA INFRACONSTITUCIONAL	23
6.3 SENTENÇAS QUE CONTRARIAM A CONSTITUIÇÃO	25
7 HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA	26
7.1 DECISÃO DIRETAMENTE VIOLADORA DA CONSTITUIÇÃO	26
7.1.1 Decisão Violadora de Princípios Constitucionais	27
7.1.2 Decisão Violadora de Regras Constitucionais	28
7.2 DECISÃO APLICADORA DE NORMA INCONSTITUCIONAL	29
7.3 DECISÃO QUE DEIXA DE APLICAR NORMA CONFORME COM A CONSTITUIÇÃO	33

8 EFICÁCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	35
8.1 APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E 475-L, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, AO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE	35
8.1.1 A Declaração de Inconstitucionalidade em Sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	39
8.1.2 A declaração de Inconstitucionalidade <i>Incidenter Tantum</i> pelo Supremo Tribunal Federal.....	41
8.1.3 Aplicação ou Interpretação Conforme com a Constituição	45
8.2 HIPÓTESES EM QUE SÃO INAPLICÁVEIS OS ARTIGOS 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E 475-L, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	46
9 CONCLUSÃO	48
10 BIBLIOGRAFIA	50

1 INTRODUÇÃO

A coisa julgada tem sido historicamente tida no Brasil como um princípio basilar e inafastável do Direito. Porém, nos últimos anos, face às discussões provocadas por decisões injustas, desconformes com a realidade ou com o direito, para as quais o ordenamento jurídico não apresentava solução, em especial no que se refere às ações de investigação de paternidade com o advento do exame de DNA¹, acendeu-se um crescente debate no sentido da chamada “relativização da coisa julgada”, uma vez que se entendia, nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, não ser “legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”².

Em meio a tais debates doutrinários, surgiu também a preocupação em relação ao fenômeno da coisa julgada inconstitucional, ou seja, das decisões judiciais desconformes com a constituição que, no entanto, acabam por encontrar-se revestidas da autoridade da coisa julgada.

Surge a discussão acerca da possibilidade de retroação dos efeitos das decisões de (in)constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação às decisões transitadas em julgado proferidas por juízes ordinários. Inclusive admitindo-se o cabimento de ação rescisória por ofensa a literal violação de lei (art. 485, V, do CPC) em casos de julgados que realizaram controle difuso de constitucionalidade com entendimento diverso daquele esposado pelo Supremo Tribunal Federal, e sendo negada vigência à súmula 343 do STF em caso de violação de norma constitucional, como se estas normas comportassem apenas uma interpretação possível.

Foram criados mecanismos legais como os artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, os quais permitem a oposição à execução de título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que tal declaração tenha sido

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano. 28, n. 109, p. 9-38, jan./mar. 2003, p. 15

² DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 13

posterior ao trânsito em julgado da sentença, desconsiderando a coisa julgada ali formada.

Considerando a relevância do tema, e o intenso debate doutrinário que tem ocorrido nos últimos anos, o presente trabalho objetiva expor e analisar o que já foi discutido na doutrina brasileira sobre a coisa julgada inconstitucional, e apresentar algumas conclusões sobre este problema, que envolve questões de segurança jurídica e confiabilidade das decisões judiciais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO

Sendo a problemática em relação à coisa julgada inconstitucional uma questão de controle da validade jurídico-constitucional das decisões judiciais acobertadas pela autoridade deste instituto, impende fazer uma breve análise do histórico da evolução dos meios de controle dos atos do poder público do direito português ao direito brasileiro.

2.1 DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO LIBERAL

A preocupação em relação à fiscalização e ao controle da legalidade dos atos do Poder público não é nova, ela existia mesmo antes da Revolução Liberal e da instituição do Estado de Direito. Ao analisar a história do Direito português, vemos que mesmo durante a vigência do *ancien régime* havia mecanismos de controle de validade dos atos do poder público, os quais poderiam levar inclusive à expurgação de atos desconformes com o direito da ordem jurídica³.

Tais mecanismos constituem o princípio do controle da atividade administrativa no Direito português e, conseqüentemente, no Brasil colonial. Contudo, eles não diminuía a concentração do poder nas mãos do monarca, que reservava para si competência extraordinária, sendo considerado acima da lei.⁴

Neste momento histórico vemos também a consagração da autoridade da coisa julgada, cujo conteúdo declaratório tornava-se imutável e imune à intervenção externa, salvo o exercício da *potestas extraordinaria* do rei⁵.

Com a Revolução Francesa surgiu um novo modelo de Estado, o Estado Liberal, pautado na limitação dos poderes do Estado e na supremacia da lei.

³ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 13

⁴ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 20

⁵ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 21

Com o Estado Liberal surgiu também o princípio da separação dos poderes estatais em executivo, legislativo e judiciário. A subordinação de toda aparelho estatal aos limites estabelecidos em lei tornaram o poder legislativo, representado pelo parlamento, no poder central do Estado, capaz de traduzir a verdadeira vontade da sociedade. Os demais poderes estavam de certa forma subordinados a este, ao executivo cabia apenas administrar dentro da competência que lhe era atribuída pela lei, e ao judiciário apenas aplicar a lei sem modificá-la.

Deste modo vemos o nascimento e a consagração do princípio da legalidade, um princípio basilar do Estado de Direito. Com a consagração do princípio da legalidade todos os atos da Administração passam a estar sujeitos ao crivo da lei. Atos desconformes com a palavra da lei padecem de vício de ilegalidade, que podem acarretar a invalidade de tais atos.

Para garantir a legalidade dos atos da Administração surgem novos mecanismos de controle como o contencioso administrativo e a possibilidade de controle judicial da sua legalidade. Com a evolução do Estado Liberal a Estado Democrático de Direito a possibilidade de insurgência dos administrados contra atos ilegais da administração, seja por meios administrativos ou judiciais, é elevada à categoria de direito fundamental⁶.

Contudo, não existia ainda no Estado Liberal o controle dos atos do poder legislativo, que surge com a experiência constitucional dos Estados Unidos no século XIX. Instituiu-se naquele país o controle judicial dos atos legislativos, tendo como marco inicial o caso *Marbury contra Madison*, no qual a Suprema Corte norte-americana atribuiu a si a competência para controlar a validade das leis, considerando nulas quaisquer disposições legais que não entendesse conformes com a Constituição. O *Chief of Justice* Marshall, expondo suas razões, enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição; a nulidade da lei que contrarie a Constituição; o fato de ser o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição. Desta maneira, o caso

⁶ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 25

Marbury contra Madison originou o controle difuso de constitucionalidade e inaugurou o princípio da supremacia da constituição⁷.

2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A passagem ao novo modelo de Estado Democrático de Direito levou a Constituição à posição central no ordenamento jurídico, e passam a ser considerados inválidos quaisquer atos em desconformidade com esta. Assim o controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos chegou à Europa, com a Constituição Portuguesa de 1911⁸.

Merece menção também o sistema francês de controle de constitucionalidade. Diante da rígida separação de poderes naquele país, onde este princípio foi levado ao extremo, não se admitia qualquer interferência do Poder Judiciário em relação aos outros poderes, como acontecia no sistema americano, onde vigorava o sistema de *checks and balances*. Desta forma, desenvolveu-se naquele país um sistema de controle de constitucionalidade de natureza política e meramente preventiva, inexistindo qualquer mecanismo para aferição da constitucionalidade de uma lei após a sua promulgação⁹.

Outro grande sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido na Europa Continental é o sistema austríaco, idealizado por HANS KELSEN e incorporado pela Constituição de 1920. Neste sistema, o controle de constitucionalidade deveria ser exercido por uma Corte Constitucional, a qual teria competência para julgar a constitucionalidade das normas em abstrato, inexistindo, a

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3-9

⁸ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 26

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 59-62

princípio, controle concreto de constitucionalidade. Este comente foi instituído com a reforma constitucional ocorrida na Áustria em 1929¹⁰.

A criação de complexos mecanismos de controle judicial da constitucionalidade dos atos legislativos demonstra a consagração da Constituição como a expressão maior da vontade do povo, com a qual não se podiam admitir atos desconformes. Pode-se colocar a existência de mecanismos de fiscalização e controle da legalidade dos atos da Administração Pública, e da constitucionalidade das leis e atos normativos, como premissas fundamentais e inafastáveis à existência do Estado Democrático de Direito¹¹.

Temos assim o princípio da legalidade para reger e limitar o agir do poder executivo, e o princípio da supremacia da constituição a limitar o agir legislativo, porém as decisões judiciais carecem de qualquer garantia de controle. E não apenas isso, também é atribuído ao judiciário um grande poder de interpretar e fiscalizar a aplicação da Constituição pelos outros poderes. Cria-se, desta maneira, uma perigosa situação em que o judiciário assume uma posição privilegiada em relação aos outros poderes, concentrando grande parte do poder estatal nas mãos dos juízes. Utilizando as palavras de Canotilho, citado por Paulo Otero, pode-se falar em um “trânsito silencioso de um Estado legislativo-parlamentar para um Estado jurisdicional aplicador da Constituição¹²”.

É certo que não se pode admitir que a validade e conformidade jurídico-constitucional das decisões judiciais permaneçam imunes a qualquer tipo de controle, uma vez revestidas da autoridade da coisa julgada material. É necessário, portanto, pensar nas implicações jurídicas causadas pela desconformidade entre as decisões judiciais transitadas em julgado e a Constituição, e nos mecanismos existentes ou que podem ser criados para resolver este problema, que pode levar à perversão da regra da subordinação dos tribunais, enquanto poder constituído, à Constituição¹³.

¹⁰ CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p.67-71

¹¹ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 29

¹² OETRO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 32-33

¹³ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 36

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Após esta breve incursão histórica, faz-se necessária uma breve apresentação do sistema de controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Na experiência constitucional brasileira o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo surgiu com a Constituição de 1891¹⁴, que instituiu o controle difuso incidental dos atos normativos, a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Neste sistema, a inconstitucionalidade de lei o ato normativo pode ser suscitada pelo réu, pelo autor, pelo Ministério Público, terceiros intervenientes, bem como pelo juízo, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, na instância ordinária. Reconhecida a incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, o juízo deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto¹⁵.

Sendo controle concreto e incidental de inconstitucionalidade, não pode ser suscitada, por esta via, a inconstitucionalidade de lei em tese, sendo necessária a existência uma pretensão subjetiva obstaculizada pela lei cuja constitucionalidade se questiona incidentalmente. Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto da causa, mas um pressuposto para o seu deslinde, uma vez que esta questão deve ser decidida previamente. A sua característica de controle difuso se deve ao fato de ser exercido por todos os órgãos judiciais, aos quais cabe o dever de controlar a constitucionalidade das leis¹⁶.

3.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

As decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade são revestidas da autoridade da coisa julgada material, porém sua eficácia é limitada

¹⁴ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 81

¹⁵ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 81-82

¹⁶ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 47 neste sentido ver MARINONI, L. G. *Teoria geral do processo*, p. 54-57.

subjetivamente às partes integrantes do processo no qual a inconstitucionalidade foi suscitada, e objetivamente pelo pedido formulado¹⁷. Há, contudo, uma recente tendência jurisprudencial de mitigação desta restrição às partes da eficácia das decisões proferidas em controle difuso de inconstitucionalidade. Esta mitigação se daria nas declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. Inicialmente, fixou-se o entendimento de que se poderia afastar a incidência do artigo 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), quando a lei ou ato normativo reputado inconstitucional houvesse sido declarado como tal em sede de controle incidental pelo Supremo Tribunal Federal. Mais recentemente, surgiu a orientação que atribui eficácia vinculante, em relação à Administração e demais órgãos do Poder Judiciário, às decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e incidental de constitucionalidade¹⁸.

3.2 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao lado do sistema difuso de controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, também chamada de ação genérica. Neste sistema o controle de constitucionalidade é realizado por apenas um órgão, ou um número limitado de órgão, criados especialmente para esse fim. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco¹⁹. Hoje o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil se dá por uma série de ações, que podem ser propostas perante o Supremo Tribunal Federal pelas partes constitucionalmente legitimadas (CF, art. 103).

¹⁷ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 114-115

¹⁸ MARINONI, L. G. *Teoria geral do processo*, p. 56

¹⁹ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 47-49

4 O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Antes que se possa analisar propriamente fenômeno da coisa julgada inconstitucional, cabe uma análise do próprio instituto da coisa julgada, em seus aspectos fundamentais.

4.1 NOÇÃO DE COISA JULGADA

É sabido que, enquanto ferramenta usada para a solução de litígios, o processo civil, e as decisões judiciais proferidas no âmbito do processo, devem calcar-se em valores de segurança e certeza da ordem jurídica. Assim, estas decisões devem atingir certo grau de firmeza e estabilidade, a ponto de apresentarem-se como respostas estatais adequadas e aptas a resolver situações de conflito²⁰.

Dada a necessidade de estabilização das decisões judiciais, temos que, nas palavras de CÂNDIDO DINAMARCO:

(...) o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela *coisa julgada*, que a doutrina mais conceituada define como *imutabilidade da sentença e de seus efeitos*, com a vigorosa negação de que ela seja mais um dos efeitos da sentença²¹.

O Código de Processo Civil define a coisa julgada em seu artigo 467 da seguinte forma:

²⁰ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 11

²¹ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 11

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

O conceito trazido pelo Código, embora útil para a definição do momento em que ocorre a coisa julgada, e por mostrar a idéia de imutabilidade da sentença, peca por imprecisões.

Primeiramente vemos que este conceito qualifica a coisa julgada como eficácia da sentença como se fosse um de seus efeitos. A classificação da coisa julgada entre os efeitos da sentença é veementemente repudiada pela doutrina, como vimos no conceito de DINAMARCO. É importante fazer a distinção entre a imutabilidade e a eficácia da sentença, que são conceitos que não se confundem. Por prudência, a eficácia da sentença é muitas vezes condicionada à sua imutabilidade, contudo, há casos em que a sentença deve produzir efeitos mesmo antes de sua estabilização²². Utilizando-se da lição de LIEBMAN, DINAMARCO descreve a coisa julgada como uma “capa protetora” que impede a destruição dos efeitos da sentença que, sem ela, poderiam ser neutralizados pelo agir do legislador ou de outras autoridades do Poder Judiciário²³.

O conceito dado pelo Código também apresenta uma imprecisão terminológica ao referir-se somente a sentenças, dando a entender que somente estas decisões poderiam formar coisa julgada. Na prática, vemos que além das sentenças, os acórdãos também formam coisa julgada.

Por fim, o Código ainda fala apenas em coisa julgada material, ignorando a distinção entre coisa julgada formal e material. Há que se esta distinção, explicando não se tratarem de institutos distintos, mas de duas dimensões do instituto da coisa julgada²⁴.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 296.

²³ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, p. 304.

²⁴ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 11

4.2 COISA JULGADA FORMAL

A coisa julgada formal consiste na imutabilidade da própria decisão transitada em julgado, a qual, devido à coisa julgada, não mais pode ter o seu conteúdo modificado, seja pela autoridade que proferiu a decisão, seja por qualquer outra autoridade do judiciário. Esta imutabilidade se opera dentro do processo no qual foi proferida a decisão, pelo que se diz que a coisa julgada formal possui eficácia *endoprocessual*²⁵.

Assim sendo, vemos que qualquer sentença é passível de ser acobertada pela coisa julgada formal, seja ela sentença de mérito ou não. No caso da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito apenas se forma coisa julgada formal, que tem o condão de impedir que se profira nova decisão no mesmo processo, quando neste não for mais cabível recurso ordinário ou extraordinário. Trata-se do fenômeno processual da preclusão, que aqui aparece em sua forma mais intensa, por isso a julgada formal é também chamada *praeclusio maxima*²⁶.

4.3 COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada material, por outro lado, pode ser entendida como a imutabilidade atribuída aos efeitos da sentença, qualquer que seja a sua eficácia. De modo que as relações jurídicas que restarem afetadas pela sentença, extintas, constituídas ou modificadas, tornam-se imunes a qualquer atuação seja das por parte das partes, do Estado ou de terceiros. Dessa forma, a coisa julgada material, atuando sobre os efeitos da sentença, projeta-se para fora da relação processual, afetando todas as relações jurídicas atingidas por ele, ao contrário da coisa julgada formal, cujos efeitos somente se dão dentro da esfera processual.²⁷

MARINONI e ARENHART utilizam-se de definição diversa para o instituto da coisa julgada material. Baseando-se nos ensinamentos de OVÍDIO BAPTISTA DA

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 670

²⁶ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, p. 297-298.

²⁷ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, p. 301-303.

SILVA, os autores demonstram a necessidade de estabilização das regras no ordenamento jurídico, que se verifica nos mandamentos genéricos e abstratos das leis, assim feitos justamente para que tenham validade indeterminada. A coisa julgada material nada mais seria que a estabilização da norma concreta, estabelecida pela subsunção feita pelo juiz quando da aplicação da lei ao caso. A coisa julgada material recai, portanto, sobre a carga declaratória da sentença sobre o direito invocado na ação²⁸.

Desta forma, conclui-se que somente pode revestir-se da autoridade da coisa julgada material a sentença que seja capaz de declarar ou não a existência de um direito. Quando isto não for possível, por exemplo, em razão de um juízo de cognição sumária, como ocorre nas ações cautelares, nas quais o pronunciamento judicial baseia-se em um juízo de “aparência” do direito (*fumus boni iuris*), não é possível a formação de coisa julgada material²⁹.

Da projeção se seus efeitos para fora da esfera processual que surge a grande importância social da coisa julgada, que elevou o instituto à qualidade de garantia constitucional, consagrada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal³⁰.

²⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*, p. 672

²⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*, p. 674-675

³⁰ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 12

5 NORMA CONSTITUCIONAL NOS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Embora a supremacia da Constituição se irradie para todas as pessoas, públicas ou privadas, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, principalmente, os atos provenientes dos órgãos de poder e, portanto, públicos, deixando as condutas privadas violadoras da Constituição para serem sancionadas por via de instrumentos diversos³¹. Pergunta-se: um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Cabe a análise de cada um desses conceitos primeiramente.

Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos. Os atos jurídicos comportam análise em três planos distintos: o de sua existência, o de sua validade e o de sua eficácia³².

A existência de um ato jurídico verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. A ausência destes elementos tem como consequência a inexistência do ato, que jamais ingressa realmente no mundo jurídico³³.

Para que o ato seja existente é necessário que estejam presentes os seguintes elementos: agente; forma; objeto. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude, o ato será também válido. A ausência de algum desses requisitos leva à invalidade do ato. Daí conclui-se que norma inconstitucional é norma inválida, pois ausentes os requisitos de competência e/ou forma (inconstitucionalidade formal), ou ainda de licitude (inconstitucionalidade material)³⁴.

A eficácia de um ato jurídico consiste em sua aptidão para a produção de efeitos. Eficaz é o ato que tem a capacidade de atingir a finalidade para a qual foi gerado. A norma inconstitucional, sendo inválida, não deve ser aplicada, devendo ter sua eficácia negada. A sua não aplicação não se confunde, no entanto, com sua

³¹ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 1-3

³² BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 12

³³ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 12-13

³⁴ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 13

revogação, uma vez que apenas uma norma válida pode ser revogada, e a norma inconstitucional, ainda que declarada como tal, jamais é retirada do universo jurídico no sistema brasileiro³⁵.

A consequência da invalidade da norma é a sua nulidade ou anulabilidade. A lei inconstitucional é nula, e, portanto, os efeitos da declaração da sua inconstitucionalidade possuem eficácia retroativa, fazendo com que todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltem ao *status quo ante*. Posição contrária a esta assume Kelsen, para quem a lei inconstitucional não seria nula, mas anulável, sendo que a decisão que a reconhecesse produziria apenas efeitos *ex nunc*. Entretanto, a tese da anulabilidade não teve adesão expressiva da doutrina, exceto pela Áustria³⁶.

Com a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, se permitiu, de forma expressa, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início de vigência da lei³⁷.

³⁵ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 14-15

³⁶ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 19-20

³⁷ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 20-25

6 EXISTÊNCIA, LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA

Já visto o conceito de coisa julgada³⁸ e as conseqüências jurídicas da inconstitucionalidade dos atos normativos³⁹, importa agora, antes que se possa analisar especificamente o fenômeno da inconstitucionalidade da coisa julgada, que se defina e diferencie esta dos casos em que ocorre a inexistência jurídica da sentença, ou ainda quando esta vai de encontro apenas à legalidade infraconstitucional, os quais apresentam implicações diversas.

Tal distinção é necessária para que se possa bem definir o objeto do presente estudo, que são as situações nas quais uma sentença acobertada pela coisa julgada encontra-se efetivamente em conflito com a Lei Fundamental.

6.1 SENTENÇAS JURIDICAMENTE INEXISTENTES

A formação de coisa julgada não é obstada pelas invalidades processuais. Mesmo as mais graves destas nulidades tornam-se irrelevantes depois de esgotados os meios processuais de desconstituição da coisa julgada. Contudo, a formação da coisa julgada pressupõe uma decisão judicial existente, uma decisão inexistente seria logicamente incapaz de gerar coisa julgada. Aí reside a grande importância do estudo acerca da existência jurídica da sentença⁴⁰.

Devido às graves conseqüências geradas pela inexistência jurídica do ato, faz-se necessário especial rigor ao classificar um ato como juridicamente inexistente, afinal, a qualificação de inexistente nega a própria essência do ato jurídico, que passa a ser um não ato⁴¹.

TALAMINI, ao estudar a categoria da inexistência jurídica aplicada ao Processo Civil e, mais especificamente, às sentenças, analisou duas hipóteses que podem levar ao reconhecimento da inexistência da sentença. São elas a ausência

³⁸ Supra 4.1

³⁹ Supra 5

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 280

⁴¹ TALAMINI, E. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 282

de dispositivo, ou *decisum*, e a sentença proferida em procedimento em que falta pressuposto processual de existência⁴².

Na primeira hipótese há que se tomar cuidado, pois a ausência de parte dispositiva não implica necessariamente ausência de comando. É possível que o dispositivo seja perfeitamente extraível da fundamentação. O autor analisa então diversas possibilidades de sentenças aparentemente sem dispositivo, concluindo que apenas em algumas hipóteses, nas quais realmente não há como se extrair o comando da sentença (por exemplo em caso de sentença *citra petita* em relação à matéria sobre a qual não houve pronunciamento) é que realmente se estará diante de sentença juridicamente inexistente. Caso contrário a sentença será existente, ainda que inexecutável ou lógica ou juridicamente impossível⁴³.

Quanto à segunda hipótese, não se pode conceber como juridicamente existente uma sentença proferida em um processo inexistente, por ausência de algum pressuposto de existência. Um processo que se desenvolve sem algum de seus pressupostos de existência jamais poderá chegar a ser verdadeiramente um processo, mas apenas um simulacro de processo, e a “sentença” nele proferida também jamais poderá ser mais que um simulacro de sentença⁴⁴.

Portanto, torna-se imprescindível a precisa identificação dos pressupostos processuais de existência. A respeito desses pressupostos, reproduzimos as palavras de TALAMINI:

Uma razoável síntese dos elementos de existência da sentença está contida em julgado da Corte de Cassação italiana com a seguinte teor: o essencial é que existam um juiz, as partes e uma decisão e que entre esses três entes exista aquele particular liame representado pelo processo, pelo qual se possa dizer que o primeiro é juiz daquela causa, que os outros dois são partes naquela causa e que a sentença foi emitida pelo primeiro, naquela causa, em face

⁴² TALAMINI, E. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 307-361

⁴³ TALAMINI, E. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 309-323

⁴⁴ TALAMINI, E. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 323

daquelas partes; se uma única dessas proposições não for verdadeira, não existe processo e não existe sentença.⁴⁵

Cumpramos ressaltar que a inexistência da sentença pode ser reconhecida a qualquer tempo por meio de ação declaratória (artigo 4º, CPC), desfazendo assim a “coisa julgada” que apenas aparentemente a recobria⁴⁶.

Tomemos por exemplo a sentença proferida em processo no qual não houve citação válida do réu. Sem a citação não há a figura do réu no processo, elemento necessário à sua existência, pelo que a sentença ao final proferida padecerá do vício de inexistência⁴⁷. Assim, não há que se falar em coisa julgada inconstitucional neste caso, pois, ainda que o conteúdo da sentença afronte a carta constitucional, não há formação de coisa julgada, e tal decisão jamais se consolida no ordenamento jurídico⁴⁸, tampouco encontramos-nos diante de hipótese de cabimento de ação rescisória, pois, inexistindo sentença, não há o que rescindir.

Há autores que procuram ampliar demasiadamente o conceito de inexistência da sentença, de modo que um maior número de casos sejam por ele englobados. Desta forma, praticamente inexistiriam sentenças a serem consideradas ilegais ou inconstitucionais, uma vez que quase a totalidade dos casos levaria fatalmente à constatação da inexistência da decisão⁴⁹.

É este o entendimento esposado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA em sua obra *O Dogma da Coisa Julgada*, na qual os autores apreciam diversas hipóteses de vícios que podem acometer as decisões judiciais, e os analisam de modo a concluir, quase invariavelmente, pela inexistência de tais atos. Por fim, os referidos autores apontam a ação declaratória de inexistência, ou ainda uma interpretação ampliada das hipóteses de cabimento

⁴⁵ TALAMINI, E. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 361

⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26

⁴⁷ Neste exemplo há que se fazer uma ressalva em relação ao artigo 285-A, do Código de Processo Civil, o qual permite expressamente a prolação de sentença de mérito sem a citação do réu, em casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver o juízo decidido pela total improcedência em casos idênticos.

⁴⁸ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*, p. 26

⁴⁹ Neste sentido ver WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*.

de ação rescisória, bem como a não aplicação do prazo decadencial previsto para o ajuizamento desta ação, como solução para os casos apresentados⁵⁰.

Não concordamos com este posicionamento, uma vez que este pensamento perverte o conceito de validade dos atos processuais, ampliando demasiadamente as hipóteses de cabimento da ação declaratória de inexistência, a qual passa a ser considerada uma espécie de remédio milagroso contra as decisões injustas ou ilegais já acobertadas pela autoridade da coisa julgada, quando não se adequar o caso às hipóteses de cabimento de ação rescisória previstas pelo Código de Processo Civil, ou já esgotado o prazo para ajuizamento desta.

Adotaremos, portanto, o critério indicado para determinar a existência ou não da sentença, somente constituindo objeto do presente estudo aquelas sentenças que, reunindo os elementos mínimos para sua existência, estejam acobertadas pela autoridade da coisa e julgada, e sejam, de alguma maneira, desconformes com a Constituição.

6.2 SENTENÇAS QUE CONTRARIAM A ORDEM JURÍDICA INFRACONSTITUCIONAL

Superado o tema da existência, devemos agora diferenciar os fenômenos da ilegalidade e da inconstitucionalidade da coisa julgada.

A distinção entre coisa julgada eivada de ilegalidade e coisa julgada inconstitucional é muito simples. Trata esta da consolidação de sentença desconforme com a Constituição, enquanto naquela vemos apenas a desconformidade entre a sentença e o ordenamento jurídico infraconstitucional.

A importância desta distinção encontra-se nas diferentes conseqüências causados pelos vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, sendo este vício muito mais grave que aquele e, portanto, ocasionando efeitos mais severos.

⁵⁰ Cf. WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*.

Em primeiro lugar, devemos nos lembrar que, em diversos casos, a ilegalidade da coisa julgada, seja por ofensa a direito substantivo ou objetivo, pode dar ensejo a ação rescisória (art. 485, V, CPC). Quando não for este o caso, ou expirado o prazo para propositura de ação rescisória, a decisão transitada em julgado desconforme com a legislação infraconstitucional é dotada de plena validade e eficácia⁵¹.

Assim, vemos que a coisa julgada tem o condão de convalidar mesmo a sentença absolutamente nula, por isso mesmo reputa-se a coisa julgada como uma “sanatória geral” do processo⁵². A possibilidade de convalidação das nulidades processuais por meio da coisa julgada decorre da consagração constitucional deste princípio, o qual encontra previsão no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e de razões de segurança jurídica, assim, a sentença inicialmente inválida e, portanto, nula ou anulável, mesmo em casos de graves nulidades que poderiam inclusive ser reconhecidas de ofício, torna-se válida e imutável, e tem sua ilegalidade sanada pela coisa julgada⁵³.

Na doutrina de HANS KELSEN, a validade da coisa julgada desconforme com a legislação infraconstitucional é explicada pelo critério da especialidade da norma. Para KELSEN, ao decidir o caso concreto, o Judiciário cria uma norma jurídica individual aplicável a ele, derogando quaisquer normas gerais que poderiam sobre ele incidir. Ocorre então um desprendimento entre a norma legal e a norma criada pela atividade jurisdicional⁵⁴.

⁵¹ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 55

⁵² TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 27, n. 106, p. 38-83, abr./jun. 2002, p. 53

⁵³ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 53

⁵⁴ KELSEN, Hans apud OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 56-57

6.3 SENTENÇAS QUE CONTRARIAM A CONSTITUIÇÃO

Questiona-se se o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos casos em que a decisão transitada em julgado encontra-se em desconformidade com a Constituição, uma vez que a validade das decisões feridas de ilegalidade baseia-se justamente na consagração constitucional da coisa julgada. Pode a mesma Constituição que atribui força à decisão transitada em julgado proteger uma decisão que contrarie seus preceitos?

7 HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA

Entramos agora na parte central do presente trabalho. A partir de agora analisaremos especificamente as diferentes maneiras pelas quais uma decisão judicial pode ofender a constituição, bem como as situações em que a coisa julgada inconstitucional pode ocorrer na prática jurídica, procurando apontar as diversas conseqüências jurídicas e implicações práticas causadas por este fenômeno.

Temos que uma decisão judicial pode ofender a Constituição de três maneiras distintas, assim, identificamos as seguintes hipóteses de coisa julgada inconstitucional: decisão aplicadora de norma inconstitucional; decisão que deixa de aplicar norma conforme com a Constituição; decisão diretamente violadora da Constituição⁵⁵.

Para facilitar o estudo, analisaremos cada uma destas hipóteses separadamente a seguir.

7.1 DECISÃO DIRETAMENTE VIOLADORA DA CONSTITUIÇÃO

A princípio pode parecer que a inconstitucionalidade de uma decisão judicial resultaria somente das normas por ela aplicadas, as quais podem ou não ser constitucionais, contudo, uma decisão pode ainda ser inconstitucional não por aplicar norma inconstitucional, ou por deixar de aplicar norma conforme com a constituição, mas quando seu próprio conteúdo vai de encontro ao texto da Lei Fundamental, violando diretamente regras constitucionais, ou desrespeitando os princípios e garantias nela consagrados⁵⁶.

⁵⁵ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 65

⁵⁶ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 65-66

7.1.1 Decisão Violadora de Princípios Constitucionais

PAULO OTERO destaca que a aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais eventualmente violados pela decisão judicial, tratando-se de violação de direitos e garantias fundamentais ou análogos, poderia potencialmente desvincular as entidades públicas e privadas da obrigatoriedade desta decisão⁵⁷.

É semelhante o entendimento esposado por CÂNDIDO DINAMARCO, para quem a sentença diretamente violadora da Constituição jamais pode ser acobertada pela autoridade da coisa julgada material, uma vez que, para o referido autor, os efeitos pretendidos por uma sentença assim seriam juridicamente impossíveis e, portanto, jamais poderiam se concretizar na ordem jurídica, já que são repelidos por razões de ordem constitucional, as quais não podem ser dirimidas por qualquer autoridade do Poder Judiciário. O autor exemplifica o seu pensamento pela hipotética sentença que decretasse o recesso de um Estado federado brasileiro, ou ainda, aquela que condene pessoa a entregar parte de sua própria carne⁵⁸. Estas são situações que vão de encontro ao princípio federativo e ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigos 1º e 5º), respectivamente.

Desta maneira, ante a impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença, poder-se-ia falar na inexistência jurídica dos mesmos e, por conseqüência, na inexistência da coisa julgada que apenas aparentemente os recobre. Assim, estas sentenças perderiam completamente a sua eficácia, e qualquer forma de resistência aos seus efeitos seria legítima⁵⁹. Nas palavras do autor:

(...) sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais recoberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade. Pode-se até discutir, em casos concretos, se os efeitos se produzem ou não, se são ou não compatíveis com a ordem constitucional etc., mas não se

⁵⁷ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 69

⁵⁸ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 26

⁵⁹ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 27

pode afirmar que sem ter efeitos substanciais, uma sentença possa obter a coisa julgada material.⁶⁰

O referido autor afirma ainda ser legítima e justificada a eventual resistência que venha a ser oferecida contra a execução da sentença violadora de princípios constitucionais⁶¹. Por fim, sugere a interpretação ampliativa dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, bem como a não aplicação ou ampliação o mesmo a não aplicação do prazo decadencial previsto neste artigo quando se tratar de matéria constitucional⁶².

7.1.2 Decisão Violadora de Regras Constitucionais

A violação de regras constitucionais por meio de decisão judicial mostra-se semelhante à violação de princípios, contudo, esta violação tem caráter menos grave, uma vez que os princípios constitucionais possuem papel ordenador e direcionador do ordenamento jurídico⁶³ e, decidir contra eles, significa decidir contra a própria essência deste ordenamento.

Além disso, a violação de regras constitucionais mostra-se muito mais evidente e facilmente aferível que a violação de princípios abstratos e muitas vezes de difícil delimitação. Assim, concluímos que se aplicam às decisões desta natureza os mesmos pressupostos vistos anteriormente, sendo inclusive admissível ação rescisória, com base no artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

Deve-se lembrar, contudo, que a rescisória só é cabível, de acordo com o artigo 485, V, do CPC, em caso de ofensa a literal disposição de lei. Vale dizer, a violação que dá ensejo à ação rescisória é a violação manifesta do dispositivo legal, sem interpretação razoável que a legitime. É nesse sentido que foi editada a súmula 343 do Supremo Tribunal Federal que veda a “ação rescisória por ofensa a literal

⁶⁰ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 27-28

⁶¹ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 13

⁶² DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*, p. 34-35

⁶³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, p. 199-200.

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

Contudo, o Supremo Tribunal federal tem negado vigência a esta súmula quando se trata de violação a normas constitucionais. Nestes casos têm-se entendido que a única interpretação válida é aquela proferida pelo Supremo, negando o poder atribuído aos juízes ordinários de interpretar e aplicar a Constituição. Nota-se a verdadeira retroatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, e a sua prevalência sobre as decisões legítimas e anteriores proferidas por juízes ordinários, negando o seu poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade⁶⁴.

7.2 DECISÃO APLICADORA DE NORMA INCONSTITUCIONAL

A segunda hipótese a ser analisada é a da decisão que fere a Constituição por aplicar norma considerada inconstitucional.

Há entendimento na doutrina de que, em uma situação tal, estamos diante de uma sentença baseada em uma “não-norma” ou uma “ex-norma”⁶⁵, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e é dotada de eficácia *erga omnes* e produz efeitos *ex tunc*, fulminando a norma declarada inconstitucional desde a sua origem, como se a mesma nunca tivesse entrado no ordenamento jurídico⁶⁶.

Sustenta-se, portanto, que o julgado deveria ser fundamentado em eventual norma revogada ou derogada pela norma inconstitucional aplicada, ou ainda, nos critérios utilizados para preencher as lacunas do ordenamento, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. A aplicação de norma já declarada inconstitucional poderia, portanto, ser equiparada à ofensa a literal disposição de lei

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 93-118

⁶⁵ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 70

⁶⁶ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, passim

para fins de cabimento de ação rescisória⁶⁷, no entanto, esgotado o biênio legal para ajuizamento desta ação, consolida-se como sentença firme e válida⁶⁸.

Como já exposto⁶⁹, não concordamos tratar a lei inconstitucional de lei inexistente, a lei existe, ainda que inválida, na verdade estamos diante de um caso de desrespeito ao poder-dever atribuído aos juízes e tribunais de fazer o controle difuso de constitucionalidade dos atos legislativos, deixando de aplicar normas incompatíveis com a Constituição⁷⁰.

Logicamente, até o trânsito em julgado da decisão, existe a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal, para que este se pronuncie incidentalmente acerca da constitucionalidade da norma aplicada ao caso (CF, art. 102), porém, não interposto recurso, e transitada em julgado a decisão, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer remédio capaz de desconstituir a decisão inconstitucional ou, ao menos, negar-lhe eficácia. Ressalte-se ainda que, sem pronunciamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo se pode intentar ação rescisória com base no artigo 485, V, justificada pela violação de disposição legal constitucional pela lei inconstitucional em que se funda a sentença. Isso porque a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal veda o cabimento desta ação por ofensa a literal disposição de lei cuja interpretação é controvertida nos tribunais.

Apenas com a posterior declaração de inconstitucionalidade da norma aplicada, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é que se pode pensar em atacar a coisa julgada aqui formada, seja pela via da ação rescisória, seja pela aplicação dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Quanto a esta última possibilidade discorreremos com mais profundidade adiante⁷¹, uma vez que este dispositivo representa uma importante inovação, e demonstra a preocupação do legislador brasileiro em criar remédios legais contra a coisa julgada inconstitucional.

⁶⁷ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*, p. 42

⁶⁸ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 52-53.

⁶⁹ *Supra* 5

⁵⁷ MARINONI, L. G. *Teoria geral do processo*, p. 54-57

⁷¹ *Infra*. 8.1

Há ainda o entendimento de que, novamente considerando a lei declarada inconstitucional como lei inexistente, em que pese a excepcional possibilidade de se salvaguardar alguns dos seus efeitos, introduzida pela Lei n 9.868/99. Esta inexistência afetaria também a sentença, que seria também considerada inexistente, pois não resultaria do direito de ação da parte, podendo ser atacada por meio de ação declaratória, sem necessidade de sujeição ao prazo para propositura de ação rescisória⁷².

Como expusemos anteriormente⁷³, não concordamos com esta ampliação demasiada do conceito de inexistência jurídica da sentença, e firmamos o entendimento de que sentença violadora da constituição é sentença existente, desde que preenchidos os requisitos mínimos fixados. Não pode aplicação de lei considerada inválida, ou mesmo inexistente, implicar na inexistência jurídica da sentença. Neste sentido, destacamos a opinião de EDUARDO TALAMINI, a seguir transcrita:

A sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional não é por isso 'nula' ou 'inexistente'. (...) nem mesmo a própria lei inconstitucional pode ser considerada uma 'não lei' ou 'lei inexistente': ela existirá, conquanto inválida. Mas, a título de argumentação, ainda que pudéssemos dizer que a lei inconstitucional é uma 'não lei', um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade, propriamente, padece essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença *injusta* ou *errada*. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade. Para confirmar o que hora se diz basta comparar essa hipótese com aquelas em que: a) o juiz, por falha de interpretação, resolve a causa 'aplicando' uma norma que não existe nem jamais existiu; b) o juiz aplica uma norma que já estava revogada por ocasião dos fatos da causa. Em tais hipóteses, verdadeiramente não há norma a amparar a sentença, mas nem por isso dir-se-á que o provimento inexistente. A decisão conterà um *error in*

⁷² WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*, p. 43

⁷³ Supra 6.1

iudicando, um defeito de conteúdo. Só poderá ser revista através de mecanismos de revisão legalmente previstos.⁷⁴

Os mecanismos legalmente previstos aqui referidos seriam a ação rescisória e os artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Em relação à ação rescisória, valem as mesmas considerações feitas no item anterior, a respeito da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, e violação do poder dos juízes de realizar o controle de constitucionalidade. Neste sentido, ensina MARINONI:

(...) é imperioso frisar que não há decisão estatal legítima que possa ser desfeita pelo próprio Estado. 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 (in)constitucional não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional.⁷⁵

⁷⁴ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 52-53

⁷⁵ MARINONI, L. G. *Coisa julgada inconstitucional*, p. 109.

7.3 DECISÃO QUE DEIXA DE APLICAR NORMA CONFORME COM A CONSTITUIÇÃO

A segunda hipótese de coisa julgada inconstitucional que analisaremos se dá nos casos em que a decisão judicial transitada e julgada deixa de aplicar norma conforme com a Constituição, sob o argumento de que esta é inconstitucional, negando-lhe vigência no caso concreto. Fato que toma particular evidência quando da eventual procedência de ação declaratória de constitucionalidade.

Neste caso vemos duas possibilidades distintas: o juízo, ao afastar a aplicação da norma erroneamente julgada inconstitucional, aplica em seu lugar outra norma igualmente constitucional; o juízo afasta a aplicação da norma constitucional e em seu lugar aplica norma inconstitucional.

Na primeira hipótese, não nos vemos verdadeiramente diante de um caso de coisa julgada inconstitucional, uma vez que a decisão transitada em julgado, em que pese tenha erroneamente negado vigência a norma conforme com a constituição, ainda é fundamentada em norma constitucional, a qual teria sido eventualmente revogada ou derogada pela norma realmente aplicável ao caso, mas cuja vigência foi negada. Desta forma, concluímos que se trata não de uma hipótese de coisa julgada inconstitucional, mas de coisa julgada eivada de mera ilegalidade⁷⁶.

Como já visto, a ilegalidade da coisa julgada é um vício distinto da sua inconstitucionalidade, e que leva a conseqüências diversas desta, quais sejam, a possibilidade de propositura de ação rescisória e, não proposta esta dentro do prazo, a convalidação da decisão violadora da lei com base em razões de segurança jurídica⁷⁷.

A segunda hipótese nos leva novamente à hipótese de sentença fundada em lei inconstitucional. Se, negando vigência à lei constitucional por errônea alegação de inconstitucionalidade, o juízo aplica ao caso verdadeira lei inconstitucional, a negação à vigência da norma constitucional fica em segundo plano⁷⁸.

⁷⁶ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 72-75

⁷⁷ Supra 6.2

⁷⁸ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 75

É sabido que a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso enseja a possibilidade de recuso ao Supremo Tribunal Federal, conforme previsão constitucional (CF, art. 102), contudo, esgotado o prazo para interposição do recurso adequado, a sentença transitada em julgado terá as mesmas características que a sentença aplicadora de lei inconstitucional, tratando-se, portanto, do mesmo caso de coisa julgada inconstitucional visto anteriormente⁷⁹.

⁷⁹ Supra 7.2

8 EFICÁCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Já analisadas as diversas hipóteses de inconstitucionalidade da coisa julgada, e vistas as opiniões de diversos autores sobre a natureza jurídica destas situações e as possíveis soluções que o ordenamento jurídico pode apresentar, cumpre fazer um estudo acerca da eficácia da coisa julgada inconstitucional.

Como concluímos, ainda que conflitantes com a Constituição Federal, as hipóteses analisadas constituem sentenças existentes e, a princípio, válidas. Portanto, a estas sentenças poderão também ser eficazes, ou seja, produzir efeitos no universo jurídico, efeitos estes que estão protegidos pela autoridade da coisa julgada material, ao menos enquanto esta não venha a ser atacada por um dos meios legalmente previstos.

Ao lado das tradicionais ações rescisória e anulatória, esta última não sendo verdadeiramente um meio de desconstituição da coisa julgada, surgiu recentemente no direito brasileiro um novo meio legalmente previsto de insurgir-se contra uma sentença transitada em julgado, desta vez tratando especificamente de sentenças eivadas de inconstitucionalidade. Tratam-se dos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

8.1 APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E 475-L, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, AO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O artigo 741, parágrafo único, do CPC é um dispositivo inovador no ordenamento jurídico brasileiro, introduzido pela primeira vez pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-2001, e tornado definitivo por meio da Lei nº 11.232/2005, este dispositivo, inserido no livro II, título III, capítulo II do CPC, trouxe ao processo civil um remédio já utilizado no processo do trabalho, por meio do artigo 884, parágrafo 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 741, parágrafo único, do CPC diz:

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

(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Igual redação possui o § 1º, do artigo 475-L, do Código de Processo Civil, também acrescentado pela Lei nº 11.232/2005. Percebe-se que estes são dispositivos claramente fundados no princípio da supremacia da Constituição, pelo qual quaisquer atos do poder público somente são válidos enquanto compatíveis com a Lei Fundamental. A consequência prática da aplicação dos referidos dispositivos é a inexigibilidade de título judicial incompatível com a Constituição, em casos em que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sobre o qual se funda o título impugnado, ou da interpretação nele aplicada, mitigando assim a coisa julgada material que o recobre.

Referir-nos-emos, doravante, exclusivamente ao artigo 741, parágrafo único, do CPC, uma vez que, por ser mais antigo, mais já se discutiu na doutrina a respeito dele e, tendo o mesmo teor do artigo 475-L, § 1º, apenas com a particularidade de se aplicar à execução contra a Fazenda Pública, as considerações feitas em relação àquele valem também para este.

Para TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, o citado dispositivo trata de uma hipótese de inexistência da sentença. Desta maneira, concluem os autores não ter o parágrafo único, do artigo 741, do

CPC, eficácia rescisória, uma vez que, inexistente a sentença, inexistente o que rescindir⁸⁰.

No entendimento de WAMBIER e MEDINA, ocorre neste caso verdadeira ausência de título executivo, constatação que poderia ser feita pelo juízo *ex officio*, ou ainda em sede de exceção de pré-executividade. A possibilidade de fundamentação de embargos na inconstitucionalidade do título judicial apenas viria para reforçar a possibilidade de alegação da matéria, não constituindo ofensa à coisa julgada material.

Como visto anteriormente⁸¹, não concordamos com este raciocínio. Se sentença exequenda formou-se validamente, atendendo a todos os requisitos legais, não há que se falar em inexistência da mesma, de outra forma não faria sentido acrescentar o parágrafo único ao artigo 741 do CPC, visto que a inexistência do título seria alegável a qualquer tempo, e sempre impossibilitaria a execução.

De acordo com o entendimento que adotamos acerca da inexistência, o parágrafo único do artigo 741 apresenta eficácia similar à de ação rescisória, com a vantagem de ocorrer no mesmo processo, sem necessidade de ação autônoma, e de evitar a concretização dos efeitos da sentença inconstitucional, não permitindo que sobre esta recaia a autoridade da coisa julgada material.

Há, portanto, ofensa à coisa julgada material, na medida em que as matérias passíveis de alegação com o objetivo de obstar a execução devem ser aquelas ocorridas após o último momento em que poderiam ser alegadas no curso do processo de conhecimento, uma vez que a coisa julgada atinge o deduzido e o dedutível. A constitucionalidade da norma aplicada ao caso poderia ser deduzida no curso do processo, e permitir a sua alegação no processo de execução para impedi-la ofende a coisa julgada formada sobre a sentença⁸².

Destacamos ainda a acertada crítica feita por LUIZ GUILHERME MARINONI quanto à legitimidade da decisão de inconstitucionalidade, como fundamento de oposição à execução, no sistema brasileiro. Ressalta o autor que essa possibilidade leva à desconsideração do poder de controle de constitucionalidade atribuído a

⁸⁰ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*, p. 73

⁸¹ *Supra* 6.1

⁸² MARINONI, L. G. *Coisa julgada inconstitucional*, p. 125-126

todos os juízes no sistema brasileiro. Além disso, ainda impõe as decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal sobre todas as decisões anteriores transitadas em julgado.

Uma regra desta natureza é, portanto, incompatível com o sistema brasileiro, onde todo e qualquer juiz tem o dever de realizar o controle de constitucionalidade. Diferente cenário é encontrado, por exemplo, no sistema alemão, no qual o controle de constitucionalidade é privativo do Tribunal Constitucional, e a aplicação de lei inconstitucional por parte do juiz ordinário não implica em juízo de constitucionalidade sobre a norma aplicada.

Neste sistema se pode falar na inexecutabilidade de decisão aplicadora de norma inconstitucional, como previsto no § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão. A aplicação de dispositivo semelhante no sistema brasileiro leva à grave violação do poder de controle de constitucionalidade dos juízes, bem como de valores de segurança jurídica e da confiabilidade das decisões jurisdicionais⁸³.

Apesar da pertinente crítica apresentada, a possibilidade de se fundamentar a oposição à execução na declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é uma realidade. Devemos, portanto, analisar o alcance deste dispositivo. Primeiramente, vemos que é necessária a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que fundamenta o título, ou, ao menos, da interpretação aplicada ao caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, o texto da lei não se pronuncia a respeito da natureza desta declaração, pelo que se faz premente uma análise a respeito desta questão.

A primeira conclusão lógica à qual podemos chegar é de que a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no qual se funda o título executivo judicial deve ser uma decisão de força geral, o que restringe a possibilidade de que a exceção prevista no parágrafo único do artigo 741 do CPC possa ser argüida com base em decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Como vimos⁸⁴, estas decisões somente se aplicam ao caso no qual a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo foi suscitada, não vinculando outras autoridades do judiciário. Esta eficácia limitada é mesmo consequência dos

⁸³ MARINONI, L. G. *Coisa julgada inconstitucional*, p. 128-132

⁸⁴ *Supra* 3.1

limites subjetivos da coisa julgada da qual se revestem as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Concluímos, portanto, que somente uma decisão com efeitos *erga omnes* poderia tornar inexigível um título judicial que a contrarie, uma vez que possui o condão de vincular as decisões de quaisquer outras autoridades do judiciário.

Utilizando a lição de TALAMINI, em artigo publicado a respeito do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, identificamos três diferentes possibilidades de decisões declaratórias de inconstitucionalidade que dariam ensejo à aplicação deste dispositivo: a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pela via principal; a decisão proferida *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso; a aplicação ou interpretação conformes com a Constituição Federal.

A seguir, analisaremos cada uma dessas hipóteses separadamente.

8.1.1 A Declaração de Inconstitucionalidade em Sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade

Na primeira hipótese é necessário o ajuizamento de um dos tipos de ação previstos no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, assim a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pode ser declarada não somente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas também em Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada improcedente⁸⁵. A decisão que declara a inconstitucionalidade do ato em sede de controle concentrado é dotada de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Desta forma, todos os efeitos oriundos do ato inconstitucional devem ser desfeitos, restabelecendo-se o *status quo ante*, uma vez que o ato é fulminado na sua origem, como se nunca houvesse ingressado no ordenamento jurídico. É justamente a combinação das eficácias *erga omnes* e *ex tunc* que permite a aplicação do artigo 741, parágrafo único do CPC, que, sem uma ou outra, resta obstada.

⁸⁵ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 226-227

Como visto anteriormente⁸⁶, a ausência da eficácia *erga omnes* da decisão declaratória da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impede a aplicação do parágrafo único do artigo 741, pois os efeitos de tal decisão restringem-se às partes, não vinculando outras decisões. Já a ausência da eficácia *ex tunc* implicaria na convalidação dos efeitos da norma fulminada pela inconstitucionalidade, inclusive do título executivo judicial que nela se fundamente, o qual seria completamente válido. É o que ocorre no sistema austríaco, concebido por KELSEN, no qual a norma inconstitucional é anulável, e produz efeitos válidos até a sua eliminação do ordenamento jurídico, que se dá por decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade cujos efeitos se dão *ex nunc*, ou seja, para o futuro, sem retroagir à origem da norma⁸⁷. No Brasil, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por via direta com efeitos *ex nunc* foi introduzida pelo artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que dispõe:

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 em que venha a ser fixado.

O dispositivo acima transcrito permite expressamente a restrição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou que esta decisão somente passe a ter eficácia a partir do seu trânsito em julgado.⁸⁸ Pergunta-se: decidindo o Supremo Tribunal Federal pela restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é aplicável o parágrafo único do artigo 741 do CPC?

A resposta é negativa, uma decisão que não seja dotada de eficácia retroativa, ainda que proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não pode dar ensejo à inexigibilidade de título executivo judicial

⁸⁶ Supra 8.1

⁸⁷ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 19

⁸⁸ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 20-25

fundado na lei ou ato normativo por ela declarado inconstitucional. Lembre-se que a própria declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não anula ou torna inexistentes automaticamente todos os atos fundamentados na norma inconstitucional. A coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional ainda é atacável somente pelos mecanismos legais previstos, e dentro das exigências da lei⁸⁹.

8.1.2 A declaração de Inconstitucionalidade *Incidenter Tantum* pelo Supremo Tribunal Federal

Quanto à segunda hipótese levantada, de lei ou ato normativo que tem a sua inconstitucionalidade declarada *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal, vimos que, ainda que se verifique na jurisprudência uma recente tendência de mitigação da eficácia *inter partes* destas decisões⁹⁰, inicialmente, tais decisões possuem eficácia restrita somente às partes do processo no qual foi declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Contudo, os efeitos desta decisão podem ser estendidos através da sua remessa ao Senado Federal, que deverá, por meio de resolução, suspender a eficácia do ato declarado inconstitucional. Frise-se ainda que, Embora a Constituição Federal, ao atribuir ao Senado Federal a competência para suspender a execução de ato inconstitucional por meio de seu artigo 52, inciso X, não mencione a extirpação da norma legal do ordenamento, concorda a doutrina⁹¹ que, na prática, é o que ocorre, uma vez que “suspensão” de que se trata no mencionado dispositivo possui caráter definitivo, e não provisório⁹².

Quanto à natureza da resolução do Senado que suspende a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, entende-se não ser esta mera extensão

⁸⁹ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 53

⁹⁰ *Supra* 2.2

⁹¹ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*, p. 75

⁹² TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p.55

dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas de decisão autônoma de competência do Senado Federal, inclusive com certo grau de discricionariedade⁹³.

O próprio texto do dispositivo constitucional revela a dimensão da liberdade atribuída ao Senado para decidir acerca da suspensão da eficácia do ato inconstitucional. Lê-se:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

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

A expressão no todo ou em parte não pode ser entendida como mera repetição da atribuição do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade total ou parcial da lei, deve sim ser entendida como possibilidade atribuída ao Senado de suspender ou não partes da norma legal julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, admite-se ainda que o Senado deixe completamente de suspender o ato declarado inconstitucional, por razões de interesse social, ou se considerar que a decisão não expressa o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹⁴.

O artigo 52, X, da Constituição Federal tem origem no artigo 91, IV da Constituição de 1934, que procurava estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferia *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal para além do caso particular, evitando que se reproduzissem demandas por todos aqueles atingidos pelo dispositivo julgado inconstitucional. Tal dispositivo foi reproduzido nas Constituições subseqüentes (com exceção da Constituição de 1937) e encontra-se hoje insculpido no artigo 52, X da Constituição Federal⁹⁵.

⁹³ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 55

⁹⁴ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 56

⁹⁵ CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 115

Nesta hipótese, novamente cabe a questão acerca da aplicabilidade do artigo 741, parágrafo único, do CPC.

Questiona-se se esta hipótese pode fundamentar a exceção do parágrafo único do artigo 741 do CPC. A resposta somente é possível com a aferição dos efeitos da resolução editada pelo Senado Federal. Isto porque, como vimos na análise da situação anterior, a aplicação do disposto no artigo 741 parágrafo único do CPC exige ao mesmo tempo a eficácia *ex tunc* e *erga omnes* da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no qual se funda o título executivo gerreado. Contudo, há controvérsia na doutrina acerca da eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* da resolução do Senado que suspende a aplicação do ato inconstitucional. Conforme o critério adotado para aplicação do artigo 741, parágrafo único do CPC, apenas admitindo-se a eficácia *ex tunc* desta resolução poder-se-ia admitir a aplicação do indigitado dispositivo legal.

Se admitirmos que a resolução do Senado que atribui efeitos gerais à declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal não fulmina o ato reputado inconstitucional desde a sua origem, produzindo efeitos apenas para o futuro, chegaremos à conclusão de que o título judicial, fundado em lei ou ato normativo cuja aplicação foi suspensa por resolução do Senado, após declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é plenamente válido e exigível, uma vez que a norma legal na qual se funda, em que pese esteja com aplicação suspensa, era plenamente válida e aplicável à época da prolação da sentença que se pretende executar.

Se, por outro lado, considerarmos que tal resolução possui efeitos *ex tunc*, atingindo todos os efeitos do ato desde a sua edição, veremos que esta hipótese pode sim dar ensejo à aplicação do artigo 741, parágrafo único, do CPC.

É entendimento mais preponderante o de que o efeito da Resolução do Senado se opera *ex nunc*, ou seja, a partir de sua edição. Contudo, há fortes opiniões e argumentos que apontam em sentido diverso.

ALEXANDRE DE MORAES está entre os que defendem efeitos *ex nunc* para a resolução do Senado. Para o autor, os efeitos da declaração *incidenter*

tantum de inconstitucionalidade devem ser *ex tunc* para as partes do processo e, mediante resolução do Senado, *ex nunc* para os demais⁹⁶.

CLÈMERSON CLÈVE, ao estudar a questão, em que pese opiniões de juristas como OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, JOSÉ AFONSO DA SILVA, NAGIB SLAIBI FILHO, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ e REGINA MACEDO NERY FERRARI defendendo a atribuição de efeitos *ex nunc* à resolução do Senado Federal, que suspende a aplicação de lei ou ato normativo julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, advoga em sentido contrário. Neste sentido, lembra a lição de GILMAR FERREIRA MENDES:

(parecia) evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. *Atribuía-se, pois, ao ato do Senado caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado.* E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.⁹⁷

Discordemos da atribuição de mero caráter ampliativo da decisão do Supremo Tribunal Federal à resolução do Senado, mas deve-se destacar a importância dos efeitos desta em relação às situações formadas durante a vigência da lei inconstitucional.

Finalmente concluímos, tendo em vista o caráter discricionário e eminentemente político da decisão proferida pelo Senado Federal, temos que este poderá, no conteúdo da sua decisão, fixar o termo inicial para a produção de seus efeitos, consoante entendimento esposado por TALAMINI:

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 673-674

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira apud CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 123

Conseqüentemente, o Senado pode modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o do surgimento da inconstitucionalidade. De resto, expressa menção à possibilidade de retirada ‘em parte’ certamente abrange o aspecto temporal.⁹⁸

Assim, concluímos que a aplicação do artigo 741, parágrafo único, do CPC, à referida hipótese dependerá do termo fixado pelo Senado Federal, quando da edição de sua resolução. Não sendo fixado qualquer termo, presumir-se-á a ocorrência de efeitos *ex tunc*.

8.1.3 Aplicação ou Interpretação Conforme com a Constituição

Primeiramente apontamos, em consonância com o entendimento de TALAMINI, que a redação do artigo 741, parágrafo único, do CPC, é imprecisa e não podem ser interpretada literalmente. Claramente, quando se fala em “*aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal*” devemos ter em mente que, embora o texto legal não mencione, é preciso que tal incompatibilidade tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, como guardião último da Constituição, somente ele pode ter a última palavra em relação a qual interpretação é conforme ou não com a Constituição, e proferir decisões com eficácia geral a respeito do tema⁹⁹.

Feita esta breve consideração a respeito do alcance do texto do artigo 741, parágrafo único, do CPC, cumpre agora determinar as situações em que ocorre o reconhecimento de aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição Federal de determinada lei ou ato normativo com efeitos *erga omnes*.

⁹⁸ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 56

⁹⁹ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 57

A dimensão da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo somente pode ser decidida com eficácia geral por meio do controle de constitucionalidade concentrado, abstrato, realizado pela via principal pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com TALAMINI, isso pode ocorrer em quatro situações: na interpretação de decisão de Ação Declaratória de Constitucionalidade; na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, na qual o Supremo aprecia a constitucionalidade da norma em si, sem mudar o texto legal do qual ela deriva; da interpretação conforme com a constituição, na qual como se pode interpretar o texto da lei sem que se ofenda a Constituição; na fixação da natureza de norma constitucional, se aplicação imediata ou não, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁰⁰.

Concordamos com o autor no sentido de que todas estas hipóteses, enquanto decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, dão ensejo à aplicação do artigo 741, parágrafo único, do CPC, é o que o autor chama de “*solução inconstitucional*”¹⁰¹. Destacamos que esta última hipótese permite não somente a insurgência diante de sentenças aplicadoras de lei inconstitucional, mas também, em certos casos, de sentenças diretamente violadoras da constituição.

8.2 HIPÓTESES EM QUE SÃO INAPLICÁVEIS OS ARTIGOS 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E 475-L, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em tais situações o título executivo encerrado na sentença é plenamente exeqüível, não havendo que se falar em inexigibilidade do mesmo por desconformidade com a Constituição.

Não sendo possível adequar a situação às hipóteses vistas de aplicação dos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, deve se proceder à execução normalmente, pois, dotada a sentença de plena validade, seria

¹⁰⁰ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 57-61

¹⁰¹ TALAMINI, E. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, p. 61

ilegítima qualquer resistência à execução fundada na inconstitucionalidade do título executivo.

Firmamos, portanto, entendimento contrário à aplicação de meios de desconstituição ou “relativização” da coisa julgada material diversos daqueles legalmente previstos, tais como os embargos previstos nos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, e a ação rescisória.

9 CONCLUSÃO

Vivendo sob a égide do Estado Democrático de Direito, reputam-se inadmissíveis e inválidos quaisquer atos provenientes do poder público que se encontrem em desconformidade com a Constituição. Este corolário do princípio da supremacia da Constituição aplica-se aos atos de todas as esferas de poder estatal, do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesse cenário, o controle de constitucionalidade dos atos do Poder público assume um papel central na organização estatal, as decisões judiciais, contudo, permaneceram durante muito tempo imunes a qualquer tipo de controle, com exceção dos recursos a elas previstos. Passou-se então a questionar a validade de decisões transitadas em julgado que se mostram incompatíveis com a Constituição. Desta forma, surgiu a controvérsia acerca da coisa julgada inconstitucional.

A maior demonstração da preocupação em relação à inconstitucionalidade das decisões transitadas em julgado foi a criação dos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil. Estes artigos constituem verdadeira modalidade de rescisão da sentença, negando efeitos à decisão transitada em julgado, desta maneira ofendendo frontalmente a essência do instituto da coisa julgada material

A aplicação destes artigos, ou admitir a retroação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, de maneira a atingir todas as decisões já transitadas em julgado sobre a matéria, não apenas constitui ofensa à coisa julgada material, mas nega a própria competência atribuída aos juízes ordinários de realizar o controle de constitucionalidade, e de aplicar o direito de acordo com seu próprio convencimento.

No sistema brasileiro, em que todos os juízes têm o dever de fiscalizar a constitucionalidade das leis ao aplicá-las ao caso concreto, deixando de aplicar aquelas que julgarem incompatíveis com a constituição, é lamentável que se admita que o juízo legítimo a respeito da constitucionalidade de uma lei feito por um juiz ordinário, tornado firme pelo trânsito em julgado, seja completamente desconsiderado por decisão posterior do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal detenha a posição de guardião último da Constituição, suas decisões a respeito da constitucionalidade de leis ou atos normativos não são mais legítimas que aquelas proferidas por juízes ordinários, e por isso mesmo não se deveriam sobrepor a estas. A desconsideração das decisões dos juízes ordinários em face das decisões do Supremo Tribunal Federal somente se justificaria em um sistema como o alemão, no qual o controle de constitucionalidade é de competência exclusiva do Tribunal Constitucional, e aos demais juízes cabe apenas a aplicação das leis, sem qualquer juízo a respeito da sua constitucionalidade. A ausência de uma norma que ressalve expressamente a coisa julgada quando da declaração de (in)constitucionalidade de uma norma, como o artigo 282º, nº 3, 1ª parte da Constituição portuguesa de 1976, não significa que se autorize a desconstituição das sentenças transitadas em julgado divergentes em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal

Feitas estas considerações, não se pode fechar os olhos para a realidade da prática jurídica. Estes dispositivos foram criados com o objetivo de negar efeitos a decisões judiciais divergentes das decisões do Supremo Tribunal Federal, e têm sido aplicados corriqueiramente, negando o poder dos juízes ordinários de realizar o controle de constitucionalidade. Devemos, portanto, estudar sua aplicação, seu alcance e seus efeitos.

Ainda que não concordemos com a existência destes mecanismos não podemos negar-lhes vigência. É preciso cuidado e rigor na sua interpretação e aplicação, de modo que se possa preservar o instituo da coisa julgada material, e respeitar, dentro do possível, as competências atribuídas aos juízes no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

10 BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. II. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano. 28, n. 109, p. 9-38, jan./mar. 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. BUZAID, A.; AIRES; B.; GRINOVER, A. P. (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. II.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA; José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

_____. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In: Revista de Processo. São Paulo, ano 27, n. 106, p. 38-83, abr./jun. 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.